



HAL
open science

PERFORMANCE AND LABOR LAW

Sandy-David Noisette

► **To cite this version:**

Sandy-David Noisette. PERFORMANCE AND LABOR LAW. Law. Université d'Aix-Marseille (AMU), 2018. English. NNT: . tel-01806429

HAL Id: tel-01806429

<https://hal.science/tel-01806429>

Submitted on 2 Jun 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

PERFORMANCE ET DROIT DU TRAVAIL

Thèse pour le doctorat de droit privé
Présentée et soutenue publiquement le 14 mai 2018.

M. Sandy-David NOISETTE

Sous la direction de

Monsieur le Professeur Franck PETIT, Doyen honoraire.

Membres du jury

Monsieur Alexis BUGADA,
Professeur de droit à Aix-Marseille Université.

Monsieur Virgile CHASSAGNON,
Professeur d'économie à l'Université de Grenoble.

Monsieur Franck PETIT,
Professeur de droit à Aix-Marseille Université, Doyen honoraire, *Directeur de thèse.*

Madame Virginie RENAUX-PERSONNIC,
Maître de conférences HDR en droit à Aix-Marseille Université.

Monsieur Marc VÉRICEL,
Professeur de droit à l'Université de Saint-Étienne, Doyen honoraire, *Rapporteur.*

Monsieur Christophe WILLMANN,
Professeur de droit à l'Université de Rouen, *Rapporteur.*

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs ».

REMERCIEMENTS

Je remercie, très sincèrement, Monsieur le Professeur Franck Petit pour la confiance et les encouragements qu'il m'a toujours témoignés. Sur le fond, je lui sais gré de m'avoir toujours incité à dépasser les traditionnels clivages entre plusieurs disciplines universitaires qui ont chacune leur légitimité. Sur la forme, je lui suis reconnaissant du profond respect qui a, en toutes circonstances, marqué son action de chercheur et, surtout, de pédagogue.

Je remercie également les membres du jury qui me font l'honneur d'apprécier ce travail singulier, car pluridisciplinaire. Il est le fruit d'un parcours de formation universitaire mâtiné de sciences de gestion, d'économie et de droit privé. Il soutient des convictions et démonstrations nourries d'une expérience professionnelle de presque deux décennies, dans le domaine du management des ressources humaines et, surtout, des valeurs de service public.

Je remercie enfin le Professeur Alexis Bugada, Directeur du Centre de droit social (CDS EA 901) de l'Université d'Aix-en-Provence pour m'avoir accueilli au sein du laboratoire qu'il dirige, alors que j'avais commencé mon travail de recherche au sein du laboratoire Biens, Normes, Contrats de l'Université de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse (UAPV). Je voudrais témoigner une attention particulière à Madame Vanessa Monteillet, Maître de conférences, membre du CDS, qui m'a apporté de précieux conseils, ainsi que toutes les personnes qui, dans mon entourage immédiat, m'ont soutenu et ont pâti des conséquences de ce travail pendant tant de mois.

Ad augusta per angusta

SOMMAIRE

INTRODUCTION	p. 7
<i>Première partie</i>	p. 35
<u>POUR UNE PERFORMANCE FACILITÉE PAR LE DROIT DU TRAVAIL</u>	
TITRE I :	p. 39
CONVERGENCE DES ORDRES JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE	
CHAPITRE 1 – UNE CONVERGENCE MOTIVÉE	p. 41
CHAPITRE 2 – UNE CONVERGENCE POSSIBLE	p. 95
TITRE II :	p. 155
FACILITATION DE LA CONVERGENCE PAR LE DROIT DU TRAVAIL	
CHAPITRE 1 – L’EMPLOYEUR DÉBITEUR	p. 157
CHAPITRE 2 – LE PACTE DE CONFIANCE	p. 279
<i>Seconde partie</i>	p. 335
<u>POUR UNE PERFORMANCE MAITRISÉE PAR LE DROIT DU TRAVAIL</u>	
TITRE I :	p. 341
ENGAGEMENT DES PARTIES AU CONTRAT	
CHAPITRE 1 : ENGAGER LA RESPONSABILITÉ DU SALARIÉ	p. 343
CHAPITRE 2 : ENGAGER LA RESPONSABILITÉ DE L’EMPLOYEUR	p. 409
TITRE II :	p. 503
CONTINGENCE DE L’ENGAGEMENT	
CHAPITRE 1 : LA GOUVERNANCE DE L’ENTREPRISE	p. 505
CHAPITRE 2 : L’INTRUSION DES TIERS	p. 581
CONCLUSION GÉNÉRALE	p. 677
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	p. 683
INDEX	p. 719
TABLE DES MATIÈRES	p. 727

*A mes grands-parents dont l'âme perdue,
Maurice Daniel et Miette Boursier, Gabriel Noisette et Noëlle Quintin.*

A mes filles, Héloïse et Solène,

A Jean-Pierre et Josette, mes parents,

A mon frère, Steeve.

A Joséphine.

INTRODUCTION

I – DUALITÉ DES RATIONALITES

1 – Ordre juridique – L'ordre juridique du droit du travail¹, en moins de deux siècles, s'est construit progressivement et laborieusement. Animé par un idéal de justice², il avait initialement pour but d'assurer la protection des travailleurs³. Adapté au travail manuel et subordonné, spécifique au début du XX^{ème} siècle et s'exerçant dans des manufactures⁴, il était régi par un modèle hiérarchique qui permettait de régler une diversité de situations de travail caractérisées par leur homogénéité : produits, formes de production, territoires d'élaboration.

C'est dans ce contexte que fut consacrée la domination du positivisme juridique. Il s'agissait notamment de développer une législation protectrice du travail des enfants, pour les mettre à l'écart notamment du travail productif. Il était aussi déterminant de les préparer à conquérir les prémices de ce que nous pourrions appeler, aujourd'hui, la liberté individuelle. C'est ainsi que la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels, prévoit que les enfants ne peuvent être employés avant l'âge de treize ans révolus, sauf s'ils détiennent un certificat d'études primaires, auquel cas ils peuvent travailler dès douze ans (art. 2) et, en tout état de cause, jusqu'à dix heures par jour (art. 3).

¹ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017 : relativement à une entité (ici le droit du travail), ensemble des règles de droit qui la gouvernent.

² CORNU (G.), préc. : ce qui est idéalement et positivement juste, ce à quoi chacun peut légitimement prétendre (en vertu du droit).

³ La première loi protectrice des salariés semble être celle du 22 mars 1841, inspirée de notamment de l'enquête de M. Louis-René VILLERME, qui va légitimer une intervention de l'État-gendarme dans les questions du travail. Avant sa promulgation, le droit se voulait essentiellement centré sur la liberté de l'entreprise (décret d'Allarde, loi du 14 juin 1791 (Loi dite loi « *Le Chapelier* »). Ainsi, l'art. 8 de la loi du 14 juin 1791 dispose que « *tous attroupements composés d'artisans, ouvriers, compagnons, journaliers, ou excités par eux contre le libre exercice de l'industrie et du travail appartenant à toutes sortes de personnes, et sous toute espèce de conditions convenues de gré à gré, ou contre l'action de la police et l'exécution des jugements rendus en cette matière, ainsi que contre les enchères et adjudications publiques de diverses entreprises, seront tenus pour attroupements séditieux, et, comme tels, ils seront dissipés par les dépositaires de la force publique, sur les réquisitions légales qui leur en seront faites, et punis selon tout la rigueur des lois sur les auteurs, instigateurs et chefs desdits attroupement, et sur tous ceux qui auront commis des voies de fait et des actes de violence* ». Au XIX^{ème} siècle ensuite, les sources légales et réglementaires du droit, rares, ne viennent protéger les salariés que progressivement, tous les dix ou vingt ans : la liberté du marché est reine. Selon le Pr. Norbert OLSZAK, il en a résulté une « *dégradation importante de l'état sanitaire des populations laborieuses dans les années 1830* » OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 49.

⁴ Du latin *manufactura, fait à la main*.

L'OIT s'est aussi emparée de ces nécessités. Par la convention n° 5 sur l'âge minimum⁵, de 1919, les enfants de moins de quatorze ans ne peuvent être employés dans les établissements industriels (art. 2) sur le territoire métropolitain mais aussi dans les colonies ou possessions ou protectorats qui ne se gouvernent pas eux-mêmes (art. 8). Par la convention n° 77 sur l'examen médical des adolescents (industrie), en 1946, la protection de leur intégrité physique est visée⁶. Relativement aux questions de performance, on peut y voir la mise en place d'une forme d'égalisation des conditions de la concurrence. L'oeuvre laconique du Code civil sur les rapports de travail, quant à elle, a pu être qualifiée « d'exagérée »⁷. La critique du marchandage l'a faite se focaliser sur le « louage de services » (C. civ., art. L. 1780) quand bien même la plupart des ouvriers relevaient de la législation sur le « louage d'ouvrage » *stricto sensu* (C. civ., art. L. 1779 et s.)⁸.

Ce positivisme a entretenu une forte confusion sur la notion de salariat. Furent notamment qualifiés d'entrepreneurs d'ouvrages des situations qui relèveraient assurément aujourd'hui de la jurisprudence sur la subordination⁹, et donc du salariat : l'opposition binaire entre les deux définitions s'est inversée. Si auparavant, la plupart des ouvriers, quelle que soit la taille de l'industrie, relevaient du « louage d'ouvrage », aujourd'hui, le travail indépendant se définit de façon supplétive : il se caractérise par l'absence de lien de subordination juridique. Les compagnons d'antan, pour réaliser des ouvrages au cœur des industries, auraient probablement été requalifiés aujourd'hui comme salariés ; à moins, que l'on ne puisse voir, dans ce passé, les prémices d'une extériorisation de l'emploi propre au modèle réticulaire de l'économie contemporaine.

Au gré des phénomènes économiques, politiques et sociaux, le droit du travail, en tant que droit vivant, s'est progressivement construit et enrichi de règles juridiques relatives au travail

⁵ C005 – Convention (n° 5) sur l'âge minimum (industrie), 1919, Washington, ratifiée par la France le 29 avr. 1939.

⁶ C077 – Convention (n° 77) sur l'examen médical des adolescents (industrie), 1946, Montréal, ratifiée par la France le 28 juin 1951 ; art. 2 *al.* 1 : « Les enfants et les adolescents de moins de dix-huit ans ne pourront être admis à l'emploi par une entreprise industrielle que s'ils ont été reconnus aptes à l'emploi auquel ils seront occupés à la suite d'un examen médical approfondi » ; art. 5 « Les examens médicaux exigés par les articles précédents ne doivent entraîner aucuns frais pour l'enfant ou adolescent, ou pour ses parents ».

⁷ DIDRY (Cl.), « Du sujet de droit à la citoyenneté du travail, une autre histoire du salariat », Le sujet dans la cité, fév. 2012, n° 3, p. 83.

⁸ C. civ., art. L. 1787 : « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière » ; C. civ., art. L. 1790 : « Si, dans le cas de l'article précédent la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière ».

⁹ Soc., 17 avr. 1991, Bull. 1991, V, n° 200 : « L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont données à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ».

subordonné. Si l'acception fut consacrée par M. Paul Durand en 1947 par la publication chez Dalloz de son ouvrage *Traité de droit du travail*, la matière devint obligatoire avec la réforme de la licence de droit par décret du 27 mars 1954¹⁰. Si sa fonction première fut de garantir la liberté du travail pour éviter le retour des tendances corporatistes, la protection des travailleurs subordonnés en pâtit. Sur cette base, le travail s'est alors dégagé de la dimension familiale qui le liait au Code civil, pour devenir l'objet d'un droit spécifique qui « *s'est appliqué à la multitude des individus engagés dans une activité productive commune* »¹¹. Aussi, une législation protectrice s'est développée ; ses conséquences ont pu être financées par la période de forte croissance économique qu'a connue la France durant les « Trente Glorieuses ».

Au final, un ordre juridique relatif au travail est né. D'aucuns déplorent qu'il ait supprimé tout recours aux enseignements des autres disciplines, et qu'il se serait éloigné d'éléments de contextes, fondamentaux. Par ailleurs, la réalité deviendrait, et avec une célérité inégalée, tellement complexe, que le droit serait devenu dans certaines situations, incapable d'organiser sinon d'accompagner l'activité. Pour de nombreux praticiens ou *jurisconsultes*¹² défenseurs d'un droit plus pragmatique, l'ordre juridique du travail s'éloignerait de la nécessité d'assurer la prévisibilité de la règle de droit, ou encore d'adapter cette même règle de droit à l'évolution réelle de l'activité des entreprises. Jusqu'à un passé récent, certains y voyaient plus une logique indépendante, se posant comme contrainte aux entreprises, qu'une science pratique, sous-tendue par l'action, permettant de systématiser l'obtention d'une solution idéalement juste¹³, pour l'entrepreneur notamment.

2 – Ordre gestionnaire – À cette autonomie contestée semble s'opposer un ordre économique et gestionnaire, issu des pratiques microéconomiques nippones et anglo-saxonnes. Il a donné naissance à un nouveau courant doctrinal, relevant des sciences sociales, né aux États-Unis avec l'École de Chicago, s'avérant essentiellement mobilisé par les impératifs de l'économie de marché : la théorie moderne de portefeuille, l'efficacité des marchés ou celle du droit, sont certains de ses éléments de rationalité.

¹⁰ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 4.

¹¹ DIDRY (Cl.), préc., p. 86.

¹² Le « jurisconsulte », (mot dérivé du latin *juris consultus*, consultant en droit) s'étendait dans d'anciennes civilisations aux rares enseignants, auteurs ou consultants éclairés du domaine juridique et plus spécialement aux théoriciens et penseurs du droit. C'est à la Rome du II^e siècle av. J.-C. que revient, la première, d'avoir érigé le droit en doctrine. CORNU (G.), préc. : aujourd'hui, le concept s'est étendu « à qui fait profession de donner des avis sur les questions de droit ».

¹³ CHAZAL (J.-P.), « *Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique* », Archives de philosophie du droit, T.45, Dalloz, 2001, p. 230.

Cet ordre évolue de manière (initialement) concurrente à l'ordre public de protection, pour devenir une normativité de fait. Son ambition est de se départir d'un droit devenu trop linéaire, trop éloigné de ses effets sociaux. Il convient alors de lui appliquer les outils et méthodes des sciences sociales. En effet, les règles juridiques peuvent rater leur cible ou produire des effets secondaires non souhaitables¹⁴. Les rapports de cet ordre avec le droit ne semblent envisageables que s'ils sont validés par l'économie du droit ou par des évolutions contemporaines susceptibles de modifier les comportements, et plus largement, les dynamiques économiques et sociales.

La rationalité de cet ordre gestionnaire analyse la norme et ses changements au regard de nombreux critères. De leur diversité ressort une promesse, celle de l'argumentation : selon l'analyse positive, l'économie du droit permet de prédire comment les agents adapteront leur comportement en réaction à un changement d'état de la règle juridique ; suivant l'approche normative, il s'agit de déterminer l'idonéité de la solution juridique souhaitable. Selon le critère de Posner, qui, parmi d'autres, les matérialise, il s'agira de privilégier celle qui maximise le plaisir voire la richesse globale¹⁵.

L'ordre gestionnaire soutient le mouvement réaliste du droit qui en devient une « science pratique » où la jurisprudence embrasse « *la vertu de prudence appliquée au droit* » et où le droit devient « *un savoir tendu vers l'action* »¹⁶. C'est alors qu'il envisage le droit en tant que science capable de produire des effets. On y voit une nouvelle acception du positivisme juridique, dans une déclinaison qui le rapproche du réalisme américain. Le plafonnement des indemnités de licenciement nous éclaire. Jusqu'à la modification de l'article L. 1235-3 C. trav. par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, le juge était libre de fixer le montant des indemnités versées par l'employeur en cas de licenciement abusif. Mme Patricia Partyka précise d'ailleurs que « *le juriste civiliste reste toujours très attaché à l'idée qu'il appartient au juge de fixer librement le montant de la réparation, en procédant, dans le cadre d'une appréciation dite souveraine, à l'évaluation du préjudice* »¹⁷. Pourtant, ces indemnités ont été plafonnées dans les entreprises de plus de 11 salariés. Ce changement d'état de la norme est susceptible de modifier le comportement de l'employeur qui est, soit, présumé embaucher plus facilement, soit, soutenu dans son souci d'assurer une plus grande flexibilité

¹⁴ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p.2.

¹⁵ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., pp. 69 et s.

¹⁶ CHAZAL (J.-P.), préc., p. 224.

¹⁷ PARTYKA (P.), colloque « L'éphémère, objet de droit », « *La loi expérimentale* », UAPV, 7 oct. 2016.

de l'emploi, dans la mesure où il peut rompre, avec une plus grande prévisibilité et sécurité juridique, le contrat de travail.

3 – Divergence - Ces deux ordres s'avèrent avoir en commun la recherche d'efficacité, sauf que celle-ci révèle des réalités bien différentes. Elle pourra résulter d'une meilleure effectivité de la règle de droit pour l'ordre juridique, alors qu'elle se focalisera sur sa capacité à s'insérer dans une chaîne de causalité, pour l'ordre économique et gestionnaire.

De la même manière, si les deux ordres ont en commun le doute (par exemple, la pluralité des choix et hypothèses pour les sciences sociales, l'issue du risque de contentieux pour le droit) chacun le traite différemment : l'expression des contradictions empêche le scientifique de trancher, quand le juge a l'obligation d'arbitrer.

4 – Choc de légitimité - Le choc de légitimité entre les deux ordres pourrait symboliquement être positionné en 1974, à la fin des « Trente Glorieuses », qui fut l'année du retournement économique et qui fit rentrer le monde occidental en période de stagflation et de croissance atone. Il n'a fait que s'accroître avec la financiarisation de l'économie de marché, qui a détourné environ 85 % de l'épargne de sa fonction première de financement de l'économie.

Comment ne pas parler de « choc de légitimité » lorsqu'on en arrive à des situations où le contrat à durée indéterminée (CDI), contrat de droit commun que signe un salarié appelé à rester de manière pérenne dans une entreprise¹⁸, se voit, de fait, complètement exclu des contrats utilisés majoritairement lors des embauches¹⁹ ? Celui-ci est devenu extrêmement indéterminé et instable²⁰. Comment, en France, ne pas parler de choc de légitimité, lorsqu'on oppose à ces réalités sociales, la richesse d'un droit du travail qui s'est construit au XIX^e et XX^e siècles par strates successives, de manière contrainte, en raison de la nécessité et de l'évolution des rapports politiques et économiques ? Choc de légitimité toujours, lorsque deux ordres se développent de manière exclusive, sans perméabilité aucune. L'un sédimentant une diversité de textes hétérogènes, l'autre ne justifiant son œuvre que par la seule performance au sens du pilotage économique des institutions micro et macroéconomiques. A l'inverse, son

¹⁸ C. trav., art. L. 1221-2.

¹⁹ En 2011, l'immense majorité des embauches dans le privé en France (environ 85%) se fait en C.D.D. Ce contrat prévu pour être exceptionnel, est peu à peu devenu la norme en matière d'embauche. Au bout d'un an, pour 100 salariés en CDD, intérim ou stage, seuls 78 % restent en CDD, intérim ou stage (source Insee, enquêtes Emploi).

²⁰ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e édition, nov. 2017, p. 452 : « *Il garantissait hier un emploi à vie ou presque, une solide protection sociale et une confortable retraite. Qu'en est-il aujourd'hui ?* ».

homologue, le droit du travail allemand, pourtant lui aussi de tradition civiliste, n'est pas sujet à de tels chocs, car il fut très tôt conceptualisé par les juristes.

II – DIVERSITE DE LA NORME EN DROIT DU TRAVAIL

Le droit du travail est souvent considéré par les entrepreneurs comme un frein porté à leur légitime rationalité. Traditionnellement, cette branche du droit privé n'a d'autre caractère que de se rapporter au travail humain : il contraint le chef d'entreprise, semble donné au juriste, et se voit alors perçu comme un facteur limitant, par des acteurs dont la singularité est justement de construire eux-mêmes un objet économique singulier²¹. Sur le plan macro-économique, il participe à une oeuvre de substitution à l'entrepreneuriat privé et finalement, de la collectivisation de l'ensemble de l'économie²². Si l'exogénéité du droit se confronte au caractère endogène de l'objet économique, elle constitue une négation de l'harmonie des équilibres qui découlent de la concurrence et de la liberté contractuelle²³. Avant de devenir un droit tentant de réconcilier les deux approches, le droit du travail s'est vu confier plusieurs fonctions. Il a ainsi traduit sa capacité à devenir un droit vivant, adapté à son temps et son environnement.

5 – Garantir la liberté - Au travers de contrats individuels²⁴, régis notamment par le droit civil, une des premières fonctions du droit aura été de garantir la liberté du travail et surtout celle de son marché. Le droit s'est alors inscrit dans la perspective libérale de révolutionnaires, où le travail, assimilé à une chose, permettait de soutenir une économie capitaliste dont la force de travail pouvait s'échanger sur un marché. Aux activités intellectuelles, la doctrine et la jurisprudence vont conférer les règles du mandat, quand le louage de services postulait, d'emblée, une certaine dépendance : celle-ci vit encore aujourd'hui, après plus de deux siècles d'évolution de la norme. L'état de subordination en particulier, reste un critère essentiel de distinction entre une activité salariée et une activité d'indépendant dont le débat sur l'extériorisation de l'emploi témoigne parfaitement.

²¹ Une entreprise qui voudrait avoir un temps d'avance sur ses concurrents peut choisir d'entrer dans un processus d'innovation perpétuelle. Elle « construit » à façon, de façon toujours singulière, l'objet de son activité.

²² TOCQUEVILLE (A. de), *Contre le droit au travail*, Les belles lettres, 2015, p. 10.

²³ *Ibidem*.

²⁴ En 1804, dans le Code civil, le travail est traité dans le cadre du contrat de louage. L'article L. 1709 précise le louage des choses, puis l'article L. 1779 place au premier rang des différentes formes de louage et d'industrie, le louage de service (*al.* 1).

L'encouragement du système libéral, sinon la consécration de l'individualisme²⁵, ont abouti à renforcer la dépendance des travailleurs. Ils ont porté atteinte à la protection de leurs intérêts et menacé la société confrontée au paupérisme de sa population. Le concept de *paupérisation* témoigne d'un phénomène social, touchant une partie de la société, et confrontée à l'écart entre l'accroissement du capital et l'accroissement des richesses provenant du travail²⁶. L'encouragement de l'individualisme reste aujourd'hui sujet à contestation, le Pr. Alain Supiot affirmant, à propos de la conclusion des contrats précaires qui échappent au droit au licenciement, que « *cédant aux doctrines économiques qui voient dans la sécurité de l'emploi un frein à l'embauche, le législateur a cependant multiplié les possibilités d'y recourir, courant ainsi le risque d'accroître la précarisation et la paupérisation du travail* »²⁷. Les luttes d'hier restent, ainsi, des combats contemporains.

Le système libéral a aussi entaché les idéaux de justice et d'égalité portés par la Révolution française et dont, sans ambiguïté, l'article L. 1781 C. civ. témoigne. En reprenant un usage consacré par la jurisprudence de l'Ancien Régime, il précise, en cas de différend relatif aux gages ou aux salaires, que « *le maître est cru sur son affirmation* »²⁸. Cette infériorité juridique de l'ouvrier fut ressentie comme particulièrement scandaleuse, même si nombreux s'y sont résignés voire soumis²⁹.

6 – Législation protectrice – Si l'abrogation de l'article L. 1781 C. civ. a permis de rétablir une (relative) égalité entre l'employeur et son subordonné, l'organisation scientifique du travail définie par l'ingénieur américain Frederick Winslow Taylor a finalement renforcé l'inégalité de fait entre les intéressés.

Une législation protectrice se développe alors, en commençant par traiter des questions d'hygiène et de sécurité des travailleurs les plus faibles³⁰. Face à « *la grande industrie*

²⁵ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, pp 25 et s. : l'auteur met en évidence le rejet des structures communautaires qui ont encadré le travail sous l'Ancien Régime (dispositions répressives, avec l'interdiction de l'action collective) et les règles sur le droit civil, organisant le contrat.

²⁶ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017 (paupérisation) ; en l'occurrence, la paupérisation peut s'accroître alors que le niveau de vie augmente.

²⁷ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, PUF, 2016, p. 119.

²⁸ CASTADO (A.), « *L'histoire juridique de l'article 1781 du Code Civil* » : « *Le maître est cru sur son affirmation* », *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), quatrième série, vol. 55, n° 2 (avr.-juin 1977), p. 211.

²⁹ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 30. La loi du 2 août 1868, après les velléités de la Seconde République (1848-1852), a permis de l'abroger.

³⁰ Loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers ; l'article 5 dispose en particulier que « *nul enfant âgé de moins de douze ans ne pourra être admis qu'autant que ses parents ou tuteur justifieront qu'il fréquente actuellement une des écoles publiques ou privées existant dans la localité. Tout enfant admis devra, jusqu'à l'âge de douze ans, suivre une école. Les enfants âgés de plus*

mécanisée »³¹, les coalitions seront de nouveau momentanément autorisées. Par la loi du 25 mai 1864 (Loi dite « loi Ollivier »), on peut voir une nouvelle ouverture libérale, en ce qu'elle consacra non la liberté économique, mais une liberté sociale : la dépénalisation du droit de grève (suppression du délit de coalition). Celle-ci trouvera sa consécration avec la loi du 21 mars 1884 (Loi dite « loi Waldeck-Rousseau ») relative à la création des syndicats professionnels³² à laquelle succèdera une législation dense permettant de structurer, plus encore, les relations individuelles³³ et collectives³⁴ du travail. Ce souci est toujours présent aujourd'hui, mais répond d'une volonté de le lier aux préoccupations économiques. La législation relative à l'extériorisation de l'emploi permet d'en témoigner³⁵.

7 – Institution d'une norme contingente – Le droit et l'économie ne sont pas si éloignés qu'on pourrait le penser. Le juriste ne peut nier que le droit s'inscrit dans un certain contexte économique, et que les orientations juridiques ont nécessairement des conséquences sur celui-ci. A l'inverse, l'économiste ne peut se passer du droit, non seulement parce qu'il constitue l'environnement dans lequel il exerce sa rationalité, mais aussi parce que ses décisions requièrent généralement un habillage juridique particulier permettant de les protéger. Le juriste Jacques Barthélémy soutient ainsi que le droit social doit être conçu comme un véritable outil au service de l'organisation optimale de l'entreprise³⁶ quand l'économiste

de douze ans seront dispensés de suivre une école, lorsqu'un certificat, donné par le maire de leur résidence, attestera qu'ils ont reçu l'instruction primaire élémentaire ».

³¹ OLSZAK (N.), préc.

³² Le projet de loi a été déposé quatre ans plus tôt, le 22 novembre 1880. L'adoption par la Chambre des députés le 13 mars aura été un âpre combat. L'article 2 de la loi du 21 mars 1884 dispose que « *les syndicats ou associations professionnelles, même de plus de vingt personnes exerçant la même profession, des métiers similaires, ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, pourront se constituer librement sans l'autorisation du Gouvernement* ». Ils ont pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles (art. 3), bénéficient de la capacité juridique (art. 6), et peuvent être créés dans les colonies de la France (art. 10).

³³ Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels ; loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail (obligation patronale de sécurité) ; loi du 30 mars 1900 (Loi dite « loi Millerand ») (temps de travail limité à 10h par jour) ; loi du 28 décembre 1910 portant codification des lois ouvrières (naissance du Code du travail) ; etc.

³⁴ Loi du 25 mars 1919 (prévalence du contenu des conventions collectives sur celui du contrat de travail) ; loi du 24 juin 1936 (renforce la portée de la loi du 25 mars 1919 avec la procédure d'extension, instaure le principe de faveur, traite de la représentativité des syndicats) ; loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (instiue l'accord d'établissement, crée le SMIG) ; loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises (instiue la section syndical, art. 3) ; etc.

³⁵ Loi n° 73-608 du 6 juillet 1973 relative à la répression des trafics de main-d'œuvre ; ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial.

³⁶ BARTHELEMY (J.) et PETIT (F.), « *Le droit social comme technique d'organisation de l'entreprise* », Conférence-débat, 31 mars 2016, Université d'Avignon (UAPV) ; V. aussi BARTHELEMY (J.), Droit social, technique d'organisation de l'entreprise, Liaisons, juin 2015 : « *Sans remettre en cause sa fonction protectrice génétique, le droit social peut pourtant contribuer à l'optimisation du fonctionnement de l'entreprise. Une*

Olivier Favereau voit dans le droit du travail une possible technologie de coordination³⁷. Nous verrons dans cette étude qu'il peut aller au-delà : devenir une « technologie de coopération », source de synergies.

C'est dans ce cadre que sont promulguées, désormais annuellement, les plus récentes lois sociales. Les plus emblématiques sont la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, et les diverses ordonnances du 22 septembre 2017. Elles ne font que stabiliser et renforcer les conséquences de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (Loi dite « loi Macron »)³⁸. Le Pr. Jean-Emmanuel Ray y voit une possible refondation culturelle du droit du travail, qui mérite d'être lue dans son ensemble, avant d'être jugée³⁹. Si les mouvements sociaux qui sont associés à ces promulgations sont fréquents⁴⁰, au cœur de la doctrine, leurs contenu et modalités sont parfois contestés⁴¹.

8 - Changement de nature de la norme – Le point de vue analytique que l'on vient d'exposer a permis de mettre en évidence l'importance du rôle du législateur dans la promotion de la norme. Mais, si l'on observe le contenu de celle-ci, certaines évolutions semblent manifestes. Le temps de travail peut nous éclairer.

Avec la promulgation de la loi du 30 mars 1900 (Loi dite « loi Millerand »), c'est la volonté d'unification qui est instituée. Désormais, la limitation de travail concerne toutes les catégories de population et est prévue à 11h. Elle est motivée, au regard du législateur, par « *la simultanéité nécessaire des heures de travail de tout le personnel occupé* »⁴². Si, en dehors de circonstances particulières propres à chaque industrie, l'administration du travail venait à constater un écart à cette norme, l'inspecteur « *devrait exercer sur cet établissement*

doctrine fondée sur l'approche organisationnelle de ce droit permet d'abandonner la simple gestion de contraintes et de déployer une authentique ingénierie juridique, c'est-à-dire l'utilisation du droit social comme instrument privilégié de toute stratégie impliquant les salariés ».

³⁷ FAVEREAU (O.), « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée », texte rédigé pour l'étude « l'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes », AFDT, 2006.

³⁸ V. le dossier proposé par Droit social, n° 10, oct. 2015.

³⁹ RAY (J.-E.), « *La loi qui libère...* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 757.

⁴⁰ V. Liaisons sociales, Quotidien, « *Projet de loi Travail : nouvelles grèves et manifestations à partir du 17 mai* », n° 17.082, 18 mai 2016 ; « *... et les syndicats appellent à deux nouvelles journées d'action les 26 mai et 14 juin* », n° 17.085, 23 mai 2016 ; « *SNCF : l'Unsa-Ferroviaire appelle à la grève le 21 septembre contre la réforme du droit du travail* », n° 17.408, 20 sept. 2017 ; etc.

⁴¹ V. VERICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, oct. 2015 ; RADE (Ch.), « *Leurre de la réforme* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 749 ; SUPLOT (A.), « *Le droit du travail bradé sur le marché des normes* », Droit social, n° 12, déc. 2005.

⁴² Ministère du commerce, de l'industrie, des postes et des télégraphes, Direction du travail (2^e bureau), Bulletin de l'inspection du travail, dixième année, 1902, p. 22.

une surveillance toute spéciale, car une semblable organisation serait de nature à faire présumer l'intention de violer la loi ». Avec la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 (Loi dite « loi Bertrand ») portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, c'est la promotion de la dérogation qui est instituée. Grâce à la négociation collective, il est possible d'aménager le temps de travail dans l'entreprise sur plusieurs semaines, voire jusqu'à l'année, afin de tenir compte à la fois des besoins économiques et des besoins des salariés, au plus près de la réalité de l'entreprise⁴³. Les règles légales deviennent, de surcroît, supplétives⁴⁴ : si les heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention d'entreprise ou par une convention de branche, c'est à défaut d'accord collectif qu'un décret détermine ledit contingent (C. trav., art. L. 3121-11 *mod.* par la loi du 20 août 2008 – art. 18).

Les motivations sont diverses et anciennes. Déjà, le 12 septembre 1848, sur un plan général, Alexis de Tocqueville rejetait vivement cette opinion selon laquelle « *la sagesse seule est dans l'État, que les sujets sont des êtres infirmes et faibles qu'il faut toujours tenir par la main, de peur qu'ils ne tombent ou se blessent ; qu'il est bon de gêner, de contrarier, de comprimer sans cesse les libertés individuelles ; qu'il est nécessaire de réglementer l'industrie (...)* »⁴⁵. Il croyait en la grandeur de l'homme⁴⁶, au choix légitime de confier la responsabilité aux individus⁴⁷, tel que cela se passe dans le seul pays où il ait vu la démocratie souverainement fonctionner : en Amérique⁴⁸. Sur le plan culturel, comme effet du courant *law and economics*, on a progressivement assisté à l'intégration de la théorie financière dans la

⁴³ C. trav., art. L. 3122-2 dispose : « *Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. Il prévoit : 1° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail ; 2° Les limites pour le décompte des heures supplémentaires ; 3° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période. Lorsque l'accord s'applique aux salariés à temps partiel, il prévoit les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail. Sauf stipulations contraires d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaires est fixé à sept jours. A défaut d'accord collectif, un décret définit les modalités et l'organisation de la répartition de la durée du travail sur plus d'une semaine* ».

⁴⁴ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e édition, nov. 2017, p. 55 : « *Une règle supplétive devient obligatoire si la règle supérieure fait défaut* » ; l'auteur donne l'exemple du délai de carence entre deux CDD désormais fixé par la Branche, mais l'ordonnance a décidé, qu'en son absence, la règle légale supplétive s'appliquerait.

⁴⁵ TOCQUEVILLE (A. de), *Contre le droit au travail*, Les belles lettres, 2015, pp. 44-45 ; extrait du discours prononcé à l'Assemblée constituante dans la discussion d'un projet de Constitution sur la question du droit au travail.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem*, p. 46.

⁴⁸ *Idem*, p. 48.

doctrine juridique⁴⁹. Aujourd'hui, le courant de l'économie du droit défend l'ambition d'un droit ne laissant pas de côté ses effets sociaux⁵⁰. C'est alors qu'il est attendu par certains auteurs que le droit du travail permette de renforcer « *l'autonomie accrue des travailleurs du savoir* »⁵¹ et de contribuer au renforcement du *capital social* des firmes⁵². Dans ce contexte, l'adage « moins d'État, plus de contrat » a les moyens de voir sa matérialité se renforcer, d'autant que la conventionnalisation du droit a les faveurs du Conseil constitutionnel : « *Alors qu'il aurait pu contenir l'essor de la négociation collective, ce qui n'aurait pas fâché grand monde au Pays des Lois, il l'a au contraire encouragé, à tous les niveaux. Peut-être inspiré par des pays voisins, il a compris que notre cher et vieux pays devait épouser son temps ; qu'il fallait, au pays des tribus gauloises, favoriser le dialogue social, source d'innovation mais aussi de compétitivité* »⁵³.

9 – L'efficacité économique est visée – La loi emblématique est celle du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (Loi dite « loi Macron »). La ligne directrice pourrait alors se résumer ainsi : « *Tout pour l'économie, l'emploi suivra* »⁵⁴. Dans cet article, le Pr. Christophe Willmann déplore la quasi-absence de modèle vertueux pour l'emploi, quand les quelques mesures qui s'y rattachent s'avèrent incertaines, aléatoires et non explicites⁵⁵ ; elles ne résultent que des prétendues et non démontrées vertus prêtées à la simplification du droit du travail⁵⁶. Elles relèvent, à notre sens, d'un modèle fallacieux de protection de l'emploi. Ainsi, en matière de détachement de travailleurs en France, le fait pour l'employeur de ne pas respecter la décision administrative prévue à l'article L. 1263-4 C.

⁴⁹ V. MONTAGNE (S.), *Le rôle des juristes de la Law and Economics dans l'élaboration de la nouvelle norme d'investissement. Politique et Finance aux États-Unis 1960-1970* », communication au Colloque Théorie de la Régulation, 10-12 Juin 2015.

⁵⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 2. En France, l'association française de l'économie du droit (AFED), créée le 14 fév. 2016, promeut cette vision ; son objet est de « *conduire et d'encourager des recherches ainsi que d'organiser des manifestations scientifiques dans le domaine de la recherche interdisciplinaire en droit et économie en France et à l'étranger ; constituer et participer à des réseaux scientifiques oeuvrant dans le même domaine ; participer à la réflexion sur l'évolution et l'enseignement interdisciplinaire en droit et économie et d'émettre des propositions dans ces domaines* » (JO des associations, RNA W751232878).

⁵¹ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e éd., nov. 2017, p. 451.

⁵² *Idem*, p. 452 : pour l'auteur, le *capital social* d'une entreprise est la somme cumulée des neurones de chacun de ses collaborateurs, démultipliée par la confrontation de leurs meilleurs idées.

⁵³ RAY (J.-E.), « *La place de la négociation collective en droit constitutionnel* », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°45, oct. 2014.

⁵⁴ WILLMANN (Ch.), « *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... et l'emploi ?* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 767.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ WILLMANN (Ch.), p. 776.

trav.⁵⁷ entraîne le prononcé d'une amende administrative (elle ne peut excéder 10 000 euros par salarié concerné par le manquement)⁵⁸, trop faible, même si elle a été augmentée, pour être réellement dissuasive compte tenu de l'ampleur des fraudes parfois constatées⁵⁹. S'il est affiché la volonté de protéger l'emploi, il n'est pas certain que la législation protectrice permettra d'y concourir réellement. Il est donc possible de s'interroger sur la volonté réelle du législateur, quand elle existe. En effet, il peut apparaître inquiétant de voir l'ordre public de protection se flexibiliser à chaque promulgation de loi sociale. Cela peut laisser penser que le législateur n'aurait alors plus de réelle autonomie et serait l'objet des forces du marché : il deviendrait spectateur de sa propre impuissance.

L'efficacité visée n'est pas que macroéconomique. Le principe revient aussi à sélectionner les instruments les plus aptes à servir l'intérêt de l'entreprise et à abandonner, dans la mesure où elles ne sont pas d'ordre public minimal, les règles dont l'efficacité n'est pas avérée. C'est alors une analyse normative du droit qui est mise en œuvre par l'employeur qui cherche ainsi à déterminer la solution juridique souhaitable⁶⁰. La diversité des outils normatifs n'a fait que renforcer ce principe depuis quelques décennies. Faut-il ainsi rompre un contrat de travail en recourant au régime du droit au licenciement pour motif personnel, prenant appui sur le corps de règles issues de la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973, ou recourir à une rupture conventionnelle tel que le rend possible la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail ? Dans le même esprit, faut-il œuvrer pour renforcer le dialogue social et loyalement négocier pour tenter d'obtenir un accord majoritaire, ou profiter, à défaut, des possibilités de recourir à la validation d'un accord référendaire ? Le cas échéant, l'employeur fait le choix d'une vision édulcorée de la démocratie sociale, au détriment d'un ambitieux dialogue social⁶¹. Ce choix, au demeurant légitime à court terme sur le plan économique, peut le conduire à faire celui de la célérité face à la qualité. Cette différenciation qui se dessine au cœur de la volonté d'efficacité économique (macro ou microéconomique), invite à se pencher sur la notion de performance et celles qui lui sont proches : compétitivité et efficience.

⁵⁷ On peut qualifier cette décision d'incertaine, puisque le manquement le l'employeur doit être *répété ou grave* pour entraîner, par *décision motivée*, la suspension par l'employeur de la réalisation de la prestation de services concernée pour une durée ne pouvant excéder un mois.

⁵⁸ C. trav., art. L. 1263-6, *al.* 2.

⁵⁹ WILLMANN (Ch.), p. 775.

⁶⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 4.

⁶¹ Depuis l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, « *l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations* » ; V. C. trav., art. L 2232-12 *al.* 2. Le référendum n'est plus à l'initiative exclusive des syndicats « minoritaires ».

III – ECLATEMENT DE LA NOTION DE PERFORMANCE

10 – Indifférence du droit à l'égard de la performance - Le juriste n'est guère accoutumé au vocabulaire du gestionnaire ou de l'économiste. En témoigne notamment, l'absence d'une telle terminologie dans le dictionnaire de l'Association Henri Capitant ; il n'y figure aucune des notions couramment utilisées par le gestionnaire et l'économiste : efficacité, efficience, compétitivité, performance. On pourrait dire que ce *patchwork* de notions trouve cependant, mais de façon réductive, une certaine unité dans celle d'effectivité : « *Caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »⁶².

La notion d'*effet de droit*, quant à elle, ne traite que des conséquences juridiques résultant d'un acte (effet obligatoire du contrat), d'un délit (responsabilité), d'une loi, d'une décision juridictionnelle. Ainsi, depuis la révolution jurisprudentielle de l'arrêt du 28 février 2002 relatif à l'obligation patronale de sécurité⁶³, la conclusion du contrat de travail (en tant qu'acte juridique) a comme effet de créer une obligation de sécurité de résultat, puis la banalisation de la faute inexcusable de l'employeur, afin de mieux indemniser les victimes. Ainsi, dans l'arrêt du 5 mars 2008, le juge décide que « *l'obligation de sécurité de résultat à laquelle est tenu l'employeur lui impose d'adopter les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs et lui interdit en conséquence de prendre, dans l'exercice de son pouvoir de direction et dans l'organisation du travail, des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés* »⁶⁴.

11 – L'économique, objet du droit du travail - Si le droit du travail est longtemps resté indifférent quant à la rationalité de l'économie, son objet le prend progressivement en compte. Ainsi, les périmètres sociaux sont cernés en jurisprudence, et discutés en doctrine⁶⁵, car les choix politiques de l'employeur ont des conséquences sur la représentation de la collectivité de travail. L'entreprise peut être scindée économiquement en établissements distincts, ou reconstituer, indépendamment des découpages juridiques, une unité économique et sociale qui nécessite alors d'être représentée. Quel que soit le contexte, c'est l'institution qui est alors interrogée ; quel périmètre doit être représenté : celui qui relève de son fonctionnement ou de sa représentation théorique ? De sa réalité ou de son apparence juridique ?

⁶² CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017 (paupérisation).

⁶³ Soc., 28 fév. 2002, pourvoi n° 00-11.793, publié au bulletin.

⁶⁴ Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, publié au bulletin.

⁶⁵ V. Le dossier de Droit social, n° 11-12, nov. déc. 2012 « *Les périmètres sociaux de l'entreprise* ».

De la même manière, la promotion d'un *droit à la participation* témoigne cette fois-ci de la volonté de la norme à promouvoir la performance économique. Par-delà ses effets juridiques, dont la négociation collective et la participation du comité d'entreprise à la stratégie de l'entreprise peuvent témoigner, la norme, lorsqu'elle institue la participation à la gestion notamment, renforce la capacité de l'entreprise à créer, plus encore, de la richesse ; elle incite en effet à la responsabilisation⁶⁶. Ainsi, la représentation des salariés aux organes de gouvernance, permet de favoriser la coopération entre les parties au contrat de travail. Les arbitrages sont mieux acceptés par des salariés qui deviennent acteurs dans la gestion des risques ; concomitamment, leurs besoins sont potentiellement mieux pris en compte⁶⁷. On peut voir dans l'institution⁶⁸ du comité social et économique (CSE), et notamment de sa déclinaison apte juridiquement à négocier des conventions d'entreprise⁶⁹, un argument renforçant, plus encore, le droit à la participation. En effet, réunir les représentants du personnel et les organisations syndicales conduit à plus de dialogue entre les différentes institutions représentatives et donc plus de cohérence ; il en résulte un partage naturel de l'information et des décisions. Dans les sociétés avec délégué syndical, un conseil d'entreprise peut ainsi être mis en place par accord à durée indéterminée⁷⁰.

La reconnaissance conventionnelle d'une institution « fusionnée » semble pertinente pour l'économie du droit, dans la mesure où il n'y a plus de concurrence entre les organes de représentation : la jalousie suscite en effet le recours à d'autres plans d'affaires⁷¹ ; de la même manière, si chacun adopte un comportement coopératif⁷² il y aura un gain pour tous par

⁶⁶ AUZERO (G.), « *La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 1010 ; l'auteur relève cependant que l'oeuvre serait mieux achevée si à la participation, était associée un transfert de pouvoir.

⁶⁷ C. trav., art. L. 2323-7-1, al. 1 et 2 : « *Chaque année, le comité d'entreprise est consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, et sur leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages. Le comité émet un avis sur ces orientations et peut proposer des orientations alternatives. Cet avis est transmis à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, qui formule une réponse argumentée. Le comité en reçoit communication et peut y répondre* ».

⁶⁸ Décret n° 2017-1819 du 30 déc. 2017.

⁶⁹ V. *infra*, n° 197.

⁷⁰ C. trav., art. L. 2321-2 : « *Le conseil d'entreprise peut être institué par accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12. Cet accord est à durée indéterminée. Il peut également être constitué par accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical. L'accord précise les modalités selon lesquelles les négociations se déroulent au niveau des établissements* ».

⁷¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 109.

⁷² V. *infra*, n° 451.

rapport à ce qui prévaut si tous choisissent l'option non coopérative. Ce trait essentiel confère au jeu de coopération un caractère stratégique⁷³.

12 – La gestion des risques, ambition du droit du travail – Intégrer le volet de la gestion des risques influant elle-même la question économique au cœur du droit du travail, semble enfin légitime. Les économistes assimilent, en effet, le contrat de travail à une forme de contrat d'assurance. Dans la mesure où le salarié est protégé économiquement par un salaire fixe, il peut, par réciprocité, contribuer à protéger l'employeur, sujet aux effets des fluctuations économiques⁷⁴. Au-delà de l'effectivité de leurs droits, l'implication des salariés à la participation permet de renforcer leurs devoirs au regard d'exigences que doit prendre en compte l'entreprise et qui agissent sur ses intérêts économiques.

Le droit à l'environnement des salariés par exemple, qui se décline en droit d'alerte environnementale, fait d'eux des agents de veille quant aux risques sociaux et environnementaux. Dans le même temps, l'entreprise prévient des risques écologiques et juridiques. Il ressort ainsi de l'article L. 4133-1 C. trav. que « *le travailleur alerte immédiatement l'employeur s'il estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement* ». Il en résulte un renversement de l'obligation de sécurité, qui repose, cette fois-ci, sur le salarié⁷⁵. L'action de l'employeur qui vise à impulser leur responsabilisation progressive dans le traitement des risques, s'avère alors pertinente pour l'intérêt de l'entreprise. Elle renverse la charge de la responsabilité, « *alors même, qu'en principe, les responsabilités patronales et salariales répondent à un schéma de responsabilité du fait d'autrui* »⁷⁶. On y voit, enfin, un renforcement des capacités professionnelles des salariés, propice à l'économie du contrat de travail.

13 - Réalisme économique des notions courantes – Par delà leur polysémie, la plupart des notions utilisées par l'économiste renvoient aux implications économiques et juridiques.

⁷³ *Idem*, p. 53.

⁷⁴ DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », Droit social, n° 5, mai 2011, p. 555.

⁷⁵ C. trav. art. L. 4122-1, al. 1 : « *Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail* ».

⁷⁶ MONTEILLET (V.), « *Responsabilité patronale, responsabilité salariale : des ressources juridiques exploitables au service des enjeux environnementaux* », Les cahiers sociaux, n° 301, nov. 2017, p. 3.

L'*efficacité* est peu implantée en droit. Sa considération grandissante, par effet direct ou indirect, relève de l'américanisation du droit, à travers l'influence du mouvement réaliste de la norme. On peut cependant y voir, dans son acception juridique, un lien étroit avec sa définition économique. Alors que l'efficacité relève économiquement de l'idée d'accomplissement (du latin *efficere* = accomplir) et dont l'optimum de Pareto⁷⁷ témoigne parfaitement, sa conception juridique relève de la même espérance ; le Pr. Marie-Anne Frison-Roche indique qu'elle suppose l'accomplissement d'un projet : « *L'effet n'est pas que dans l'a posteriori, mais a lieu aussi dans l'a priori, c'est-à-dire que l'on a posé l'effet à attendre et que le phénomène en acte l'a produit* »⁷⁸. L'efficacité est alors le processus le plus achevé juridiquement, en ce qu'il rassemble l'effectivité du droit ainsi que son efficience.

L'*efficience* est plus commune, au moins dans l'objet de la norme de droit. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, ou encore la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, relèvent d'une volonté d'inscrire la norme dans une chaîne de causalité. Dans les entreprises de 50 à 300 salariés, il était attendu du regroupement des instances, à l'initiative de l'employeur, une simplification du dialogue social⁷⁹. De la même manière, il est attendu une meilleure rentabilité des opérations de flexibilité du travail, puisque désormais, le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) des entreprises en redressement ou en liquidation devra être proportionné au regard des moyens dont dispose l'entreprise, et non plus de la totalité du groupe auquel elle appartient. Il ressort de l'article 290 de la loi du 6 août 2015 que les mots « *dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* » sont remplacés par les mots « *sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie* ». Ainsi, le législateur restreint le champ d'application de l'obligation préalable de reclassement de l'employeur, à la France uniquement.

L'*efficience* s'inscrit au cœur de l'analyse économique du droit, mais reste moralement contestée, car elle représente le moyen le plus économique pour atteindre un objectif. La notion ne prend pas en compte les questions d'externalités : « *Les coûts de production de l'activité créant l'externalité sont sous-évalués, car les coûts engendrés pour autrui n'y sont*

⁷⁷ L'optimum de Pareto relève de l'efficacité collective d'un système économique ; « *l'efficacité est réalisée lorsqu'il n'est plus possible d'améliorer le bien-être (utilité, satisfaction) d'un individu sans réduire celui d'au moins un autre* » ; source : Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

⁷⁸ V. FRISON-ROCHE (M.-A.), « *L'efficacité des décisions en matière de concurrence* », Fondation pour l'innovation politique, La Lettre n° 13, juin 2005.

⁷⁹ L'article L. 2391-1 C. trav. a été abrogé par l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017.

pas incorporés »⁸⁰. Si on en mesure immédiatement les effets en matière d'environnement, les conséquences sociales d'une règle « trop » efficiente peuvent aussi être dévastatrices. En témoigne la « barémisation » des indemnités prud'homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, dans les entreprises de plus de onze salariés, prévue à l'article L. 1235-3 C. trav. qui a d'ailleurs fait l'objet de vifs débats, voire même d'une censure par le Conseil constitutionnel⁸¹. Celui-ci a, en effet, considéré que le critère de taille de l'entreprise était sans rapport avec le préjudice, méconnaissant ainsi le principe d'égalité devant la loi⁸².

14 – La performance est « morale » – En droit, la performance n'existe pas en l'état. Du point de vue du juriste, on peut cependant la rapprocher de celle d'efficacité, en tant que processus pleinement achevé. Économiquement, elle est souvent confondue avec la notion de *compétitivité*, qui se rapproche, elle, de l'efficience. Un ensemble conjugué de normes efficaces permet donc de renforcer l'aptitude de l'entreprise à faire face à une concurrence effective ou potentielle⁸³.

Ainsi, la barémisation des indemnités de licenciement, tout en réduisant le coût de la rupture du contrat de travail, améliore ainsi la *compétitivité-prix* de la firme. Il en est de même pour la « modulation » du temps de travail, qui permet de calculer sa durée, non plus sur la semaine, mais sur une durée pouvant atteindre trois ans. Le Pr. Pascal Lokiec précise qu'elle est « emblématique d'une volonté sans cesse plus prononcée d'accroître la flexibilité du temps de travail, et notamment de limiter l'impact des 35 heures »⁸⁴. Ces évolutions contemporaines se révèlent déterminantes dans les pays développés où les gains de productivité sont déjà élevés, et où le coût du travail reste lui aussi important. Si en Europe, les coûts horaires du travail sont très dispersés, la France se situe au 5^{ème} rang des pays où ils sont les plus élevés, derrière les pays nordiques⁸⁵.

⁸⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 80.

⁸¹ Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

⁸² V. Liaisons sociales, Les thématiques, « Barème d'indemnisation », n° 54, 1er déc. 2017. Désormais, en application de l'ordonnance, le juge doit respecter un barème qui fixe à la fois un plancher et un plafond d'indemnisation, exprimés en mois de salaire brut, en fonction de l'ancienneté du salarié en années complètes ; Le barème ne tient pas compte d'un critère de taille de l'entreprise. Mais, par dérogation au barème de droit commun, un barème spécifique est applicable aux licenciements effectués dans une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés. C'est juste s'il respecte le barème que le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain pour fixer l'indemnité en fonction du dommage subi par le salarié.

⁸³ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

⁸⁴ LOKIEC (P.), « La modulation du temps de travail », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 957.

⁸⁵ EUROSTAT, « Coûts de la main-d'œuvre dans l'UE », 58/2017, 6 avr. 2017 ; 5^{ème} sur 28 pays, derrière le Danemark (1^{er}), la Belgique, la Suède, le Luxembourg.

Dans le même temps, le droit du travail porte, de façon endogène, une aptitude à renforcer la *compétitivité-structurelle* de l'entreprise. L'institution du télétravail par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, y contribue dans la mesure où elle permet de développer l'autonomie du travailleur⁸⁶. Pour le Pr. Jean-Emmanuel Ray celle-ci est triple : autonomie professionnelle concernant l'exercice du métier, autonomie technique, concernant l'utilisation permanente des TNIC, aptitude à gérer ses propres horaires de travail et de repos⁸⁷. En renforçant les *libertés concrètes* du salarié⁸⁸, le dispositif incite à la liberté *dans* le travail et à la liberté *du* travail désintéressé. En le développant chez certains profils de salariés, l'employeur cherche rationnellement à développer la confiance, la qualité du travail et l'innovation. Il met en oeuvre un acte engageant, dont il attend la facilitation de l'économie du contrat⁸⁹. En cela, le droit du travail réduit l'opportunisme et permet d'encadrer l'incomplétude du contrat de travail. Il semblerait qu'il soit d'ailleurs difficile d'envisager une autre hypothèse dans un capitalisme immatériel qui, tant à sa conclusion qu'au cours de son exécution, se voit dans l'impossibilité de permettre de détailler l'ensemble des éventualités touchant au contrat. Le contrat de travail paraît, en effet, emblématique d'une « fiction de contrat complet »⁹⁰.

Mais la performance semble se placer au-delà de ces notions, en tout cas, la performance globale. D'un point de vue restrictif, une entreprise compétitive est performante, car elle accomplit les objectifs qu'elle s'est fixés. Flexibiliser le travail en licenciant à moindre coût, ou en recourant, par exemple, à l'extériorisation de l'emploi, renforce sa compétitivité-prix. Elle est alors, à la fois efficace (elle atteint des objectifs) et efficiente (à moindre coût). D'un point de vue extensif, la capacité de la firme à atteindre ses différents objectifs dans différents domaines de gestion, est autrement plus ambitieux. Il s'agira ainsi de créer suffisamment de valeur pour les actionnaires (performance financière), de respecter les normes environnementales (performance sociétale) et de prendre en compte les motivations des parties prenantes que sont les salariés (performance sociale).

Dans son concept extensif, il est permis de percevoir le critère de performance comme supérieur à tous les autres. Le phénomène d'agrégation qui l'innerve doit alors s'assurer de

⁸⁶ C. trav., art. L. 1222-9 relatif au télétravail, modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017, qui permet sa mise en place, non plus uniquement sur des bases contractuelles, mais conventionnelles. Jusqu'à présent, le recours au télétravail était soumis à un accord entre l'employeur et chaque salarié concerné. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance, il peut être mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou, à défaut, en application d'une charte d'entreprise.

⁸⁷ RAY (J.-E.), « *Légaliser le télétravail : une bonne idée ?* », Droit social, n° 5, mai 2012, p. 445.

⁸⁸ SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993, p. 719.

⁸⁹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 171.

⁹⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 170.

l'effectivité du principe du consentement et du respect des droits individuels et collectifs⁹¹. C'est en portant un regard particulier sur ces critères que l'on pourra considérer qu'un changement d'état du droit développera la performance.

Ces postulats ont valeur de validation de tout changement d'état de la norme en droit du travail au sens de Posner. Le principe de consentement, par exemple, revient à exclure toute situation de forçage de l'acceptation du salarié, en s'assurant qu'il soit réel. Il est alors permis de s'interroger sur les situations d'assentiment supposé que le droit du travail a désormais tendance à encourager. En matière de relations individuelles, les clauses de variation du contrat, telles les clauses de mobilité, semblent particulièrement concernées par cette interrogation. Elles organisent par anticipation la modification du contrat par la seule volonté de l'employeur. Contractuellement admises car consenties à l'avance par le salarié, l'employeur ne ferait que respecter son consentement initial, lors de leur mise en oeuvre. Pourtant, objectivement, elles ne peuvent être valables que si la zone géographique d'application a été suffisamment définie initialement. Subjectivement, la situation sociale du salarié a ensuite pu changer entre le moment de la mise en oeuvre et celui de l'acceptation. Le consentement en devient hypothétique. De la même manière, il est permis de s'interroger sur les situations de forçage du consentement permises par la loi en matière de relations collectives : prévalence du statut collectif sur le statut individuel du contrat, référendum en entreprise notamment. Au regard de la performance sociale, l'acceptation de chacun des salariés pose alors question.

IV – PROBLEMATISATION DU SUJET

15 – L'efficience est contestable, la performance désirable – Selon le critère d'efficience utilisé, l'approche économique du droit du travail peut s'avérer aussi réductrice que sa légitimité par la légalité. Elle rend le droit injuste car le niveau de compensation obtenu par les perdants, souvent les salariés, n'est pas choisi mais subi. C'est ainsi, que dans un souci de justice, maximisant la liberté du travail tout en minimisant les inégalités sociales et économiques, il semble n'y avoir d'autre solution que d'envisager la question de la performance.

16 – *Exit* les analyses traditionnelles de l'économie du droit du travail – Les analyses traditionnelles en matière d'économie du droit du travail relèvent de deux logiques. La première est d'ordre macroéconomique : il s'agit de tester les relations globales qui peuvent

⁹¹ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *Posner : l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003, pp. 76 et s.

exister entre les règles juridiques encadrant les relations de travail et leur performance économique. La seconde relève de la microéconomie : elle étudie les mécanismes à l'oeuvre entre le droit du travail et ses conséquences économiques, mais à l'aune de l'entreprise ou du contrat de travail.

Globalement, il s'agit de s'intéresser aux logiques qui permettent de rendre le marché du travail plus « efficace ». Le salarié est alors catégorisé (dualité du marché du travail)⁹² et souvent « érigé » au rang de marchandise échangée sur un marché : il est alors intéressant de se demander quel est le statut, voire la « valeur » du corps du travailleur sur ledit marché. L'univers contractuel n'aide pas à le restaurer, dans la mesure où il ne connaît que les concepts de créancier et de débiteur, de prestation et d'inexécution : « *Les personnes elles-mêmes n'y apparaissent que le fugitif instant de l'échange des consentements* »⁹³, dont on sait par ailleurs qu'il peut n'être qu'hypothétique⁹⁴. De cette logique propre aux institutions (gouvernement, OCDE, Banque mondiale, etc.) et réflexions doctrinales (démarches néoclassique, keynésienne, économie du déséquilibre, etc.) découlent des contreparties immédiates en terme de prescriptions de politiques publiques. Elles encouragent le plus souvent des modifications de la législation du travail dont les salariés sont les premières victimes. Les analyses keynésiennes devenant inefficaces, c'est un encouragement à la flexibilité du prix du travail (baisse du salaire minimum) ou à celle des quantités de travail (affaiblissement de la législation protectrice de l'emploi) qu'elles aboutissent. Si la performance économique est visée, ces analyses sont fortement réductrices et génèrent de nombreuses injustices. Elles sont par ailleurs incomplètes ; en effet, la rationalité de l'employeur s'exerce sous l'emprise d'une norme dont la production relève aussi du juge et des acteurs chargés de la mettre en oeuvre.

En matière d'analyse microéconomique, un objet d'étude est particulièrement usité : la résolution des litiges du travail. Il complète largement l'acception globale de l'économie du droit du travail, qui, à défaut de prise en compte des fondements microéconomiques, s'avère particulièrement défavorable à la « performance » du contrat dans son sens extensif. Un point de convergence évident entre ces deux perspectives est l'interrogation constante concernant l'impact des juridictions, et plus spécifiquement du juge du fond, sur la mise en oeuvre du

⁹² DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, p. 264 : ces logiques étudient comment les droits du travail différents et des contrôles judiciaires plus ou moins larges peuvent générer des situations de dualisme du marché, en termes de protection et de garanties juridiques.

⁹³ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 51.

⁹⁴ V. *supra*, n° 14.

droit, et, *in fine*, sur les performances économiques⁹⁵. Cette situation semble insatisfaisante au regard d'une performance, qui pour devenir « morale » ou tout au moins éthique, devra s'assurer de l'effectivité du principe de consentement et de respect des droits individuels et collectifs des salariés.

17 – Promotion d'une voie nouvelle – Qu'il s'agisse de l'analyse macroéconomique ou microéconomique, il semble alors opportun d'explorer une voie nouvelle qui consisterait à ne pas réfléchir à l'extérieur des frontières du contrat, mais en son sein. L'analyse économique traditionnelle semble trop libérale. Elle considère trop souvent le contrat comme une « boîte noire » alors qu'il convient, afin d'envisager sa performance, de réfléchir aux ressorts de son économie.

18 – Renforcement de la coordination des parties - Une *nouvelle* analyse économique du droit du travail viserait tout d'abord à renforcer la coordination des parties au contrat. C'est ce qu'il ressort de la synthèse qui peut être faite de plusieurs situations contentieuses et analytiques.

Sur le plan de la production de la norme de droit, et prenant appui sur l'article L. 1 C. trav.⁹⁶, le Pr. Pierre-Yves Verkindt promeut une vision utilitariste du dialogue social, en tant que moyen au service de la démocratie sociale⁹⁷. Cette dernière est associée à la nécessaire concertation sociale⁹⁸ mais aussi à la coexistence avec la norme légale, dont on attend, même subsidiairement, la garantie de l'intérêt général : « *La démocratie sociale n'a pas à se substituer à la démocratie représentative et l'intérêt collectif professionnel, aussi légitime*

⁹⁵ DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), p. 291-292 : les auteurs exposent l'analyse de MM. Blanchard et Tirole (2004) qui proposent de réformer le système de protection de l'emploi en France en mettant en place un système unique de protection de l'emploi, une responsabilisation financière de l'entreprise qui licencie, tout en radiant le rôle du système judiciaire dans le cadre d'un conflit consécutif à un licenciement. Ils s'inspirent notamment du principe de "pollueur-payeur" (exit le financement de l'assurance chômage par mutualisation, mais par internalisation du coût de la décision).

⁹⁶ C. trav., art. L. 1, al. 1, 2, 3 : « *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. A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation* ».

⁹⁷ VERKINDT (P.-Y.), « *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale* », Droit social, n° 5, mai 2010, p. 520 ; l'auteur définit la démocratie sociale à la fois comme une valeur (un projet) et un mode d'agencement des pouvoirs.

⁹⁸ *Idem*, p. 521.

soit-il, n'a pas à prendre le pas, dans une démocratie, sur l'intérêt général »⁹⁹. Le dialogue apparaît ainsi comme un moyen de renforcer la coexistence d'un ensemble de légitimités. Conduit sous l'égide de la loyauté, il élude le risque d'opportunisme que pourrait représenter, par exemple, l'instrumentalisation des partenaires sociaux¹⁰⁰. C'est ainsi que le droit du travail peut promouvoir des postures profitables à la loyauté du dialogue social : « *La norme juridique peut contraindre au respect d'une règle du jeu par les parties en présence* »¹⁰¹. Cette invitation de l'auteur trouve consécration avec les évolutions textuelles issues de la généralisation progressive de l'accord majoritaire. L'ensemble du droit de la négociation est impacté : initiative et périodicité des négociations (C. trav., art. L. 2222-3 *modifié*), durée limitée des accords à cinq ans (C. trav., art. L. 2222-4 *modifié*), clauses de revoyure (C. trav., art. L. 2222-5-1 *nouv.*)¹⁰². La consécration reste partielle dans la mesure où l'absence de ces dispositions n'entraîne pas la nullité de l'accord. Le législateur ne fait donc qu'inciter ici à la coordination, ce qui, au demeurant, semble pertinent pour l'économie du droit : « *Les interactions se développant entre les parties apparaissent en grande partie guidées par des facteurs juridiques* »¹⁰³.

Sur le plan individuel, le nouveau versant de l'analyse économique du droit permettrait de promouvoir les évolutions normatives évinçant la méfiance originelle des contractants. Alors que la conclusion du contrat repose sur un principe d'égalité des parties, la relation de travail s'instaure sous l'égide de *l'état* de subordination ; il est permis de soutenir qu'en situation de chômage de masse ledit rapport de forces soit élevé. Le principe de consentement défendu par Posner trouve ici toute sa place : il ne doit pas être hypothétique¹⁰⁴. La nécessaire coordination des parties suppose donc d'éviter tout risque de consentement « forcé » ou d'exploitation du salarié, en le confondant avec un simple moyen de production. Dans ce contexte, on peut postuler que l'engagement préalable de l'employeur à respecter des règles éthiques, ou à faire bénéficier au salarié de l'efficacité possible du contrat, promeut la confiance réciproque. L'obligation élémentaire de fournir le travail convenu au salarié relève de cette logique, même si elle est réductive : comment envisager une exécution loyale et performante des obligations contractuelles lorsque le salarié est remplacé dans ses fonctions

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ *Idem*, p. 522.

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² Clauses de revoyure ou de rendez-vous : la convention ou l'accord doit définir ses conditions de suivi et comporter des clauses de rendez-vous ; si l'absence de ces dispositions n'entraîne pas la nullité de l'accord, la loi prévoit toutefois une exception pour les accords conclus en vue de la préservation ou du développement de l'emploi : l'absence de préambule entraîne leur nullité (C. trav., art. L. 2254-2, I).

¹⁰³ DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), p. 292.

¹⁰⁴ V. *infra*, n° 179.

de rédacteur en chef sans qu'aucune autre affectation ne lui soit proposée¹⁰⁵ ? Témoigner au salarié de la considération apportée à sa personne, dès la conclusion du contrat, permet, de la même manière, d'inhiber tout risque de défiance. C'est ce qu'il ressort de l'insertion de clauses incitatives promouvant à la fois, « *un nécessaire effort productif et laborieux des agents* »¹⁰⁶ et un lien direct et certain entre récompense et engagement du salarié. Cette invitation n'est pas spécifique à l'analyse économique du droit, Mme Vanessa Monteillet soutenant qu'il relève de la responsabilité de « *l'employeur d'impulser une organisation méthodique des risques dans l'entreprise* »¹⁰⁷. Les clauses d'objectifs répondent de ces invitations doctrinales. Elles se révèlent, dans le même temps, un moyen de promouvoir la *flexicurité* du contrat de travail dans la mesure où le risque économique se répartit entre les contractants et que l'inexécution desdites clauses ne peut forger un motif de licenciement¹⁰⁸.

19 – Nécessité de la coopération des parties au contrat – Le niveau de performance de l'entreprise semble déterminé par la combinaison des systèmes de production, de gestion et de logistique avec les impératifs liés à la gestion des personnes¹⁰⁹. Pour Mme Maud Gautier, si cette affirmation implique un encadrement, par le juge, des clauses de rendement, on peut considérer plus largement que la norme dans son ensemble, en tant qu'acceptation générale et quelle qu'en soit sa source, doit encourager les contractants à la coopération. C'est aussi ce que soutiennent deux auteurs, MM. Serge Schweitzer et Loïc Floury, qui précisent que « *si le contrat a pour but de produire des effets de droit afin d'assurer le bon déroulement de l'échange économique, encore faut-il que le système juridique puisse s'assurer de l'application effective de l'efficacité de ce dernier* »¹¹⁰.

Avant que l'intervention du juge ou que la règle de droit ne vienne réguler le fonctionnement du contrat, il semble nécessaire d'encourager la liberté contractuelle. En effet, dans sa

¹⁰⁵ Soc., 3 nov. 2010, pourvoi n° 09-65.254, publié au bulletin.

¹⁰⁶ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *Posner : l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003, p. 82.

¹⁰⁷ MONTEILLET (V.), « *Responsabilité patronale, responsabilité salariale : des ressources juridiques exploitables au service des enjeux environnementaux* », Les cahiers sociaux, n° 301, nov. 2017, p. 4.

¹⁰⁸ Soc., 12 fév. 2014, pourvoi n° 12-11.554, publié au bulletin : La lettre de licenciement fixe les limites du litige, et aucune clause du contrat ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera en elle-même une cause de licenciement. Ne tire pas les conséquences légales de ses constatations la cour d'appel qui, après avoir relevé qu'aux termes de la lettre de licenciement, le licenciement était motivé exclusivement par l'application d'un article du contrat prévoyant la rupture en cas de retrait de permis de conduire, déclare fondé le licenciement du salarié au motif que la suspension de son permis de conduire a créé un trouble caractérisé dans le fonctionnement de l'entreprise ; Soc., 6 mai 2002, pourvoi n° 00-41.992 : L'insuffisance de résultats ne constitue pas en soi un motif de licenciement, le juge devant relever le caractère réaliste des objectifs, et le fait que la défaillance du salarié résulte d'un comportement fautif ou d'une insuffisance professionnelle.

¹⁰⁹ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, Lyon III, 2011, p. 311.

¹¹⁰ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 193.

conception économique, « *un contrat devrait être valide toutes les fois qu'il procure aux parties contractantes un gain de Pareto* »¹¹¹. La discussion¹¹² et la négociation sont des façons d'assurer que l'entente créera effectivement ce gain. Employeur et salarié peuvent donc, dès sa conclusion, s'engager au-delà de leurs obligations minimales. Cet engagement résultera notamment des dispositions de l'article L. 1163 C. civ. selon lequel « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». On note que la prestation doit être possible. Ainsi, en matière de clause de rendement, lorsque le juge en encadre la mise en oeuvre, il apprécie sa validité au soutien de moyens concrets satisfaisant aux réalités factuelles et économiques. Un juste équilibre est ainsi adopté entre la force obligatoire du contrat exprimé à l'article L. 1103 C. civ. (nouv.) et la nécessaire « *adaptation aux contingences de performance de l'entreprise* »¹¹³. La consécration de la révision pour imprévision prévue à l'article L. 1195 C. civ.¹¹⁴, qui vient donner plus de force à la jurisprudence de l'arrêt *Huard* de 1992¹¹⁵, invite les parties à mieux négocier et exécuter le contrat de travail de bonne foi.

Sur un plan plus global, la nécessité de la coopération résulte de l'obligation posée à l'entreprise d'être compétitive : « *Dans un monde de plus en plus concurrentiel de gagnants et de perdants, le marché récompense d'ordinaire les meilleures pratiques économiques, tandis que les firmes à la traîne se retrouvent progressivement sur la touche* »¹¹⁶. Afin de renforcer les positions en place ou à conquérir, la finalité économique des contrats de travail doit être étayée. La coopération doit ainsi suppléer à toute forme de défiance entre les parties au contrat ; c'est elle qui permettra à la loyauté d'en devenir un des effets et pas seulement

¹¹¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 166.

¹¹² V. *infra*, n° 264.

¹¹³ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, Lyon III, 2011, p. 311.

¹¹⁴ C. civ., art. 1195 (mod.) : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

¹¹⁵ Com., 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18.547, publié au bulletin : « *Une cour d'appel a pu décider qu'une société pétrolière n'avait pas exécuté de bonne foi le contrat de distributeur agréé conclu avec l'exploitant d'une station-service dès lors qu'il résultait de ses constatations et appréciations qu'en l'absence de tout cas de force majeure le fournisseur avait privé le distributeur des moyens de pratiquer des prix concurrentiels* » ; ainsi, le refus de renégociation du contrat en cas de changement important peut être sanctionné par des dommages et intérêts contractuels.

¹¹⁶ CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2001, p. 133.

une condition. Comme indiqué précédemment, l'acte préalable de l'employeur incite le salarié à satisfaire au mieux à ses obligations contractuelles. L'importance des enjeux économiques et humains justifie ainsi « *l'intérêt qu'a l'entreprise pour l'action à mener sur les conditions de travail, la sécurité, la santé et le bien-être au travail* »¹¹⁷. Ce sera le cas notamment si elle encourage le *droit à la déconnexion*¹¹⁸ visé à l'article 17 de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 19 juin 2013 relatif à la qualité de la vie au travail : il apparaît en effet que « *la compétitivité des entreprises passe notamment par leur capacité à investir et à placer leur confiance dans l'intelligence individuelle et collective pour une efficacité et une qualité du travail. Elle dépend aussi de leur aptitude à conjuguer performances individuelles et collectives dans le cadre du dialogue social. La qualité de vie au travail contribue à cette compétitivité* ».

20 – La coopération comme ambition – Le choix rationnel qui est opéré par l'employeur n'est pas certain. L'information qu'il détient peut tout d'abord être erronée et avoir un caractère déterminant pour l'exécution contractuelle¹¹⁹. Ensuite, le choix se réalise au sein « d'espaces d'éventualités » trop vastes pour le temps et les ressources qu'il peut y consacrer : sa rationalité en devient limitée¹²⁰. Enfin, les réalités sur lesquelles il opère comportent une part de risque et d'incertitude : si le risque peut être prévenu (clause de non concurrence par exemple) ou couvert (assurance-chômage par exemple), l'incertitude ne bénéficie d'aucune protection contractuelle ; l'opportunisme d'un salarié devenu trop autonome, tout comme un salaire contractuel qui ne correspondrait plus à la productivité réelle du salarié peuvent relever de cette incertitude : ils nuisent à la performance du contrat de travail.

¹¹⁷ PERETTI (J-M), *Gestion des ressources humaines*, Vuibert, 2016, p. 183.

¹¹⁸ ANI « *Qualité de vie au travail* » du 19 juin 2013, art. 17 : les entreprises « *rechercheront, après avoir recueilli le point de vue des salariés sur l'usage des TIC dans l'entreprise, les moyens de concilier vie personnelle et vie professionnelle en tenant compte des exigences propres aux caractéristiques de l'entreprise et des fonctions exercées, par l'institution, par exemple, de temps de déconnexion, comme cela se pratique déjà dans certaines entreprises. Elles pourront mettre en place des actions de sensibilisation sur le bon usage des TIC auprès des salariés et du management* » ; V. aussi Liaisons sociales, Les thématiques, « *Définition du droit à la déconnexion* », n° 48.

¹¹⁹ Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-21.521 : le juge a estimé que le licenciement d'un directeur régional des ventes est justifié dans la mesure où l'employeur a été manifestement trompé (dol) ; l'employé avait en effet, à trois reprises, volontairement dissimulé la réalité de sa situation professionnelle en faisant croire qu'il était engagé par l'entreprise X dont l'activité consistait dans la vente de produits correspondant à la spécialisation de l'employeur et qu'il était avéré que la présence alléguée du salarié dans cette entreprise avait été déterminante pour l'employeur. Du fait de cette dissimulation d'information, la jurisprudence a relevé une manœuvre dolosive : dissimulation intentionnelle par le salarié, caractère déterminant pour la victime.

¹²⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), p. 40.

L'analyse économique du droit propose une solution qui apparaît comme imparfaite : « *C'est l'intéressé lui-même qui assume le risque. Il fait alors acte d'entrepreneuriat* »¹²¹. L'organisation de l'engagement des parties au contrat peut toutefois la limiter. Parce qu'il est soumis au paradigme de la flexibilité, l'employeur peut ainsi prévoir des stipulations contractuelles qui permettront de négocier la mobilité géographique. Parce qu'il désire inciter au rendement du contrat de travail, il pourra initier une démarche de négociation de clauses d'objectifs. Plus généralement, introduire une démarche éthique volontariste, tant dans les relations individuelles que collectives du travail, semble pouvoir limiter le risque d'incertitude. Pour y parvenir, il s'agira de promouvoir la confiance en toutes circonstances. Le droit dispose pour cela d'un outil conceptuel, aussi polyvalent qu'ouvert à la diversité des situations : on veut ici soutenir qu'il s'agit de la bonne foi. Son principe est posé par l'article L. 1104 C. civ. (*mod.*) qui reprend et complète largement l'*al.* 3 de l'article 1134 C. civ. (*anc.*)¹²². La certitude du droit ne tolérant cependant pas que la relation contractuelle laisse trop de place à une possible intrusion du juge, il conviendra d'opérationnaliser la loyauté. C'est uniquement pour les cas inédits d'incertitude que la bonne foi restera alors un principe disponible : elle est donc à la fois un concept qui sous-tend de nombreuses institutions (elle irrigue le droit civil du contrat) et un concept d'application directe dans des cas exceptionnels¹²³.

21 – Un engagement contingent – Une relation de travail qui se réalise sous-couvert de la loyauté réciproque ne peut être profitable à la performance de l'entreprise que si elle se conjugue de façon harmonieuse avec d'autres parties prenantes.

Certaines relèvent du pouvoir capitalistique : il s'agit des porteurs de titres. Parce qu'ils ont le pouvoir de nomination des organes de direction, ils ont le pouvoir d'influencer la qualité de la relation contractuelle¹²⁴. D'autres relèvent de l'évolution d'un capitalisme qui fonctionne de plus en plus en réseaux¹²⁵, conséquence de la nécessité pour les entreprises de réagir au déclin réel (ou redouté) de leur rentabilité à la fin des Trente Glorieuses¹²⁶. Si certaines ont alors flexibilisé le travail par les prix ou par les quantités, la véritable ambition fut, à la fois de trouver de nouveaux marchés et de sécuriser le maintien *dans* l'emploi et, à défaut, *en* emploi.

¹²¹ *Idem*, p. 47.

¹²² C. civ., art. 1134 (*anc.*) : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

¹²³ MACKAAY (E.), PARENT (A.), p. 172.

¹²⁴ V. *infra*, n° 461.

¹²⁵ V. CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2001.

¹²⁶ V. *infra*, n° 87.

Le droit de l'emploi¹²⁷ a probablement permis de limiter les conséquences provoquées par l'émergence d'une croissance atone ; cependant, de nouvelles formes d'emploi sont apparues (portage salarial, extériorisation de l'emploi) et ont vu des tiers s'introduire dans la relation traditionnelle de travail¹²⁸. La performance traditionnelle de la relation de travail doit alors s'adapter à ces nouvelles contingences.

V – PLAN DE L'ETUDE

22 – Le droit du travail, un droit pragmatique pour une institution responsable - Sous l'influence du droit comparé, mais aussi de celle, déterminante, du législateur, le droit du travail est devenu un droit « réaliste » ; il arbore dorénavant une capacité à prendre en compte divers domaines d'influence qui lui ont permis, tout en s'éloignant du positivisme légaliste, de se rapprocher de la réalité factuelle. Dans le même temps tout en étant effectif, il peut désormais l'influencer. Le droit du travail en devient pour l'entrepreneur-employeur, sinon une ressource, tout au moins un « droit vivant », pertinent, car adapté aux réalités vécues par l'entreprise. Il est désormais apte à servir la performance d'une entreprise qui vise d'autres finalités que la pure rationalité¹²⁹.

En effet, celle-ci est bien plus qu'une fiction instituée par le législateur (C. civ. art. 1832) ou qu'une « boîte noire », consistant à regrouper dans un ensemble abscons tous les détails de son activité : le droit des sociétés ainsi que les économistes contractualistes refusent de s'occuper de son organisation ou d'en envisager la complexité. Comme droit vivant, le droit du travail rentre au cœur de ce « nœud de contrats » pour permettre d'en organiser la réalité sociale : l'apparence juridique devient alors une institution réelle requérant la constitution d'un nouveau compromis social : c'est ainsi qu'il convient de doter l'entreprise capitaliste d'un gouvernement digne de ce nom : légitime, raisonnable, intelligent¹³⁰ afin de faire vivre « *un idéal démocratique au cœur de la création et du partage de la valeur* »¹³¹.

¹²⁷ V. *infra*, n° 83.

¹²⁸ V. *infra*, n° 546.

¹²⁹ Postulat soutenu fermement par les économistes du paradigme libéral et notamment, l'économiste Serge Schweitzer, enseignant à Aix-Marseille Université. Pour lui, « *le pouvoir est détenu par le consommateur en dernier ressort* » ; le dessein de l'entreprise est donc de la satisfaire : « *Le patron n'est pas le patron* » proclame-t-il lors du colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

¹³⁰ CHASSAGNON (V.), FERRERAS (I.), « *Nous aussi, nous aimons l'entreprise* », Le Monde, 24 janv. 2015, p. 7.

¹³¹ CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 33.

On étudiera donc successivement :

PARTIE I : POUR UNE PERFORMANCE FACILITEE PAR LE DROIT DU TRAVAIL,

PARTIE II : POUR UNE PERFORMANCE MAITRISEE PAR LE DROIT DU TRAVAIL.

PREMIERE PARTIE

POUR UNE PERFORMANCE FACILITÉE PAR LE DROIT DU TRAVAIL

23 – Rationalité et normes de droit - Depuis près d'un demi-siècle, la doctrine *law and economics* théorise une évolution empirique qui fait prévaloir la rationalité économique sur le cadre figé qu'a pu, dans le passé, offrir le raisonnement juridique classique.

Les règles juridiques peuvent ainsi être vues comme des mécanismes incitatifs influençant la rationalité (parfaite) des acteurs du marché, ou régulant *a minima* le pouvoir de négociation entre les parties. La rationalité s'exerce alors au moyen d'arguments qui permettent de maximiser l'utilité au sein d'un bloc d'opportunités¹³² ; celui-ci est constitué du contexte décisionnel, de la structure de l'information et des contraintes qui se posent de façon exogène aux agents. Cette théorie de l'action, valide au sens de l'économie du droit, renforcerait *a priori* la performance de l'entreprise.

Mais certains vont plus loin en ouvrant « la boîte noire du droit ». Dans une vision positive, sinon normative de l'analyse économique du droit, le droit peut ou doit être influencé par la réalité sociale. En l'occurrence, au-delà des pures solutions juridiques classiques, l'analyse posnérienne invite le juge à maximiser l'utilité des agents. On y voit une conséquence évidente : les intérêts des salariés pourraient être sacrifiés au bénéfice de ceux, exclusifs, l'employeur. Ce sacrifice est efficient au sens de l'économie du droit puisque la richesse globale en sortirait grandie : des salariés pourraient ainsi légitimement voir rompu (abusivement) leur contrat de travail, si indemnisés, l'efficacité économique de la firme en sort grandie. Dans ces conditions, pour M. Richard Posner, « *le droit mime le marché* »¹³³, l'efficacité devenant alors un but légitime du droit. Sous la plume de Posner, le droit devient un élément essentiel de coordination alternatif au marché.

¹³² Pour le "bloc des opportunités", V. DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, p. 18 : la rationalité est supposée parfaite en ce que l'agent détient toutes les informations pertinentes pour prendre les décisions, est doté de capacités de traitement de l'information illimitées et, enfin, est plongé dans un environnement institutionnel sur lequel il n'a pas de prise (le droit est une donnée exogène). Mouvement initié par Becker dans les années 1950 et 1960.

¹³³ *Idem*, p. 25.

Concomitamment, le Pr. Alain Supiot observe que la règle en droit du travail devient de plus en plus obscure en ce qu'elle ne cesse de s'éloigner de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹³⁴. Pour l'auteur, « *au lieu que le calcul économique soit placé sous l'égide de la loi, c'est la loi qui est placée sous l'égide de ce calcul* »¹³⁵. A l'analyse, même si elle peut paraître quelque peu abrupte sinon acerbe au regard de la tradition civiliste de notre système juridique, cette affirmation témoigne bien d'une évolution qui n'a d'autre *imperium* que celui du réalisme juridique : la loi devient réduite à l'état d'outil de la politique économique¹³⁶. On y voit la validation par la réalité des thèses d'une économie du droit, qui sans devenir normative au sens de M. Richard Posner, devient tout au moins *positive*¹³⁷. En France, la loi du travail s'inscrit désormais dans une démarche pratique créant des capacités d'agir et organisant notamment le règlement pacifié des intérêts conflictuels : « *Il s'agit d'une démarche sociologique qui investit l'étude des situations d'actions, c'est-à-dire du rapport actif entretenu par les acteurs sociaux avec les dispositions juridiques* »¹³⁸. La rupture conventionnelle du contrat de travail ou la transaction témoignent, par exemple, de cette évolution.

24 – Une économie du droit normative - Selon cette doctrine, le droit se doit d'être tel qu'il est perceptible par l'expérience : seuls ses effets comptent et c'est à cette aune que seront distinguées les règles de pure forme, propres au dogmatisme juridique, des seules règles réelles. Parmi les facteurs qui motivent ce changement majeur, on citera trois phénomènes convergents.

Dans un contexte de concurrence accrue, et malgré quelques tentatives de gouvernance régionalisée, on observe tout d'abord l'étonnant *hiatus* entre les activités économiques et financières qui se développent à une échelle régionale et mondiale et les ordres juridiques qui restent rattachés aux États. Ensuite, on prend conscience de la perte d'influence structurelle du législateur sur le cours de la production de richesses, des échanges et de l'équité en matière de relations individuelles et collectives du travail. Enfin, il faut faire état du constat sans cesse renouvelé de la volonté des acteurs économiques de voir consacrée la prévalence de la logique

¹³⁴ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999. Cet idéal reste contesté ; le Pr. Alexandre FLÜCKIGER (Genève) indique dans les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 21, Dossier : La normativité, en janvier 2007, que « *l'idée de lois claires, tout à la fois lisibles et précises, est un idéal ; idéal chaque fois revendiqué mais jamais atteint. Parfaitement précise et prévisible, la loi deviendrait terriblement lourde et compliquée ; légère et simple, la réalité la rattraperait rapidement, car la complexité évitée se reporterait immédiatement sur les textes d'application, sur la jurisprudence et la pratique* ».

¹³⁵ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, PUF, 6^{ème} édition 2016, p. 35.

¹³⁶ Pour l'auteur, « *la loi dégénère en bavardage normatif abscons et inconstant* », source : *ibidem*.

¹³⁷ V. DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), préc., pp. 20 et s.

¹³⁸ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 5.

économique sur la régulation juridique ; le cas échant, l'efficacité économique devient érigée au rang de valeur éthique, ce qui valide moralement, dans notre système juridique, la vision normative de l'économie du droit posnérienne.

Cela induit que, pour la plupart des agents, la raison économique est intelligence. Elle renvoie à des principes, cadres de l'action, et procède alors par enchaînements de concepts. La conséquence se révèle lorsqu'on observe l'instrumentalisation de la règle de droit qui en découle. C'est alors que certains des caractères fondamentaux de la règle traditionnelle s'en trouvent brisés, qu'il s'agisse des relations individuelles ou collectives. Dernièrement, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation de la relation de travail, et qui institue le plafonnement des indemnités de licenciement dans des entreprises d'au moins onze salariés, a renforcé cette volonté d'efficience du droit. En effet, ces dispositions tempèrent, par exemple, les principes de cause réelle et sérieuse de licenciement¹³⁹ ainsi que d'appréciation souveraine du préjudice par le juge¹⁴⁰. En matière de contentieux des référenda en entreprise ensuite, le Pr. Alexis Bugada soutient que la célérité des délais pour agir¹⁴¹ est de nature à fragiliser les droits des salariés tout en limitant, *de facto*, les procédures devant le Tribunal d'Instance. Dans le même temps, elle renforce la sécurité juridique de l'entreprise.

La norme est désormais construite avec la volonté de voir maximisée l'utilité globale des agents. Elle en devient efficace selon les critères de Pareto et de Posner, même si elle se révèle dans le même temps injuste. L'analyse n'est historiquement pas nouvelle : il y a un demi-siècle aux États-Unis, naissait déjà avec le mouvement des *critical legal studies* (CLS) une critique acerbe du droit et du libéralisme juridique¹⁴². Parce que le droit peut être à la source de rigidités qui limitent la compétitivité des entreprises, il a le devoir de faire de l'efficacité un de ses buts légitimes, même s'il génère des inégalités voire des injustices dans le traitement des salariés ou s'il génère des externalités négatives¹⁴³.

¹³⁹ Soc., 14 mai 1996, pourvoi n° 94-45.499, publié au bulletin ; V. aussi Soc., 10 mai 1989, pourvoi n° 87-42.312.

¹⁴⁰ PARTYKA (P.), colloque « L'éphémère, objet de droit », « *La loi expérimentale* », UAPV, 7 oct. 2016 ; V. aussi Crim., 8 mars 2005, pourvoi n° 04-83.410, publié au bulletin.

¹⁴¹ BUGADA (A.), colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018 ; le Pr. prend notamment appui sur l'article R. 2323-24 modifié par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, et abrogé depuis, qui admet que la contestation portant sur l'électorat n'est recevable que dans les trois jours suivant la publication de la liste électorale.

¹⁴² Les avocats radicaux soutenaient que les inégalités et l'injustice notamment ne disparaîtraient pas à la faveur de l'action en justice, grâce à des tribunaux intéressés par la seule justice procédurale et la seule construction de règle. Ils rejetèrent avec force le libéralisme juridique.

¹⁴³ V. Décision du Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance.

25 - Position du problème : un « bloc d'opportunités » médian – Cette vision normative de l'économie du droit ne peut satisfaire le juriste travailliste. L'objectif de performance adossé à la question du droit du travail amène alors à envisager une voie médiane. Elle doit faire prendre conscience à l'employeur qu'il doit assortir les relations de travail du principe de bonne foi ; il en découle un « juste milieu dans les choses »¹⁴⁴ mêlant sa rationalité de loyauté, au bénéfice de la juste protection de la partie faible au contrat. De cette vision peut naître une économie *sociale* du droit du travail. Celle-ci a d'ailleurs été largement encouragée au cours des dernières décennies par l'activité interprétative et une grande partie de la doctrine. L'évolution effective des gestes et actes professionnels qui en découleraient, dont le dessein n'est certainement pas encore abouti, serait le marqueur d'une évolution vers un Graal que constituerait la convergence entre l'ambition de la loi du travail traditionnelle et la légitimité de l'ordre économique.

Le résultat de cette réflexion revient à favoriser une meilleure gestion économique de la règle en droit du travail. L'expansion du droit négocié, la promotion du droit à la participation, l'encouragement à la recherche de rapports équitables et loyaux, la volonté de voir négocier les parties au contrat sont les témoins manifestes d'un droit du travail qui vit une mue vers un certain réalisme juridique. A l'analyse, on s'aperçoit que les bases d'une porosité véritable se construisent entre l'objet de la règle de droit et celui de l'économie. Le supposé clivage entre les deux approches se dissout au bénéfice d'une performance de l'entreprise qui peut s'en trouver renforcée. La convergence est au final largement motivée et rendue possible par des mesures dont la nature structurelle est déterminante (Titre I). Grâce ensuite à l'engagement de l'employeur ainsi qu'à l'évolution du système normatif, on verra que le droit du travail facilite désormais ce rapprochement (Titre II).

TITRE I : Les ordres juridiques et économiques peuvent être convergents

TITRE II : Le droit du travail peut faciliter la convergence

¹⁴⁴ V. *infra*, n° 54.

TITRE I

CONVERGENCE DES ORDRES JURIDIQUE ET ECONOMIQUE

26 – Le droit pragmatique est visé - Une analyse empirique permet de mettre en évidence des raisons objectives d'envisager une plus grande instrumentalisation de la règle de droit. Elle prend appui sur le constat qu'un système normatif général et abstrait n'est plus en phase avec la complexité du monde économique contemporain. Plus encore, il se révèle parfois inéquitable, car il n'est plus adapté à chacun des agents économiques. Alors qu'il est censé protéger, il peut être à la source d'inégalités et peser sur la compétitivité de la firme. Or c'est l'inverse qui nous intéresse : permettre au droit de s'inscrire dans une chaîne de causalité profitable conjointement aux employeurs et à l'ensemble des salariés.

La diversité de la sphère économique ne s'exprime plus dans celle des branches qui caractérisait l'ère du capitalisme industriel. Elle se manifeste désormais dans le développement d'un modèle relationnel, réticulaire, qui a besoin de souplesse et de réactivité. Si le droit du travail doit pouvoir accompagner cette nouvelle donne, il peut, comme l'outil de production, interagir pour devenir une technique de coordination entre employeurs et salariés. C'est à ces deux conditions qu'il en deviendra une contrainte acceptée par les agents. Cette acceptation permettra au droit de ne plus être donné à l'employeur comme un facteur contraignant, mais comme un facteur structurant.

27 – Arguments étendus de la rationalité – Une nouvelle théorie de la rationalité visera alors le partage des intérêts. Ce partage est possible au sens de l'analyse économique du droit puisque M. Gary Becker explique que si l'on doit supposer stables les motivations des entrepreneurs elles n'en sont pas pour autant égoïstes. Pour lui, « *l'utilité des agents, l'envie, l'altruisme peuvent être des éléments qui rentrent dans la fonction d'utilité* »¹⁴⁵. On y voit un véritable corolaire avec les questions juridiques qui intéressent le solidarisme contractuel ou encore l'économie du contrat. C'est ce qui a amené la communauté scientifique économique à être parfois choquée par les analyses d'un auteur qui laissait une large place au non-marchand dans la rationalité. Pourtant, « *plus qu'aucun autre économiste, il a employé les outils économiques pour explorer ce qui relevait auparavant seulement de la sociologie, la*

¹⁴⁵ DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), préc., p. 19.

psychologie, voire la biologie. Il a ainsi porté l'impérialisme économique dans les sciences sociales à son point d'incandescence »¹⁴⁶.

28 – Légitimité de l'étendue « beckerienne » de l'argumentation - Cette prise en compte de valeurs autres que celles liées à la maximisation peut s'exercer dans le respect des prérogatives attachées au statut même de l'entrepreneur : celui de l'exercice autonome des droits relatifs à la propriété privée des moyens de production. Ainsi, en permettant de respecter la liberté de choix des agents économiques, le droit, comme contrainte librement consentie, permettra de jouer son œuvre de protection tout en orientant le comportement attendu des acteurs vers la performance.

Dans ce cadre de réflexion, on mesurera que la convergence entre les deux ordres économique et juridique est largement motivée (chapitre 1). Ces motivations permettent d'envisager le droit du travail comme un droit de l'emploi qui a le potentiel de devenir un véritable vecteur de compétitivité (chapitre 2).

Chapitre 1 : Une convergence motivée.

Chapitre 2 : Une convergence possible.

¹⁴⁶ VITTORI (J.-M.), « Gary Becker, l'économiste qui voyait l'économie partout », Les Échos, 16 mai 2014.

Chapitre 1

UNE CONVERGENCE MOTIVÉE

29 – Hypothèse - La convergence entre les ordres économique et juridique serait la conséquence des conclusions d'un courant pragmatique qui considère que le droit codifié rend inopérant, à la fois la performance de l'entreprise et la protection des salariés. Cela expliquerait que le droit du travail en deviendrait dans le même temps ineffectif, contourné, générateur d'abus ou d'inégalités. Plus généralement, un système normatif centralisé ne permettrait pas de faire dialoguer deux approches aux objets d'études *a priori* antagonistes.

Il s'agit alors de dépasser ces raisonnements intuitifs pour en éprouver la robustesse au travers d'une analyse objective et argumentée. On dégagera ainsi des éléments de motivation juridique (section 1) avant d'en mettre en évidence d'autres qui relèvent d'une approche plus économique (section 2).

Section 1 : Des motivations d'origine juridique

Issus de la tradition de droit germanique¹⁴⁷, les caractères de la règle de droit apparaissent inadaptés à l'accompagnement de la liberté d'entreprendre, tout comme au respect du traitement égalitaire des travailleurs. Son caractère (supposé) général et intemporel en particulier peut nuire à l'efficacité économique et produire des inégalités (§ 1). Ensuite, sur un plan plus précis, le fait que le travailleur intègre l'ordre normatif privé que représente le contrat de travail peut être source d'abus qu'il convient d'éviter. Enfin, d'aucuns considèrent que l'essentiel des difficultés posées par le droit légiféré est la conséquence de « l'obésité » du Code du travail (§ 2).

§ 1 – L'inefficacité de la règle de droit

Nous savons que les règles juridiques issues du droit codifié et réglementaire sont les mêmes pour tous. Leur nature est impartiale, abstraite et égalitaire. Pour les partisans du système juridique de la *common law*, ce droit n'est que peu adapté à chacun des agents économiques, tout en laissant une place trop ancillaire aux tribunaux ; il se révèle, enfin, parfois inégalitaire.

¹⁴⁷ Elle s'est construite par opposition aux conceptions individualistes et contractuelles nées du droit romain.

A) Une règle inadaptée

30 – Le droit doit pouvoir contribuer à la création de valeur – La norme évolue. Elle devient fréquemment marquée par une jurisprudence des « tribunaux supérieurs » qui s'attache « surtout depuis une vingtaine d'années à fixer à l'intention des juges du fond et des justiciables des règles et des principes clairs, soumettant les textes à une interprétation créatrice »¹⁴⁸. Son efficacité doit croître d'autant dans la mesure où les intérêts des justiciables sont adossés à une sphère réelle qui change de nature. Nous sommes passés d'un capitalisme d'organisation, gérant grâce à la division du travail des masses de salariés ouvriers, à un système économique dont l'innovation et la réactivité sont devenues les principales sources de valeur. Celles-ci sont intrinsèquement liées aux individus quand, dans le même temps, la part d'emploi dans les entreprises concernées voit sa proportion grossir de manière impressionnante : en 2014, 75% de l'emploi en France concernait le secteur tertiaire¹⁴⁹. La capacité de la main d'œuvre à produire de la valeur ajoutée devient donc un caractère déterminant de son efficacité. Celle-ci doit alors se sentir sécurisée et traitée avec équité, ce que ne peut point une règle dont le fondement est l'homogénéité.

31 – Morcellement du tissu productif - Parallèlement, la taille des établissements dans le secteur industriel n'a cessé de décroître, même si, en raison des mouvements de concentration qui ont pour objet d'atteindre la taille critique, le nombre de grandes entreprises reste élevé. L'Insee précise que « dans un premier temps, de 1979 à 1994, l'emploi a surtout baissé dans les très grands établissements : les établissements de plus de 1 000 salariés, qui représentaient 23 % de l'emploi en 1979, n'en constituaient plus que 13 % en 1994. Dans le même temps, les établissements de moins de 50 salariés augmentaient leur part dans l'emploi industriel (22 % en 1979, 33 % en 1994). Cette phase correspond en partie au développement de la sous-traitance qui entraîne le morcellement de la production, mais également à une externalisation accrue des fonctions supports qui, de ce fait, ne sont plus remplies par des salariés du secteur industriel mais sont transférées au tertiaire »¹⁵⁰. Ainsi, face à ces lourdes transformations, une loi du travail générale et abstraite conçue à l'âge d'or du capitalisme industriel et dont la seule différenciation est de reconnaître les particularismes des branches, peut s'avérer inadaptée, voire nocive au bon fonctionnement économique des entreprises.

¹⁴⁸ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2016, p. 42.

¹⁴⁹ Source : Insee, Tableaux de l'économie française, emploi par activité, édition 2016.

¹⁵⁰ Insee Première, n° 1289, 1^{er} avr. 2010.

A l'ère où ces entreprises ont besoin de toujours plus de flexibilité et de singularité, nombreux sont ceux qui se posent la question de la légitimité du Code du travail. C'est ainsi « *qu'il s'applique dans les toutes petites entreprises comme dans les groupes internationaux, composés d'une pléiade d'entités juridiques et implantées sur tout le territoire national. Il envisage aussi bien la situation du salarié employé sous contrat de travail à durée indéterminée à temps complet sur un même site de production, que celle du salarié travaillant à domicile, du saisonnier, alternant périodes d'activité et périodes d'inactivité ou du consultant, se déplaçant d'entreprise en entreprise. Il couvre les secteurs d'activités les plus variés, de l'industrie au commerce ou à l'artisanat en passant par le conseil ou les nouvelles technologies* »¹⁵¹. Déjà, en 1986, un colloque intitulé « *brûler le Code du travail* », s'était tenu à Montpellier. Dans ces conditions, le caractère général et impersonnel de la règle de droit, s'il est appliqué tel quel, peut s'avérer inadapté à la diversité des situations rencontrées par les unités de production. Plus encore, il peut même nuire au développement et à la performance d'entreprises soumises à un contexte concurrentiel extrêmement marqué, où l'innovation, la réactivité et la souplesse sont passées du statut de conséquence à celui de postulat.

32 – Un caractère intemporel peu compatible avec le besoin de réactivité - Le caractère temporel qui découle de cette nouvelle donne ne plaide pas non plus à faire du droit codifié un vecteur d'efficacité économique. Même si d'aucuns le contestent¹⁵², loin d'être éphémère, le temps de la loi se doit en principe d'être long, afin de la rendre plus sûre.

La tradition intemporelle de la loi assure ainsi constance et confiance dans la règle de droit. Pourtant, on observe que l'expérimentation a été instituée par la loi constitutionnelle de 2003 : « *La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* »¹⁵³. Cela traduit la nécessité d'intégrer la question du temps dans une tradition de droit long et de rendre « *l'éphémère, objet de droit* »¹⁵⁴. Pourtant, l'encadrement précis du législateur traduit l'ancrage de son caractère intemporel. Ainsi, la loi autorisant une expérimentation doit en préciser l'objet, la durée (cinq années maximum), les caractéristiques des collectivités susceptibles d'expérimenter, les dispositions auxquelles il

¹⁵¹ Michel de VIRVILLE, *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004, p. 2.

¹⁵² CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, UAPV, 2010, n° 97 : l'auteur défend l'idée selon laquelle le caractère permanent n'est plus, à la faveur d'un « véritable émiettement spatio-temporel de la règle de droit ».

¹⁵³ Loi organique n° 2003-276 relative à l'organisation décentralisée de la République, 28 mars 2003, JORF n°75 du 29 mars 2003, page 5568, texte n° 1, art. 3.

¹⁵⁴ En référence au colloque « *L'éphémère, objet de droit* », 7 oct. 2016, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

pourra être dérogé. Ensuite, les collectivités manifestent leur intention par l'adoption d'une délibération motivée. Puis le gouvernement fixe, par décret, la liste des collectivités admises pour l'expérimentation. Avant la fin de l'observation, le gouvernement transmet un rapport, notamment d'évaluation, au Parlement qui détermine alors si elle peut être soit prolongée ou modifiée, pour trois ans maximum, soit maintenue et généralisée, soit abandonnée. Dans les faits, l'expérimentation reste assez peu utilisée. Sur le fondement de l'article 72 al. 4, la loi du 21 août 2007 a permis par exemple l'expérimentation du Revenu de Solidarité Active (R.S.A.), aujourd'hui généralisé. A titre expérimental, il est aussi permis une négociation unique dite de « *qualité de vie au travail* » portant sur tout ou partie des matières obligatoires à l'exception des salaires effectifs¹⁵⁵. L'intégration de la notion de temps *via* la loi expérimentale par exemple participe de la revalorisation de la loi en aidant à sa légitimité. Elle reste pourtant marginale, ce qui induit de devoir lutter contre l'omniprésence du juge tout en devant adapter la rationalité à l'inflation législative. L'ineffectivité de la loi s'en trouve encouragée. Si la qualité de la loi aurait tout à gagner à prendre en compte le temps, les modalités lourdes de sa mise en œuvre expliquent probablement son caractère ancillaire.

B) Une règle inégalitaire

33 – L'arbitraire peut nuire à l'égalité - Un droit du travail conçu au niveau supranational et étatique peut créer des ruptures d'égalité préjudiciables aux droits fondamentaux des sujets de droit.

En témoigne, par exemple, la censure par le Conseil constitutionnel d'un encadrement de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si cette clause pouvait apparaître, au sens de Kaldor-Hicks, efficace économiquement en ce qu'elle permettait à l'employeur de rendre prévisibles les conséquences d'une situation juridique, elle entraînait une rupture d'égalité préjudiciable aux salariés. Le Pr. Franck PETIT précise¹⁵⁶ que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 prévoyait à son article 266, un encadrement du montant de l'indemnité prononcée par le conseil de prud'hommes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il était envisagé d'établir des minima et maxima d'indemnisation exprimés en mois de salaires, qui variaient en fonction, d'une part, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et, d'autre part, des effectifs de l'entreprise ; le législateur souhaitait à ce titre distinguer la situation des salariés selon que leur entreprise employait moins de vingt salariés, de vingt à deux cent

¹⁵⁵ Art. 33, loi n° 2014-288 du 5 mars 2014.

¹⁵⁶ PETIT (F.), « *La loi Macron au service du dialogue social dans l'entreprise* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 816-817.

quatre-vingt-dix-neuf salariés, ou trois cents salariés et plus. (...) Le Conseil constitutionnel a d'abord montré que ces aménagements n'étaient pas contraires à l'intérêt général, l'objet poursuivi étant « d'assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche ». (...) Le fait qu'il y ait, à travers la fixation de minima et de maxima, atteinte au principe de réparation intégrale n'est donc pas condamnable en soi, même si le juriste civiliste reste toujours très attaché à l'idée qu'il appartient au juge de fixer librement le montant de la réparation, en procédant - dans le cadre d'une appréciation dite « souveraine » - à l'évaluation du préjudice.

En réalité, la censure du Conseil constitutionnel vient d'une autre raison, tirée de la référence faite aux effectifs de l'entreprise pour moduler les plafonds de réparation : si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; « *Le juge constitutionnel en a conclu que la différence de traitement opérée entre les salariés en fonction de l'effectif de leur entreprise méconnaissait le principe d'égalité devant la loi* »¹⁵⁷. Alors qu'il se voulait relever d'une certaine efficience économique en renforçant sécurité et prévisibilité, le caractère impersonnel de la loi a finalement fixé un arbitraire nuisant à la performance légale. Pour M. Franck PETIT, la censure « *renoue avec l'idée qu'une réparation doit être ajustée en fonction d'éléments objectifs tirés de la situation concrète de la victime. (...) En revanche, même si on comprend bien qu'il y a lieu de soulager les charges des très petites entreprises (TPE) et petites et moyennes entreprises (PME), souvent plus fragiles que les grandes entreprises commerciales et industrielles, et leurs groupes nationaux et internationaux, il est effectivement injuste de moins bien réparer le préjudice subi par un salarié du seul fait des effectifs réduits de son entreprise* »¹⁵⁸. Ceci est d'autant plus juste que la contribution du salarié aux résultats de l'entreprise aura pu être majeure si son ancienneté est elle-même importante et ce, quelle que soit la taille de l'entreprise. A trop vouloir bien faire et rendre le droit plus prévisible, le droit a ici péché d'un excès de formalisme et de précision¹⁵⁹.

34 – Des salariés moins bien représentés dans les collectifs modernes - La règle de droit traditionnelle n'est plus adaptée aux transformations structurelles touchant l'environnement

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ On notera depuis que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation de la relation de travail a institué le plafonnement des indemnités de licenciement dans les entreprises d'au-moins onze salariés. Le critère d'attribution en fonction de l'effectif de l'entreprise a disparu.

des entreprises : « *La globalisation des marchés perturbe les équilibres anciens, et les institutions juridiques de la seconde industrialisation sont désormais perçues comme des freins à la croissance, voire comme des accélérateurs du déclin* »¹⁶⁰. Au bénéfice des opérations de fusion-absorption ou de fusion-réunion et donc des opérations de concentration, même si la part des grandes entreprises reste stable, le nombre de leurs établissements va croissant. Si la taille des unités économiques devient décroissante, une loi générale et abstraite reste-t-elle adaptée à des collectifs de travail ou des unités sociales à la fois mouvants et rassemblant peu de salariés ? De plus, dans la mesure où la représentation des salariés n'est pas systématique dans les petites entreprises, leurs droits fondamentaux peuvent être malmenés. La représentation syndicale est erratique, puisque les délégués syndicaux sont aussi désignés selon la taille de l'entreprise ; sauf s'il s'agit de membres élus du comité social et économique (CSE), ce sont des salariés mandatés par un ou plusieurs syndicats représentatifs (et pas forcément membres du CSE) au niveau de la branche qui sont amenés à négocier les accords d'entreprise ou d'établissement dans celles de moins cinquante salariés.

Cette piètre représentation des salariés, qu'elle soit ou non syndicale, participe de la difficulté à rendre le potentiel du droit du travail réellement effectif : les droits des salariés pourront être malmenés et la culture de dialogue social aura du mal à s'instiller. Ceci contribue évidemment à accroître l'écart entre la situation des salariés selon la taille des entreprises. Ce manque de performance dans la protection des salariés se retrouve aussi chez l'employeur puisqu'il fera l'objet d'une insécurité juridique croissante. Les sources de contentieux ne peuvent que croître face à la dégradation progressive du dialogue social. Au final, si on replace l'origine de la représentation des salariés dans l'histoire du droit du travail, on conclut que l'absence de délégués nuira aux intérêts économiques de l'entreprise. C'est pourquoi, les employeurs vont proposer dans le cadre des accords Matignon de 1936, après une forte affirmation du pouvoir patronal, la création de délégués ouvriers aux fins de renforcer le dialogue social et de favoriser la rationalisation de la production.

35 – Persistance duale des inégalités - Le droit du travail a longtemps renforcé la tradition germanique de la relation de travail qui avait pour volonté de conférer au salarié une position statutaire et non contractuelle¹⁶¹. Alors que son dessein est tout autre, si la loi du travail règle seule la relation contractuelle entre l'employeur et le salarié, elle peut s'avérer génératrice de nouvelles inégalités. La segmentation du marché du travail entre les *insiders* et les *outsiders*

¹⁶⁰ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 123.

¹⁶¹ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 18 : « *Ce statut confère un ensemble de droits et d'obligations, dont la teneur dépend de la fonction qu'occupe le travailleur au sein de la communauté* ».

est révélatrice. Si la norme ne fait pas de distinction entre les différents types de salariés, « *le droit actuel crée des effets pervers, en particulier en surprotégeant ceux des salariés en ayant le moins besoin (cadres supérieurs) et en laissant sans protection ceux des travailleurs non salariés en état de seule dépendance économique* »¹⁶². Cette acception généraliste d'un droit inégalitaire n'est pas nouvelle. Elle est issue du modèle dualiste du marché du travail qui oppose, d'une part les *insiders*, comme les salariés bénéficiant d'un contrat stable, et de l'autre les *outsiders*, travailleurs sous contrat de travail temporaire ou à durée déterminée par exemple. Les *outsiders* dont il est question, souvent jeunes (tranche d'âge de 18-24 ans) et peu expérimentés, nouveaux venus sur le marché du travail, seraient prêts à travailler pour un salaire moins élevé que celui des *insiders*.

En outre, la réglementation fixe souvent un salaire minimum, qui constitue un désavantage relatif pour l'embauche d'*outsiders* qui sont généralement, au début, moins productifs que leurs concurrents *insiders*. L'analyse en termes d'*insiders/outsiders* insiste ainsi sur le rôle de l'action, et notamment de l'action syndicale des *insiders*, qui disposent de moyens de pression sur la direction des entreprises pour conforter leur rapport de force (grève, occupation de locaux, communication dans les médias de masse, ...). Ils profitent, de cette façon, d'une véritable rente de situation en vue d'augmenter (égoïstement) le coût du turnover, ce qui augmente leur pouvoir de négociation. En conséquence, cela leur permet d'obtenir des avantages monétaires qui portent leurs rémunérations au-delà du prix de marché, au détriment de l'embauche de nouveaux salariés et de la compétitivité-coût de l'entreprise. Dans ce cas, les *insiders* et leurs représentants syndicaux privilégient leur intérêt individuel avant le « bien collectif », voire le « bien des travailleurs ». L'action collective, censée défendre tous les travailleurs, nuit ainsi à certains d'entre eux, les plus précaires. Aussi, même si elle génère des coûts de transaction, favoriser la flexibilité du marché du travail peut conduire à une répartition plus juste des emplois, chacun pouvant perdre son emploi face à un *outsider* plus compétent. De la même façon, en réduisant le risque et le coût de licenciement causés par les stratégies des *insiders* pour les employeurs, ceux-ci seront plus enclins à embaucher et donc à créer des emplois, tout en augmentant la performance de leur entreprise. C'est pourquoi des auteurs contestent la nature et la finalité du syndicalisme français ; le Pr. Umberto Romagnoli (juriste) précise que « *le droit devrait restituer à l'économie la liberté de s'autoréguler que le XX^e siècle lui a retirée* »¹⁶³ alors que M. Serge Schweitzer rejette le point de vue d'une théorie

¹⁶² BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), « *Réforme du droit social et efficacité économique* », Revue française d'économie, volume 23, n° 2, 2008, p. 66.

¹⁶³ ROMAGNOLI (U.), « *Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail* », dans JEAMMAUD (A.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p 11.

du *Public Choice* qui envisage le syndicat comme un groupe de pression à vocation redistributive¹⁶⁴.

36 – Position de la jurisprudence - Tiré de l'application de règles légales, la jurisprudence a eu à statuer sur la question de la disparité du coût de la vie qui existe entre zones géographiques sur lesquelles sont réalisées des prestations de travail identiques. Ces disparités constituent-elles des raisons objectives et pertinentes de rémunérer différemment les salariés d'une même entreprise mais exerçant dans des établissements différents ? En l'occurrence, certains syndicats ne considèrent pas le lieu de travail comme une raison objective justifiant les différences de traitement observées entre les établissements d'une même entreprise. Ils les voient comme une inégalité de fait alors que le principe juridique est celui de l'égalité de traitement au sein d'une même entreprise. Dans un arrêt du 14 septembre 2016 opposant le syndicat SUD Renault et le syndicat CGT Renault Douai, la Cour de cassation « *ayant constaté que la disparité du coût de la vie invoquée par l'employeur pour justifier la différence de traitement qu'il avait mise en place entre les salariés d'un établissement situé en Ile-de-France et ceux d'un établissement de Douai était établie, la cour d'appel en a exactement déduit que cette différence de traitement reposait sur une justification objective pertinente* »¹⁶⁵. Les juges ont validé le fait que les barèmes différenciés reposent sur des raisons objectives, alors que le droit consacre un principe d'égalité de traitement (à travail égal, salaire égal). Il est ainsi utile que la norme puisse s'adapter aux différents contextes sans pour autant que le recours au juge soit nécessaire. A défaut, la société y perd en performance, puisque cela nuit au climat social, à la prévisibilité de la relation de travail, à la qualité et au temps d'investissement du personnel. La règle de droit générale s'est donc, en l'espèce, avérée inefficace.

§ II – L'uniformité remise en cause

En matière de performance, l'efficacité d'une règle d'ordre général est souvent relative : sauf si elle est d'ordre public, une règle générale ne peut satisfaire la diversité des entreprises qui relèvent d'une multiplicité de branches professionnelles (de 700 à 900 branches selon les comptages) et dont les entrepreneurs ne sont pas forcément des juristes avertis. De nombreux éléments nous permettent de conclure à l'émergence d'une relative illégitimité de la règle de

¹⁶⁴ SCHWEITZER (S.), « *Le référendum d'entreprise ne démode-t-il pas le syndicalisme ?* », colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

¹⁶⁵ Soc., 14 sept. 2016, n° 15-11.386, publié au bulletin.

droit uniforme (A) tout comme à une remise en cause motivée par sa complexité et l'abus qui en est parfois fait (B).

A) La règle de droit se révèle illégitime

37 - Un dialogue social malmené - Même si elles servent un intérêt d'ordre public, certaines règles auxquelles on ne peut déroger par des conventions particulières peuvent nuire à l'efficacité. Par définition homogènes, elles ne permettent pas toujours aux parties en présence de trouver un intérêt commun entre les attentes des salariés et les besoins spécifiques des entreprises. Un droit légiféré important limite ainsi le champ du compromis : « *Plus le droit réglementaire est important et plus ce compromis s'éloignera de celui qui aurait pu être trouvé avec un espace conventionnel plus important* »¹⁶⁶. Le caractère homogène est de nature à rigidifier les relations sociales et à encourager les comportements opportunistes. Il élude dans le même temps une composante essentielle associée à la productivité du travail : la confiance. Puisque la règle coordonne les agents, l'homogénéité peut ainsi déresponsabiliser les contractants, voire même, encourager indirectement les comportements irresponsables (un détournement de la mission de représentation vers celle de posture, un détournement de la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise vers des intérêts corporatistes ou catégoriels). Au global, si l'enjeu est de créer de l'accord entre les individus, la coordination par les règles établies participe au final à la dégradation du dialogue social : incapacité des partenaires sociaux à se comprendre, impossibilité de prise en compte de volontés parfois antagonistes, avec, comme effet, nuisance à la performance de l'entreprise. Cela fait conclure certains auteurs que l'inflation normative que nous connaissons depuis deux décennies n'est plus soutenable : « *L'urgence n'est pas de faire de nouvelles lois, mais plutôt de simplifier celles qui existent déjà* »¹⁶⁷.

38 – Un facteur d'incertitude pour l'employeur - Au niveau microéconomique, les lois impératives définissant des règles d'ordre public peuvent accroître les conséquences des chocs subis par les entreprises : « *Le sentiment, justifié ou non, de l'irréversibilité de l'octroi de tout avantage incite les employeurs à ne pas en accorder, même quand la situation de l'entreprise est très favorable* »¹⁶⁸. Recourir à l'embauche grâce au contrat de droit commun qu'est le contrat à durée indéterminée (CDI) limite la réversibilité tout en se révélant insécure sur le plan juridique : 76% des situations de contentieux portent ainsi sur la contestation du motif

¹⁶⁶ BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'Analyse Economique, 2010, p. 11.

¹⁶⁷ PHILIPPON (Th.), *Le capitalisme d'héritiers – La crise française du travail*, Seuil, 2007, p. 98.

¹⁶⁸ BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), préc.

personnel de licenciement¹⁶⁹. L'impact des rigidités peut ensuite nuire à l'utilisation efficiente des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) en réduisant leur productivité. En effet, « *l'utilisation performante de ces technologies nécessite certaines formes de flexibilité organisationnelles qui peuvent être contraintes par le droit réglementaire. Plus ce dernier est important et contraignant et plus les potentialités associées à l'utilisation des TIC, en termes de performances productives, sont réduites* »¹⁷⁰.

La règle de droit impérative sur laquelle l'entrepreneur n'a pas de maîtrise peut ainsi s'analyser comme un facteur d'incertitude qui, à défaut de réversibilité, ne peut être couvert par une quelconque assurance. La position constante de la jurisprudence¹⁷¹ en matière de réparation intégrale du préjudice renforce cette incertitude. Or si le risque ou les pertes récurrentes ne peuvent faire l'objet d'assurance, « *on ne parle plus de risque, mais bien d'incertitude* »¹⁷². L'employeur qui exerce sa rationalité dans un certain bloc d'opportunités, va ainsi retenir la situation qui élude tout facteur d'incertitude. Plutôt que de subir l'irréversibilité des décisions d'embauche, il va donc préférer ne pas y recourir. De la même manière, l'interprétation du droit législatif par le juge ou le comblement de ses éventuels silences font peser sur les employeurs un certain nombre de risques juridiques qu'il convient de limiter.

39 – La législation relative au salaire minimum ou au temps de travail nuit à l'emploi -

Au niveau macroéconomique ensuite, la faible variabilité de la demande de travail serait étroitement liée au caractère contraignant du droit codifié. L'exemple de la législation sur le salaire minimum peut nous éclairer. Le taux d'emploi serait ainsi directement impacté par l'inertie du prix du travail. Même si le pouvoir d'achat des salariés payés au salaire minimum augmente, ce qui tend à soutenir la demande effective, les questions de productivité, de rentabilité et de profitabilité peuvent être impactées. Pour ce qui concerne la productivité, les entreprises opèrent des calculs très rationnels. Elles en mesurent l'influence sur la profitabilité et le tissu concurrentiel notamment en situation de croissance externe. Le 1^{er} août 2017 le constructeur automobile français PSA a annoncé avoir conclu le rachat des filiales

¹⁶⁹ L'effectif du contentieux est stable depuis 20 ans, autour de 200 000 demandes par an au fond et en référé. Les demandes se concentrent pour 76% des affaires sur la contestation du motif personnel du licenciement. Dans le même temps, le taux d'appel augmente 67%, tout comme la durée moyenne de traitement des recours prud'homaux : 19 mois environ. V. INFOSTAT JUSTICE, « *Les litiges du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses* », août 2015, n° 135.

¹⁷⁰ BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), préc, p. 12.

¹⁷¹ Soc., 3 mai 1995, pourvoi n° 93-46.012, publié au bulletin ; Soc., 23 janv. 2008, pourvoi n° 06-42.919, publié au bulletin.

¹⁷² MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 43.

européennes de General Motors (GM) Opel et Vauxhall. « Une étude du centre pour la recherche automobile publiée en octobre 2017 a mis en évidence que chaque salarié de PSA produit en moyenne 35 véhicules, contre 30 pour un employé d'Opel-Vauxhall. Cet écart a un effet direct sur la rentabilité : en 2016, le constructeur germano-britannique a affiché une perte par salarié de plus de 6 000 euros, quand PSA dégage un bénéfice opérationnel de presque 25 000 euros par tête. Pis, la marque Opel-Vauxhall malgré de grandes campagnes de marketing, n'est pas parvenue à augmenter ses parts sur le marché européen ces dernières années »¹⁷³.

Tout effet généralisé d'une hausse du salaire minimum sur la demande effective semble transitoire ; il n'est utile que pendant la période où les entreprises n'ont pas ajusté leurs prix de vente à la hausse. Certains économistes contemporains ont même établi que dans le contexte actuel, une augmentation de 1 % du SMIC, correspond à une destruction d'environ 1,5 % des emplois situés au salaire minimum, soit de l'ordre de 15.000 à 25.000 postes perdus. Un peu moins de 10 % des salariés sont rémunérés au SMIC, soit plus de 1,6 million de Français. Les premières victimes seraient les jeunes peu diplômés, pour qui la marche à franchir pour entrer sur le marché du travail serait encore plus haute, ainsi que les salariés peu diplômés et plus âgés, qui risqueraient de perdre leur emploi et d'avoir très peu de chances d'en retrouver un autre¹⁷⁴. Ainsi, la rigidité des prix du travail, directement liée au caractère homogène du droit réglementaire, serait défavorable à l'entreprise mais aussi au niveau d'emploi.

Dans le contexte de modification de la nature de notre capitalisme, une législation homogène sur le temps de travail¹⁷⁵ se révèle tout aussi inefficace économiquement. Du fait de son secteur d'activité, de son caractère saisonnier ou de la fluctuation des commandes, l'activité de l'entreprise peut être irrégulière. Maintenir un temps de travail identique en toutes circonstances amène l'employeur à devoir verser des heures supplémentaires en période de forte activité, ainsi qu'à financer l'activité partielle (chômage partiel par exemple) en période de faible activité. Parce qu'elle nuit à la compétitivité-prix, cette incertitude n'est plus soutenable économiquement ; elle a d'ailleurs amené le législateur à assouplir ses principes d'ordre public. La loi du 8 août 2016 dite « loi travail » a ainsi permis de distinguer les domaines relevant de l'ordre public et ceux pour lesquels les règles pourront désormais être

¹⁷³ LE MONDE, « Chez Opel-Vauxhall, 6000 emplois en péril », 10 oct. 2017.

¹⁷⁴ KRAMARZ (F.), Les Echos.fr, 13 juin 2012.

¹⁷⁵ La durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à 35 heures par semaine, pour toutes les entreprises, quel que soit leur effectif. Il s'agit d'une référence, d'un seuil à partir duquel sont calculées les heures supplémentaires.

fixées par convention d'entreprise ou de branche. Des dispositions supplétives restent prévues et ne s'appliqueront qu'en cas d'absence de dispositif conventionnel.

MM. Gilbert CETTE et Jacques BARTHELEMY soutiennent que « *les rigidités règlementaires sur le marché du travail peuvent réduire les flux bruts d'emploi et la fluidité du marché du travail et ainsi abaisser le taux d'emploi. On observe d'ailleurs, parmi les pays industrialisés de l'OCDE, une corrélation négative entre le taux d'emploi et le niveau des rigidités* »¹⁷⁶. Les résultats obtenus par certains chercheurs sur des données recueillies dans près de 2.500 établissements d'une même entreprise répartie sur 43 pays, montrent une « *inertie de l'ajustement de l'emploi aux chocs de la demande* »¹⁷⁷. Les résultats obtenus sont que les établissements ont une gestion d'autant plus inerte de l'emploi que les indicateurs de rigidités sont élevés¹⁷⁸. Le contexte propre au marché de l'entreprise aura enfin son importance : un contexte concurrentiel nécessitera d'accroître la compétitivité-prix. Les entrepreneurs observent par ailleurs avec beaucoup d'acuité « l'indicateur de climat des affaires » produit par l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (Insee). Normalisé de moyenne 100 et d'écart-type 10, cet indicateur avoisinait les 120 en 2000, les 70 en 2009, les 102 en 2016. Parallèlement, nous observerons que le taux de chômage était de 8.1% au trimestre 4 en 2000, 9,6% au trimestre 4 de 2009, 10% au trimestre 4 de 2016 ; ces chiffres traduisent l'ancrage de la composante structurelle du chômage même en cas d'amélioration du climat.

40 - Ordre contractuel et illégitimité de la règle générale – L'émergence de nouvelles formes de régulation de la relation individuelle de travail renforce le caractère illégitime de l'uniformité de la règle : « *Tout le Droit n'est pas loi* » souligne M. Lionel Charbonnel¹⁷⁹. Le droit codifié n'est plus la règle unique qu'elle était auparavant : il est possible d'affirmer que « *le règne de la loi, dont les philosophes du XVIII^{ème} siècle se firent les prophètes et dont 1791 devait connaître l'avènement est l'histoire d'une grande espérance déçue* »¹⁸⁰. La loi devient supplétive alors que la jurisprudence occupe une place de moins en moins ancillaire¹⁸¹ ; par

¹⁷⁶ BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'Analyse Economique, 2010, p. 12.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 14.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, UAPV, 2010, p. 63.

¹⁸⁰ BURDEAU (G.), « *Essai sur l'évolution de la notion de loi* », APD, 1939, p. 30.

¹⁸¹ CHARBONNEL (L.), *préc.*, p. 64 : « *La jurisprudence a pris une part de plus en plus importante dans l'élaboration du Droit. Il semble difficile de la considérer encore comme une simple autorité* ».

ailleurs, si 70% du droit en matière économique est directement inspiré de Bruxelles¹⁸², la norme de la relation de travail devient contractuelle et conventionnelle : « *Du point de vue de l'aptitude à prescrire, la norme individuelle est aussi bien armée qu'une norme générale* »¹⁸³. La possibilité de faire évoluer le statut individuel du contrat permet, en particulier, de le dynamiser. C'est alors que « *le contrat allie d'une manière efficace, rigidité et flexibilité* »¹⁸⁴. Son statut collectif relève de la même logique.

Régies par le principe d'autonomie de la volonté, ces clauses n'en restent pas moins contrôlées et soumises à l'autorité du juge afin, notamment, d'assurer un équilibre entre les parties. Ainsi, le devoir de collaboration entre les parties, marque du solidarisme contractuel, est parfois sanctionné au travers des concepts d'abus et de bonne foi¹⁸⁵ : « *En donnant un relief particulier à la notion de bonne foi, la Cour de cassation tend à assurer un équilibre de l'opération contractuelle, que l'autonomie de la volonté n'aurait sans doute pas suffi à garantir* »¹⁸⁶. La culture romaniste, telle qu'elle s'exprimait dans les droits européens du XIX^e siècle, pose en effet comme postulat une relation d'échanges entre sujets de droits formellement égaux : une conception largement remise en cause par la dépendance dans laquelle est souvent placé le salarié.

L'essence contractuelle traduit la volonté souhaitée par de nombreux auteurs autonomistes de voir réduire le droit règlementaire, en laissant le champ libre à un retour en force à la conception romaniste de la relation de travail. Les effets pervers qu'elle peut générer sont souvent liés à l'inégalité de fait constatée lors de la conclusion du contrat ou de ses avenants ; la liberté suppose l'égalité des parties, *de facto* inégales pour les solidaristes, et dont les salariés sont les premières victimes. Même si les contrats restent soumis à l'autorité du juge, le bilan du solidarisme est faible : « *À défaut d'agissements blâmables de la partie forte, il n'y a pas d'obligation de renégocier le contrat devenu déséquilibré* »¹⁸⁷. Il incite cependant à promouvoir l'informel et le relationnel dans le contractuel, ce qui semble pertinent pour les développements récents du paradigme contractuel de la firme¹⁸⁸.

¹⁸² *Idem*, p. 65.

¹⁸³ *Idem*, p. 66.

¹⁸⁴ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 30.

¹⁸⁵ V. Soc., 25 fév. 1992, pourvoi n° 89-41.634 (contrat de travail – rupture – adaptation du salarié à son emploi) ; Com., 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18.547, publié au bulletin (contrats et obligations – exécution – bonne foi).

¹⁸⁶ CEDRAS (J.), « *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation* », Cour de cassation, rapport 2003, études diverses, p. 10.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, pp. 31 et s.

41 – Conclusion - Ces dernières années, les sources professionnelles du droit du travail n'ont cessé de se développer au détriment des sources étatiques. C'est sur une base différente qu'elles ont trouvé une place qui semble légitime dans notre ordre juridique : « *Celle du droit des travailleurs à participer à la détermination collective de leurs conditions de travail et du droit à la négociation collective qui en découle* »¹⁸⁹.

Si la règle générale et abstraite est inefficace, on vient de mesurer qu'elle recèle aussi un caractère illégitime : économiquement, elle peut nuire à l'emploi alors que juridiquement, elle peut nuire également au dialogue social et renforcer l'incertitude juridique. La question de l'étendue de la règle générale se pose alors indéniablement.

B) La règle de droit évoluée

Les employeurs, encouragés par les juristes patronaux, cherchent souvent à se détourner du respect des prescriptions légales et réglementaires. En plus d'être devenues inintelligibles, les normes sont accusées, au regard de la situation structurelle du chômage en France, d'angoisser la société tout entière et de frayer un chemin au pouvoir des démagogues¹⁹⁰. Même si les textes procèdent des meilleures intentions, leur complexité amène parfois les employeurs à abuser de leurs prérogatives. Les juges interviennent alors pour tempérer leur pouvoir de direction économique tout en rendant la norme en adéquation parfaite avec la réalité sociale.

1) Le droit devient réaliste : le cas de l'obligation de sécurité

42 - Position du problème - Le principal déclencheur de l'application du droit social, le contrat de travail, en est un exemple révélateur. Ce contrat est traditionnellement présenté comme composé de trois éléments : le travail, le salaire, la subordination. Mais c'est bien ce dernier critère qui qualifie traditionnellement la relation entre l'employeur et le travailleur comme contrat de travail¹⁹¹. La jurisprudence fixe un postulat : « *L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont*

¹⁸⁹ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2016, p. 35-36 ; Cons. const. 25 juil. 1989 « *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* ».

¹⁹⁰ BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.), *Le travail et la loi*, Fayard, juin 2015, p. 76.

¹⁹¹ Pour une évolution du critère de subordination, V. MONTEILLET (V.), « *Qualification de la relation de travail : redistribution des rôles* », note sous Cass. Soc., 25 juin 2013, nos 12-13.968 et 12-17.660 (P+B), RLDA déc. 2013, éclairage 4877, pp. 40-44.

donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »¹⁹². En l'espèce, la subordination de fait confère la qualité de salarié, mais celle-ci peut être inconséquente et dans certains cas sanctionnée.

43 – Évolution de l'exercice de la subordination - Le travail est une activité qui détermine de plus en plus notre identité sociale. Il est aussi une source d'accomplissement personnel. La modernité a permis d'en éluder sa dimension servile et dégradante, pour devenir officiellement une activité où l'homme a conquis sa dignité. Le changement de la nature d'exercice du lien de subordination en sera le corollaire logique. Il n'en reste pas moins que dans certains contextes de travail, règnent la maladresse, ou pire, une gestion subreptice et manipulatoire : le comportement anormal dans l'exercice de la subordination, le harcèlement moral répété, la négation du droit d'expression, l'intention de nuire, le mépris de la dignité sont parfois présents dans la relation de travail. Ces formes d'exercice du pouvoir de direction amènent parfois les salariés, sinon les travailleurs¹⁹³ temporaires qui exercent sous ledit pouvoir, à mettre en danger la santé et la sécurité des subordonnés.

Cette situation naît de la nature particulière de l'objet du contrat de travail : est-ce le travailleur qui s'oblige, ou le travail qui est l'objet de son obligation ? Envisager la première hypothèse traduit un exercice erroné de ce qu'est la subordination ; en effet, « *le travailleur ne met pas les droits et libertés fondamentaux rattachés à sa personne citoyenne à l'écart lorsqu'il accepte un emploi ou lorsqu'il l'exécute* »¹⁹⁴. Il dispose de libertés fondamentales qui touchent à sa personne même. Elles sont faciles à repérer, puisqu'elles s'exercent à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise : liberté d'opinion, liberté de religion, droit au respect, droit à l'égalité, etc. L'exercice de ces libertés nécessite de limiter celui d'un pouvoir de direction qui peut mettre en danger les travailleurs. La Cour de cassation considère en l'espèce que l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité dont l'étendue a évolué au cours des dernières années.

¹⁹² Soc. 3 juin 2009, pourvoi n° 08-40.981 ; V. Soc., 20 janv. 2010, pourvoi n° 08-42.207, publié au bulletin.

¹⁹³ La Cour de cassation a étendu l'obligation de sécurité de l'employeur au-delà de l'enceinte de l'entreprise ; il ressort de l'arrêt Soc., 19 oct. 2011, pourvoi n° 09-72672, publié au bulletin, que « *les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées d'un salarié à l'égard de personnes avec lesquelles il est en contact en raison de son travail, ne relèvent pas de la vie personnelle. Encourt la censure l'arrêt qui, relevant que les messages électroniques et les propos à caractère sexuel ont été adressés par le salarié à ses collègues féminines à l'heure du déjeuner et lors de soirées organisées après le travail en déduit que de tels faits relèvent de sa vie personnelle et écarte la qualification de harcèlement sexuel* » ; V. aussi Civ 2°, 9 juil. 2015, pourvoi n° 14-19170.

¹⁹⁴ TRUDEAU (G.), « *En conclusion... Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail* », Droit social, n°1, janv. 2010, p. 76.

44 – Relativité d’une responsabilisation croissante de l’employeur – La jurisprudence nous a éclairés sur l’étendue de l’obligation patronale de sécurité. Afin de contrer toute tentative de contournement du respect des normes édictées par la loi ou le pouvoir réglementaire, elle en est venue à interpréter les textes et situations d’espèces pour mettre l’accent sur les démarches de prévention et de responsabilisation de l’employeur.

Si le champ d’application de cette obligation est d’abord celui du respect des normes¹⁹⁵ puisque « *l’employeur est tenu à l’égard de son personnel d’une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé de ses salariés* »¹⁹⁶, le domaine d’application de cette obligation patronale ne le concerne pas seulement en personne. En effet, l’employeur n’est pas forcément à l’initiative exclusive de comportements violents¹⁹⁷. Ainsi manque-t-il à son obligation de sécurité de résultat s’il ne fait pas cesser certains troubles liés au harcèlement. La Cour de cassation précise que « *l’employeur tenu d’une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs manque à cette obligation lorsqu’un salarié est victime sur le lieu de travail d’agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l’un ou l’autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures pour faire cesser ces agissements* »¹⁹⁸.

Récemment, « *la Cour de cassation a atténué la sévérité de sa jurisprudence, tout au moins en ce qui concerne certains types de dommages causés à un salarié* »¹⁹⁹. On y voit l’empire d’un réalisme méthodologique motivé par les intérêts pratiques et les constructions conceptuelles de la dogmatique. Ainsi, la haute juridiction a dernièrement rendu deux arrêts selon lesquels il n’y a pas lieu d’interdire la mise en œuvre d’un projet de restructuration des services exposant les salariés à des risques psychosociaux dès lors que l’employeur justifie avoir pris des mesures de prévention suffisantes²⁰⁰. Cependant, la décision la plus significative concerne l’arrêt Air France du 25 novembre 2015 faisant suite au syndrome anxio-dépressif subi par un chef de cabine qui avait assisté le 11 septembre 2001 aux attaques du World Trade Center. La Cour de cassation a indiqué à ce sujet que l’employeur peut s’exonérer de la responsabilité encourue en démontrant avoir pris toutes les mesures

¹⁹⁵ V. Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.412.

¹⁹⁶ Soc., 6 oct. 2010, pourvoi n° 09-65.103, publié au bulletin.

¹⁹⁷ On entend par comportements violents, les violences physiques et morales ainsi que le harcèlement.

¹⁹⁸ Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-18.603.

¹⁹⁹ VÉRICEL (M.), « *L’obligation patronale de sécurité de résultat* », dans *Le droit des conditions de travail*, Dalloz action, à paraître.

²⁰⁰ V. Soc., 5 mars 2015, pourvoi n° 13-26.321 et Soc., 22 oct. 2015, pourvoi n° 14-20.175.

nécessaires pour éviter le dommage subi par le salarié²⁰¹. Plus récemment encore, et de façon constante, il a été jugé qu'un employeur peut désormais s'exonérer de sa responsabilité en matière de harcèlement moral s'il a pris toutes les mesures immédiates visant à le faire cesser et s'il a mis en œuvre celles visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 C. trav. notamment relatives aux actions de formation et d'information préventives²⁰².

Ces tempéraments au principe d'obligation de sécurité de résultat viennent prendre en compte un certain réalisme, le transformant au profit d'une obligation de moyens renforcée. Cette position jurisprudentielle s'avère pertinente afin d'assurer l'effectivité des prescriptions légales. En éludant une solution qui relèverait de la dogmatique juridique qui ne peut *in fine* que nuire à l'emploi, le juge rend convergents la nécessité de protection des travailleurs avec le réalisme, tel qu'il est perçu par l'expérience. La Cour de cassation intervient alors plus comme un pouvoir que comme une autorité la plaçant en position d'exécutant de la législation.

2) La nécessaire simplification du droit : la recodification en question

45 – Une recodification légitime - Malgré la recodification du Code du travail en 2008, d'aucuns considèrent aujourd'hui qu'il reste trop volumineux. Ceci nuirait à sa lisibilité, à sa compréhension et pire encore, à l'application des normes par les praticiens : « *De l'aveu de tous les acteurs – salariés, entreprises, partenaires sociaux, administration, juge, le droit du travail est aujourd'hui perçu comme difficilement compréhensible et donc difficilement applicable* »²⁰³.

Sur la forme, notre code du travail comporte plus de dix mille articles, quand le code suisse n'en comporte que cinquante quatre. La masse de l'ouvrage a triplé en trente ans, passant de cinq cents grammes à mille quatre cent cinquante grammes aujourd'hui. Trois mille neuf cent pages le composent, dont plus de trois mille relatives à son interprétation. Sur le fond, nous avons trente huit formes de contrats de travail quand certains pays n'en ont qu'un seul. L'avocat travailliste François Taquet indique même qu'« *on ne peut plus dire aujourd'hui que nul n'est censé ignorer la loi* »²⁰⁴ tellement la norme est plurielle et diverse. Ainsi, pour les partisans d'un droit plus efficace économiquement, l'inflation normative tout comme le

²⁰¹ VÉRICEL (M.), préc.

²⁰² V. Soc., 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-19.702.

²⁰³ DE VIVILLE (M.), *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004, p 3.

²⁰⁴ TAQUET (F.), Colloque IESEG et GESICA, Assemblée Nationale, 12 sept. 2013.

recours à l'interprétation de la loi (au sens large) expliquent qu'il conviendrait (encore) de réduire la volume du Code du travail. Déjà, au XVIII^e siècle, Montesquieu indiquait que « ceux qui ont un génie assez étendu pour pouvoir donner des lois à leur nation ou à une autre, doivent faire de certaines attentions sur la manière de les former. Le style en doit être concis. Les lois des douze tables sont un modèle de précision : les enfants les apprennent par cœur. Les nouvelles de Justinien sont si diffuses, qu'il fallut les abrégées. Le style des lois doit être simple ; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie. Il n'y a point de majesté dans les lois du bas empire ; on y fait parler les princes comme des rhéteurs. Quand le style des lois est enflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation. Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées. (...) Les lois ne doivent point être subtiles ; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement : elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille. Lorsque dans une loi les exceptions, limitations, modifications, ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre ; de pareils détails jettent dans de nouveaux détails »²⁰⁵. Si certains de ces préceptes, tel que celui de la séparation des pouvoirs auront ensuite été suivis, force est de constater que cela n'aura pas été le cas dans tous les domaines.

46 – Raisons de l'obésité du Code - Le droit du travail n'a pas été créé dans le but de développer de savantes théories, mais pour protéger les salariés sans nuire à l'emploi, par des textes simples et pérennes. Le problème reste désormais que « le droit du travail se confond avec son Code »²⁰⁶. La loi du travail en devient donc inintelligible et surtout inassimilable, notamment pour les entrepreneurs de très petites entreprises (TPE) ou petites et moyennes entreprises (PME) qui n'ont d'ailleurs pas de surcroît les moyens financiers d'en externaliser la gestion.

Sur le fond, la complexité provient du fait que les règles sont inspirées de plusieurs ordres de préoccupations et de plusieurs exigences qu'il est difficile de mettre en harmonie, mais que ces textes s'efforcent néanmoins de conjuguer²⁰⁷. Parmi elles on citera la liberté d'initiative d'un entrepreneur devenu pour le Code du travail un employeur, ou encore celle de la nécessité d'encadrer dans le même temps le pouvoir de direction économique de l'employeur²⁰⁸ ou d'assurer l'impérieuse obligation de sécurité des travailleurs²⁰⁹.

²⁰⁵ Charles de Secondat, alias MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, chapitre XVI, Choses à observer dans la composition des lois, al. 429-432, 1748.

²⁰⁶ BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.), *Le travail et la loi*, Fayard, juin 2015, p. 13.

²⁰⁷ *Idem*, p. 14.

²⁰⁸ VÉRICEL (M.), préc.

²⁰⁹ V. C. trav., art. 4121-2 et 4121-2.

Le directeur général du travail Jean-Denis Combrexelle indique que les différentes réformes et retouches successives apportées au Code du travail depuis 1973²¹⁰ avaient déjà très largement atteint leur cohérence d'ensemble : « Cette évolution tient sans doute à l'inflation de la production normative, inflation qui est due d'abord au législateur. Elle s'explique également par l'instabilité des normes, souvent remises en cause ou réécrites avant même d'avoir été complètement intégrées par les acteurs. Enfin, le contenu des règles s'avère, dans bien des cas, inadapté à la réalité du monde du travail, péchant soit par excès de formalisme et de précision, soit à l'inverse par une généralité créatrice d'ambiguïté et d'insécurité juridique »²¹¹. Les modifications en profondeur ou plus ponctuelles, les simples adaptations ou dérogations étaient légion. Aussi le Code du travail était devenu « un ensemble de textes complexes et stratifiés, perdant ainsi en lisibilité »²¹². De plus, de nombreux textes, pourtant très importants, tels que la loi de mensualisation de 1978, n'étaient pas codifiés. Ce constat perdure en 2015, alors que s'interrogent des auteurs sur les liens de causalité entre la complexité du droit du travail et la montée inexorable du chômage : « A cet égard, la situation des petites et moyennes entreprises appelle une attention particulière. Aux facteurs généraux qui affectent l'économie française s'ajoute, dans le cas des petites et moyennes entreprises (PME), et des très petites entreprises (TPE), un mal particulier : la complexité du droit du travail, présenté comme un maquis inextricable de textes de tous ordres, qui constituent pour le patron d'une petite entreprise autant de pièges dissimulés, de mines dérobées au regard de tous, sauf des spécialistes, familiers des juridictions du travail »²¹³.

47 – Interrogations sur un allègement du Code - L'avenir est-il dans la production d'un Code du travail réduit ? De nombreux auteurs ou praticiens du droit n'y croient pas. M. Jacques Barthélémy par exemple considère que cela ne pourra jamais être le cas pour deux raisons. La première tient à la fonction sociale (première) incarnée par le Code du travail : « Dans les pays démocratiques, l'on ne sacrifiera jamais la fonction protectrice du droit du travail »²¹⁴. La seconde est d'ordre pragmatique : ceux qui se plaignent médiatiquement de son importance sont ceux qui contribuent à le faire grossir. L'avocat explique d'ailleurs que « les patrons eux-mêmes qui protestent contre l'obésité du Code du travail, n'ont de cesse de réclamer à leurs députés qu'on ajoute un amendement à une loi pour satisfaire un problème

²¹⁰ Le Code du travail de 1973 est issu de la loi n° 73-7 du 2 janv. 1973. Les codifications précédentes dataient de 1927 et 1910.

²¹¹ DE VIVILLE (M.), préc., p. 3.

²¹² COMBREXELLE (J.-D.), « Présentation du nouveau code du travail », dossier de presse de la DGT, avr. 2008, p. 3.

²¹³ BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.), *Le travail et la loi*, Fayard, juin 2015, p. 10.

²¹⁴ BARTHELEMY (J.) et PETIT (F.), « Le droit social comme technique d'organisation de l'entreprise », Conférence-débat, 31 mars 2016, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse (UAPV).

qui est propre à leur entreprise »²¹⁵. De l'aveu même de juristes de toutes tendances politiques confondues, la complexité ou le manque de clarté de nombreux articles, dont l'origine vient souvent du patronat, explique son manque de lisibilité. Cette déficience participe de son ineffectivité. Le rapport Combrexelle traduit bien cette triste réalité en dénonçant le volume d'un code du travail qui serait l'illustration de l'économie administrée et réglementaire dans laquelle se situe notre pays.

Le rapport suggère une voie médiane dans sa 25^{ème} proposition : « *L'application du principe selon lequel toute disposition nouvelle du code du travail doit être gagée par l'abrogation d'une disposition devenue obsolète du même code* »²¹⁶. Le code serait volumineux car il contiendrait trop de dispositions qui ne relèvent pas de la responsabilité du législateur mais des acteurs économiques et sociaux. On perçoit alors la pertinence d'un droit professionnel au cœur d'un « ordre social ouvert »²¹⁷ fondé sur l'exercice des libertés des partenaires sociaux : aires d'autonomie des travailleurs et liberté économique de l'employeur.

48 – Conclusion – En tant que branche du droit étatique, le droit du travail semble être inefficace. Car elles peuvent être mises en concurrence, la multiplicité de ses sources participe de cette inefficacité. La complexité de la sphère économique aidant, et compte tenu des conséquences en terme d'emploi, il convient d'agir pour le restaurer en tant qu'incitatif juridique : permettre aux agents d'anticiper ses effets en le rendant plus *sécure* et renforcer son architecture, afin de renforcer sa capacité à les coordonner efficacement²¹⁸.

SECTION 2 : DES MOTIVATIONS D'ORDRE ÉCONOMIQUE

Les objets d'études du champ juridique et du champ économique divergent profondément. Si le premier est constitué d'un ensemble de savoirs dont il est l'objet, le second postule l'exercice d'une rationalité absolue. De ces sphères présumées divergentes naissent des analyses antagonistes. A l'étude, elles peuvent apparaître conciliables dès lors que l'entreprise se convainc que la performance peut être la conséquence d'une reconnaissance de la communauté d'intérêts (I). Si le droit du travail peut influencer la convergence, il constitue un incitatif pouvant modifier la productivité du facteur travail. Ainsi, si l'entreprise établit une fonction de production générale pour alimenter le marché, l'analyse montre qu'elle est influencée par le système juridique (II).

²¹⁵ BARTHELEMY (J.) et PETIT (F.), préc.

²¹⁶ COMBEXELLE (J-D.), préc., 25^{ème} proposition.

²¹⁷ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 103.

²¹⁸ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 32.

§ I - L'entreprise : une communauté d'intérêts

49 – Position du problème - L'entreprise évolue sur une structure de marché qui affecte la combinaison de ses facteurs de production. Sauf en situation de monopole ou de part de marché monopolistique²¹⁹, les structures de marché conduisent l'entreprise à être dépendante de l'efficacité de son activité économique. Cette dépendance s'applique en situation de concurrence, de concurrence monopolistique²²⁰, de monopole « potentiellement menacé »²²¹, de monopole naturel²²², d'oligopole, de monopsonne, duopsonne, ou encore d'oligopsonne. Dans toutes ces dernières situations, le nombre de vendeurs est important alors que le nombre d'acheteurs est réduit. Cela invite à poser l'hypothèse selon laquelle, plus la contrainte est forte, moins la notion de règle intègre la fonction productive de base. A l'inverse, plus le pouvoir de marché est fort, plus la notion de règle peut faire partie de la rationalité qui est exercée par l'entrepreneur-employeur.

Le juriste, quant à lui, est essentiellement mobilisé par l'effectivité de la règle de droit, c'est-à-dire sa capacité à être appliquée par tous, indépendamment du contexte. Sachant que la règle de droit présente le triple caractère d'être abstraite, obligatoire et coercitive, la problématique reste de savoir comment l'entreprise peut librement exercer sa rationalité si le contexte lui enlève toute opportunité de choix sur une partie de sa combinaison productive. Il s'agit alors d'assurer l'efficacité de la règle de droit, un exercice d'autant plus difficile que l'entreprise exerce son activité sur une terre de droit civiliste : c'est pourtant à cette seule condition que l'entrepreneur pourra exercer efficacement sa liberté d'entreprendre.

50 – Incompatibilité des intérêts - Issue de la culture marxiste qui a imprégné la civilisation de l'usine au XIX^e siècle, entretenue aujourd'hui par les organisations syndicales peu réformistes, l'idée que les intérêts des employeurs et des salariés sont inconciliables reste ancrée dans la culture du travail contemporain. Mais la raison fonde-t-elle réellement cette supposition ?

Marx considérait que les termes de l'économie classique fondée sur l'économie de marché relevaient d'une vision idéaliste de la société. En raison du principe d'universalité du

²¹⁹ Un marché comprenant quatre firmes, dont l'une détient 85% des parts de marché et les trois autres 5%, est extrêmement concentré ; l'indice d'Hiirschman-Herfindhal est manifestement plus élevé dans ce cas que dans la situation où chaque firme n'aurait que 25% de parts de marché.

²²⁰ Le marché de l'automobile est emblématique de ce type de marché.

²²¹ Baumol, dans sa théorie des marchés contestables, montre qu'une firme seule n'est pas toujours en mesure de fixer un prix élevé si elle est soumise à la menace d'entrée de nouveaux concurrents.

²²² L'État peut intervenir pour nationaliser ou limiter les profits (cas d'EDF-GDF ou de la SNCF par exemple).

raisonnement, il contestait radicalement le libéralisme parce que ce mouvement s'appuie sur des lois dites naturelles, de nature a-historiques et applicables en toutes circonstances et en tous contextes. Sa vision générale s'appuie empiriquement sur le fait qu'il assiste en tant que contemporain de la deuxième révolution industrielle, au développement du prolétariat dans les grandes métropoles industrielles anglaises. Il y voit apparaître une figure nouvelle, le chômeur, c'est-à-dire celui qui ne dispose pour survivre que de sa force de travail et qui ne trouve pas acheteur sur le marché. Pour lui donc, les lois du marché sont datées, le capitalisme est une étape, un mode de production parmi d'autres, succédant au mode de production antique (fondé sur l'esclavage), au mode de production médiéval (fondé sur le servage) et auquel succèdera le communisme, stade ultime et fin de l'Histoire²²³.

51 – Érosion du concept d'incompatibilité – Confronté à la réalité, ce principe d'incompatibilité dont la théorie de la plus-value témoignera à merveille, montre pourtant que du côté des salariés le monde syndical est divisé : tout d'abord, certains d'entre eux se réclament aussi progressistes que les (traditionnels) syndicats allemands : ils restent convaincus que l'intérêt social nécessite l'adhésion et la participation de toutes les parties prenantes à la création de valeur. Ensuite, le raisonnement diverge suivant la catégorie de salariés (ouvriers et assimilés, cadres dirigeants). On observe ainsi que le Code du travail témoigne d'un principe d'organisation par collèges puisqu'en application de l'article L. 2324-11 C. trav., les représentants du personnel sont élus sur des listes établies par les organisations syndicales pour chaque catégorie de personnel²²⁴. S'il en découle que de la qualité du dialogue social peut dépendre d'un manque d'unité de la représentation salariale, elle reste dépendante de la propension des parties à pouvoir assurer une certaine coordination au cœur de la relation contractuelle.

Trois exemples permettent d'étayer concrètement cette hypothèse. Le premier concerne la rupture conventionnelle du contrat de travail (A) quand le second, dans un esprit de droit comparé, concerne l'action des comités d'entreprise allemand et français (B). Enfin, l'entreprise semble être une communauté d'intérêts (C).

²²³ COMBE (E.), *Précis d'économie*, PUF, 13^{ème} édition, 3 sept. 2014, p 87.

²²⁴ Suite de l'article L. 2323-11 C. trav. : « (...) d'une part, par le collège des ouvriers et employés ; d'autre part, par le collège des ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés. Dans les entreprises de cinq cent salariés et plus, les ingénieurs, les chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés ont au moins un délégué titulaire au sein du second collège, élu dans les mêmes conditions. En outre, dans les entreprises, quel que soit leur effectif, dont le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification est au moins égal à vingt-cinq au moment de la constitution ou du renouvellement du comité, ces catégories constituent un troisième collège ».

A) La rupture conventionnelle du contrat de travail

52 – Le dialogue au cœur de la rupture du contrat de travail - Sept modalités de rupture de la relation subordonnée existent : le licenciement pour motif inhérent à la personne du salarié, le licenciement dont la justification doit être recherchée dans les difficultés économiques ou d'organisation que rencontre l'entreprise, la démission, les modes de rupture fondés sur l'âge, les modes de rupture fondés sur le droit commun des obligations²²⁵, les modes de rupture du contrat de travail à durée déterminée, et la rupture d'un commun accord. C'est de cette dernière modalité que nous tirerons les deux analyses qui suivront ; elle apparaît économiquement et juridiquement pertinente dans le sens où elle montre que des intérêts *a priori* divergents sont juridiquement conciliables au travers d'un arrangement privé. Elle témoigne dans le même temps de la modernité d'un droit qui permet la coordination des parties au contrat. En effet, la rupture est négociée, conséquence d'un dialogue qui exclut tout rapport de force.

Depuis la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, la rupture conventionnelle constitue une modalité nouvelle de rupture du contrat à durée indéterminée (CDI) : « *L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut donc être imposée par l'une ou l'autre des parties* »²²⁶. Il est désormais loisible à l'employeur et au salarié de mettre fin communément au contrat de travail. Dans les deux cas de rupture prévus par la loi, le consentement libre et non équivoque des parties en présence est requis puisque « *elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties* »²²⁷. Ce postulat n'interdit donc pas la négociation en présence d'un différend. Par ailleurs, lorsque l'administration du travail estime que la demande d'accord est recevable, elle dispose d'un délai de quinze jours afin de s'assurer de la liberté des consentements. Il convient cependant de noter que la position de la Direccte reste marquée par l'insécurité juridique puisqu'une décision de refus d'homologation peut, par la suite, être légalement retirée par son auteur²²⁸.

²²⁵ Force majeure et résiliation judiciaire

²²⁶ C. trav., art. L 1237-11, *al.* 1 et 2.

²²⁷ C. trav., art. L 1237-11, *al.* 3.

²²⁸ V. Soc., 12 mai 2017, pourvoi n° 15-24.220, publié au bulletin.

1) La rupture pour convenances personnelles

53 – Rente associée à la collaboration - Afin de comprendre l'intérêt réciproque attaché à cette modalité de rupture, on peut raisonner en terme de rente associée à la coopération. C'est alors que la rupture conventionnelle peut s'analyser comme une solution de calcul d'intérêts dans la qualité d'une rationalité qui se comprend par l'usage de la raison et du raisonnable. Le recours au tribunal ne fera alors que sanctionner un défaut d'arrangement privé.

1° Avantages pour l'employeur – Cette modalité de rupture négociée permet d'éluder un certain nombre de risques tout en favorisant la flexibilité. Résultante de l'autonomie de la volonté, elle permet d'échapper au risque de voir le salarié entreprendre un recours contentieux : la rupture conventionnelle a donc pour fonction de sécuriser le processus de rupture. Ensuite, elle évite *de facto* le risque d'obérer la rentabilité en devant supporter le maintien de charges liées à l'emploi ; en particulier les charges d'exploitation que sont la rémunération et le coût de la protection sociale, mais aussi les charges exceptionnelles, avec le risque de devoir supporter des coûts liés au conflit. Sur le plan financier encore, la rupture conventionnelle permet d'assurer la prévisibilité de son coût. En l'occurrence, l'ensemble des charges prévisionnelles est évaluable dès le début de la procédure puisque la convention de rupture définit les modalités de celle-ci, et notamment le montant de l'indemnité spécifique qui ne peut être inférieur à l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 C. trav.²²⁹ : ce dernier dispose que « *le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement. Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie règlementaire* »²³⁰.

L'entreprise n'aura donc pas à provisionner ni à immobiliser de la trésorerie pour financer le risque de contentieux si le juge avait à apprécier le *caractère non dérisoire* des concessions. L'image comptable et financière de l'entreprise s'en trouvera aussi valorisée. La distribution de dividendes aux apporteurs de capital, voire la mise en réserves conventionnelles ou facultatives, sera facilitée. Dans certains contextes, notamment pour les entreprises cotées, cette image comptable de l'entreprise est probablement un des éléments déterminants pouvant influencer le cours de bourse et la levée de capitaux. Outre l'éviction de ces risques financiers,

²²⁹ V. C. trav., art. L. 1237-13.

²³⁰ C. trav., art. L. 1234-9, modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

la rupture conventionnelle présente des avantages évidents en d'autres domaines ; elle est rapide en ce qu'elle permet d'accélérer les délais de rupture : il n'y a pas de préavis. Ensuite, le départ n'a pas à être motivé en raison du supposé consentement libre et non équivoque des parties en présence²³¹. Enfin, sur le plan managérial, elle élude les risques liés à la transaction qui pourrait s'opérer hors du cadre de la subordination. Consécutive à une rupture du contrat de travail, elle a pour objet de mettre fin, par le moyen de concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître sur les conséquences de la rupture. Si celle-ci devait s'opérer hors du cadre de la subordination, elle serait probablement plus difficile, plus coûteuse, voire source de contentieux. On peut donc postuler que la négociation est facilitée dans la mesure où, malgré les garanties procédurales qui encadrent la rupture conventionnelle, le salarié reste en dépendance économique et sous état de subordination au moment de la négociation.

2° Avantages pour le salarié - Même si la rupture conventionnelle le prive d'une obtention hypothétique de la réparation des préjudices subis, ce cas de rupture lui garantit des bénéfices auxquels il n'aurait pas droit en cas de démission pure et simple. La rupture conventionnelle lui donne droit à l'assurance chômage et au versement d'indemnités au moins équivalentes à celles d'un licenciement²³². On rappelle à cet égard qu'en principe, seules les personnes involontairement privées d'emploi (licenciement, CDI arrivé à son terme, rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée à l'initiative de l'employeur, rupture de contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'article L. 1233-3 C. trav.), peuvent bénéficier des allocations chômage.

Il s'agit-là d'une conséquence de la logique emploi-protection spécifique à un système qui s'est construit depuis la Seconde Guerre mondiale sur un financement reposant sur le salaire ; ainsi, « *tout événement affectant l'emploi d'un travailleur exerce une influence sur ses droits au regard de la Sécurité sociale. Le droit interne s'efforce de mettre en application un principe issu du droit international : la suspension du contrat de travail (période de conversion ou de reclassement) ou sa rupture (période de chômage) doivent être neutralisées pour le bénéfice actuel (assurance maladie, maternité, invalidité, décès) ou futur (assurance*

²³¹ Il est à la fois possible et juste de s'interroger sur l'acceptation sans contrainte de la rupture. Le consentement est-il toujours libre ? L'arrêt du 30 sept. 2014 (n° 13-16.297) en témoigne : les juges considèrent qu'une rupture conventionnelle peut être conclue pendant une période de suspension du contrat de travail d'un salarié victime d'un accident de travail ou atteint d'une maladie professionnelle. Dans cette affaire, le salarié a demandé au conseil des prud'hommes de prononcer la nullité de la convention de rupture. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif qu'il n'existe pas dans cette espèce de fraude ou vice du consentement.

²³² C. trav., art. L. 1237-13, al. 1.

vieillesse, retraite complémentaire) des droits aux prestations sociales »²³³. La démission, qui reste juridiquement un départ volontaire à l'initiative du salarié, n'ouvre donc pas droit à la garantie du risque de chômage²³⁴. Psychologiquement, certains salariés peuvent avoir intérêt à ne pas supporter les conséquences d'un licenciement en terme de confiance en soi. Corrélativement, justifier d'un licenciement auprès d'un futur employeur reste aussi malaisé si l'employeur précédent désirait le voir quitter l'entreprise. Enfin, la convention de rupture homologuée par la Direccte produit des effets de droit. Sauf si elle est illégale, l'administration ne pourra procéder à son retrait à la demande de l'employeur ou d'un tiers²³⁵. La sécurité juridique est alors garantie.

54 - Un juste milieu dans les choses - On peut souligner que reconnues par l'homologation²³⁶, l'initiative et les modalités sont supposées communes ; aussi, une baisse des contentieux est évidemment attendue, car la conflictualité est réduite à la source même de la procédure. Depuis la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 qui l'a instituée, c'est ce dont témoigne la construction jurisprudentielle relative à la rupture conventionnelle. La Cour de cassation lui accorde même une suprématie en terme de hiérarchie des modes de rupture. On savait que « *les arrêts de jurisprudence se subordonnent à la loi* »²³⁷ ; on sait désormais que certains modes de rupture se subordonnent à d'autres. Il ressort de l'arrêt du 3 mars 2015 que « *lorsque le contrat de travail a été rompu par l'exercice par l'une ou l'autre des parties de son droit de résiliation unilatérale, la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue* »²³⁸. Le droit du travail prouve ici une capacité immanente à assurer une certaine efficience.

Le seul facteur d'insécurité juridique apparaît être la validité de retrait du refus d'homologation par la Direccte puisque l'administration peut retirer une décision de refus d'homologation pour y substituer une décision qui l'accorde. Ainsi « *une décision de refus d'homologation d'une convention de rupture conclue en application des dispositions des*

²³³ WILLMANN (Ch.), « *La protection sociale des sans-emploi. Une prise en charge des principaux risques* », Informations sociales 2007/6 (n° 142), p. 60. L'auteur défend une nécessité de « *saisir la prise en charge des chômeurs dans son acception large* ». *Ibid*, p. 68.

²³⁴ Toutefois à titre dérogatoire, le salarié démissionnaire peut prétendre à l'assurance chômage en cas de démission considérée comme légitime par le régime d'assurance chômage, ou, à défaut, lors du réexamen de sa situation après quatre mois de chômage.

²³⁵ V. MOULY (J), « *Rupture conventionnelle : validité du retrait du refus d'homologation par la Direccte* », Droit social, n° 7/8, juil.-août 2017, p. 681.

²³⁶ Environ 93% des ruptures conventionnelles sont homologuées – en 2016 et depuis 2011, environ 7% des demandes de ruptures conventionnelles reçues à l'inspection du travail n'ont pas été validées, pour des raisons d'irrecevabilité (dont 71% de refus et 29% de dossiers incomplets) – Source DARES – 23 août 2016.

²³⁷ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 163.

²³⁸ Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20.549, publié au bulletin.

articles L. 1237-11 et suivants du code du travail ne crée de droits acquis ni au profit des parties à la convention, ni au profit des tiers. Elle peut, par suite, être légalement retirée par son auteur »²³⁹. Au gré des solutions jurisprudentielles, la sécurité juridique sort renforcée d'une rupture bilatérale dont « les portes de la nullité se ferment au salarié »²⁴⁰. Fort de ce pouvoir normatif du juge qui peut avoir valeur de postulat, les ruptures conventionnelles sont de nature à développer l'intérêt commun des parties en présence et probablement celui de l'intérêt social dans son ensemble. Si salarié et employeur bénéficient du partage de la rente associée à la coopération, on comprend aisément que parmi les différentes modalités de rupture du contrat de travail, celle-ci remporte un vif succès. Pour la seule année 2010, à peine deux années après la mise en place du dispositif par les autorités normatives, les ruptures conventionnelles du contrat de travail représentaient 20% de l'ensemble des ruptures en contrat à durée déterminée²⁴¹ avec pour corollaire, une baisse des licenciements économiques et des démissions. Après une quasi-stagnation entre mi-2012 et fin 2014, en tendance, les ruptures conventionnelles restent orientées à la hausse chaque année. En valeur absolue, on peut indiquer que 29 800 ruptures conventionnelles ont été homologuées sur le mois de juillet 2016. La croissance serait en moyenne, mensuellement, de 1.3%. Ce chiffre reste en deçà de la réalité puisque la Dares s'appuie uniquement sur les données collectées sur les listes Pôle emploi ; or, toutes les ruptures conventionnelles ne donnent pas lieu à inscription sur ces listes.

55 – Conclusions – On a pu voir que l'administration est en droit de retirer une décision de refus d'homologation pour y substituer une décision qui l'accorde²⁴². La question se révèle plus délicate pour les salariés protégés qui ne sont éligibles à la rupture conventionnelle que le lendemain de l'autorisation accordée par l'inspecteur du travail²⁴³.

Il convient de noter ensuite que si la rupture conventionnelle permet d'éluder (en principe) tous les conflits postérieurs à la rupture, elle n'éteint pas forcément la procédure disciplinaire en cours avant sa mise en œuvre. Il ressort d'un arrêt du 3 mars 2015 que « si le salarié exerce son droit de rétractation de la rupture conventionnelle, l'employeur est fondé à reprendre la procédure disciplinaire par la convocation du salarié à un nouvel entretien préalable dans le respect des dispositions de l'article L. 1332-4 du code du travail et à prononcer une sanction,

²³⁹ Soc., 12 mai 2017, pourvoi n° 15-24.220, publié au bulletin.

²⁴⁰ MOULY (J), préc.

²⁴¹ Source : Pôle Emploi. Calcul reposant sur l'hypothèse de l'inscription à Pôle Emploi après une rupture conventionnelle, de 75%.

²⁴² V. *supra*, n° 32.

²⁴³ C. trav., art. L. 1237-15.

y compris un licenciement pour faute grave »²⁴⁴. La sécurité juridique du salarié n'est donc que relative.

Outre ce caractère, la rupture négociée permet de poser une nouvelle hypothèse : celle que le pouvoir peut évoluer du statut de contrainte à celui de partage. Cette participation intentionnelle des deux intéressés au contrat permet alors d'améliorer l'efficacité de l'institution dans son ensemble²⁴⁵.

2) La rupture pour motif économique

56 – Position du problème - Jusqu'en 1973, sauf si le salarié arrivait à prouver l'abus de droit²⁴⁶, la liberté de licencier était totale. Dans une période tourmentée économiquement, le législateur est alors intervenu pour soumettre les licenciements à des conditions strictes : cause réelle et sérieuse sur le fond, respect d'une procédure préalable sur la forme. Ces conditions furent renforcées en 1975 afin de soumettre à des conditions particulières les licenciements pour motif économique. Depuis, elles ne furent guère modifiées, sauf que depuis 1986, ces licenciements n'ont plus à être autorisés par l'administration.

Licencier pour motif économique reste une procédure longue, complexe et coûteuse pour l'employeur, génératrice d'insécurité économique pour le salarié. L'employeur peut alors trouver intérêt à rompre conventionnellement la relation de travail qui le lie à ses salariés. Il est alors possible d'envisager, pour chacune des parties au contrat, les avantages associés à la rupture conventionnelle en tant que modalité de rupture se substituant au licenciement économique.

57 – Avantages certains pour l'employeur - Cette modalité de rupture lui permet de contourner certaines obligations liées au licenciement économique : la rupture conventionnelle n'implique ni l'interdiction d'embauche sur un poste équivalent, ni la priorité de réembauche²⁴⁷ pendant une année, ni aucune règle relative à l'ordre des départs, dont on sait qu'elle nécessite la mise en place d'un accord collectif établissant de manière définitive une liste de critères de choix ; qu'il y ait ou non accord, la consultation des élus du personnel s'impose : on peut aisément imaginer que celle-ci sera malaisée, sinon conflictuelle. Ensuite, la transformation de plusieurs licenciements économiques en ruptures conventionnelles peut

²⁴⁴ Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-15.551, publié au bulletin.

²⁴⁵ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 90.

²⁴⁶ Le salarié supportait la charge de la preuve.

²⁴⁷ C. trav., art. L. 1233-45.

permettre d'éviter un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) en maintenant l'effectif licencié en deçà du seuil ouvrant obligation à PSE. Cependant, si la rupture conventionnelle n'est pas possible, une négociation d'accord sur le PSE s'avère nécessaire. On précise que le PSE est obligatoire dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés sur une période de trente jours. Pour ces mêmes entreprises, le PSE reste facultatif lorsque le projet de licenciement concerne moins de dix salariés sur une période de trente jours comme pour les entreprises de moins de cinquante salariés.

Les conséquences d'un PSE expliquent la volonté d'évitement. Celui-ci vise en effet à empêcher les licenciements ou, à défaut, à en limiter le nombre. Il doit également faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement est inévitable. Sur ses conséquences, et selon la Chambre sociale, le plan doit comporter des indications sur le nombre et la nature des emplois proposés, y compris à l'étranger, afin de permettre le reclassement interne et externe des salariés dont le licenciement ne peut être évité. Celles-ci doivent désigner des mesures précises et concrètes de nature à éviter les licenciements et à en limiter le nombre, ce qui induit un contrôle approfondi du juge. Le PSE peut aussi réserver des avantages à certains salariés à la condition de respecter le principe d'égalité et de faire en sorte que leurs règles d'attribution soient préalablement définies et contrôlables. La comparaison obéit au principe de faveur puisque les mesures ne doivent comporter aucun caractère aléatoire ou apparaître moins favorables que les stipulations des conventions et accords collectifs de travail. Le PSE peut comprendre des actions de reclassement interne ou externe à l'entreprise, des créations d'activités nouvelles ou des incitations en ce sens (prime à la création d'entreprise par exemple), des actions de formation ; des mesures de réduction ou d'aménagement du travail sont aussi susceptibles d'y figurer. S'y trouvent également les possibilités de mutations et de travail à temps partagé ou partiel.

Si la construction d'un PSE est complexe, sa mise en œuvre n'est pas plus aisée, et ceci, que l'employeur choisisse la voie négociée ou la voie unilatérale. Dans le premier cas il peut décider de négocier un accord PSE. Ainsi l'article L. 1233-24-1 C. trav. dispose que « *dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation*

unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité ». Dans le second cas, la négociation d'un accord de PSE reste facultative et l'employeur élabore un document dans lequel il définit, d'une part, le contenu du plan, et, d'autre part, les conditions de mise en œuvre du licenciement. L'employeur discute le contenu de ce document avec le comité d'entreprise puis le finalise à l'issue de la période de consultation. Dans les deux cas, le comité d'entreprise est consulté, mais les conditions de mise en œuvre peuvent se révéler hasardeuses, tant sur le plan du climat social de l'entreprise, que sur le climat politique. La ressource réputationnelle de l'entreprise peut aussi en être affectée.

En témoigne l'enjeu politique qu'a pris le PSE proposé par ALSTOM le 7 septembre 2016. Celui-ci envisageait d'organiser la mobilité de 450 salariés de l'usine Alstom de Belfort vers d'autres sites, dont l'usine de Reichshoffen dans le Bas-Rhin. A l'échelle de la mondialisation, un reclassement à 200 kilomètres de l'usine initiale s'avère acceptable. A l'échelle humaine, cette distance fait ressembler le reclassement à un obstacle que peu de salariés ont envie de franchir. La majorité d'entre eux est quinquagénaire, et a construit sa vie sur le lieu d'exercice professionnel. Sur le site d'une usine qui a vu le jour au XIX^e siècle²⁴⁸, la mobilité géographique n'est pas un des principaux constituants de la culture professionnelle. La proposition, aussi honnête soit-elle, peut, de plus, être perçue comme injuste quand le groupe annonce quelques semaines auparavant avoir remporté de beaux contrats²⁴⁹. Il est ainsi aisé de comprendre que l'employeur et les partenaires sociaux peuvent vouloir s'exonérer d'une procédure de PSE, coûteuse à l'entreprise et aux salariés (financièrement bien sûr, mais aussi en énergie, en temps passé en consultations et négociations, en contentieux, en image de marque, en stress qui se révélerait ici évidemment contre-productif et inefficace économiquement durant toute la durée de la procédure).

La rupture conventionnelle pour motif économique peut apparaître comme un moyen de pallier l'insuffisance de volontaires au départ sans pour autant recourir au licenciement. Un employeur qui procède à des suppressions d'emplois au moyen d'un plan de départ volontaire

²⁴⁸ En 1872 précisément.

²⁴⁹ Annoncé le 29 juin 2016 : 2,6 milliards d'euros pour le métro de Dubaï pour l'Exposition universelle de 2020 - Annonce faite le 28 août 2016 par le vice-président des États-Unis en personne : M. Joe Biden annonce un investissement de 2,45 milliards de dollars (2,2 milliards d'euros) pour lancer les travaux de modernisation de la ligne à grande vitesse (LGV) reliant Boston à Washington, qualifié le contrat du siècle en France – Annonce le 7 sept. 2016 : la SNCF et Alstom ont présenté leur partenariat d'innovation pour concevoir le futur TGV qui roulera à partir de 2022 ; un modèle de collaboration inédit présenté comme la seule solution pour atteindre des objectifs ambitieux, dont un coût réduit de 20% - Les exemples sont légion.

sans licencié est par ailleurs dispensé de plan de reclassement. Le gain financier sera notable alors qu'économiquement, la firme prouvera sa capacité à embrasser le réalisme américain. En effet, le pouvoir évolue du statut de contrainte à celui de partage, ce qui semble pertinent. C'est en tout cas ce que promeut la *théorie de la firme comme entité fondée sur le pouvoir* (TFEP) imaginée par le Pr. Virgile Chassagnon. : « *Le concept de pouvoir (par nature multidimensionnel) est au cœur du processus de création de valeur collective* »²⁵⁰.

58 – Avantages potentiels pour le salarié – Pour les salariés, les avantages en termes de gains financiers ne sont pas évidents ; ils ne sont que potentiels, si dans une optique consensuelle, l'employeur accepte de partager la rente que lui confère l'évitement des règles liées au licenciement économique. Par conséquent, pour qu'un salarié (rationnel) accepte la rupture conventionnelle, l'employeur doit lui offrir une compensation plus élevée que celle qu'il obtiendrait dans le cadre d'un PSE²⁵¹.

59 – Une tempérance intrinsèquement a-conflictuelle - Comme pour la rupture conventionnelle pour convenances personnelles, la rupture conventionnelle pour motif économique fournit un cadre de conciliation d'intérêts – *a priori* - divergents, via le partage de la rente induite par l'évitement du conflit. Dans les deux cas, les agents rationnels que sont l'employeur et le salarié chercheront à réduire les coûts d'opportunité. Cette consubstantialité a permis de produire un mode cohérent et respectueux de rupture du contrat de travail, s'accommodant des déterminants décisionnels de deux personnes juridiques que l'on croyait inconciliables. A tel point qu'une auteure souligne que « *pragmatique, le juge de cassation n'entend pas entraver le parcours fulgurant de la rupture conventionnelle mais l'accompagne et la conforte dans son succès* »²⁵². Cela témoigne de la capacité de notre système juridique à savoir privilégier un juste milieu des choses, une solution qu'Aristote aurait probablement soutenue. La morale du philosophe est en effet une *morale du juste milieu*. On aurait donc « *tort d'y voir une morale de la médiocrité : le juste milieu est en effet ce qui demande le plus d'effort* »²⁵³. Cette position médiane, garantissant l'autonomie de la volonté, permet à Mme Françoise Champeaux d'indiquer que « *la rupture conventionnelle est devenue une rupture de masse qui ne doit pas susciter un contentieux de masse* »²⁵⁴.

²⁵⁰ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 93.

²⁵¹ Conventions de reclassement personnalisé, contrats de transition professionnelle, congés de reclassement par exemple.

²⁵² CHAMPEAUX (F.), « *Quand le principe de réalité l'emporte* », Semaine sociale Lamy, 10 fév. 2014, n° 1617, p. 2.

²⁵³ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 55.

²⁵⁴ *Ibidem*.

60 – Un mode de rupture valide pour l'analyse économique du droit – Comme en matière de rupture conventionnelle pour convenance personnelle, la rupture pour motif économique est valide au sens de l'analyse *coasienne* de l'économie du droit. Ce dernier estime que si les parties peuvent négocier sans frais, elles résoudront un problème par elles-mêmes, sans nécessité d'une intervention correctrice de l'État ou du juge. La solution à laquelle la négociation arrivera sera alors optimale, quelle que soit l'attribution des droits. Après que le Pr. Ronald Coase fut invité à défendre cette position, pour mieux les convaincre, auprès des prix Nobel George Stigler et Milton Friedman, il a ainsi pu être admis que la qualité d'une règle puisse être jugée par les effets qu'elle produit. Cela permet à deux auteurs contemporains de conclure à une convergence possible entre l'économie et le droit : « *Pour les économistes, il y avait ici un lien entre l'économie et le droit : on peut étudier quelle règle juridique correspond à la solution que l'économiste considère comme optimale, en d'autres mots, quelle règle était optimale ou efficiente* »²⁵⁵. Le droit peut ainsi être étudié avec les outils de l'économiste.

B) Le rôle des comités d'entreprise

61 – Présentation - Il est possible de mesurer l'adéquation du rôle des comités d'entreprise comme modalité de rapprochement possible d'intérêts *a priori* divergents. Pour ce faire, on peut comparer l'action des comités français et allemand (*Der Betriebsrat*). Ne serait-ce qu'à travers de l'analyse sémantique, on peut percevoir le sens que donnent les Allemands au rôle dudit comité. Mot à mot, « *Der Betriebsrat* » signifie *conseil* d'entreprise.

Le Conseil d'entreprise allemand est un conseil d'administration de la collectivité du travail. Il peut être installé à l'initiative des salariés dès la présence de cinq personnes, apprentis inclus. En France, la mise en place à l'initiative de l'employeur n'est obligatoire que si l'effectif d'au moins cinquante salariés est atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes²⁵⁶. Témoinnant de la culture de l'intérêt social en lieu et place des intérêts catégoriels, les salariés allemands ne peuvent s'opposer aux accords de garantie d'emploi assortis de baisse de salaire ou de modification du temps de travail, car ils sont signés, *via* le Conseil d'entreprise, au nom du conseil d'administration de la collectivité de travail. Par ailleurs, si l'accord n'arrive pas à se concrétiser, l'employeur ne peut décider unilatéralement de l'imposer. Il doit aller chercher à l'extérieur un arbitre. On y voit la

²⁵⁵ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 122.

²⁵⁶ C. trav., art. L. 2322-2.

consécration juridique de l'échange érigé en valeur : « *L'échange est donc morale de vie, école de compréhension, vecteur de tolérance entre les individus et le meilleur antidote pour faire éclater les préjugés* »²⁵⁷.

62 – Atteinte à la volonté du personnel - En France à l'inverse, le comité d'entreprise n'assure qu'une « *représentation d'intérêts collectifs traduisant l'unité de la collectivité du personnel d'une entreprise ou d'un établissement* »²⁵⁸ et dont la personnification traduit l'homogénéité des intérêts²⁵⁹. Nonobstant ce caractère homogène, en ce qu'il met en évidence une position transcendant les clivages qui peuvent s'y manifester en interne, la position du comité d'entreprise n'enlève pas à l'employeur la possibilité de prendre unilatéralement une décision. Ainsi, toute décision du chef d'entreprise doit être précédée de la consultation du comité d'entreprise « *sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis à l'avis du comité d'entreprise. Cette consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord. Le défaut de consultation du comité d'entreprise, qui peut être sanctionné par ailleurs selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres* »²⁶⁰. Si le consentement du salarié peut être forcé²⁶¹, celui de la *volonté du personnel intéressé*²⁶² peut l'être tout autant. L'utilisation comme régime de gouvernement du pouvoir institué par le contrat de travail semble alors préjudiciable au processus de création de valeur collective²⁶³.

L'atteinte à la volonté du personnel peut s'expliquer par la divergence des missions. Bien qu'ayant des points communs avec le comité d'entreprise français, le conseil d'entreprise allemand ne recouvre pas vraiment les mêmes missions : à l'inverse du comité d'entreprise français, son homologue allemand n'a pas d'attributions sociales et culturelles. Celles-ci sont en effet centrées sur l'économie et le droit du travail. Par ailleurs, dans certains cas, il faut

²⁵⁷ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 106.

²⁵⁸ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 103.

²⁵⁹ LYON-CAEN (A.), « *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel* », Dr. Ouv. 86, p. 356.

²⁶⁰ Soc., 5 mai 1998 : TPS 1998, comm. 244 ; RJS 1998, 435 et 476, obs. M. Cohen.

²⁶¹ V. FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », Dr. Ouv. 768.

²⁶² PETIT (F.), préc., p. 104 : « *La représentation dépasserait la représentation, car elle ne traduirait pas, mais créerait la volonté du personnel intéressé* ».

²⁶³ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 93.

souligner que l'employeur a besoin d'un avis conforme, voire de l'accord de son comité, pour voir validées certaines décisions relevant de son pouvoir économique. Les prérogatives des élus sont de représenter et défendre l'intérêt des salariés, alors que leurs homologues français y attribuent plus une mission culturelle.

Outre le respect de l'application stricte des normes, le comité d'entreprise allemand a un rôle de proposition. Il lui appartient de faire à l'employeur toutes les propositions qu'il juge utile dans l'intérêt de l'entreprise. Culturellement, sa ligne directrice sera toujours de chercher à concilier les intérêts de l'entreprise et des salariés, tout en faisant évoluer la prise en compte de l'égalité dans son ensemble (propositions pour mettre en place l'égalité hommes-femmes, la représentation des jeunes travailleurs, faciliter la bonne intégration des travailleurs à besoins particuliers –handicapés, séniors, ceux à besoins spécifiques-, contribuer à la protection de l'environnement, etc.). L'ensemble de ces missions doit s'opérer dans un climat de confiance avec l'ensemble des partenaires sociaux et dans l'optique des intérêts communs de l'entreprise et des salariés²⁶⁴. La culture de lutte des classes française s'oppose au consensualisme allemand, bien plus progressiste et efficace. On peut y voir l'entéléchie d'un collectif qui s'identifie à une *communauté organisée*²⁶⁵. Forcé, le dialogue social en sortira au final renforcé.

63 – L'égalité comme idéal - Le droit comme outil d'organisation de l'entreprise se révèle dans ces pratiques comme fondamentalement différent. L'esprit dans lequel le droit du travail allemand a été construit, conceptualisé dès sa création, est probablement à l'origine d'un outil d'échange à somme positive²⁶⁶. Une construction juridique respectueuse de la rationalité des différents intéressés et des droits de chaque entité s'avère alors possible. Le rapport de force institué devient équilibré ; cela permet d'y voir une *perfection identique* au sens de celui que Kant considère comme le plus grand des philosophes dogmatiques, M. Christian Wolff : « *Dans l'idéal, tous devraient avoir les mêmes droits ; c'est très rationnel, mais peu praticable* »²⁶⁷. Une vision positive du dialogue social existe et permet, au profit de la performance de l'entreprise, de rendre conciliables des intérêts initialement divergents.

²⁶⁴ NEUBAUER (C.), « *le comité d'entreprise allemand* », www.village-justice.com, art. 18.611, p. 4.

²⁶⁵ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 144.

²⁶⁶ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), préc. : « *L'échange n'est pas un jeu à somme nulle. Dans tous les cas, s'il est libre et volontaire, il est à somme positive* ».

²⁶⁷ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 117.

C) La reconnaissance d'un collectif de travail

64 – Position du problème - L'entreprise peut se décrire comme une communauté d'intérêts. L'analyse précédente témoigne du fait qu'elle ne peut se réduire à la définition d'une *boîte noire* qui n'aurait d'autre vertu que de modéliser une fiction. Objet d'analyse des économistes néo-classiques aux fins de soutenir l'émergence de l'entreprise capitaliste²⁶⁸, la boîte noire a permis de soutenir le principe d'universalité du raisonnement. Une telle approche, utilisée dans les modèles d'équilibre général et partiel, considère « *l'entreprise comme une unité dont l'activité essentielle consiste à transformer des flux d'entrées en flux de sorties selon une relation technique appelée fonction de production. Cette unité, dont l'activité interne est négligée, est gérée par un individu ou un groupe homogène d'agents qui sont ses propriétaires. Ces derniers sont assimilés analytiquement à l'entreprise qu'ils possèdent* »²⁶⁹. Dans cette entreprise, dont la croissance fait figure d'implacable ambition, sont niées les potentielles divergences d'intérêts entre propriétaires et dirigeants²⁷⁰, tout comme la question essentielle de la civilisation en entreprise²⁷¹. Celle-ci se révèle pourtant être au cœur de la reconnaissance d'un collectif de travail, d'une unité sociale qui, sans toutefois être naturellement personnifiée²⁷², constitue l'un des socles permettant le développement d'une *société d'entreprise*²⁷³.

65 – L'autonomie de volonté des acteurs confondue avec celle de la personne morale - Pour le droit des sociétés, l'entreprise n'est pas spécifiquement définie. Il n'en reste pas moins que le droit positif s'est emparé du concept de société en lui attribuant formellement la qualification de personne morale. L'article 1832 C. civ. dispose ainsi que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». L'associé est une personne qui fait un apport, participe aux bénéfices et aux pertes, et a la

²⁶⁸ L'entreprise capitaliste résulte d'une évolution historique qui mène de l'organisation économique médiévale, dominée par l'activité agricole, au capitalisme industriel.

²⁶⁹ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, pp. 7-8.

²⁷⁰ V. TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, pp. 237 et s.

²⁷¹ V. SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, pp. 151 et s.

²⁷² La chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que l'unité économique et sociale n'a pas la personnalité juridique ; Soc., 23 sept. 2009, pourvoi n° 07-44.200 : « *L'existence d'une unité économique et sociale ne suffit pas à caractériser la qualité d'employeur de chacune des entreprises qui en fait partie* ».

²⁷³ PEYREFITTE (A.), *La société de confiance*, Odile Jacob, oct. 1995, p. 425 : « *Une société d'entreprise est une société où tous ceux qui ont pouvoir de décider, d'entraîner, de créer, de former, d'enseigner, de juger, de faire exemple ou modèle, adhèrent dans leur grande majorité aux comportements qui font une société en développement. Nous en sommes encore loin, très loin* ».

volonté de s'associer. Lorsqu'il est une personne physique, il n'est pas fait référence à l'individu ; une évidence qui s'impose notamment lorsque l'associé est une personne morale. Avant la rédaction des statuts, leur enregistrement et dépôt au greffe du tribunal de commerce, le ou les associés choisissent la forme sociale. Celle-ci sera déterminée en raison de critères divers. Parmi eux, le régime de responsabilité limitée (ou pas), le régime fiscal, le régime social du dirigeant (salarié ou non), la volonté ou non d'ouvrir le capital. SNC, SARL, SA, SAS, sociétés civiles, sociétés en commandite, SEL, sociétés coopératives, d'économie mixte offrent ensuite aux porteurs de titres sociaux un menu hétéroclite de solutions juridiques. Sauf pour les sociétés coopératives²⁷⁴ qui ne représentent à peu près que 1,5% du nombre total de sociétés, peu d'entre ces formes sociales prennent en compte l'individu en tant que personne physique.

Au final, le droit positif confond en un seul agent tous ses acteurs. Les rapports entre ceux-ci sont niés : entre employeur et salariés, ils sont régis par les effets de droit que crée la subordination en tant que *lien juridique*²⁷⁵ ; entre porteurs de titres et dirigeants, ils sont régis par la *théorie des institutions* qui règle le pouvoir des organes vers une force que constitue l'idée de l'institution²⁷⁶. La question du salarié est alors niée ; il pourrait presque être un agent indépendant, au même titre que les parties prenantes externes avec qui l'institution contractualise. Cette vision est renforcée par l'absence de personnification de la collectivité formée par le personnel²⁷⁷.

66 – L'efficacité nécessite de reconnaître le collectif de travail - Dans sa réalité, l'entreprise est constituée d'humains fédérés par l'intérêt social du groupement personnifié. L'entreprise est une communauté de travail car elle est une communauté de destins. Liés par le sort de leur objet social, ouvriers, employés, agents de maîtrise, ingénieurs, cadres et dirigeants sont intimement dépendants les uns des autres. L'entreprise est devenue une organisation à décideurs multiples, un réseau organisé de contrats spécifiques. Au final, elle en devient un espace de création de valeur qui a bien d'autres ambitions que satisfaire au pouvoir *de jure* des actionnaires : « *Historiquement, le régime juridique de la propriété privée*

²⁷⁴ Il existe des entreprises importantes qui sont placées sous ce régime juridique : la CAMIF, la Banque Populaire, la FNAC, le Crédit Agricole en font partie.

²⁷⁵ V. DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », Droit social, n° 5, mai 2011, p. 556.

²⁷⁶ Il est ici fait référence à la théorie des institutions du Pr. Maurice HAURIOU ; les organes (organes de direction et assemblées d'actionnaires) collaborent à l'idée de l'institution (l'intérêt social, confondu avec celui des porteurs de titres) dans un esprit de communion (au-delà de l'idée d'équilibre, celle d'association active). V. MILLARD (É.), « *Hauriou et la théorie de l'institution* », Droit et Société, 30/31-1995, pp. 381 et s.

²⁷⁷ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 514 : « *La question se pose de savoir si d'une communauté spontanée ou volontaire, née hors d'un cadre doté légalement de la personnalité, peut naître une personne morale* ».

qui octroie des droits résiduels de contrôle sur l'activité de l'entreprise issus des parts sociales est au cœur des mécanismes de jure du pouvoir »²⁷⁸. L'individualisme comme la confusion des intérêts n'ont plus leur place dans toutes les entreprises qui subissent la contrainte du marché. Pour créer une valeur supérieure à la valeur actionnariale, l'entreprise doit alors se doter de marges de manœuvre efficaces pour devenir *performante*. Elle doit alors reconnaître le collectif de travail que constitue l'ensemble de ceux qui œuvrent à la communauté de destins.

On y voit la conséquence d'un capitalisme qui a changé de nature. L'économie numérique²⁷⁹ prend une part croissante dans un capitalisme devenu plus immatériel qu'industriel. Si la théorie classique de la croissance part du postulat que cette croissance résulte de l'accumulation des facteurs de production, dès 1956, M. Robert Solow montra que l'accumulation n'en expliquait qu'une partie, laissant une place déterminante à l'innovation. Deux siècles avant déjà, en 1768, Turgot avait posé l'hypothèse de rendements décroissants. Ces conclusions, qui ont désormais valeur de postulats, permettent de poser l'hypothèse de la nécessaire mobilisation de l'ensemble des potentiels individuels et collectifs. Il s'agit alors de voir en l'entreprise autre chose qu'un lieu de confusion entre capital et travail, car désormais l'enjeu est considérable. Les arcanes de la compétitivité se situent majoritairement dans la capacité des organisations à capter la création de valeur. Concomitamment, l'innovation requiert une culture et des institutions propices²⁸⁰.

Cette solution est partagée par d'éminents auteurs. Pour le sociologue Edgar Morin, cette vision de l'entreprise est devenue une évidence : *« Si les travailleurs obéissaient de façon rigide aux ordres stricts de bon fonctionnement de l'entreprise, celle-ci se trouverait immédiatement bloquée, car les instructions qui tombent du sommet sont abstraites et ne tiennent pas compte des épisodes imprévus et des incidents divers qui adviennent. Ainsi, toute grève du zèle, consistant en une application stricte et minutieuse du règlement (...), paralyse tout fonctionnement par excès d'ordre. Ainsi, à l'organisation officielle ou formelle de l'entreprise se combine une organisation clandestine ou informelle qui oppose aux ordres contraignants une résistance collaboratrice au sein du travail »*²⁸¹. Cette collaboration officieuse génère des coûts de non-qualité (baisse de la productivité, absentéisme, effets d'opportunité, accidents du travail, etc.) ; mais elle est aussi révélatrice d'un besoin d'humanité entre les individus qui œuvrent pour l'entreprise. Pour le juriste Alain Supiot,

²⁷⁸ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 94.

²⁷⁹ TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, pp. 527 et s.

²⁸⁰ *Idem*, p. 566.

²⁸¹ MORIN (E.), *La Voie*, Fayard, 2011, p. 246.

« tout produit ou service un peu élaboré est en effet le fruit d'un travail collectif, dont la réalisation requiert des cadres institutionnels relativement stables. Pour pouvoir affronter la compétition sur les marchés où elle opère, une entreprise doit créer en son sein les conditions d'une coopération entre les travailleurs qui œuvrent pour elle »²⁸². L'adhésion des actionnaires à la volonté autonome des organes se révèle désormais déterminante dans une vision du travail qui n'est plus divisé.

67 – La bonne foi au cœur d'une entreprise à progrès collectif - Pour d'autres auteurs, c'est un appel à l'invention d'un nouveau modèle d'entreprise qui peut être fait afin de valider la recherche objective de communauté d'intérêts. Ainsi, les professeurs de management Armand Hatchuel et Blanche Segrestin²⁸³ considèrent que l'entreprise sociétaire (actuelle) a pour objet de maximiser le profit des associés au détriment de la création de potentiels : « *La société anonyme a confondu la notion d'associé, d'apporteur de capital et de gestionnaire dans le même agent. Or rien n'impose une telle conjonction. Il faut en fait distinguer la participation à l'entreprise, l'apport de potentiels et la participation à la gestion* » ; aussi proposent-ils, à défaut de pouvoir réviser le contrat de société de toutes les entreprises actuelles, « *d'introduire une nouvelle norme d'entreprise qui augmenterait le spectre des options juridiques possibles* ». Il s'agirait de « *l'EPC, entreprise à progrès collectif* » où « *l'affectio societatis* »²⁸⁴ serait (réellement) restauré ; un *affectio societatis* au sens extensif du terme, où existerait une volonté effective de collaborer entre les sources de pouvoir instituées par le droit (subordination, pouvoir *de jure*) et la communauté des travailleurs. L'originalité reste donc qu'elle agrègerait toutes les ressources de potentiels²⁸⁵ démontrant ainsi un engagement réel au bénéfice de l'intérêt social. Il en découlerait une restauration de la « symétrie des acteurs » dans l'apport et la formation du potentiel collectif de l'entreprise.

Porté par un management éthique et responsable, le droit du travail est un merveilleux outil pour organiser les rapports individuels et collectifs du travail. Dans le cadre juridique actuellement proposé par le droit des sociétés ou à la faveur d'un nouveau statut juridique d'entreprise²⁸⁶, la loyauté aura à investir sa place dans un pilotage dont l'objectif sera, avant

²⁸² SUPIOT (A.), « *Fragments d'une politique législative du travail* », Droit social, n° 12, déc. 2011, p. 1157.

²⁸³ « *La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif* », Droit et société, n° 65, janv. 2007, n° 19 et 21.

²⁸⁴ Au sens strict et traditionnel, *l'affectio societatis* désigne la volonté commune entre plusieurs personnes physiques et morales de s'associer. Elle constitue un des éléments caractéristiques de la société en droit français. Les articles 1832 et 1833 C. civ. la font apparaître comme fondement même de cette notion.

²⁸⁵ Certains potentiels sont individuels (capital, savoir-faire par exemple), d'autres, collectifs (notoriété, image de marque par exemple). Les premiers sont rattachés à des personnes physiques ou morales. Les seconds, non attribuables à des individualités, sont rattachés à l'entreprise, personne morale.

²⁸⁶ On pense ici à l'EPC.

toute chose, de veiller à faire prévaloir l'œuvre et le potentiel collectifs. Une mise en œuvre effective du principe de *bonne foi* permettrait alors d'éviter les dissociations destructives entre parties prenantes : entre dirigeants sociaux et porteurs de titres, entre associés et salariés, entre dirigeants sociaux et salariés. Il ne s'agirait que de rendre effective une règle de droit fondamentale issue du droit commun des contrats, désormais extensive, et selon laquelle « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* »²⁸⁷.

68 – Remarque conclusive - Qu'il s'agisse des motivations de nature juridique ou économique, nous avons pu constater qu'il existe entre l'économie et le droit de nombreux facteurs de convergence. Avant de devenir la conséquence de la volonté du législateur qui pourrait organiser plus encore les rapports sociaux en reconnaissant juridiquement l'entreprise, la convergence relève de la responsabilité des détenteurs du pouvoir légal (dirigeants et porteurs de titres). Lui donner corps dans le cadre juridique actuel relève alors de l'exercice d'une liberté qu'il tire de ses droits de propriété : « *L'entrepreneur intervient dans tous les contrats qui doivent être conclus pour permettre à la firme de mener à bien son activité* »²⁸⁸. La responsabilité s'analyse comme le pendant de la liberté. L'autonomie d'action qu'il détient n'est pas indépendance ; elle peut commencer par la reconnaissance du collectif de travail qui a valeur de *communauté organisée*²⁸⁹. Le respect des *devoirs statutaires* de l'employeur vis-à-vis du salarié²⁹⁰, l'absence d'atteinte au mandat représentatif²⁹¹ ou encore le respect du rôle des organes porté par la *théorie de l'institution* relèvent de cette logique.

§ II - Le droit du travail, une technologie de coordination

69 – Présentation - Le droit du travail fait progressivement la preuve qu'il sait s'inscrire positivement dans une chaîne de causalité : il développe des qualités d'efficacité qui contribuent à renforcer son efficacité²⁹². Son évolution fait montre de sa capacité à prendre en

²⁸⁷ C. civ., art. 1104, modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

²⁸⁸ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, p. 8.

²⁸⁹ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 144.

²⁹⁰ SUPIOT (A.), préc., p. 161 : la dépendance du salarié née du lien de subordination « *trouve alors ses limites dans les devoirs statutaires de l'employeur : ce sont ces devoirs qui, bornant le pouvoir patronal, dessinent en creux l'aire d'autonomie individuelle du salarié* ».

²⁹¹ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 526 : « *Le mandat représentatif confère à son titulaire une autonomie d'action à l'égard, non seulement des salariés, mais également de l'employeur. Les atteintes portées à l'exercice de son mandat deviennent des atteintes à la liberté du personnel de s'exprimer collectivement, atteintes à l'exercice d'une liberté fondamentale* ».

²⁹² Sur la distinction entre effectivité, efficacité et efficience du droit V. FRISON-ROCHE (M.-A.), « *L'efficacité des décisions en matière de concurrence* », Fondation pour l'innovation politique, La Lettre n°13, juin 2005.

compte la volonté des différentes parties au contrat²⁹³. En témoignent l'émergence du référendum en entreprise²⁹⁴, le renversement de la hiérarchie des normes, la représentation unique du personnel issue de la DUP ou du CSE²⁹⁵, et plus généralement le processus de simplification du droit du travail²⁹⁶. Mais bien au-delà, il doit téléologiquement poursuivre la volonté de devenir une contrainte librement consentie par les employeurs. A cette fin, le droit du travail doit alors contribuer à produire de la valeur (A) ; il n'y parviendra qu'à la condition d'un engagement particulier du législateur (B).

A) L'optimum normatif comme fonction du droit

70 – Marier les contraires²⁹⁷, une morale de la grandeur - Il serait probablement plus simple d'en rester empiriquement au constat d'échec de l'incomplétude entre les sphères économique et juridique ; en effet, « *le juste milieu est ce qui demande le plus d'effort, il est plus facile de s'arrêter complètement de fumer que de rester dans la juste mesure. Le juste milieu n'est pas un marais, mais un sommet, le plus difficile à atteindre entre deux pentes de facilité* »²⁹⁸. Atteindre ce sommet est pourtant impérieux. Nous vivons depuis plus de dix ans déjà²⁹⁹, une intense crise économique et financière dont les effets se sont manifestés mondialement en raison de « l'effet papillon »³⁰⁰. Cette crise s'est accrue par la globalisation physique des entreprises et des marchés financiers. Pour la première fois probablement de l'Histoire, le monde entier est en récession et les quelques espérances que l'on peut mesurer au premier abord sur le plan du marché de l'emploi, dans quelques pays tels que l'Allemagne ou les États-Unis d'Amérique par exemple, ne sont pas si vertueuses lorsqu'on étudie qualitativement leur marché de l'emploi. L'Europe est en récession, la construction

²⁹³ On pense au référendum en entreprise,

²⁹⁴ Sur la consultation du personnel, C. trav., art. L. 2232-12 modifié par ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017. V. aussi C. trav., L. 2232-21 et L. 2232-27 ; V. actes du colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

²⁹⁵ V. *supra*, n° 11.

²⁹⁶ V. RAY (J.-E.), « *La loi qui libère...* », Droit social, n° 10, oct. 2015, pp. 752 et s. : libérer l'activité, investir et travailler sont les trois grands titres portés par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (Loi dite « loi Macron »).

²⁹⁷ Expression du Pr. Alexis BUGADA dans « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de *Juris Diversitas*, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 419.

²⁹⁸ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 55.

²⁹⁹ 2005, retournement du marché immobilier américain, sept. 2008 banqueroute de Lehman Brothers qui croule sous 96% de dettes.

³⁰⁰ En 1972, le météorologue Edward LORENZ anime une conférence à l'*American Association for the Advancement of Science* intitulée : « *Predictability: Does the Flap of a Butterfly's Wings in Brazil Set off a Tornado in Texas?* » », qui se traduit en français par « Prédicibilité : le battement d'ailes d'un papillon au Brésil peut-il provoquer une tornade au Texas ? ».

européenne fragilisée sinon ébranlée de toutes parts³⁰¹, les déficits et dettes publics abyssaux³⁰². Dans ce contexte, les politiques de l'emploi n'ont guère de marges de manœuvre. A chaque changement de majorité politique, elles sont marquées par une tendance naturelle à démanteler les contrats sociaux nationaux, et donc à altérer la fonction protectrice du droit de l'emploi³⁰³. Marquées par leur intensité, les contraintes rendent *a priori* l'action de l'État inopérante : « *La politique économique est désormais l'art d'accommoder les restes* »³⁰⁴ souligne même un président de la V^e République.

L'écueil de l'incomplétude tend à accroître l'illusion de l'incompatibilité entre deux sphères qui peuvent fonctionner ensemble. Un auteur souligne : « *Degré de subordination, communauté de travail, horaires durée, lieux, frontière vie professionnelle/vie personnelle ou risque en matière de santé : quoi de commun entre le Métallo travaillant sur une chaîne de production en 1950, et le travailleur du savoir d'aujourd'hui, aux trois bureaux dont deux virtuels et souvent sur la Toile . Effets de cette opposition entre la forte subordination des bras du secteur secondaire ayant fondé le droit du travail et l'autonomie nécessaire des neurones dans le secteur quaternaire : une contradiction majeure entre les nouvelles forces productives de la connaissance et les anciens rapports de production et de pouvoir, qui leur résistent. Critère du contrat de travail, notre subordination juridique permanente est d'ailleurs contre-productive à l'égard des travailleurs du savoir ; a fortiori depuis l'irruption des entreprises des générations nées avec la Bible Wikipédia pour l'école, et Facebook comme cour mondiale de récréation* »³⁰⁵. Dans un monde économique où règne en maître une compétition exacerbée, la question du consentement des sujets de droit s'avère désormais essentielle pour améliorer l'efficacité du pouvoir de direction économique de l'employeur.

71 – Le droit du travail comme « technique » de coordination - L'économie du droit travaille depuis longtemps sur les jeux de coordination et de coopération : « *Si tous les joueurs adoptent un comportement coopératif, il y aura un gain pour tous, par rapport à ce qui prévaut si tous choisissent l'option non coopérative. Mais à la différence des jeux de coordination, si la plupart des joueurs choisissent l'option coopérative, mais qu'un seul choisit de faire défection, celui-ci aura un gain supérieur à ce qu'il aurait eu sous la*

³⁰¹ Zone EURO en crise de légitimité, montée des régionalismes, BREXIT de 2016, montée des autonomismes en Europe, la crise est économique, financière et ... politique.

³⁰² La dette publique européenne s'élève à 83,2 % du PIB en 2016 ; source : Eurostat. Elle reste néanmoins inférieure à celle des États-Unis (115% du PIB) et celle de l'Asie, marquée par son manque d'unité (Japon, 246% du PIB, Thaïlande 15 % du PIB) ; source : Actualitix.

³⁰³ BUGADA (A.), préc. : « *Il s'agit de passer d'une logique de protection de l'emploi (dominée par une logique de statut) à une logique de protection dans l'emploi (logique de parcours professionnel)* ».

³⁰⁴ DAVET (G.), LHOMME (F.), *Un président de devrait pas dire ça...*, Stock, 2016, p. 218.

³⁰⁵ RAY (J-E), « *Métamorphoses du droit du travail* », *Droit social*, n° 12, déc. 2011, p. 1162-1163.

coopération de tous alors que les autres ont un gain nettement moins grand ou même une perte. Ce trait essentiel confère au jeu un caractère stratégique »³⁰⁶. Le droit du travail doit pouvoir contribuer à la coopération, tout au moins à la coordination. Pour ce faire, il s'agit d'utiliser toutes les marges de manœuvre, même conceptuelles, pour rendre convergents économie et droit du travail. Et les points d'espérance existent. Pour étayer notre réflexion on peut partir du postulat suivant : l'agent économique peut-il, dans un État de droit, s'exonérer des textes normatifs ? La réponse s'avère évidemment négative.

Du point de vue du *positivisme juridique*, le principe d'effectivité de la règle de droit se suffit à lui-même. Ce qu'il conviendrait d'appeler la « compétitivité par la légalité » aboutirait dans sa capacité à mettre en relation l'univers des mots à celui des comportements, mais échouerait dans celle de participer à l'utile convergence avec la rationalité économique. Pourtant, l'observation de la sphère réelle montre que le comportement observé des acteurs relève de l'efficacité. C'est donc un appel au *positivisme scientifique* qui est fait au législateur : il s'agit « d'appliquer à toute question, même humaine, morale, sociale, les méthodes scientifiques modernes ; de s'en tenir à l'étude des faits »³⁰⁷. En l'absence de relation de cause à effet entre le droit et les faits, les employeurs chercheront à s'exonérer des comportements prescrits. Ces comportements ne peuvent que nuire à l'emploi en général et aux salariés en particulier. L'exemple de la délégation unique du personnel peut nous éclairer.

72 – La délégation unique du personnel comme outil d'efficacité - La représentation du personnel à la carte ³⁰⁸ traduit la volonté du législateur de rapprocher intérêts économiques et exercice effectif des droits collectifs des salariés en organisant plus encore l'autonomie d'action de l'employeur. La loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, prévoit que la délégation unique du personnel (DUP) soit étendue aux entreprises de moins de 300 salariés et élargie au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)³⁰⁹. Outre la fusion des mandats et l'élargissement du champ d'application de cette mesure, il est à noter que « la décision de mettre en place cette DUP peut être imposée par l'employeur, après consultation des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT. Mais ce choix marqué d'unilatéralité n'est nullement obligatoire ». L'auteur précise

³⁰⁶ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 53.

³⁰⁷ VILLEY (M.), préc., p. 135.

³⁰⁸ PETIT (F.), « Une représentation du personnel à la carte », *Droit social*, n° 6, 2016.

³⁰⁹ Auparavant cette possibilité de DUP concernait uniquement les entreprises de moins de 200 salariés et l'accès au comité d'entreprise. Le champ s'élargit puisque désormais l'accord collectif pourra concerner les entreprises de moins de 300 salariés, et regrouper les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT.

que l'employeur prendra donc sa décision en fonction de la spécificité de son entreprise, de son souci de mieux servir la défense des intérêts des salariés et, bien sûr, de l'avantage relatif qu'il en retirera : simplification, gain de temps, coordination et non concurrence entre instances, recherche de cohérence. Le comportement observé prendra avant tout comme référence l'efficacité qui en sera obtenue. Pourtant, de manière concomitante, la DUP traduit l'entrée dans la norme d'une *réunification de la notion de représentation du personnel*³¹⁰ et parvient ainsi à renforcer le rôle des organes dans leur capacité à faire valoir leurs intérêts, sinon leur volonté. Le rapport de force et le dialogue social en sortent renforcés. La DUP permet, en l'espèce, d'envisager une reconnaissance plus ambitieuse en défense de l'intérêt collectif du personnel, puisque cette institution remplit les conditions adéquates pour définir l'intérêt collectif. D'une part, par la représentation d'intérêts³¹¹, sa volonté se substitue à la représentation des organes qui la constituent. Ensuite, la représentation universelle porte l'ambition d'améliorer « *le droit des travailleurs à la participation à la détermination collective de leurs conditions de travail, garanti à tous par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946* »³¹².

73 – Glissement du caractère dérogatoire du CDD vers le CDI - Le second exemple se place dans le cadre des rapports du travail subordonné. Il se positionne du point de vue systémique et concerne l'agrégation des comportements individuels. Il s'agit d'un des contre-exemples de l'effectivité de la règle de droit. Celui-ci prend sa source dans l'article L. 1221-2 C. trav. qui dispose que le contrat à durée indéterminée (CDI) est le contrat de travail de droit commun que signe un salarié appelé à rester de manière pérenne dans une entreprise. Pourtant, il est possible de s'interroger sur le fait que le contrat à durée déterminée CDD³¹³, dérogatoire au contrat à durée indéterminée, soit devenu, dans le comportement effectif des entrepreneurs, la règle pour les embauches. Dans un article du 10 mars 2016, Le Monde titre « *le CDD, l'exception devenue la règle pour les embauches* ». Sur la base des enquêtes emploi de l'Insee, les auteurs observent que « *le marché du travail français présente un paradoxe bien connu : l'immense majorité des salariés (environ 87%) est en CDI. Mais l'immense majorité des embauches, à peu près 85%, se fait en CDD. Ce contrat, prévu pour être exceptionnel, est peu à peu devenu la norme de l'embauche* ». Vu de façon plus

³¹⁰ V. PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J, 2000, p. 527.

³¹¹ PETIT (F.), préc., p. 319.

³¹² LAULOM (S.), NICOD (C.), MIAS (A.), GUILLAUME (C.), DENIS (J.-M.) ET BOUFFARTIGUE (P.), « *La promotion du dialogue social dans l'entreprise. Loi Rebsamen et rapport Combrexelle* », *La nouvelle revue du travail*, août 2016, n° 13.

³¹³ Nous évoquons ici les CDD de « droit commun », c'est-à-dire hors CDD d'usage pour qui la loi reconnaît que la nature du travail impose des contrats courts (spectacle et audiovisuel, activités d'enquête et de sondage, etc...).

dynamique, on perçoit une dualité du marché du travail qui ne cesse de s'accroître. En 2000, la conclusion de CDD à l'embauche ne représentait que 49,2 % des contrats, dont 63% de CDD de moins d'un mois³¹⁴. Dans le même temps, les dérogations au principe du CDI comme contrat de droit commun n'ont donc fait que s'accroître. On voit ici une dissociation majeure entre le comportement prescrit et le comportement observé (Y et Y' dans la démonstration qui suivra) et, par voie de conséquence, l'absence de performance du droit codifié en la matière.

74 – Le droit légiféré n'est pas toujours efficient - On peut observer que le droit positif est inefficace car il s'avère source de contrainte pour l'employeur. C'est pourquoi sa rationalité peut s'exercer au mépris de la fonction sociale du droit. Les ambitions de l'employeur sont alors de maximiser la flexibilité, la couverture du risque sinon l'incertitude liée à l'embauche. Cette hypothèse est valide pour l'analyse économique du droit. L'incertitude que génère l'incomplétude du contrat de travail ne peut être couverte par une quelconque assurance. L'embauche en CDI relève alors de l'incertitude car la productivité marginale³¹⁵ du travail salarié n'est pas connue lors du recrutement. Deux auteurs indiquent que face à celle-ci, l'intéressé peut assumer le risque : « *Il fait alors acte d'entrepreneuriat* »³¹⁶. Souvent, l'entrepreneur détourne alors le droit de sa fonction sociale en rendant la règle de droit inefficace. Il fuit l'incertitude en la transformant en risque grâce à la durée déterminée du CDD. L'entrepreneur construit donc, en ce genre de circonstances, une définition de la situation à son échelle et avec ses moyens. Celle-ci est d'abord essentiellement fondée sur son expérience passée. La plupart de ses choix sont de routine ; il se replie sur des solutions déjà utilisées dans des circonstances similaires qui lui apparaissent grossièrement similaires et qui s'étaient révélées satisfaisantes³¹⁷. Cet exemple témoigne d'une dissociation majeure entre la rationalité économique et l'objet du droit, mais contrairement au cas posé par la DUP évoqué *supra*, elle n'est pas résolue par le droit positif.

75 – Hypothèse d'efficience du droit - Il convient de partir de l'hypothèse selon laquelle, dans un État de droit, on peut supposer résolu le problème de l'effectivité de la règle de droit dès lors que l'entreprise considère que son environnement est constitué d'un système de

³¹⁴ En milliers d'embauches : en 2000, 1629,6 CDD de moins d'un mois, 959 CDD de plus d'un mois, 722,1 CDI ; au 1^{er} avr. 2016, 4217 CDD de moins d'un mois, 1027,9 CDD de plus d'un mois, 805 CDI – « Les Français, travailleurs et flexibles », Alternatives Economiques, HS n° 109, oct. 2016, p. 34.

³¹⁵ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition, p. 689 : en général, la productivité marginale d'un facteur de production s'obtient en faisant la dérivée partielle de la fonction de production par rapport à ce facteur, les autres étant supposés constants.

³¹⁶ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 47.

³¹⁷ CHANUT (V.), GUIBERT (N.), ROJOT (J.), DUBOIS (P-L), « *Les limites de la rationalité limitée ? Un essai de réflexion en sciences de gestion* », revue management & avenir, n° 48, août 2011, n° 2.

règles pertinent et efficace économiquement. Même s'il fait courir un certain nombre de risques à la collectivité du personnel³¹⁸, l'exemple de la fusion des institutions représentatives du personnel est à ce titre éloquent. Le contre-exemple du contrat à durée indéterminée l'est tout autant. Au final, la règle de droit ne peut être investie dans sa fonction et rendue effective par son application, que si elle contribue à satisfaire la rationalité de l'agent.

76 – Le droit comme technologie de coordination - Convenons ici qu'une norme peut être définie comme « *une prescription, à laquelle il est possible de se conformer, et qui stipule quel comportement est requis, préféré ou prohibé dans certains contextes* »³¹⁹. Selon le contexte, l'environnement juridique est plus ou moins favorable à la performance de l'entreprise : dans un contexte de droit pragmatique, effectivité et efficacité du droit ont une certaine autonomie ; il y a effectivité si la norme et si les décisions des juges sont exécutées, il y a efficacité si l'effet du droit et des décisions est adéquat au regard de la rationalité des agents. Dans tous les cas, la performance ne peut être que la conséquence d'une endogénéisation dans le raisonnement économique de l'application de la norme. Dès lors que ce principe sera effectif, on pourra faire évoluer les termes du débat vers une notion économique de règle, « *entendue métaphoriquement comme technologie de coordination* »³²⁰. Le juriste lui préférerait probablement la terminologie de *technique* de coordination mais la valeur ajoutée associée à la confiance implicite créée par la coordination des parties au contrat invite à lui substituer le terme de « technologie ». C'est le phénomène de *l'hermétisme de la technologie* analysé par le chimiste Mickaël Polanyi en 1965 et qui indiquait que certaines technologies se laissent difficilement codifier, voire pas du tout. Vu cet hermétisme, la maîtrise de ces technologies requiert une expérience subjective et des connaissances implicites. L'alchimie qu'elle provoque relève alors du savoir tacite.

³¹⁸ Au détriment de la collectivité du personnel, certains auteurs contestent les bénéfices de la simplification du dialogue social que tente de promouvoir la DUP : « *Le débat sur la simplification masque les enjeux de ce qui est en cours : une simplification de certaines des obligations des employeurs ou, en d'autres termes, un rééquilibrage des rapports entre employeurs et salariés, où la réalité des rapports des pouvoirs entre les deux parties est occultée. Ainsi, si le CHSCT est intégré à la délégation unique du personnel, le fonctionnement des institutions représentatives du personnel sera effectivement plus simple pour l'employeur, mais l'exercice des missions du CHSCT sera, lui, rendu beaucoup plus compliqué. Supprimer l'information et la consultation des comités d'entreprise sur les négociations collectives enlève une étape procédurale pour l'employeur, mais l'articulation des missions des représentants élus et syndicaux n'est pas simplifiée, bien au contraire. Cette simplification-là ne se réalise d'ailleurs pas par une meilleure intelligibilité du Code du travail.* » ; V. LAULOM (S.), NICOD (C.), MIAS (A.), GUILLAUME (C.), DENIS (J.-M.) ET BOUFFARTIGUE (P.), préc.

³¹⁹ Shimanoff (1980), p.57.

³²⁰ FAVEREAU (O.), « *Critères d'efficacité économique du droit du travail* », p. 2. Texte rédigé pour l'étude "L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes", réalisée par « l'Institut International Pour les Etudes Comparatives » (IIEPC), dans le cadre de l'appel à projets "L'analyse économique du droit du travail" (Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques, Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement) sous la responsabilité scientifique d'Antoine LYON-CAEN, 1^{er} déc. 2006. Texte publié sur le site de l'AFDT.

Dans cette acception de « technologie de coordination », l'économie du droit voit alors un lien de cause à effet entre l'implicite de la technologie et le gain pour tous de la coordination. L'hypothèse est donc que le droit du travail peut changer de statut : auparavant donné à l'entrepreneur et perçu comme une contrainte, il porterait alors en lui l'immanence d'un implicite au service de l'intérêt des parties au contrat.

Cette approche, totalement étrangère au raisonnement économique classique, permet de traduire objectivement un raisonnement rationnel de l'entreprise en certains types de contextes. Grâce au raisonnement déductif, et par analogie aux principes de la fonction économique de production, un auteur, M. Olivier Favereau, obtient et définit une notion économique de règle. Son analyse est particulièrement intéressante dans le sens où elle reprend, en l'appliquant au droit, la notion de fonction de production propre aux néo-classiques.

A l'instar de l'analyse de l'entreprise vue comme une « boîte noire » : $(P) : X \rightarrow Y$ où X est un ensemble d'*inputs* (des hommes, des outils, des machines organisés d'une certaine façon), Y un ensemble d'*outputs* (une ligne de produits), et P le qualificatif de l'opération qui fait correspondre un élément de l'ensemble Y à un élément de l'ensemble X : l'économiste parlera de fonction de production, incluant la sélection des techniques efficaces. Or, par principe, et selon la définition vue précédemment, sachant qu'une règle peut être définie comme « *une prescription à laquelle il est possible de se conformer, et qui stipule quel comportement est requis, préféré ou prohibé dans certains contextes* »³²¹, ceci peut représenter en logique formelle : « si X , alors Y », où X dénote certains contextes, certaines situations-types et Y un comportement attendu, standard, qu'implique l'application de la règle de droit, $(R) : X \rightarrow Y$

S'il est vrai qu'une règle ressemble à une technologie, cela témoigne d'un rapprochement des méthodes d'analyse de l'économie et du droit. Économiquement tout d'abord, le rapprochement entre règles et technologie est exploité et défendu scientifiquement par de nombreux auteurs³²². Juridiquement ensuite, le raisonnement classique d'induction-déduction³²³ témoigne de cette pratique courante en jurisprudence d'une « *recherche par le*

³²¹ FAVEREAU (O.), préc.

³²² CALABRESI (1961), COASE (1974), BERRY (1983), THEVENOT (1986), DEFFAINS et LANGLAIS (2009), KIRAT (2012), MACKAAY et PARENT 2015, VILLEVAL (2016), SCHWEITZER (2016), etc.

³²³ BRES (Ch.), *Le droit à l'accompagnement*, thèse de doctorat, UAPV, 2015 : « *Il s'agit partant de la pluralité des solutions d'espèce, de procéder par induction pour en exprimer un principe, une construction ou une*

juge d'une balance des intérêts en présence, créatrice d'un droit vivant »³²⁴. Certains courants doctrinaux développent une conception coutumière de la jurisprudence. D'autres, vont plus loin : ils développent une conception autoritaire de la jurisprudence qui vise une adaptation des structures juridiques aux structures économiques, le droit devant s'adapter aux intérêts sociaux : « *La découverte des coutumes est alors une tâche sociologique pour le juriste* »³²⁵. Les nouveaux schémas de production de la règle de droit semblent répondre de cette ambition.

Le comportement requis, préféré ou prohibé (Y) appartient au langage ; il est nécessaire qu'il appartienne à la réalité. Aussi, la question de l'effectivité de la règle de droit nous oblige à nous interroger sur la mise en relation de cet univers des mots, aux comportements et faits observables (Y'). Il est alors tentant de poursuivre l'analyse en envisageant la question de l'efficacité de la règle de droit.

77 – Du comportement prescrit au comportement observé - Une opération qui fait correspondre un comportement observé à un comportement prescrit permet d'obtenir la fonction (E) : $Y \rightarrow Y'$. C'est à ce niveau que se joue pour le gestionnaire et l'économiste la question de l'effectivité de la règle de droit. La règle est effective si les deux comportements sont identiques : $Y = Y'$. Dans le même temps il convient de s'interroger sur l'atteinte des objectifs attendus par le législateur. L'agrégation (A) des résultats des comportements individuels (Y) produit, par addition voire synergie, des résultats globaux (Z). Ainsi, pour M. Olivier Favereau : (A) : $Y \rightarrow Z$. Cela postule pour l'auteur une relative effectivité de la règle de droit dans la mesure où $Y = Y'$. Dans le même temps cette la règle de droit (R) voit son statut s'améliorer, passant de contrainte à celui d'opérateur d'agrégation : « *Elle fabrique de la macroéconomie à partir de la microéconomie, du collectif à partir d'individuel* ». La réalité est-elle aussi idyllique ? il est permis d'en douter et l'exemple du CDI le prouve.

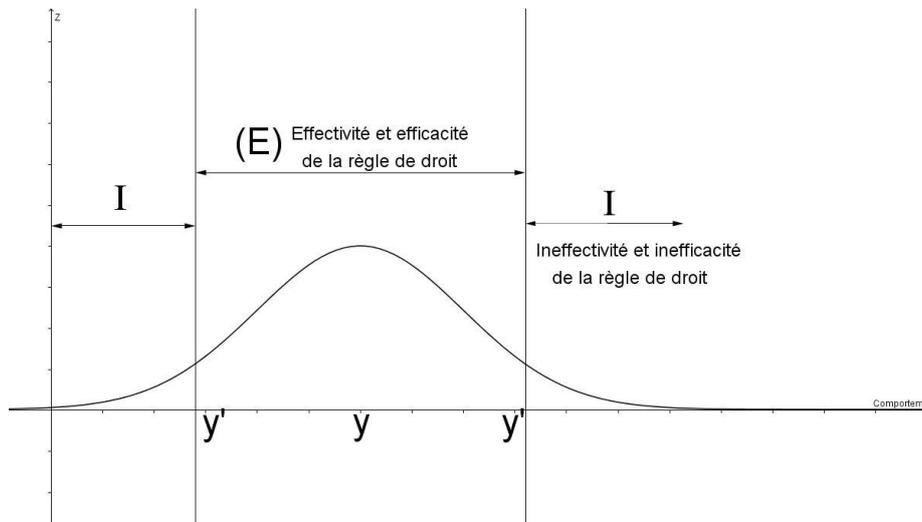
Aussi, dans la mesure où la somme des comportements observés (Y') peut ne pas correspondre aux comportements prescrits (Y) préférons-nous une fonction du type, (A) : $Y' \rightarrow Z$. Aux fins de poursuivre l'analyse de l'auteur, la question de la notion économique de règle de droit se pose donc dans la relation qui unit Y à Y', le but étant de réduire au maximum le différentiel qui peut exister entre les comportements prescrits et les

catégorie de référence de portée générale ; à ce stade se succèdent les opérations de recensement des espèces, de comparaison et de mise en ordre, puis l'induction qui conduit à la découverte du concept. Mais le cheminement du juge ne s'arrête pas ici ; à la découverte du concept succèdera ce que l'on pourrait appeler la vérification de sa valeur et de son utilité ; il s'agit alors de déduire du principe les applications et les conséquences qu'il comporte et d'en mesurer l'intérêt ».

³²⁴ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 52.

³²⁵ *Ibid.*

comportements observés. Selon la thèse du positivisme juridique³²⁶, il ressort que c'est au législateur de produire une règle de droit pertinente. Selon les juristes sociologues³²⁷ et la thèse du positivisme scientifique, il s'agit de trouver des ancrages sociaux du droit et de comprendre les processus par lesquels le droit colle aux faits sociaux. La jurisprudence joue alors un rôle déterminant : la *balance des intérêts* est essentielle. Nous pouvons alors faire évoluer la fonction (A) vers (A) : $Y' \rightarrow Z$.



78 – Conclusion - Dès lors que l'épreuve des faits montre que nous sommes dans la zone (E) on pourra supposer résolu le problème de l'effectivité de la règle de droit. C'est à cette condition que seront acceptables les comportements opportunistes qu'on peut qualifier d'efficients.

Le Pr. Olivier FAVEREAU conclut son raisonnement ainsi : « *D'ores et déjà, de ce qui précède, il résulte logiquement que le Droit constitue l'infrastructure ou mieux, la machinerie institutionnelle, de ce qu'on désigne aujourd'hui sous le qualificatif de modèle social (national). Position éminente, largement consacrée par la pensée économique contemporaine, laquelle est aussi unanimement institutionnaliste aujourd'hui, qu'elle était productiviste ou technologiste il y a une génération – mais la médaille a son revers : que l'air du temps en vienne juger insuffisantes les performances économiques, associées à un modèle social, et l'on doit s'attendre que le Droit soit dans l'œil du cyclone : le voici sommé de faire la preuve de son efficacité, faute de quoi il semble bien que le Droit n'ait plus le droit d'être du Droit.* » Pour ces raisons, il convient d'encourager une accélération de la transformation de la science

³²⁶ KIRAT (Th.), préc., p. 49 : « *L'affirmation de l'autorité de l'État et de sa souveraineté a souvent été pensée comme la condition de l'extraction du droit* ».

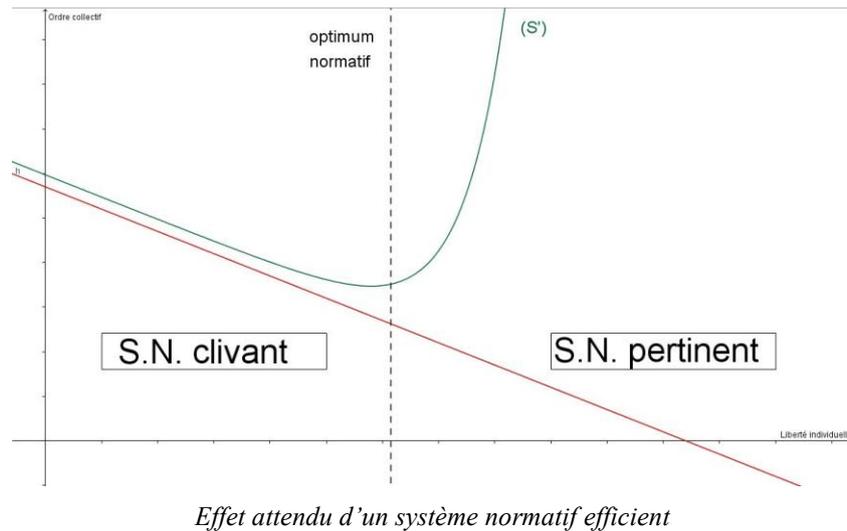
³²⁷ On citera l'école allemande de l'*Interessenjurisprudenz* ou l'école française du droit libre.

du droit du travail en un droit du travail réaliste au sens du réalisme ontologique. Avec cette approche, l'auteur renoue avec la tradition d'avant la Seconde Guerre mondiale, d'un dialogue continu entre le droit et l'économie. A cette époque « *les économistes furent en effet peu nombreux à être séduits par la figure de l'agent rationnel maximisateur, par l'hypothèse de comportement fondés sur la seule mécanique de l'utilité et de l'intérêt personnel, selon la méthode de l'individualisme méthodologique* »³²⁸.

Pour l'auteur, l'agrégation des comportements prescrits produit des résultats globaux au niveau du système économique et social (fonction $A : Y \rightarrow Z$). Il faut donc partir des motivations individuelles pour expliquer un phénomène économique ou social. Issu de l'exercice des droits de propriété, le désordre des comportements individuels peut donc aboutir à un ordre collectif économique et social. Économiquement, cela contribuera à améliorer les gains de productivité dont on sait qu'ils peuvent ensuite être répartis entre les parties prenantes à la création de valeur ; cette nouvelle flexibilité pourrait améliorer les conditions d'un dialogue social apaisé tout comme la santé économique des unités de production. Globalement, à l'échelle de la Nation, une amélioration du taux d'emploi peut en être attendue, ce qui nourrira la vocation de droit économique attachée au droit du travail.

Par ailleurs, les valeurs et normes (R) restent des possibilités offertes aux entreprises qui disposent toujours d'une marge de liberté dans l'exercice de leur pouvoir de direction économique. Leur autonomie consistera à mettre en œuvre un principe de rationalité maximisant l'intérêt social tout en limitant les coûts d'opportunité. Ainsi, il n'y a pas de loi générale du résultat attendu par l'agrégation des comportements individuels (Z). Le résultat de (A) demeure aléatoire et imprévisible. Reste, que la pertinence du système normatif au regard du réalisme qui peut en être attendu, pourrait permettre d'obtenir une interaction providentielle entre holisme et individualisme méthodologique. Ainsi, un ensemble de normes efficaces dont l'application est librement consentie par les entrepreneurs, peut aboutir à un ordre collectif. Ceci semble possible si le droit du travail devient encore plus efficient.

³²⁸ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 46-47.



B) Le réalisme comme ambition du droit

79 – Glissement de l'objet du droit – On peut, en conclusion, poser le principe structurant du droit et engager la responsabilité du législateur. Ainsi, dans une vision holistique de la société, son action peut influencer le comportement des acteurs tout en respectant leur liberté de choix.

Cette position relève d'un glissement des ambitions du droit. Pour le Pr. Michel Villey, « *le droit est mesure du partage des biens. Le rôle du droit est d'attribuer à chacun le sien* »³²⁹. Cet effet du droit doit cependant être contextualisé. L'atonie de la croissance mondiale, l'importance du chômage structurel, la société de réseaux, imposent de faire évoluer l'objet du droit. Si, pour l'auteur, il ne vise pas la vérité qui ne peut relever que de la philosophie ou de la science, il semblerait bien que la prise en compte des intérêts économiques et sociaux impose de voir dans le droit la poursuite concomitante de *l'utilité*. Les fondements de l'analyse ne sont pas vraiment nouveaux, même s'ils sont ici révélés. L'histoire du mouvement *law and economics* nous y a déjà sensibilisés. Le mouvement considère aujourd'hui que « *les marchés libres peuvent produire beaucoup d'injustice et limiter la liberté : le droit doit contribuer à conformer les préférences des agents et se préoccuper d'une distribution équitable des revenus et des ressources* »³³⁰.

³²⁹ VILLEY (M.), préc., p. 51.

³³⁰ MONTAGNE (S.), « *Le rôle des juristes de la Law and Economics dans l'élaboration de la nouvelle norme d'investissement. Politique et Finance aux Etats-Unis 1960-1970* », communication au Colloque Théorie de la Régulation, juin 2015, AFDT.

On peut légitimement poser en prolongement de l'analyse du Pr. Frison-Roche, qu'une règle de droit efficace soit aussi une règle lisible, une règle de droit intelligible. L'entrée en vigueur du nouveau Code du travail le 1^{er} mai 2008 a tenté de répondre à cet objectif général dont l'idée, à droit constant, était de renforcer l'effectivité des règles de droit positif. Il s'agit d'ailleurs d'une exigence de caractère constitutionnel puisque le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, a posé l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi auquel la codification doit répondre. Cette position est soutenable au regard de l'analyse économique du droit : on peut convenir qu'à chaque fois qu'une norme légale est perçue comme une fin en soi l'entreprise la percevra comme une contrainte. Comme aucun gain pour tous ne peut être retiré des relations de travail entre les parties au contrat, l'employeur cherchera alors à s'en exonérer afin de développer égoïstement le pouvoir *de jure* et le pouvoir institué. Si le droit du travail n'est pas lisible, il aura une propension à être ineffectif.

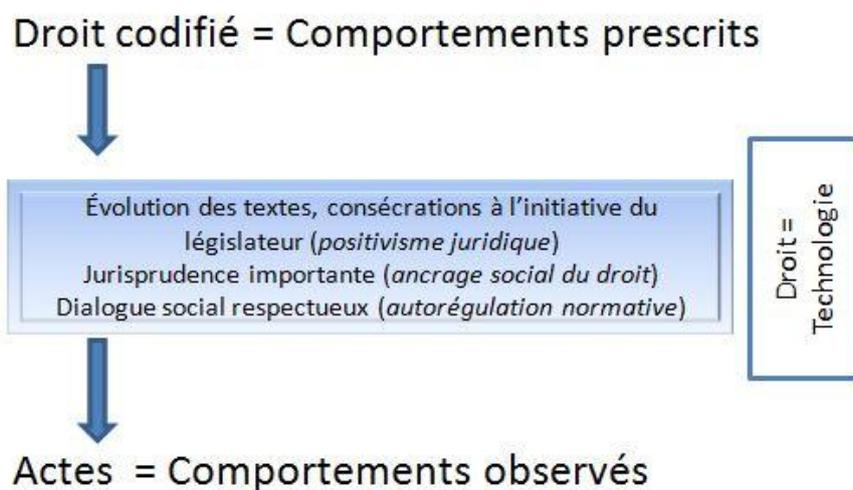
80 – Conception pragmatique du droit - L'exigence de réalisme reste contrainte par le courant auquel se raccroche notre droit. Le réalisme³³¹ présuppose une distinction nette entre la science du droit et son objet, ce qui implique qu'il doit être conçu comme une réalité objective. Il prétend « *concevoir le droit comme un objet empirique et non comme un ensemble d'entités idéales dotées d'une valeur obligatoire. Cet objet empirique est formé de manifestations de volonté telles qu'elles apparaissent notamment dans les décisions judiciaires* ». Ainsi le réalisme juridique nous amène à décrire le droit tel qu'il est réellement, tel qu'il est perceptible par l'expérience. Le rattachement du juge à tel ou tel courant du droit aura alors son importance. S'il relève des conceptions jusnaturalistes et, au mieux, positivistes, l'identification de la formulation normative émanant des autorités (choix de la norme applicable) ou sa formulation normative au moyen de l'interprétation (l'interprétation du texte choisi) peuvent être éloignées des intérêts économiques et sociaux.

Le cas du juge Posner aux Etats-Unis est révélateur ; âgé de 80 ans, M. Richard Posner est juge à la Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit. Il est dans le même temps l'un des plus grands représentants du mouvement de l'analyse économique du droit à l'université de Chicago où il est encore professeur à la faculté de droit. Du point de vue théorique, sa conception du droit tient essentiellement du réalisme et a marqué de son empreinte toute la philosophie américaine du droit du XX^e siècle. Son mouvement « *étudie le droit non tel qu'il devrait être, mais tel qu'il est réellement perceptible dans l'expérience, c'est-à-dire en tant qu'il produit des effets et donc tel qu'il est mis en œuvre effectivement. La prédiction de ce*

³³¹ TROPER (M.), « *Le réalisme et le juge constitutionnel* », Cahier du Conseil constitutionnel n° 22, juin 2007.

que les juges feront et rien de plus prétentieux, voilà comment Justice Holmes, le chef de file du mouvement, définit le droit »³³². Dans un tel système où le marché permet de dire le droit, de rendre justice et de corriger les comportements, la sécurité juridique est garantie par la prévisibilité de la norme. Dans tous les cas, quelle que soit l'interprétation du juge, celle-ci relèvera du pragmatisme puisqu'il réglera le conflit en rendant un jugement se référant, non au modèle jusnaturaliste, mais au modèle réaliste.

En France, un demi-siècle après la naissance du mouvement réaliste aux Etats-Unis, on observe qu'en matière de droit du travail un réalisme juridique se construit progressivement, sur des bases identiques à celles qui ont motivé l'essor du pragmatisme outre-Atlantique. Même si le mouvement français n'a pas la même morale de l'efficacité, il n'en reste pas moins que la législation et le rôle des juges évoluent progressivement. Les textes, entendus comme des sources de droit, sont plus clairs et plus lisibles. Ils donnent une plus grande autonomie aux parties au contrat : la conventionnalisation du droit en témoigne.



Le droit comme technologie de coordination

³³² FRYDMAN (B.), « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit », Centre Perelman de Philosophie du Droit, Structure, système, champ et théories du sujet, l'harmattan, 1er janv. 1997, p. 129.

Conclusion du chapitre 1

Les raisons d'un divorce entre les sphères juridique et économique sont nombreuses. Elles tiennent essentiellement à des objets d'études qui ne poursuivent pas les mêmes intérêts. Faire vivre un tel antagonisme se révélerait aujourd'hui contre-productif et entacherait grandement le processus de création de valeur collective. Une telle défiance négligerait les nécessaires formes de coopération entre le droit et chacune des sciences sociales. L'intérêt social de l'entreprise doit, au final, devenir un objet d'étude commun.

Les caractéristiques de la science juridique ne dispensent pas de rendre compte des conditions dans lesquelles un savoir non juridique devient intéressant pour les professionnels du droit, et inversement. C'est l'un des apports majeurs de l'analyse économique du droit que de permettre de dépasser le clivage et de faire dialoguer les deux approches : « *Dès lors, on est amené à s'intéresser à ces « passeurs » - juristes convertis aux sciences sociales, ou chercheurs en sciences sociales formés sur le tard au droit – qui proposent leur trajectoire et leur ubiquité disciplinaire comme la préfiguration d'un nouveau syncrétisme des savoirs* »³³³.

Alors que l'entreprise est devenue une communauté d'intérêts, les partenaires sociaux ont désormais la possibilité de promouvoir un regard croisé. Cette posture, motivée, est facilitée par la conception pragmatique d'un droit du travail dorénavant portée par le législateur français. Celui-ci semble avoir pris conscience que l'intérêt général, assuré par les représentants élus de la Nation³³⁴, est en jeu. Un droit du travail dont la vocation protectrice serait érigée en Graal verrait sa fonction sociale bafouée, tout au moins devenir ineffective. De la même manière, un droit du travail poursuivant la seule utilité serait devenu le pendant des seuls intérêts économiques de l'entrepreneur : le coût social serait manifeste. Le triste exemple de l'ubérisation est là pour en témoigner.

Le législateur français est ambitieux : il semble s'être converti à la morale d'Aristote, et c'est heureux. Mais l'art du juste milieu qui se dessine reste une oeuvre fragile qui nécessite de la constance et du temps.

³³³ VAUCHEZ (A.), « *Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society* », Belin, « Genèses », avr. 2001, n° 45, p. 139.

³³⁴ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J, 2000, p. 21.

Chapitre 2

UNE CONVERGENCE POSSIBLE

81 – Enjeu - Le postulat est désormais posé. Le système normatif doit être efficace pour exercer une « contrainte acceptée » par des agents rationnels. Celui-ci est matérialisé par la loi du travail, son interprétation, mais aussi par les nombreux espaces de coordination entre employeurs et salariés. Ses qualités doivent être plurielles : il doit être intelligible, avoir une aptitude à s'adapter voire à anticiper l'objet auquel il s'applique et, dans tous les cas, être de nature à instaurer sinon à restaurer la confiance entre les acteurs. Mâtinée de réalisme, la norme aura toutes les chances - dans une logique holistique - d'orienter et de structurer le comportement attendu des acteurs. Dans le même temps, elle saura prendre en compte la réalité d'un marché du travail confronté au défi d'une flexicurité qui a désormais valeur de norme³³⁵. Si elle venait à prendre une indicible ampleur, on pourrait espérer d'une telle référence qu'elle puisse rendre plus efficaces les mécanismes d'allocation voire de transition³³⁶ sur le marché du travail. Le droit du travail aurait alors une propension naturelle à renforcer la performance.

82 – Personnification de la relation de travail - La difficulté réside dans le fait que ce marché du travail n'est pas un marché comme les autres. Il ne répond pas aux mêmes règles que les marchés de biens et services imaginés par les économistes classiques : peut-on, en effet, comparer le marché des matières premières ou des produits financiers dérivés à celui du travail ? Peut-on modéliser l'autonomie de la volonté du salarié ?

Justement, « *l'invention du contrat de travail a consisté à sortir le travail de la qualification juridique de « bien » pour lui conférer un statut juridique original qui fait place à sa dimension personnelle, tout en maintenant sa valeur d'échange . Cette invention du contrat de travail entretient des rapports compliqués avec la notion de travail abstrait, telle qu'elle s'est affirmée au XIX^e siècle, et telle qu'elle continue de dominer la pensée économique* »³³⁷. Le contrat de travail donne place à une nature humaine qui y est singulière et introduit par là des valeurs qui ne peuvent que contrarier le concept de travail « abstrait » porté par la théorie

³³⁵ La « flexicurité », concept controversé, est un objectif de la Stratégie européenne de l'emploi (Commission européenne, 2006).

³³⁶ Les transitions peuvent être propres au marché du travail (démission, prise d'acte, licenciement, etc.) ou extérieures au marché (l'origine relève de la vie personnelle du travailleur : mariage, naissance, décès, etc.).

³³⁷ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 255.

économique. La grande difficulté posée au droit du travail est qu'il régit des relations sociales privant en partie les salariés de leur liberté, alors que d'autres branches du droit, comme le droit civil, évoluent avec des sujets de droit maîtres de leur volonté. Les questions de subordination et d'autonomie de la volonté y sont essentielles : asservi par le droit ou les faits, le salarié y subit nombre de dépendances sans compter que son consentement est parfois forcé³³⁸.

83 – Le droit du travail comme droit de l'emploi - Le marché du travail est en crise et notre appréciation relève de l'éclectisme de ses symptômes : délocalisations, chômage persistant, taux d'emploi faible, exclusion sociale, précarisation du travail, transitions, imperfection du dialogue social, etc. Ces maux sont dans le discours de tous les hommes politiques et nourrissent une doctrine fournie. La plupart des modes de régulation économiques et juridiques, autres que ceux portés par les Trente Glorieuses, ont été vains. Dernièrement, les deux lois sur les 35 heures adoptées en 1997 puis en 1999 n'ont pas répondu aux espérances qui les portaient : celles de promouvoir une plus grande flexibilité de l'emploi et de réduire le chômage de masse en partageant, selon diverses modalités³³⁹, le travail. On y perçoit un échec des tentatives de régulation : « *Le partage du temps de travail n'est (du reste) qu'une tentative de rendre les salariés débiteurs de ce droit au travail vis-à-vis des chômeurs* »³⁴⁰.

Désormais, l'ordre juridique va plus loin. Des lois sociales majeures le concernant se succèdent à un rythme intensif. En témoignent celle du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, celle du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, celle du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels et, enfin, les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail. Ce dernier en devient ainsi un véritable droit de l'emploi. Le Pr. Franck Petit le définit ainsi : « *Il correspond à l'étude des mesures générales ou spécifiques qui, financées, contrôlées ou organisées par l'État, sont mises au service de la recherche, de la création, de l'adaptation, du partage et de la sauvegarde de l'emploi. Il englobe aussi l'étude des mesures mises au service de la disparition de l'emploi, lorsqu'il est jugé obsolète. Ainsi compris, le droit de l'emploi renvoie principalement à la compréhension et à l'articulation des dispositifs juridiques mis en place par les politiques d'emploi* »³⁴¹.

³³⁸ V. FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », Le Droit Ouvrier, Juil. 2012, n° 768.

³³⁹ Retraite anticipée, réduction du temps de travail, temps partiel, réduction des horaires, etc.

³⁴⁰ SUPIOT (A.), préc., p. 257.

³⁴¹ PETIT (F.), *Droit de l'emploi*, Montchrestien, collection « AES », 2005, p. 7.

84 – Plan - L'ensemble des mesures prises par le législateur est jugé à travers le prisme de l'emploi. Des destins politiques se construisent sur sa destinée ou volent en éclats pour n'avoir point réussi à infléchir le chômage de masse. Dans tous les cas, les mesures mises en œuvre portent l'ambition de servir les intérêts communs entre employeurs et salariés tout en permettant la création d'emplois. L'action régulatrice de l'État - que tous les acteurs sociaux appellent de leurs vœux - semble pourtant vouée à l'échec lorsqu'elle tente d'infléchir, par des mesures conjoncturelles, un chômage devenu structurel (A). Selon les observateurs, elle est la cause ou la conséquence des errances d'une économie dont la compétitivité n'a cessé de se dégrader sur la décennie 2000. Aussi change-t-elle de nature ces dernières années en portant toujours en elle la volonté d'atteindre « l'optimum normatif » précédemment exposé (B).

Section 1 : Un marché de l'emploi imparfait

Les errements qui se manifestent sur le marché de l'emploi amènent la plupart des observateurs à requérir le concours de l'État (§ 1). Si l'autorégulation semble imparfaite et inefficace (§ 2) il semblerait que la mise en place de politiques conjoncturelles le soit tout autant (§ 3).

§ 1 – Un droit de l'emploi nécessaire

85 – Le contrat comme ambition - Le marché du travail confronte une demande de travail émanant des entreprises à une offre de travail émanant des salariés. La demande de travail représente la quantité de travail dont les entreprises ont besoin pour pouvoir produire des biens et services. En échange du travail fourni, les entreprises rémunèrent les travailleurs. En cela, le marché du travail se révèle être un marché « abstrait » où le bien échangé devient une *unité de compte* typique de l'ère industrielle née au XIX^e siècle. Parce que l'humain ne fait qu'un avec l'unité de compte échangée, l'offre et la demande sont influencées par des contraintes légales et culturelles. Parmi elles, le niveau de protection de l'emploi occupé ou encore la qualité du dialogue social. Si le modèle français se caractérise culturellement par un fort niveau de protection de l'emploi et un faible taux de syndicalisation, on lui oppose traditionnellement les modèles nordiques, dont le modèle danois : « *Le Danemark a conclu très anciennement avec ses syndicats extrêmement puissants une série d'accords compensant une grande facilité à embaucher et licencier par une implication très forte des syndicats dans la vie des entreprises et le contrôle du marché du travail* »³⁴².

³⁴² GAZIER (B.), « *Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative* », Travail et Emploi, 113, mars 2008.

Au niveau individuel, l'offre est influencée par de nombreuses variables socio-économiques telles que le taux de salaire, l'âge, le nombre d'enfants, le revenu non-salarial, le taux d'imposition, le revenu du conjoint, etc. La demande, quant à elle, se doit de respecter un certain nombre de contraintes légales, règlementaires, conventionnelles. Le marché « abstrait » du travail en devient une confrontation entre deux quantités de travail, l'une demandée, l'autre offerte, mais dans un marché impur et imparfait : la restriction aux licenciements joue contre la libre circulation des facteurs de production ; l'incomplétude des contrats de travail joue contre la transparence de l'information, la dimension humaine du facteur travail joue contre l'homogénéité du produit, etc. Dans un marché « idéal » de concurrence pure et parfaite, le prix du travail est censé réaliser l'ajustement entre l'offre et la demande, d'où l'appellation de marché. Pour le juriste, le prix du travail sera adossé à la volonté contractuelle. Le statut individuel du contrat réalisera alors l'ajustement entre les volontés de l'employeur et du salarié.

Ainsi définie, et à l'exclusion des critères d'impureté et d'imperfection, l'acception de « marché » pourrait faire l'unanimité. Elle est reprise par certaines lois sociales, dont celle de 2008³⁴³ : « Elle n'est en réalité que l'illustration d'une idéologie fort ancienne (l'expression « marché du travail » est d'ailleurs assez révélatrice d'une volonté de revenir aux conceptions libérales du XIX^e siècle), prônant un mode de régulation des rapports employeurs-salariés dans lequel la loi tiendrait le moins de place possible, de manière à laisser pour l'essentiel chaque salarié négocier seul avec son employeur ses conditions de travail »³⁴⁴. Son expression la plus aboutie serait alors de pouvoir s'exonérer des règles d'ordre public absolu, du statut collectif du contrat de travail, pour contractualiser pleinement la relation entre les intéressés.

Le problème (essentiel) reste que le marché du travail est un marché singulier qui se caractérise par la prise en considération de l'identité du sujet dans la prestation de travail. Celle-ci joue notamment contre une des conditions de pureté de la concurrence, l'homogénéité des produits. Pour les économistes libéraux, elle en devient un facteur de déséquilibre. Le Préambule de la Constitution française de 1946³⁴⁵ tout comme les rappels incessants des organisations syndicales représentatives, posent des limites à la raison

³⁴³ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

³⁴⁴ VERICEL (M.), « Que faut-il entendre par simplification du droit du travail », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 834.

³⁴⁵ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 – art. 8 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

gestionnaire ; celles-ci n'ont d'autre volonté que de permettre aux travailleurs de jouir pleinement des droits de la personne. Il n'est donc pas étonnant d'observer que « *l'histoire du droit du travail montre que les projets de normalisation scientifiques du travail humain finissent toujours par se briser sur la détermination irréductible des travailleurs à exister comme sujets, à se voir reconnaître une place humainement vivable* »³⁴⁶. Ces droits sont censés être garantis par le contrat de travail, en tant que moule juridique uniforme et commun à la diversité des situations de salariat. Mais celui-ci permet peu la modélisation. Plus encore, les mutations du travail s'accélèrent et le rendent alors inopérant : il est observé un certain renouveau de l'activité professionnelle indépendante, un recours aux relations triangulaires du travail, et plus généralement une diversification des formes d'emploi favorisée par l'émergence des plateformes numériques. Ainsi, la *mathématique du social*³⁴⁷ que promeuvent la théorie économique et l'ordre gestionnaire s'avère inadaptée au travail concret.

86 – Une relation de travail contrainte par des règles - Juridiquement, la relation de travail est contrainte par l'existence d'un ordre public, qu'il s'agisse de l'ordre public classique ou de l'institution plus récente de l'ordre public conventionnel. D'une règle de droit impérative à laquelle on ne peut déroger, à une règle de droit supplétive, en passant par la possibilité d'aménager ou de déroger aux règles de rang supérieur³⁴⁸, le marché du travail ne peut fonctionner que dans un cadre qui le structure de manière endogène. L'existence du contrat de travail est le témoin patent de cette contrainte dont doit tenir compte l'entreprise pour construire son efficacité ; il est alors perçu comme « *une qualification juridique d'ordre public, qui déclenche l'application de l'ensemble des règles de droit du travail et qui est totalement indispensable* »³⁴⁹.

87 – Une relation de travail contrainte par l'imperfection du marché - Économiquement ensuite, le marché du travail est un marché de concurrence imparfaite car son prix ne peut de lui-même assurer l'équilibre entre l'offre et la demande. Si tel était le cas, cet équilibre nous conduirait à avoir un taux de chômage nul. Au sens du Bureau International du Travail (BIT) si le taux de chômage³⁵⁰ en France constaté à la fin des Trente Glorieuses³⁵¹ était d'environ

³⁴⁶ SUPIOT (A.), préc., p. 268.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ Dérogations légale et conventionnelle.

³⁴⁹ LOISEAU (G.), PECAULT-RIVOLIER (L.), PIGNARRE (G.), « *L'ordre public social a-t-il un avenir ?* », Droit social, n° 11, nov. 2011, p. 887.

³⁵⁰ Un chômeur au sens du Bureau international du travail (BIT) est une personne en âge de travailler (conventionnellement 15 ans ou plus) : 1° qui n'a pas travaillé, ne serait-ce qu'une heure, au cours de la semaine de référence - 2° qui est disponible pour travailler dans les deux semaines - 3° qui a entrepris des démarches actives de recherche d'emploi dans le mois précédent, ou a trouvé un emploi qui commence dans les 3 mois.

2% il est d'aujourd'hui de 10%. Durant les trois ou quatre décennies qui ont succédé aux Trente Glorieuses, le marché du travail a donc échoué dans sa capacité à déterminer, dans l'absolu, la meilleure allocation possible des ressources. Cet échec, associé à une crise persistante, a fait qualifier ces années par certains économistes de « trente piteuses » voire de « trente frileuses ». Cette nouvelle acception est probablement un peu exagérée dans la mesure où ces années ne sont pas, dans l'absolu, totalement désastreuses. Elles le sont surtout par contraste avec les précédentes. L'économiste et historien Jacques Marseille montrera qu'entre 1975 et 2005 les Français ont notamment gagné sept ans d'espérance de vie ; leur pouvoir d'achat a doublé et leur fortune triplé.

Il n'empêche cependant qu'au milieu des années 1970, le chômage de masse a fait son apparition, plongeant la société française dans le doute, figeant la demande de travail en réduisant sa sensibilité aux variations exogènes : son élasticité est devenue faible. La défaillance du marché du travail est alors née. Notre société, de surcroît culturellement marquée par l'État-Providence³⁵², a assisté à l'incapacité du marché du travail à pouvoir atteindre une allocation optimale des ressources : le chômage de masse a crû de façon continue. Autorégulé, il serait à la source de tous les abus, dont les premières victimes seraient évidemment les parties faibles au contrat. Il témoignerait d'une mauvaise acception de la flexicurité en raison de la mise en œuvre d'une gamme trop étroite d'ajustements³⁵³. Un des aspects les plus préoccupants de cette évolution reste qu'elle « *n'est pas uniforme et suscite une fracture interne au droit du travail entre d'une part les travailleurs qui jouissent pleinement des droits de la personne garantis par le contrat de travail « typique », et d'autre part ceux qu'un contrat « atypique » rejette du côté du travail-marchandise. Cette dualité du salariat manifeste d'une certaine manière la faillite du droit du travail* »³⁵⁴. Comme

³⁵¹ Trente années de croissance continue qui vont de la Libération au premier choc pétrolier.

³⁵² L'État-Providence est une conception de l'État où celui-ci se dote de larges compétences interventionnistes dans les domaines réglementaires, économiques et sociaux. Elle se traduit par un ensemble de mesures ayant pour but de redistribuer les richesses et de prendre en charge la protection contre des risques avérés ou potentiels comme la vieillesse, la maladie, l'indigence, la perte d'emploi, la famille, etc. L'État-Providence est fondé sur la solidarité entre les différentes classes sociales et la recherche de la justice sociale. Les premiers systèmes d'assurance-maladie et vieillesse ont été mis en place à la fin du XIX^e siècle en Allemagne (Bismarck), avec l'objectif d'éviter la propagation des idées révolutionnaires dans la classe ouvrière. Dans les années 1930, après la crise de 1929, l'État-Providence, sous le nom de "*Welfare State*", s'est développé au Royaume-Uni, aux États-Unis et dans les pays scandinaves afin d'éviter l'implosion du capitalisme, par l'instauration d'un système de redistribution des richesses vers les plus pauvres. Depuis, son principe a été remis en question par de nombreux économistes classiques et libéraux, en raison notamment du niveau élevé des prélèvements obligatoires qu'il implique et de son effet supposé néfaste sur l'initiative. L'État-Providence s'oppose à l'État-Gendarme, qui se restreint à des fonctions dites régaliennes (police, armée, justice). En situation de crise économique et dans la plupart des pays occidentaux, le contrat social national qu'implique l'État-Providence est mis à mal.

³⁵³ V. GAZIER (B.), préc., p. 121.

³⁵⁴ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 256.

symptôme de la faillite de nos valeurs, cette évolution génère de lourdes inégalités. La Constitution française de 1946 ne dispose-t-elle pas en son article 5 que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* »³⁵⁵?

88 – Double imperfection du marché - Cette défaillance est désormais prise en compte par la plupart des économistes, qu'ils se réclament néo-classiques ou de mouvements ne reconnaissant aucunement les vertus d'un marché libre (marxistes et keynésiens notamment). Au-delà du taux naturel de chômage, et prenant acte du fait que les mécanismes de marché ne parviennent pas nécessairement à coordonner les actions des différents agents de manière à ce que l'économie atteigne un équilibre, cette incapacité de la « *main invisible* »³⁵⁶ justifie la mise en œuvre par l'État d'une politique de stabilisation économique visant à (r)établir l'équilibre.

Il en découle que cet interventionnisme a essentiellement pour charge de réguler la double imperfection du marché : d'une part, la présence d'un nombre important, qui va croissant, de demandeurs d'emploi de longue durée³⁵⁷ souvent diplômés, mais aussi d'autre part, une pénurie croissante de personnels dans un nombre important de secteurs (industrie, services et artisanat notamment). Les sorties du chômage bénéficient le plus souvent aux demandeurs d'emploi qui le sont depuis peu, quand, dans le même temps, la durée du chômage s'allonge (l'ancienneté moyenne du chômage est passée de 392 à 562 jours entre 2008 et 2015³⁵⁸). Ainsi, la persistance de la qualité d'*outsider* n'aide pas à retrouver un emploi. Pour l'OCDE, la rigueur de la protection de l'emploi en est à l'origine³⁵⁹.

89 – L'intervention étatique requise - Face à ce constat, la société en appelle généralement à la providence de l'État, qu'il s'agisse de réguler ou de déréguler (selon une nouvelle définition³⁶⁰). Si les économistes s'accordent à reconnaître les défaillances, les divergences

³⁵⁵ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 – art. 5.

³⁵⁶ D'après l'œuvre d'Adam SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776 ; dans le domaine socio-économique, cette formule évoque l'idée que des actions guidées par notre seul intérêt peuvent contribuer à la richesse et au bien-être commun.

³⁵⁷ Les demandeurs d'emploi de longue durée (DELD) sont ceux inscrits en catégories A, B, C, depuis au moins un an. Selon les chiffres de Pôle emploi, les chômeurs de longue durée constituaient, en juin 2017, 43,9 % de l'ensemble des demandeurs d'emploi. Cinq ans plus tôt, en juin 2012, ils représentaient 38.5% des demandeurs d'emploi. Cette part de DELD est en constante augmentation.

³⁵⁸ DARES, observatoire des inégalités, 2015.

³⁵⁹ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 103.

³⁶⁰ M. Alain SUPIOT donne une définition différente de « déréguler » : il indique que déréguler peut être interprété comme « réguler autrement » ; ce qui évidemment n'a rien à voir avec la vision classique et libérale de la dérégulation ; partant du constat de la réalité du marché du travail actuel, M. Bernard GAZIER quant à lui propose une « autre régulation » qui revient mettre en évidence le rôle joué par les partenaires sociaux, les

restent entières sur la manière d'opérer la régulation : entre l'interventionnisme manifeste, l'interventionnisme structurant et l'interventionnisme subsidiaire, les politiques de l'emploi ont des natures conceptuellement divergentes. M. Yves Croissant et Mme Patricia Vornetti indiquent que « *de nos jours, rares sont ceux qui nient la nécessité d'une intervention publique dans l'économie. Aussi peu nombreux sont ceux qui contestent l'intérêt du recours aux mécanismes du marché. Un consensus semble avoir émergé autour d'une « troisième voie », entre le tout-Etat et le tout-marché, entre le dirigisme étatique radical et le laissez-faire absolu. Cette troisième voie est large et les divergences sont grandes quant à la position de la ligne de partage. Elles résultent tant de désaccords sur la nature et l'ampleur des imperfections de chaque mode de régulation que d'appréciations différentes de la facilité avec laquelle ces dernières peuvent être corrigées* »³⁶¹. Les conséquences de ces différences d'appréciation n'en sont pas moins diverses : entre la sécurisation de l'emploi et le délitement des droits sociaux des travailleurs, il n'y a aucune commune mesure.

90 – Remarque conclusive - Afin de mettre en œuvre une politique économique et un droit de l'emploi efficaces, il est indispensable d'analyser les causes de la défaillance du marché du travail. En économie de crise, si la plupart des économistes ne sont pas d'accord sur la nature des défaillances, la plupart d'entre eux admettent cependant deux grands types de causes : les unes sont liées à la structure d'un marché considéré comme sous-optimal quand les autres sont imputables à la défaillance de l'État.

§ 2 - Une autorégulation inefficace

91 – Conditions de concurrence pure et parfaite et marché du travail - Pour les économistes libéraux, un marché du travail l'emploi optimal serait un marché répondant aux principes de la concurrence pure et parfaite. Pourtant, on ne peut que confronter ce paradigme à la réalité d'un marché du travail qui reste profondément empreint de rigidités. Pour qu'un marché soit en concurrence pure, il doit satisfaire à trois conditions : la première est celle de son atomisticité. S'il est composé d'une infinité d'acteurs, offreurs et demandeurs de travail, alors le prix du travail ne pourra être fixé par l'un des acteurs pris isolément. On peut supposer cette condition remplie pour le marché du travail.

firmer et les territoires dans les nouveaux objets de négociation que constituent les marchés transitionnels du travail (MTT).

³⁶¹ CROISSANT (Y.) et VORNETTI (P.), « *Etat, marché et concurrence : les motifs de l'intervention publique* », Cahiers français, n° 313, mars-avr. 2003, p. 3.

La seconde condition est celle de l'homogénéité du produit : pour parler de concurrence pure le produit doit être homogène. Dans le cadre du contrat de louage de services, le bien qui fait l'objet de l'échange sur le marché du travail est le travail lui-même. Si on pouvait le considérer comme homogène à l'ère du capitalisme industriel, cela reste plus délicat dans notre capitalisme immatériel où la valeur du travail dépend des compétences intrinsèques des individus. Si la monnaie, les produits industrialisés, les devises, les matières premières, les valeurs mobilières dématérialisées, sont des choses fongibles par nature, c'est-à-dire frappées du sceau de l'interchangeabilité, il n'en est pas de même de l'objet du contrat de travail. Ainsi, les qualités de négociateur de telle ou telle personne ne sont pas fongibles et seront déterminantes pour l'efficacité d'un service mercatique ; tel individu réussira, de part ses compétences à lever un marché, quand un autre, en raison de sa personnalité ou de son manque d'expérience, échouera. Il en sera de même pour un service d'ingénierie qui aura opéré les « bons » recrutements et aura ainsi une belle propension à innover. Le seul critère qui pourrait unir ces différentes offres de travail sur le marché serait que l'employeur puisse, comme sur toute chose appréhendée par le droit, exercer un pouvoir institué par la subordination juridique³⁶². L'homogénéité reste envisageable cependant pour les activités à faible valeur-ajoutée.

La troisième condition est celle de la libre entrée et sortie du marché : sur un marché de concurrence pure, les acteurs (offreurs et demandeurs de travail) doivent pouvoir entrer et sortir librement du marché. Ceci signifie qu'il ne doit pas y avoir de barrières à l'entrée (réglementaires, tarifaires ou bien liées à des coûts d'entrée importants). La flexibilité externe numérique doit ainsi être facilitée. Dans la réalité du marché de l'emploi, qu'il s'agisse du coût du recrutement, de la législation protectrice de l'emploi ou sur le salaire minimum, la fluidité en matière d'entrée et de sortie est mise à mal. Les barrières sont légion.

Deux autres conditions doivent y être adjointes. La première réside dans le fait que l'information doit être parfaite et complète sur le marché : celle-ci est notamment donnée par le prix. Il est donc considéré comme un outil d'information. Quand le salaire observé est supérieur au salaire concurrentiel le chômage apparaît et ne peut être résorbé pour les économistes néoclassiques que par un retour à la libre concurrence sur le marché du travail. Il en est de même avec la question du salaire minimum sur les marchés protégés qui deviendrait

³⁶² La subordination juridique a été définie par l'arrêt *Société générale* du 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-13.187 ; la chambre sociale énonce que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.

facteur de chômage dès lors qu'il serait supérieur au salaire d'équilibre. Des barrières psychologiques et liées aux risques entravent aussi la transparence de l'information donnée par les prix. La théorie du salaire d'efficience par exemple montre que si le salaire baisse, la productivité du travail baisse d'autant. Serait-ce alors réellement intéressant d'ajuster à la hausse la quantité de travail si celle-ci est moins qualitative ? Au final, les salariés ayant une grande aversion au risque, préfèrent que l'ajustement se fasse par les quantités et non par les prix : c'est ce dont témoigne la théorie des contrats implicites. On y perçoit ici *l'idée de stabilité*³⁶³ consubstantielle au contrat de travail et qui fut consacrée par de nombreux textes : la subsistance des contrats en cas de modification de la situation juridique de l'employeur dans la loi du 19 juillet 1928³⁶⁴, la mensualisation des ouvriers organisée par l'accord national du 14 décembre 1977 et par la loi du 19 janvier 1978, l'encadrement du licenciement par la loi du 13 juillet 1973, etc. Le prix du travail est donc résistant aux variations espérées par les libéraux en raison de facteurs qui dépassent largement le cadre du salaire minimum. Le contrat de travail faisant place à la personne du travailleur, il en sera ensuite marqué par le caractère singulier de son objet. Le bien échangé n'est pas fongible. Aussi, l'information ne peut-elle être parfaite car l'employeur ne connaîtra jamais la productivité réelle du salarié lorsqu'il prend le risque d'embaucher. En cela, l'information ne peut être qu'imparfaite, ce qui autorise à caractériser le contrat de travail d'*incomplet*.

La seconde condition concerne la mobilité des facteurs de production : afin de permettre l'ajustement entre offreurs et demandeurs sur le marché, les prix doivent être parfaitement flexibles. Dès lors, les coûts de production qui sous-tendent le prix de la demande de travail doivent eux aussi être flexibles. Les facteurs de production sont alors censés être mobiles pour assurer une plus grande fluidité sur les marchés. Or, le travail n'est pas un facteur de production comme les autres. Le salarié peut refuser la mobilité géographique ou fonctionnelle, ce qui implique la négociation de clauses contractuelles pour dynamiser le contenu du contrat. Cette négociation est encadrée par une jurisprudence fournie et s'opère dans le cadre général suivant : « *Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* »³⁶⁵.

92 - Le marché du travail est une institution sociale - Ce marché ne peut donc être considéré comme un marché standard. Le travail réduit à la qualité de valeur d'échange ne

³⁶³ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, pp. 82 et s.

³⁶⁴ C. trav., art. 23, *al.* 7 devenu art. L. 122-12, *al.* 2, et actuellement art. L. 1224-1.

³⁶⁵ Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-45.846, publié au bulletin.

témoigne pas de la réalité de l'exécution du contrat. Dans une économie de croissance atone et en perte de compétitivité, le travail ne peut permettre l'ajustement optimal de l'offre et de la demande par les prix. Le marché du travail est donc sous-optimal. Afin de prendre en compte cette réalité il serait probablement opportun d'éluder de son appellation le mot *marché*. M. Edmond Malinvaud précise « *qu'aucune mention n'est faite de ce que la plupart des relations d'emploi sont des relations de long terme, ni que les contrats de travail sont soumis à un droit particulier et qu'ils comportent de lourdes clauses implicites... Le marché du travail est en fait une institution sociale (...). Les salaires et les emplois ne s'identifient pas aux autres prix et quantités. Ils déterminent en profondeur la manière dont les individus se perçoivent eux-mêmes, se représentent leur statut social et évaluent si la société les traite équitablement* »³⁶⁶. La théorie du salaire d'efficience témoigne économiquement de toute la pertinence de cette analyse. Il en est de même pour le droit du travail qui a pour but de restaurer le salarié en tant que sujet de droit libre et égal à l'employeur : « *Le droit civil et le droit du travail ont finalement la même raison d'être, qui est de civiliser les relations sociales, c'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force* »³⁶⁷.

93 – Conclusion : la dérégulation est inefficace - La régulation par le marché n'est pas adaptée pour équilibrer l'offre et la demande de travail. S'il est permis de penser qu'une réelle flexibilité du prix du travail permettrait de les rapprocher, les rigidités et le risque juridique sont tels que l'ajustement ne pourrait avoir lieu que par une croissance des inégalités.

Selon le critère de Pareto³⁶⁸, une plus grande libéralisation du marché du travail devrait augmenter le bien-être social si elle augmente l'utilité d'au-moins un individu (celle de l'employeur) sans diminuer celle des autres (celle des salariés). L'acceptation de l'indemnisation du chômage constitue alors pour Pareto une compensation de la désutilité des salariés. A l'aune de son analyse, on peut alors considérer la dérégulation comme efficace. Pourtant, la couverture du risque de chômage est temporaire. Le chômage de longue durée obère l'employabilité de certains agents et donc leur capacité de retour à l'emploi. Il entraîne un appauvrissement d'une partie de la population et une croissance des inégalités.

Ces situations dégradent donc le sort de certains individus. Elles traduisent une inefficace de fait. Cette inefficace l'est moins au sens de Kaldor-Hicks, même si pour lui le changement

³⁶⁶ MALINVAUD (E.), « *Réformes structurelles du marché du travail et politiques macroéconomiques* », Revue de l'OFCE, mars 2003, n° 86, p. 18.

³⁶⁷ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 151.

³⁶⁸ V. MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, pp. 64 et s.

d'état est efficient à condition que les gains dépassent l'ensemble des pertes. L'approche est donc plus réaliste, d'autant que pour lui la compensation allouée aux perdants peut n'être qu'hypothétique : « *L'opportunité de verser une indemnité aux perdants est considérée comme une question politique : il revient au gouvernement de décider si l'on y procède effectivement* »³⁶⁹. Certains salariés évincés seraient indemnisés, développeraient une capacité à retrouver un emploi, quand d'autres le seraient moins. En promouvant une flexicurité qui fait prévaloir une sécurité *dans* l'emploi plus qu'une sécurité *de* l'emploi, pour tenir compte des trajectoires professionnelles, la sécurisation des parcours professionnels relèverait de cette logique d'efficacité. Cependant, la nature humaine du contrat nous conduit à poser qu'il demeure difficile de penser de façon systémique. De plus, « *ces évolutions ne favorisent pas la sécurité juridique qui est nécessaire à la prévisibilité des acteurs économiques* »³⁷⁰ : le contrat de travail est souvent érigé en verrou. C'est en tout cas ce que fait prévaloir le juge. On songe ainsi à la jurisprudence refusant que les parties puissent conclure en sus de la rupture conventionnelle une transaction sécurisant la séparation d'un commun accord³⁷¹.

§ 3 - Une politique de l'emploi contestée

94 – Définitions – La politique conjoncturelle est un « *ensemble d'actions délibérées adoptées en vue de la régulation de la conjoncture économique* »³⁷². L'objectif de plein-emploi en est un de ses desseins quand la politique d'emploi est une des modalités. C'est ici l'emploi en tant que *globalité d'emplois*³⁷³ qui est visé : l'emploi devient une donnée macro-économique. Ainsi compris, le droit de l'emploi sert l'objet de sa politique en renvoyant principalement à la compréhension et à l'articulation des dispositifs juridiques mis en place. On le différenciera alors de *l'emploi de chacun*, terme apparu dans les relations de droit privé

³⁶⁹ *Idem*, pp. 66-67.

³⁷⁰ BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de *Juris Diversitas*, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 423.

³⁷¹ Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21136, publié au bulletin : « *Il résulte de l'application combinée des articles L. 1237-11, L. 1237-13, L. 1237-14, L. 1237-15 du code du travail et 2044 du code civil qu'un salarié et un employeur ayant signé une convention de rupture ne peuvent valablement conclure une transaction d'une part, que si celle-ci intervient postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative ou, s'agissant d'un salarié bénéficiant d'une protection mentionnée aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du code du travail, postérieurement à la notification aux parties de l'autorisation, par l'inspecteur du travail, de la rupture conventionnelle, d'autre part, que si elle a pour objet de régler un différend relatif non pas à la rupture du contrat de travail mais à son exécution sur des éléments non compris dans la convention de rupture* ».

³⁷² Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

³⁷³ PETIT (F.), *Droit de l'emploi*, Montchrestien, collection « AES », 2005, p. 16.

pour le distinguer du simple travail³⁷⁴. Il est, selon l'expression de M. François Gaudu, « *une dimension particulière du contrat de travail, la relation de travail saisie dans sa durée* »³⁷⁵. C'est alors la stabilité du contrat à exécution successive qui est visée, autant dans sa rémunération que dans son existence. Lorsque cet emploi relève du droit du chômage, il peut être qualifié d'*emploi perdu*³⁷⁶. Le droit du travail déborde largement le champ du droit privé en organisant l'intervention de l'État et de ses services dans les relations du travail entre employeurs et salariés, en régissant les rapports d'emploi (accès à l'emploi, contrat de travail, rupture, etc.) et les rapports professionnels présentant une dimension collective (représentation du personnel, conventions d'entreprise, droit de grève, etc.). Cet interventionnisme vise désormais le partage du travail³⁷⁷, le dialogue social et l'emploi³⁷⁸, une nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise³⁷⁹, la prévention et la prise en compte des effets de l'exposition à certains risques professionnels³⁸⁰, etc. Il tente donc d'investir les champs traditionnels du droit du travail tout en servant la politique d'emploi. Cela fait dire à un auteur que l'ambivalence du terme emploi se retrouve dans la langue même du législateur³⁸¹.

A) Un traitement de l'emploi perdu inefficace

95 – Couverture du risque de chômage - Pour répondre au chômage de masse, les politiques conjoncturelles ont un dessein contra-cyclique : elles cherchent à produire des effets à court terme. Elles peuvent aussi bien chercher à développer des compensations indemnitaires que des politiques macroéconomiques de relance de la globalité d'emplois.

Concernant les compensations indemnitaires, l'idée d'indemniser les chômeurs est relativement récente : elle est née au cours des XIX^e et XX^e siècles. C'est essentiellement après-guerre que se mettent en place les structures d'indemnisation³⁸². En France, et à

³⁷⁴ PETIT (F.), préc. : « *Le patron offrait un travail aux ouvriers, alors qu'il proposait un emploi aux employés administratifs. Sous cette distinction se dessinait en réalité une différence de statut qui a perduré jusqu'à la généralisation de la mensualisation* », p. 15.

³⁷⁵ GAUDU (F.), « *Les notions d'emploi en droit* », Droit social, 1996, p. 569.

³⁷⁶ PETIT (F.), préc., p. 251.

³⁷⁷ Loi Aubry II du 19 janvier 2000 : il s'agit de déterminer concrètement « *le nombre d'emplois créé ou préservé du fait de la réduction du temps de travail* » ; loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

³⁷⁸ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

³⁷⁹ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

³⁸⁰ Ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017.

³⁸¹ PETIT (F.), préc., p. 16.

³⁸² Créée sous l'impulsion du général de Gaulle, par les partenaires sociaux dans un contexte de plein emploi et chargée d'une délégation de service public, l'UNEDIC voit le jour en 1958. La loi confie ainsi aux organisations patronales et aux organisations syndicales représentatives au plan national et interprofessionnel, la gestion de

l'inverse d'autres grands pays développés, ces compensations sont construites sur deux niveaux, le premier reposant sur une logique d'assurance (système bismarckien), le second sur une logique de solidarité nationale (système beveridgien). Les États-Unis, le Canada ou le Japon par exemple préfèrent une logique d'indemnisation plus exclusive fondée essentiellement sur l'assurance quand les grands pays de l'Océanie préfèrent un système d'indemnisation fondé sur l'assistance.

Au XIX^e siècle, les motivations qui sont à l'origine du système bismarckien (assimilé à un « chancelier de fer ») sont essentiellement politiques et résident dans le souci de juguler les mouvements syndicaux et socialistes en améliorant les conditions de vie du prolétariat ouvrier. Plusieurs principes sous-tendent ce modèle : il s'agit d'une protection obligatoire, fondée uniquement sur le travail et sur la capacité des individus à s'ouvrir des droits dans le temps grâce à leur activité professionnelle. Cette protection repose sur une participation financière des ouvriers et des employeurs, qui prend la forme de cotisations sociales, non proportionnelles aux risques.

Face à ces lignes de force, la France se distingue par un dispositif empruntant aux deux modèles. En effet, le système s'est initialement construit sur une formule d'assistance : « *La loi du 22 avril 1905 a justifié le versement de crédits en faveur des communes qui avaient institué des secours au profit des chômeurs ; elle ouvrit également la voie aux subventions en faveur d'assurances privées (mutuelles). L'idée d'une assurance chômage a donc suivi. Né initialement de l'accord national interprofessionnel du 31 décembre 1958, le « régime d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi de l'industrie et du commerce » repose sur une logique d'assurance ; à ce régime autonome – autorégulé et autogéré par les groupements professionnels signataires -, se juxtapose le régime d'aide publique, transféré à l'État et réorganisé par le décret du 12 mars 1951* »³⁸³. Les caractéristiques de ce régime d'aide publique sont les suivantes : universalité de la protection sociale par la couverture de toute la population et de tous les risques, uniformité des prestations fondée sur les besoins des individus et non sur leurs pertes de revenus en cas de survenue d'un risque, unité de la gestion étatique de l'ensemble de la protection sociale avec la volonté de voir créée une seule caisse. Enfin, caractéristique fort singulière par rapport au système assurantiel, le financement est basé sur l'impôt.

l'assurance chômage ; celle-ci est obligatoire pour la majeure partie des employeurs et salariés du secteur privé. Ce régime paritaire, non rattaché à la Sécurité sociale, est piloté par l'Unédic, association loi 1901.

³⁸³ PETIT (F.), préc., p. 252.

96 – Critiques de la logique indemnitaire – Les critiques fusent de la part des économistes néoclassiques qui voient dans le niveau de l’indemnisation un dispositif procyclique.

Tout d’abord, la durée du chômage dépendrait du niveau de l’indemnité chômage (théorie du *Job Search*) : une augmentation des indemnités, en diminuant le coût marginal d’un jour de recherche supplémentaire, entraînerait une augmentation de sa durée, au lieu de la réduire. Afin d’éviter les effets d’opportunité et de sauvegarder les finances publiques, on ne sera pas étonné de voir surgir régulièrement dans l’actualité des politiques de l’emploi la question de la dégressivité des allocations chômage (appelée Allocation de Retour à l’Emploi –ARE- en France). Les faits témoignent d’ailleurs d’une tendance baissière du niveau de ces allocations. Le débat sur la « contrepartie » fait aussi l’objet d’analyses doctrinales. Classiquement rattachée au devoir constitutionnel de travailler³⁸⁴, « *la contrepartie s’entend de l’obligation à la charge du bénéficiaire d’une aide sociale de rembourser à la collectivité une dette ainsi contractée* »³⁸⁵. Le Pr. Christophe Willmann souligne qu’en droit interne, si le chômeur est tenu à un certain nombre d’obligations tenant à sa qualité, la seule traduction possible que le juriste français pourrait donner au terme de contrepartie serait celui, d’origine constitutionnelle, du devoir de travailler.

Ensuite, des effets d’opportunisme peuvent naître, dans la mesure où certains individus vont tout simplement choisir de ne pas travailler ou de ne pas s’investir dans une dynamique de recherche d’emploi. Certains demandeurs d’emploi choisissent ainsi de ne pas travailler en deçà du « salaire de réserve » : ce salaire se définit comme « *le salaire à partir duquel la personne est prête à travailler* »³⁸⁶. Il joue un rôle important dans la sortie du chômage. En France, seules deux enquêtes de l’Insee interrogent les chômeurs sur le salaire horaire minimal qu’ils demandent pour accepter un emploi. Il en ressort que les bénéficiaires du Revenu de Solidarité Active (RSA) ont un salaire de réserve plus faible que les autres chômeurs : deux sur trois demandent au plus le Smic horaire pour travailler, alors que les deux-tiers des autres chômeurs demandent au moins le Smic horaire. De même, les allocataires du RSA qui

³⁸⁴ V. art. 5 du Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946.

³⁸⁵ WILLMANN (Ch.), « *Emploi, chômage, minima sociaux : une analyse juridique de la notion de contrepartie* », Droit et pauvreté, contribution issue du séminaire ONPES et DREES-MiRe, 2007, p. 85. Dans cet article, l’auteur aborde un point de vue singulier : celui de la contrepartie comme « *conséquence et résultante du droit au travail* » ; il précise que le débat sur la contrepartie a pris en droit interne un relief particulier car l’incitation à retrouver un emploi n’a plus son caractère habituel punitif. Selon cette analyse, « *le chômeur ne doit pas rembourser à la collectivité une dette en contrepartie du paiement d’une aide sociale ou d’une allocation chômage. Au contraire, la collectivité nationale est considérée comme débitrice d’une obligation d’aider les chômeurs/bénéficiaires d’une aide sociale à retrouver un emploi, car ces derniers jouissent d’un droit presque subjectif, le droit au travail* », p. 93.

³⁸⁶ *Idem*, p. 92.

trouvent un emploi acceptent des salaires beaucoup plus faibles que les autres chômeurs. Le salaire de réserve baisse quand l'épisode de chômage se prolonge. Même si le salaire proposé n'est pas le seul motif de refus possible, un emploi mal rémunéré est plus difficilement accepté.

B) Un traitement de la globalité d'emplois anticipé

97 – Présentation - Dans un contexte d'interdépendances fortement marquées, les politiques économiques basées sur la relance de la demande globale (au sens de la consommation) mais aussi de la demande de travail (de la part des entreprises) semblent vouées à l'échec. Une forte inertie caractérise en effet le comportement des entreprises, celles-ci ayant un goût modéré pour le risque et immodéré pour la flexibilité. Aussi, à l'échelle macroéconomique, on en mesure les effets : il semblerait que l'action régulatrice de l'État qui tenterait de relancer la demande des entreprises (grâce à l'investissement) et la demande des ménages (grâce à l'augmentation du pouvoir d'achat) s'avère fortement contrainte.

98 – Traitement économique de la globalité d'emplois par la politique monétaire - La première solution classique est de mettre en œuvre une politique monétaire expansive ayant pour but de diminuer le coût d'accès au crédit et de relancer l'investissement. Le contrôle de l'évolution de la masse monétaire en est donc la finalité.

C'est ce qu'ont entrepris les banques centrales des pays développés qui mènent depuis la crise de 2008-2009 des politiques monétaires très expansionnistes : les taux d'intérêt sont proches de 0. Dans tous les grands pays développés, les politiques monétaires ont conduit les taux d'intérêt à court terme et à long terme à des niveaux nettement inférieurs à la croissance nominale. Outre le fait que cela permet un désendettement des différents agents économiques, ces politiques sont jugées inefficaces économiquement si elles ont pour dessein de résoudre des problèmes structurels³⁸⁷. Elles n'ont rien à voir avec la politique monétaire elle-même et sont utilisées pour un objet autre que celui qu'elles sont censées réguler : la lutte contre la rigidité des règles du marché du travail qui découragerait l'embauche et l'insuffisance de l'effort de recherche notamment. Le caractère contra-cyclique est marqué par son inefficacité : en voulant produire des effets à court terme cette politique rend le processus irréversible. En effet, la demande et la croissance peuvent à moyen terme chuter lorsque les taux d'intérêt vont remonter : lorsque les prix des actifs (immobiliers en particulier) ont été

³⁸⁷ On verra plus loin qu'elles ne peuvent agir que sur le taux de chômage « conjoncturel » et non sur le taux de chômage « structurel ».

soutenus par des taux d'intérêt très bas et par l'abondance de liquidités, sortir d'une politique monétaire expansionniste fait chuter les prix des actifs obligataires qui ont été accumulés pour compenser un marché action en berne et une faiblesse du coupon obligataire (les acteurs multiplient la détention d'obligations pour compenser des coupons devenus individuellement très faibles et le risque accru de la perte de valeur des marchés actions).

Si la théorie économique keynésienne l'utilise comme levier, l'expérience des dix dernières années, sur un plan international, démontre qu'il est très difficile d'en sortir. Au total, même si les politiques monétaires menées depuis 2008 font repartir la croissance et facilitent le désendettement, le jugement global sur ces politiques est prudent. Tout d'abord, toute modification de la masse monétaire en circulation est rationnellement anticipée : la production reste à son niveau naturel tout comme le niveau d'emploi. De plus, de bonnes anticipations créent de l'inflation. Elles suscitent des bulles sur les prix des actifs et n'ont donc plus d'action régulatrice à court terme sur la relance de la demande. Outre leur relative inefficacité, ces politiques conjoncturelles sont une menace pour l'avenir : elles limitent les marges de manœuvre de la politique économique en handicapant la capacité d'agir. Seul l'effet de surprise (et donc de mauvaises anticipations des agents) semble alors pouvoir produire temporairement quelque effet sur l'emploi. Mais en vertu du principe selon lequel les réformes ont une productivité marginale décroissante³⁸⁸, l'effet de surprise ne jouera plus si l'arme monétaire est réitérée.

99 – Traitement économique de la globalité d'emplois par la politique budgétaire - Le second moyen d'action est celui de l'utilisation de l'arme budgétaire. C'est d'ailleurs ce qui a été fait en France depuis plusieurs décennies alors même que les indicateurs macroéconomiques laissent l'observateur perplexe. Ainsi, alors que le taux de croissance du Produit Intérieur Brut (PIB) était de 1% en 2000, le déficit public était de 3%. En 2009, année de décroissance, le taux de croissance du PIB fut de -2.8% alors que le déficit public aura atteint 7,5% du PIB. L'arme budgétaire, d'inspiration keynésienne, a été utilisée pour ses effets *a priori* contra-cycliques. L'efficacité sur la globalité d'emplois fut neutre puisque le taux de chômage n'a cessé de croître depuis 2010 alors même que la croissance a repris, oscillant à des niveaux compris entre 1 et 3%. Selon le *principe d'équivalence ricardien* un déficit budgétaire n'a pas l'effet attendu sur le comportement observé des agents car ces derniers anticipent une hausse des prélèvements obligatoires nécessaires pour que l'État rembourse la dette publique.

³⁸⁸ V. MALINVAUD (E.), « Réformes structurelles du marché du travail et politiques macroéconomiques », *Revue de l'OFCE*, mars 2013, n° 86.

100 - Les politiques contra-cycliques sont pro-cycliques - Le Prix Nobel Milton Friedman en particulier, en formula une critique dans son essai de 1951, *Effects of a Full-Employment Policy on Economic Stability*, repris dans son recueil *Essays in Positive Economics*, publié en 1953. Son explication essentielle est qu'une politique conjoncturelle est impossible à mener car l'action étatique souffre de nombreux délais : entre le moment où la crise est à son sommet et le moment où les effets de telles politiques se font sentir, il peut s'écouler deux ans. Au délai de prise de conscience du problème s'ajoute le délai de prise de décision et celui de sa mise en œuvre. Ces délais ont des conséquences très négatives selon l'auteur : il estime que les politiques conjoncturelles, loin de lisser les cycles économiques, ne font que les amplifier. Les politiques contra-cycliques en deviennent pro-cycliques. Plus récemment MM. Robert Barro en 1974 et Robert Lucas en 1976, en tant que représentants de la nouvelle économie classique, ont cherché à montrer, une fois encore, combien les politiques keynésiennes sont vouées à l'échec : « *Les nouveaux classiques apportent l'idée d'une neutralisation quasi systématique – par les anticipations et comportements privés – des tentatives des gouvernements de manipuler l'activité économique* »³⁸⁹. Le premier s'est focalisé sur l'inefficacité des politiques conjoncturelles de type budgétaires, quand le second s'est focalisé sur l'inefficacité des politiques monétaires. De l'enseignement de la loi des rendements décroissants³⁹⁰, M. Edmond Malinvaud conclut que « *la décroissance de l'effet marginal sur l'emploi de la réforme signifie que, comparé à ce que l'on peut attendre de la première réforme, le gain de la seconde sera plus faible que ce que l'on obtiendrait si l'effet était strictement proportionnel* »³⁹¹. Une nouvelle voie doit donc être dessinée.

Cet effet anticipatoire, indésirable en économie car il nuit à l'efficacité des mesures contra-cycliques, peut apparaître, consciemment ou inconsciemment, chez chaque agent rationnel. Concernant le marché de l'emploi, on peut raisonnablement penser que la compilation de mesures indemnitaires (allocations chômage, allocation logement, etc.) ou le rallongement de la durée d'indemnisation du chômage par exemple, entraîneraient des fraudes à la protection sociale, ou du moins une diminution de l'effet incitatif (à reprendre réellement un travail pour un demandeur d'emploi). Elles peuvent, en vertu du principe d'aléa moral, devenir courantes et décourager la recherche de l'autonomie. Cette notion n'est pas nouvelle : elle avait déjà été

³⁸⁹ VENTELOU (B.), « *Nouveaux keynésiens, nouveaux classiques : vers une nouvelle synthèse ?* », Cahiers français, n° 363, juillet-août 2011, p. 10.

³⁹⁰ Lorsqu'on augmente la quantité utilisée d'un facteur, au-delà d'un certain niveau, la production augmente de moins en moins. Prenons l'exemple d'une terre viticole avec un tracteur (le facteur capital reste donc constant, à 1), avec un nombre variable de vendangeurs (facteur travail). Une augmentation du nombre de vendangeurs permet d'augmenter la récolte (production) de raisins de manière absolue. Mais cette augmentation décroît après l'ajout du deuxième travailleur, car chaque travailleur supplémentaire doit récolter les raisins sans tracteur, ce qu'il fait évidemment en moins grande quantité. V. TURGOT (1768).

³⁹¹ MALINVAUD (E.), préc., n° 43.

introduite au XVII^e siècle par l'économiste écossais Adam Smith (1723-1790). Selon lui, l'aléa moral apparaît lorsque la recherche de l'intérêt individuel est si forte qu'elle méconnaît l'impact négatif d'une décision sur l'utilité collective.

Cette volonté de démontrer l'inefficacité des politiques de l'emploi conjoncturelles n'a d'autre but que d'exposer les phénomènes d'adaptation des agents rationnels, des employeurs notamment, aux tentatives de régulation à court terme du marché du travail par l'État. La nécessité de rendre les sphères juridique et économique convergentes nous amène désormais à exclure le recours au marché, tout comme celui du recours aux politiques contra-cycliques. Parallèlement, tout appel fait à la loi du travail pour tenter de réguler le marché de l'emploi générerait des effets d'opportunité, une relative insécurité juridique et se révélerait inefficace. Il reste une troisième voie, non explorée, celle du recours à des politiques ou réformes décidées pour une période substantielle et qui modifient les règles de la rationalité. Elles peuvent concerner la politique économique, mais aussi les cadres légaux et conventionnels.

C) Une politique sociale controversée

101 – Position du problème – Si les formes des politiques sociales sont diverses³⁹², c'est la modalité relative aux transferts sociaux qui va concerner l'objet de notre analyse. La croissance de la population active³⁹³ associée à l'absence de résultats probants sur le plan de la politique économique a tout d'abord amené l'État à considérer que le travail était devenu un bien rare. Dans le même temps, le débat sur le rôle et les missions de la politique des transferts sociaux a été remis à l'ordre du jour avec la pression à la stabilisation, voire à la réduction des dépenses sociales³⁹⁴ ainsi qu'avec la crise bancaire de 2008, d'autant qu'il est aujourd'hui contraint par la problématique de la dette publique³⁹⁵. Cela accroît une *crise de*

³⁹² TABUTEAU (D.), « *Typologie des politiques sociales* », Droit social, n° 6, juin 2012, pp. 623 et s. ; l'auteur met en évidence trois formes administratives de politiques sociales : la régulation administrative, les services publics, les transferts sociaux.

³⁹³ De 1975 à 2007, la France a gagné 3,5 millions d'emplois, mais la population active a augmenté de 5 millions.

³⁹⁴ Dans son ouvrage *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, 2015, M. Bruno PALIER en indique les sources : le ralentissement de la croissance économique vient tarir les ressources d'un système de plus en plus sollicité, l'économie ouverte pèse sur les coûts (notamment salariaux), la compétition fiscale entre les États, les politiques économiques d'inspiration keynésienne qui sont aujourd'hui centrées sur l'offre (c'est-à-dire sur un environnement favorable aux investisseurs), les mutations sociales associées à l'universalisation progressive de la couverture sociale (accès de tous au système de soin et donc des dépenses en hausse). Les charges augmentent à un rythme nettement supérieur aux recettes ; pp. 12-13.

³⁹⁵ La dette publique est composée de la dette souveraine (la dette de l'État) ainsi que des dettes sociales, des collectivités locales, et des divers opérateurs d'État (ODAC). D'après l'Insee, entre 2002 et 2012, la dette souveraine a augmenté de 92%, celle de la Sécurité sociale de 390%, celle des collectivités locales de 55% ; celle des ODAC, quant à elle, a diminué de 37%.

l'État-providence qui avait déjà été observée par M. Pierre Rosanvallon en 1981³⁹⁶. Dans son ouvrage, l'auteur explique corrélativement que la hausse des dépenses sociales (l'assurance-chômage par exemple) fait croître les prélèvements obligatoires à un niveau tel qu'il menace la compétitivité des entreprises et le dynamisme de l'économie. Dans le même temps, il observe que le partage entre solidarité et assurance n'apparaît plus clairement, ce qui ramène l'État-providence à l'état de *machinerie de plus en plus opaque et bureaucratique*. La crainte est de « voir le système de protection sociale déresponsabiliser ses bénéficiaires »³⁹⁷.

102 – Fonction légale et protectrice de la partie faible au contrat – La protection sociale en général vise à couvrir ou à accompagner un événement qui affecte défavorablement la position sociale, financière ou économique d'un individu. Ce risque est dit *social* car l'accroissement des ressources budgétaires qui lui est alloué est pris en charge par la collectivité.

L'ensemble des dispositifs d'accompagnement contribue à l'idéologie égalitaire³⁹⁸, à la mise en œuvre des ambitions de la Commission européenne³⁹⁹ ainsi qu'au soutien de l'activité économique⁴⁰⁰. On y voit une fonction protectrice du travailleur en général et du travailleur salarié en particulier. La garantie de revenus se développe sur deux plans : l'obtention de revenus du travail suffisants (concept d'existence décente) ainsi que l'attribution au travailleur de revenus de substitution (concept de continuité des revenus du travailleur). Cette fonction de garantie des revenus est liée à la *reconnaissance de la position centrale du corps humain dans la relation de travail*⁴⁰¹, à son état de *subordination juridique à l'égard du donneur d'ordre et sans doute de dépendance économique*⁴⁰². Elle part surtout d'un constat simple :

³⁹⁶ ROSANVALLON (P.), *La crise de l'État-providence*, Le Seuil, 1981.

³⁹⁷ TABUTEAU (D.), « *Typologie des politiques sociales* », *Droit social*, n° 6, juin 2012, p. 627.

³⁹⁸ V. SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 135 ; l'auteur identifie le solidarisme contractuel (compensation de l'inégalité économique et juridique entre employeur et salarié) et le socialisme français (passer de l'égalité formelle à l'égalité réelle).

³⁹⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, 1989, art. 10 : « Selon les modalités propres à chaque pays, tout travailleur de la Communauté européenne a droit à une protection sociale adéquate et doit bénéficier, quel que soit son statut et quelle que soit la taille de l'entreprise dans laquelle il travaille, de prestations de sécurité sociale d'un niveau suffisant. Les personnes exclues du marché du travail, soit qu'elles n'aient pu y avoir accès, soit qu'elles n'aient pu s'y réinsérer, et qui sont dépourvues de moyens de subsistance doivent pouvoir bénéficier de prestations et de ressources suffisantes, adaptées à leur situation personnelle ».

⁴⁰⁰ Dans l'idéologie keynésienne.

⁴⁰¹ SUPIOT (A.), préc., p. 74.

⁴⁰² BARTHELEMY (J.), « *Protection sociale et sécurité sociale Réflexions à propos du colloque du Conseil d'État " impôts et cotisations : quel financement pour la protection sociale ?" »*, EN3S, Regards, n° 46, sept. 2014.

« La garantie de pouvoir d'achat que le droit du travail offre au salarié ne sert à rien lorsque la force, ou le travail, viennent à manquer au travailleur »⁴⁰³.

Historiquement, cette fonction traduit l'ambition sociétale de substituer la notion de risque à celle de faute. Contrairement aux principes fondateurs de l'action civile, une activité particulièrement risquée par elle-même devient susceptible de donner lieu à indemnisation indépendamment de toute faute de l'employeur. Avec l'apport de garanties liées à la redistribution de revenus, l'employeur devient potentiellement moins sanctionné ; le droit du travail crée en effet « des avantages et des normes au bénéfice du salarié dont le non-respect entraîne des sanctions négatives à l'encontre de l'employeur »⁴⁰⁴. Cette approche est d'autant plus pertinente que de nombreux accidents avec arrêt de travail sont indépendants de la faute directe de l'employeur : celui-ci peut être étranger à tout manquement à son obligation de sécurité de résultat⁴⁰⁵ et avoir mis en œuvre des mesures adéquates aux fins de protéger la santé et d'assurer la sécurité dans le milieu de travail⁴⁰⁶. La protection sociale répond alors d'une certaine manière à une érosion (qui reste relative) de la portée de l'obligation de sécurité ; les arrêts de travail sont surtout la conséquence de contraintes aux origines diverses : postures inadaptées et avènement de risques liés à la soumission à l'hyper compétitivité de l'ère néolibérale⁴⁰⁷. Cet exemple témoigne des nécessités portées par un système de protection sociale qui fait alors écho à la thèse du solidarisme⁴⁰⁸. Même si la mutualisation se révèle aujourd'hui contestée par certains courants doctrinaux, l'évolution du travail contemporain amène certains auteurs à voir en cette fonction de protection une actualité de la (ré)humanisation du travail⁴⁰⁹.

103 – Remise en cause de la couverture sociale étatique – D'autres auteurs perçoivent la protection sociale de façon plus rationnelle. Elle influencerait négativement le marché du travail. Pour certains économistes, si les pays les mieux classés dans le rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale⁴¹⁰ sont les plus prospères et connaissent un nombre de chômeurs relativement bas, c'est qu'il existe une relation de cause à effet entre le droit du

⁴⁰³ SUPIOT (A.), préc., p. 78.

⁴⁰⁴ BARTHELEMY (J.), préc., p. 221.

⁴⁰⁵ Soc., 12 janv. 2011, pourvoi n° 09-70.838, publié au bulletin.

⁴⁰⁶ COMMISSION EUROPEENNE, préc., art. 19.

⁴⁰⁷ MORIN (E.), *La Voie*, Fayard, 2011, p. 245.

⁴⁰⁸ BLAIS (M.-C.), *La solidarité. Histoire d'une idée*, Gallimard, 2007.

⁴⁰⁹ MORIN (E.), *La Voie*, Fayard, 2011 ; SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015 ; ROSANVALLON, *La République des Idées, Refaire société*, Seuil, 2011.

⁴¹⁰ Source : *Doing Business 2014, Comprendre les réglementations pour les PME*, 29 oct. 2013. Le rapport mondial étudie la réglementation s'appliquant aux entreprises locales dans 189 économies et classe les économies selon dix domaines de la réglementation des affaires tels que, la création d'entreprise, le règlement de l'insolvabilité et le commerce transfrontalier.

travail et la qualité du marché du travail : la France était classée 38^{ème} en 2014 en raison de l'important chômage de masse : « *Le rôle joué par l'assurance-chômage serait déterminant. Le prix Nobel Gary Becker estimait au début des années 2000 que la situation de l'emploi en France venait uniquement du marché du travail : tout provient des rigidités du marché* »⁴¹¹. En l'occurrence, les indemnités chômage inciteraient les individus à rester sans emploi. Ainsi « *toute hausse des allocations chômage rend les travailleurs et les chômeurs plus exigeants, ce qui augmente les salaires réels, diminue la demande de travail des entreprises et aggrave le chômage* »⁴¹². De cette idée-force naissent de vifs débats : l'allocation chômage doit-elle être linéaire ou dégressive⁴¹³ ? Doit-elle être proportionnelle aux derniers salaires reçus⁴¹⁴ ? Doit-elle n'avoir qu'une origine légale⁴¹⁵ ? Le risque est grand pour les institutions sociales qui, « *censées protéger le salarié, le fragilisent* »⁴¹⁶.

104 – Évolution vers une logique conventionnelle – Il ressort du caractère normatif de la convention collective que la protection sociale peut devenir l'un de ses objets. C'est tout d'abord une possibilité légale issue de l'article L. 2221-1 C. trav⁴¹⁷. C'est ensuite une ambition de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989 qui présente cependant le caractère de laisser aux États l'entière responsabilité de l'application de la déclaration politique⁴¹⁸. C'est enfin pertinent sur le plan de la performance dans la mesure où, comme la théorie des jeux l'indique, « *le code définit le point de référence dans la négociation et donc chaque partie ne peut obtenir moins que ce qu'elle obtiendrait en*

⁴¹¹ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 167 ; V. KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, pp. 101-102.

⁴¹² LEHMANN (É.), « *L'impact de l'assurance chômage et de l'assistance chômage sur le chômage d'équilibre* », dans *Annales d'économie et de statistique*, 1999, vol. 53, p. 31-41.

⁴¹³ DORMONT (B.), FOUGÈRE (D.), PRIETO (A.), « *L'effet de l'allocation unique dégressive sur la reprise d'emploi* », *Économie et statistique*, n°343, 2001, pp. 3-28. En page 24, les auteurs concluent : « *Ces résultats mettent en évidence, sans ambiguïté, qu'il existe une influence du profil de l'indemnisation du chômage sur le taux de sortie vers l'emploi. (...) Les estimations montrent un accroissement du taux de reprise d'emploi à l'approche de la chute d'indemnisation (...). Cette remontée du taux de reprise d'emploi est d'autant plus marquée que l'individu percevait un salaire élevé avant son entrée en chômage. (...) Les autres chômeurs semblent beaucoup plus contraints sur leur offre de travail : leur profils de retour à l'emploi sont beaucoup moins connectés au profil de leur indemnisation* » ; SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), préc., p. 168 : les auteurs concluent dans le même sens.

⁴¹⁴ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), préc., p. 168 : les auteurs concluent que « *cette problématique s'avère en réalité mineure* ».

⁴¹⁵ BARTHELEMY (J.), préc., p. 222.

⁴¹⁶ TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, p. 348.

⁴¹⁷ C. trav., art. L. 2221-1 : « *Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* ».

⁴¹⁸ COMMISSION EUROPEENNE, *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, 1989, art. 12, 13, 14, sur le thème de la négociation collective.

appliquant le code »⁴¹⁹. Cela fait dire à un auteur que « *si la fonction première de la convention collective est de créer des avantages individuels et collectifs au profit des titulaires de contrats de travail, elle ne saurait s'arrêter, lorsqu'il s'agit de garanties sociales à fixer la nature et le niveau des prestations* »⁴²⁰. Dans une évolution du droit du travail promouvant largement le processus de droit négocié, l'élargissement de la fonction première des conventions et accords collectifs du travail relèverait d'un glissement du caractère obligatoire et légal de la protection sociale vers une responsabilité réinventée des partenaires sociaux. En effet, l'évolution des dispositifs de protection témoigne de l'établissement de nouveaux compromis entre protection obligatoire et responsabilité : « *La collectivité s'est lourdement engagée pour en soutenir l'essor. Les avantages fiscaux liés à la souscription des contrats d'assurance collective par les entreprises ou de contrats individuels de retraite supplémentaire se traduisent par des dépenses fiscales considérables* »⁴²¹. Cette évolution participerait de la nécessité de rendre au droit du travail une unité qu'appelait déjà de ses vœux le Pr. Paul Durand : dans un article de 1952, le juriste indiquait que « *la pensée scientifique des cinquante dernières années a créé le droit du travail. C'est l'édification d'un droit de l'activité professionnelle que nous devons attendre de la seconde moitié de ce siècle* »⁴²². Elle permettrait, dans le même temps de limiter une *boulimie législative* qui dessert l'objectif protecteur de la discipline⁴²³.

105 - Évolution vers une responsabilité partagée et réinventée - La prise en compte dans le champ conventionnel de la couverture du risque social vient compenser une *boulimie législative* que l'État n'a, dans le même temps, plus les moyens de financer. La dette publique s'élève en France en 2015 à 96,2% du PIB⁴²⁴ alors qu'elle est de 85,2% dans l'Union européenne. Cela traduit la force d'une contrainte (compétitivité fiscale) que les entreprises doivent aussi supporter (compétitivité-coût). Le taux des prélèvements obligatoires s'établit en 2015 à 44,7% du PIB, un niveau inégalé depuis la fin des Trente glorieuses où il était de 33% du PIB en 1973. En Europe, la France possède le taux le plus élevé, devant les pays nordiques. Paradoxalement, la dette des administrations de sécurité sociale française qui représente 10,5% de la dette publique fin 2015, positionne donc les salariés dans l'insécurité.

⁴¹⁹ TIROLE (J.), préc., p. 347.

⁴²⁰ BARTHELEMY (J.), préc., p. 222.

⁴²¹ TABUTEAU (D.), préc., p. 627.

⁴²² DURAND (P.), « *Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* », Droit social, n° 12, déc. 2010, p. 1250.

⁴²³ BARTHELEMY (J.), préc., p. 221.

⁴²⁴ Source : Insee références, comptes nationaux, 2 mars 2017.

La facilité à trouver des prêteurs n'est probablement pas étrangère à une croissance continue⁴²⁵ qui ne fait que renforcer ce facteur de risque.

Certains postulent alors de passer d'un modèle beveridgien d'assistance à un modèle bismarckien d'assurance sociale. L'assurance nécessite alors une initiative individuelle pour être bénéficiaire de prestations. C'est surtout dans le domaine de la prévoyance que se manifeste le concept. Mais il se révèle un domaine nouveau dans lequel ce système assurantiel pourrait trouver intérêt : celui de la gestion du risque d'inemployabilité, en d'autres termes, la formation⁴²⁶ ; « *Un fonds d'assurance formation doit pouvoir capitaliser, au profit d'un travailleur, les contributions personnelles (éventuellement assorties d'abondement de l'entreprise à l'instar de ce qui vaut pour le plan d'épargne), il se distingue alors de l'actuel OPCA qui ne s'intéresse qu'au financement par les entreprises* »⁴²⁷. Cette évolution permettrait, en outre, d'éviter le risque de voir le système de protection obligatoire déresponsabiliser ses bénéficiaires. Elle participerait de la lutte contre le risque d'opportunisme mis en évidence dans le théorème de Coase : « *Une personne agit de manière opportuniste lorsqu'elle cherche, par la ruse ou par la force, à modifier, à son avantage et au détriment de l'autre ou des autres, la répartition des gains conjoints du rapport que chaque partie pouvait normalement envisager au moment d'y entrer* »⁴²⁸. Ainsi, l'opportuniste tente d'obtenir plus que sa part. Grâce au système assurantiel le salarié devient plus responsable même si, en réalité, « *la résurgence de la distinction assurance/solidarité dans le débat public a des motivations économiques et politiques* »⁴²⁹. On y voit surtout la volonté de structurer la protection sociale en trois piliers⁴³⁰ : un socle social minimal, universel, financé par l'impôt – une rationalisation, par leur contraction, des assurances sociales obligatoires et un développement d'assurances privées à des fins de protection supplémentaire.

La responsabilité seule du salarié n'est pas visée par la réflexion doctrinale. Le passage d'une protection *de* l'emploi à une protection *dans* l'emploi, la responsabilisation de l'entreprise

⁴²⁵ La dette sociale a été multipliée par 10 en vingt ans : 23,2 milliards d'euros en 1996 ; 220,3 milliards d'euros en 2015. Dans un article du 13 janv. 2016, « *La dette sociale de la France en quatre chiffres* », Le Figaro indique qu'elle est détenue à 94% par des investisseurs étrangers car le taux servi est supérieur à celui pratiqué pour la dette souveraine.

⁴²⁶ BARTHÉLEMY (J.), « *L'employabilité* », Les Cahiers du DRH, 2009, p 157.

⁴²⁷ BARTHÉLEMY (J.), « *Protection sociale et sécurité sociale Réflexions à propos du colloque du Conseil d'État " Impôts et cotisations : quel financement pour la protection sociale ?"* », Regards, n° 46, sept. 2014, p. 223.

⁴²⁸ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 171.

⁴²⁹ TABUTEAU (D.), préc., p. 626.

⁴³⁰ *Ibidem*.

combinée à la flexibilité⁴³¹, la négociation collective sur les marchés transitionnels du travail (MTT)⁴³², la diminution du rôle du juge, ne se décrètent pas facilement en France. Lorsque certains auteurs proposent de restaurer le rôle des partenaires sociaux⁴³³, des firmes et des territoires dans l'aménagement de mobilités protégées et de noyaux de stabilité⁴³⁴, on perçoit toute l'ambition de MTT qui repose sur une évolution culturelle loin d'être adossée à la rationalité pure de l'employeur-entrepreneur. Dans tous les cas, pour ne pas rester dans le domaine de l'incantation, ces ambitions requièrent d'écarter toute velléité d'immédiateté de la part des pouvoirs législatif et exécutif : « *Comme pour toutes les grandes réformes, la réforme du contrat de travail doit s'inscrire dans la durée. Si elle se veut efficace, une telle réforme requiert que les employeurs y croient* »⁴³⁵.

Section 2 : Un droit du travail structurant

106 – Position du problème - Les employeurs recherchent de la flexibilité et de la stabilité pour maintenir ou restaurer leur compétitivité. Les modes de régulation économique et juridique doivent pouvoir répondre à cet enjeu alors même que le nombre d'emplois industriels a décliné de 20% en une décennie et que, corrélativement, les mutations du travail s'accroissent. La part de l'emploi industriel dans la population active n'est plus que de 11% environ : « *La diminution du poids de l'industrie dans le produit intérieur brut français est plus rapide que dans presque tous les autres pays européens ; le déficit croissant du commerce extérieur marque nos difficultés à la fois vis-à-vis des meilleures industries européennes et face à la montée des émergents. La perte de compétitivité industrielle est le signe d'une perte de compétitivité globale de l'économie française. Car l'industrie ne se développe pas en vase clos : elle dépend des autres secteurs de l'économie* »⁴³⁶. Parmi eux, M. Louis Gallois cite le secteur des services, l'écosystème créé par les politiques publiques, le fonctionnement du marché du travail. Selon lui, c'est dans *l'effort* et la *persévérance* que la compétitivité pourra être réinvestie.

⁴³¹ BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de *Juris Diversitas*, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés.

⁴³² GAZIER (B.), « *Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative* », *Travail et Emploi*, 113, mars 2008.

⁴³³ BARTHELEMY (J.), préc. ; GAZIER (B.), préc.

⁴³⁴ GAZIER (B.), p. 127.

⁴³⁵ TIROLE (J.), préc., p. 335.

⁴³⁶ GALLOIS (L.), *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Rapport au Premier ministre, 5 nov. 2012, p. 5.

On mesure alors l'écart avec des mesures économiques conjoncturelles à visée d'immédiateté ; il en est de même pour les dispositions juridiques qui créent des situations insécures car nuisant à la prévisibilité et à la sécurisation de la relation de travail. Ainsi, en rédigeant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, le législateur a renforcé la sécurisation de la relation de travail pour l'entrepreneur. Comme d'autres, l'art. 5 témoigne de cette évolution ; il révèle une diminution des délais de prescription qui ne cesse de s'accroître au cours de la dernière décennie : « *Toute contestation portant sur le licenciement pour motif économique se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité social et économique ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, à compter de la notification de celui-ci. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement* »⁴³⁷. Dans le même temps la théorie économique a montré que les mesures conjoncturelles créent des effets d'opportunisme. Elles restent pourtant largement usitées au travers des politiques budgétaires et sociales. Leur efficacité est interrogée, sinon contestée.

107 – L'exemple des pôles de compétitivité - De nouvelles dispositions juridiques et économiques voient l'objet de l'action régulatrice évoluer. L'exemple des pôles de compétitivité nous semble à ce titre pertinent pour indiquer quels en sont les enjeux. Ces pôles ont été créés en 2004 pour permettre la mise en œuvre d'une nouvelle politique industrielle. Ils sont là pour mobiliser les facteurs clefs de la compétitivité structurelle, au premier rang desquels figure la capacité d'innovation. L'objectif est aussi de développer la croissance et l'emploi sur les marchés concernés. Un pôle de compétitivité rassemble sur un territoire identifié et une thématique ciblée des entreprises, petites et grandes, des laboratoires de recherche et des établissements de formation. Les pouvoirs publics nationaux et locaux sont étroitement associés à cette dynamique. Ce pôle a vocation à soutenir l'innovation en favorisant le développement de projets collaboratifs de recherche et développement particulièrement innovants. Le pôle accompagne également le développement et la croissance de ses entreprises membres grâce, notamment, à la mise sur le marché de nouveaux produits, services ou procédés issus des résultats des projets de recherche. En permettant aux entreprises impliquées de prendre une position de premier plan sur leurs marchés en France et à l'international, les pôles de compétitivité sont des moteurs de croissance et d'emploi. Les

⁴³⁷ Les ordonnances d'août 2017 réduisent les délais pour contester un licenciement devant le conseil de prud'hommes. Avant 2008, la prescription était de 5 ans en matière de salaires et de 30 ans en matière de dommages intérêts. En 2013, l'action en paiement des salaires a été réduite à 3 ans. En ce qui concerne l'action en contestation de la rupture du contrat de travail, sa prescription a été réduite à 2 ans. Plus globalement, ces ordonnances prévoient de renforcer la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail en éloignant le risque de contentieux.

forces en présence au sein de ceux-ci sont multiples. Toutes sont nécessaires à l'essor d'écosystèmes dynamiques et créateurs de richesse. Plus qu'exogène, leur croissance est de nature endogène, l'action des institutions se contentant de créer un cadre propice au développement des acteurs du marché.

En région PACA le projet Henri-Fabre témoigne bien de cette action : « *Lancé en juillet 2012 et inspiré du nom d'une des figures emblématiques de l'aéronautique, inventeur de l'hydravion en 1910, le projet Henri Fabre, engagé sous l'impulsion de l'Etat et d'Eurocopter (devenu Airbus Helicopters), vise à conforter et à développer la filière aéronautique et mécanique, forte de plus de 27 000 emplois, et à consolider son implantation dans l'aire d'Aix-Marseille. Il s'agit ainsi de hisser la région PACA dans le groupe des régions aéronautiques les plus dynamiques de France. Le projet Henri-Fabre est celui d'un nouveau modèle d'organisation d'entreprise étendue pour PME et donneurs d'ordres. Sur un territoire de 150 hectares organisés pour la performance industrielle au cœur de la métropole (Cœur de zone : Empallières à Saint-Victoret, Les Florides à Marignane, Couperigne-Estroublans à Vitrolles), ce projet public-privé inédit, qui représente 7 000 emplois à l'horizon 2020, doit permettre l'émergence d'un centre de référence mondiale autour de deux expertises clés : la Mécanique, Matériaux et Procédés du futur, et les services innovants aux industries. Son développement s'appuie sur de nouveaux partenariats entre industriels et acteurs de la recherche, basés sur le partage de ressources, de compétences et de projets. Basé sur l'innovation, le projet métropolitain et emblématique Henri-Fabre est structurant pour l'économie d'Aix-Marseille-Provence. Fondé sur le travail collaboratif, ce modèle, déployé sur un territoire organisé pour le développement des acteurs industriels (transports, foncier économique, logement...), encourage les réseaux de PME et les développements inter-filières. Il conduit par exemple les donneurs d'ordre à associer leurs sous-traitants en amont des projets afin de favoriser l'émergence et le développement de projets innovants. Le projet Henri-Fabre déploie également un important volet formation, avec la mise en place d'un dispositif pour répondre aux attentes des industriels et attirer les jeunes vers les métiers d'avenir* »⁴³⁸. En octobre 2014, la France comptait soixante et onze pôles de compétitivité. On retrouve dans cette dynamique de pôles, comme dans d'autres types d'instruments de politique structurelle d'ailleurs, un certain nombre d'invariants qui témoignent à la fois des enjeux et des méthodes propres à ce type d'action.

Dans l'exemple du projet Henri Fabre, les effets recherchés ne sont pas forcément immédiats. Cependant, ils s'inscrivent dans le temps : lancé en 2012, le pôle espère un maintien des

⁴³⁸ www.bouches-du-rhone.gouv.fr/Actualites/A-la-Une/Le-projet-Henri-Fabre-entre-en-phase-operationnelle.

emplois actuels ainsi que des emplois créés en grand nombre à l'horizon 2020. Cependant, il n'a pas pour but d'augmenter artificiellement la demande. C'est le caractère structurant qui est mis en avant : nouveau modèle d'organisation de l'entreprise, développement de nouveaux partenariats, travail collaboratif, réseaux de communication, politique de formation initiale et continue focalisée sur les métiers du pôle. En l'espèce, la formation dans un champ de métiers vise à protéger le salarié contre toute rupture brutale et unilatérale de son contrat de travail. Elle facilite la fluidité du parcours du salarié dans la transition que peut constituer la modification ou la rupture du contrat. Elle renforce au final l'employabilité. Associé au développement d'une sécurité sociale professionnelle qui contribue à rassembler les conditions d'un plein-emploi avec celles d'une pleine activité, l'action contribue à l'émergence d'un nouveau cadre juridico-économique de sécurité professionnelle et sociale. Ce cadre vise à « *transformer un système qui, avec une dimension de redistribution, se réduit trop souvent à protéger en indemnisant, en un mécanisme qui anticipe le risque et évite sa réalisation par un développement des capacités de tous* »⁴³⁹. Parce que le pôle agit sur la structure de l'offre, les politiques de l'emploi ne répondent en rien à des politiques passives de l'emploi indemnisant le risque de chômage. Ici, le pôle cherche préserver les 27 000 emplois existants, à en promouvoir 7 000 nouveaux, à attirer les jeunes vers ses métiers d'avenir. Cette politique s'inscrit dans la durée : la main d'œuvre sera mieux formée et pourra évoluer dans le cadre de parcours professionnels diversifiés. Les transitions sont donc facilitées. Sur ce point apparaît un rapport consubstantiel entre le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Il devrait nous conduire sur la voie d'un droit à l'emploi qui intègre *a minima* l'efficacité des dispositifs d'accompagnement⁴⁴⁰ et, plus largement, une contribution majeure à l'employabilité ; la fluidité et l'efficacité des mécanismes de reclassement et de mobilité deviennent facilitées par le pôle.

108 – Restaurer structurellement la compétitivité - L'insécurité juridique, l'instabilité des normes, l'intrusion du juge dans le contrat, les contraintes qui pèsent sur l'efficacité des politiques conjoncturelles de régulation du marché du travail sont telles, qu'elles n'ont probablement plus d'influence déterminante dans un pays comme la France.

En cherchant au mieux à orienter la rationalité de l'offre ou à faire plaisir à quelques groupes d'intérêts, l'action institutionnelle n'agit que peu sur sa structure : « *Certains hommes politiques, mis en situation de faire adopter des textes, se sont même spécialisés d'ailleurs*

⁴³⁹ LE DUIGOU (J.-C.), « *Quelle sécurité sociale professionnelle ?* », Droit social, n° 12, déc. 2011.

⁴⁴⁰ BRES (Ch.), *Le droit à l'accompagnement*, Thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2015, p. 19 : L'auteure indique que « *l'accompagnement entend rendre le bénéficiaire acteur responsable, capable de construire un projet face aux difficultés et d'être suffisamment autonome pour les surmonter* ».

dans une méthode consistant dans l'élaboration de normes, dont le contenu est surtout destiné à faire plaisir à un public profane, en négligeant très largement le contexte dans lequel elles devront être appliquées »⁴⁴¹. La rationalité de l'entrepreneur ne pourra donc qu'être de nature opportuniste et nuire à l'ambition de performance. L'amélioration de la situation du marché de l'emploi semble devoir être organisée à fin de prise en compte de l'intérêt des parties prenantes dans leur ensemble. Pour être bénéfique à l'intérêt social, la rationalité devra servir leur coordination. Aussi, il semblerait bien que ce soit vers l'action structurelle que l'essentiel de la régulation étatique doive s'orienter (I). Dans ce cadre, la norme aura un rôle déterminant à jouer (II).

§ 1 - La mise en place de politiques structurelles s'impose

109 – Hypothèse : la confiance en exergue - La mise en place d'une régulation structurelle semble devoir s'imposer. C'est elle qui devrait conférer au droit du travail une propension à devenir un droit réel performant. Pour y parvenir, le système normatif doit restaurer une confiance que nombre d'auteurs appellent de leurs vœux. Pour le juriste Alexis Bugada, la vigueur des pays où réussit la flexisécurité s'explique en partie par « *la culture de la négociation et de la coopération au profit de l'inventivité et de l'apaisement des rapports sociaux* »⁴⁴². Pour l'économiste Thomas Philippon, c'est un véritable enjeu que de créer la confiance et des relations de travail constructives au sein des entreprises. Selon lui, « *la confiance ne se décrète pas et ne peut se construire qu'au niveau de l'entreprise* »⁴⁴³. L'anthropologue Alain Peyrefite quant à lui identifie un ressort majeur de *l'éthos de la confiance compétitive* : la dynamique des énergies humaines ; pour ce faire, il indique qu'il faut être pénétré d'une « *profonde confiance dans les ressorts de la nature humaine* »⁴⁴⁴. Associé à l'esprit d'entrepreneuriat, il érige même ce tiers-facteur comme condition d'accumulation des facteurs de production : « *Alors que capital et travail sont des conditions nécessaires et non suffisantes de la croissance, le tiers facteur immatériel dépend moins des deux autres facteurs, qu'eux de lui* »⁴⁴⁵. Après que nous ayons identifié la cause essentielle du chômage (A), il s'agira d'étudier de quelle manière une réponse structurelle peut s'avérer

⁴⁴¹ VERICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, oct. 2015, p. 835.

⁴⁴² BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de Juris Diversitas, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 426.

⁴⁴³ PHILIPPON (Th.), *Le capitalisme d'héritiers – La crise française du travail*, Seuil, 2007, p. 98.

⁴⁴⁴ PEYREFITE (A.), *La société de la confiance*, Odile Jacob, 1995, p. 383.

⁴⁴⁵ *Idem*, p. 385.

déterminante afin de viser la performance du droit du travail dans sa fonction de droit de l'emploi (B).

A) Une grande part du chômage est structurel

110 – Notion de chômage - Notre réflexion continue de partir du postulat selon lequel le droit du travail est aussi un droit de l'emploi⁴⁴⁶. Depuis plusieurs décennies, les gouvernements successifs se sont mobilisés contre l'augmentation inexorable du chômage. Pourtant les chiffres du chômage ne sont pas bons. Sa composante *structurelle* est liée, non à la mauvaise santé *conjoncturelle* de l'économie, mais à d'autres facteurs tels que la rigidité du marché du travail. Dans les deux cas cependant le chômage se définira comme « *une inactivité forcée de la main d'œuvre, l'inactivité non forcée constituant le chômage volontaire* »⁴⁴⁷.

Le taux de chômage observé peut être décomposé en deux sous-éléments : une part structurelle tout d'abord, dont les déterminants sont directement liés au fonctionnement du marché du travail et aux politiques qui lui sont appliquées (par exemple des politiques passives de l'emploi et des changements de structures économiques) ; une part conjoncturelle ensuite, qui dépend de l'écart entre la situation macroéconomique du moment et celle qui prévaudrait si l'économie se situait sur une trajectoire équilibrée. Lorsque la croissance est faible ou négative avec une forte augmentation de la population active, le sous-emploi de la main d'œuvre se transforme en chômage de masse. A l'inverse, en période de forte croissance économique le chômage est censé devenir un phénomène d'exception.

Pour les keynésiens, lorsque la demande effective est insuffisante et que les capacités de production sont suffisantes pour permettre le plein-emploi, une partie du chômage est de nature conjoncturelle. Il devrait alors pouvoir être éliminé par la mise en œuvre d'une politique contra-cyclique adaptée. À l'inverse, la réduction du chômage structurel nécessite la mise en œuvre de réformes institutionnelles qui affectent le fonctionnement du marché en général, et du marché du travail en particulier.

111 – Estimation du taux de chômage - Le taux de chômage n'est pas une grandeur aisément observable. Il doit faire l'objet d'une estimation. La méthode la plus répandue est celle reposant sur la notion de *taux de chômage qui n'accélère pas l'inflation*, le *NAIRU*⁴⁴⁸ en

⁴⁴⁶ SACHS (T.), « *Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 1020. V. aussi PETIT (F.), *Droit de l'emploi*, Montchrestien, collection « AES », 2005.

⁴⁴⁷ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

⁴⁴⁸ NAIRU pour « *Non Accelerating Inflation Rate of Unemployment* ».

anglais. Concrètement, ce *NAIRU* est obtenu à partir de l'estimation d'une courbe de Phillips qui relie l'inflation avec l'écart du taux de chômage à son niveau d'équilibre. L'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) et la Commission européenne sont les deux principales institutions publiant régulièrement des estimations de ce taux. Elles estimaient qu'en 2015 le chômage structurel français atteignait 9,2% à 9,6 % de la population active. En utilisant une modélisation différente, l'Observatoire Français des Conjonctures Economiques (OFCE) estimait, en 2014, que ce taux se situait à 7,7 % pour la France métropolitaine (ce qui correspond à un chiffre de l'ordre de 8 % pour la France entière). Les prévisions du Fonds Monétaire International (FMI) pour les prochaines années, tablent sur une stabilité autour de 9 %. Si ces estimations peuvent apparaître élevées on observe que le taux de chômage en France n'est pas passé durablement sous la barre des 7,5 % depuis trente ans et ceci quel qu'ait été le niveau de croissance ou l'orientation de la politique macroéconomique française.

Par ailleurs, l'évolution du chômage de longue durée affecte son niveau structurel *via* les effets d'hystérèse dont les impacts négatifs sur la croissance ont été identifiés dans de nombreux travaux. L'hystérésis de la notion est une « *hypothèse selon laquelle le chômage, à un moment donné, dépend en partie du chômage qui s'est développé dans les périodes précédentes, avec un effet auto accumulatif. Ce chômage rémanent serait dû à deux causes : un chômage prolongé dégrade la capacité de réinsertion des chômeurs, l'opposition entre insiders et outsiders* »⁴⁴⁹. Lié à la perte du capital humain qu'il induit, l'hystérésis du chômage fait particulièrement écho à certains champs du droit du travail contemporain : la sécurité professionnelle⁴⁵⁰, le droit à l'accompagnement⁴⁵¹, la qualité de la loi⁴⁵², la négociation collective⁴⁵³. L'effet d'hystérèse est mis en avant pour expliquer son niveau structurel en Europe dans les périodes d'expansion. La part du chômage de longue durée y contribue, et est estimée, en moyenne mobile, à 40% du chômage total depuis une dizaine d'années. L'employabilité se dégradant avec le temps, le chômage de longue durée a tendance à s'auto-entretenir.

⁴⁴⁹ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

⁴⁵⁰ LE DUGOU (J.-C.), préc.

⁴⁵¹ BRES (Ch.), préc.

⁴⁵² WILLMANN (Ch.), « *Politiques de l'emploi : la loi du 16 août 2012, l'occasion manquée* », Droit social, n° 10, oct. 2012, pp. 962-963 : « *Le lien entre la qualité de la norme et ses effets sur la vie économique a été posé (en terme de coûts) ; il est valable également au regard du fonctionnement du marché du travail (la complexité de la norme est dissuasive, les acteurs économiques ne mettent pas en œuvre les dispositifs qui leur sont dédiés)* ».

⁴⁵³ GAZIER (B.), « *Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative* », Travail et Emploi, 113, mars 2008, p. 120 : « *Les négociations doivent aménager les positions productives autour de l'entreprise* ».

112 – Dualité du marché du travail – À la lecture de la doctrine, le second facteur qui revient régulièrement pour expliquer la pesanteur du taux de chômage structurel est celui de la dualité du marché du travail, avec le traditionnel conflit *insiders-outsiders*. Cette théorie apporte une explication à la rigidité des salaires à la baisse, voire à leur augmentation même en période de chômage persistant. Pour l'économiste Luc Simar, plusieurs fondements tentent d'expliquer cette rigidité⁴⁵⁴ : le *pouvoir de négociation* des travailleurs-salariés en emploi et la *centralisation des négociations salariales*. Dans le premier cas, le pouvoir prend appui sur le fait qu'il est coûteux de remplacer les salariés en place par de nouveaux. Dans le second cas, la centralisation promeut la défense des intérêts des travailleurs en emploi et pas des sans-emploi. Cette dualité du salariat traduit une certaine faillite du volet protecteur du droit du travail. Le pouvoir de négociation des premiers, en période de récession, engendre une rigidité du prix du travail à la baisse. En revanche, en période d'expansion, les *insiders* réclament une augmentation de leur pouvoir d'achat, *via*, notamment, des augmentations d'avantages sociaux et de salaire. Autant d'éléments qui, ajoutés les uns aux autres, expliquent la part structurelle du chômage français.

D'autres pays de l'OCDE ont une part structurelle du chômage plus faible tout en arrivant à la diminuer.

Pays	Moyenne 1990-1994	An 2000	An 2014	Taux de chômage global
France	9,2%	9%	9,2%	10,4%
Allemagne	6,8%	8%	6,3%	5%
Etats-Unis	6%	5,3%	6,1%	6,1%
Grèce	8,4%	10,6%	16,8%	26,3%
Japon	2,9%	4%	4,3%	3,6%
Grande-Bretagne	8,8%	6,1%	6,9%	5,9%

Part structurelle du chômage - Source : OCDE

113 – Le chômage structurel requiert des mesures structurelles – Ces chiffres nous permettent de tirer quelques conclusions. Tout d'abord, certains pays tels les Etats-Unis, l'Allemagne, ou la Grande-Bretagne ont atteint leur niveau de chômage naturel c'est-à-dire, le

⁴⁵⁴ SIMAR (L.), « *Le modèle des insiders-outsiders : entre théorie et pratiques* », *Reflents et perspectives de la vie économique*, n° 4, 2003, p. 82. Après explication de la théorie et confrontation à la réalité, l'auteur finit par atténuer la portée du modèle : « *Plusieurs éléments empiriques, avec leurs propres limites, relativisent la portée pratique de ces enseignements* ».

taux de chômage d'équilibre vers lequel l'économie tend sur le long terme. Pour M. Milton Friedman, le chômage naturel désigne le prix à payer pour une société qui tolère des marchés imparfaits, ce qui est le cas du marché du travail. Plus on s'éloigne de la concurrence pure et parfaite, plus le prix à payer est lourd. Ensuite, le chômage structurel peut être important, comme en France ou en Grèce. Cela signifie que l'imperfection du marché du travail est forte et qu'il convient d'y remédier plus encore. Il s'ensuit que plus le chômage est structurel, moins il peut être résorbé par des mesures conjoncturelles. Le cas français est riche d'enseignement. La part conjoncturelle est de l'ordre de 1,2%. Cela signifie les mesures essentielles visant à augmenter l'emploi de la population en âge de travailler doivent être des actives sur le plan structurel notamment.

B) Le chômage structurel impose des mesures structurelles

114 – L'évolution du modèle structurel - Si elles ne constituent pas un objectif en soi, les politiques structurelles sont un moyen de renforcer la croissance et son contenu en emplois. L'économiste Edmond Malinvaud les définit ainsi : « *Les réformes structurelles sont décidées pour une période de temps substantielle et concernent les cadres légaux et conventionnels, ou les structures matérielles, de l'économie et la société. Elles modifient les règles de fonctionnement de l'économie, et les infrastructures qui sont mises à disposition des agents économiques. Elles ouvrent ou elles ferment les champs du possible pour les entreprises privées et des champs de responsabilité pour le secteur public. Elles affectent les déterminants fondamentaux de l'activité économique et du bien-être social* »⁴⁵⁵.

Un autre auteur, M. Benoît Petit, juriste, définit ce que peut être un *modèle social européen* en identifiant ses principales caractéristiques : « *La notion renvoie à un ensemble de politiques, de mécanismes institutionnels et d'objectifs, qui, par sa cohérence, dessine une structure théorique et dynamique que l'on utilise pour rendre compte de phénomènes sociaux qui possèdent entre eux certaines relations* »⁴⁵⁶. L'auteur y rajoute une base normative et organisationnelle pour obtenir « *un ensemble cohérent de politiques, de structures et d'objectifs qui prouvent l'existence d'un modèle forgé par l'évolution du modèle économique européen vers l'objectif d'économie de la connaissance la plus compétitive et par le projet sociétal d'économie sociale de marché* ». La combinaison des deux approches permet au juriste sociologue, à l'économiste (social) du droit, d'identifier les points-clés suivants : la

⁴⁵⁵ MALINVAUD (E.), « *Réformes structurelles du marché du travail et politiques macroéconomiques* », Revue de l'OFCE, mars 2013, n° 86, p. 4.

⁴⁵⁶ PETIT (B.), « *Une regard juridique sur la dynamique du modèle social européen* », Droit social, n° 2, fév. 2010, p. 214.

question du projet et de l'utilité, l'objet de temps, les structures organisationnelles de la rationalité des individus, tout au moins les cadres légaux et conventionnels, l'étendue de leur champ d'application, l'utilité.

115 – Modalités de l'évolution du modèle structurel - Il ressort des caractères du modèle structurel l'hypothèse selon laquelle son évolution semble pouvoir réduire l'hystérésis du chômage tout en portant l'ambition de servir des objectifs de performance. C'est en tout cas ce que soutient le Conseil européen lorsque, dans sa réunion du 25 et 26 mars 2004 à Bruxelles, il indique que « *l'amélioration de la législation au niveau tant européen que national stimulera la compétitivité et la productivité* »⁴⁵⁷. Le Conseil y voit probablement plus de cohérence et d'efficacité. C'est ce qu'il ressort également des travaux de M. Ronald Coase qui souligne que « *dans certaines circonstances, la solution à un conflit d'intérêts peut être efficacement élaborée par une négociation entre les parties concernées et ne requiert pas alors une intervention tutélaire* »⁴⁵⁸. L'économiste définit les formules institutionnelles suivantes⁴⁵⁹ : l'arrangement privé (solution de marché) et le traitement juridictionnel (solution judiciaire) comme modalités préférables ; la régulation publique (lois et règlements), l'internalisation des externalités (croissance des firmes, fusions) comme modalités possibles et à adapter aux circonstances de l'efficacité économique. On en déduit que si la norme devient un instrument d'organisation de la rationalité des acteurs du marché en général, des employeurs et salariés en particulier, et qu'elle n'est plus une donnée extérieure instable, la coordination entre individus doit pouvoir renforcer l'utilité globale. Associée au principe selon lequel les chefs d'entreprise(s) veulent qu'on leur fasse confiance, il appartient alors au législateur de créer cette confiance : « *Elle constitue une partie essentielle du climat dont dépend la décision d'investir. Les chefs d'entreprise(s) ont également besoin d'un écosystème accueillant* »⁴⁶⁰. Seules des politiques qui inscrivent leurs effets dans le temps et qui servent la coordination des agents peuvent permettre cela.

Lorsqu'elle invite les partenaires sociaux à fixer *via* les accords et conventions collectifs les conditions spécifiques de leur relation de travail, la politique structurelle ne joue pas sur l'offre ou la demande : elle joue sur les rapports sociaux. Permettant à la régulation de marché de s'exercer, le champ conventionnel semble permettre un accroissement de l'efficacité dans la mesure où il restaure la participation des partenaires sociaux à la définition

⁴⁵⁷ Communiqué de presse de la Commission des communautés européennes, 26 mars 2004.

⁴⁵⁸ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 53.

⁴⁵⁹ *Idem*, p. 62. À fin d'arbitrage, c'est là qu'interviennent les critères d'efficacité économique du droit (Pareto, Kaldor-Hicks, etc.).

⁴⁶⁰ GALLOIS (L.), *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Rapport au Premier ministre, 5 nov. 2012, p. 20.

de la norme qui les concerne directement. Le lien est patent avec *l'arrangement privé*, hypothèse privilégiée par M. Ronald Coase.

116 – La convention nourrit la coordination des acteurs – Ce fut l'hypothèse privilégiée par le Conseil européen lors de sa réunion des 3 et 4 juin à Cologne lorsqu'il lança le « Pacte européen pour la croissance et l'emploi ». L'objectif était d'instaurer un dialogue direct entre les trois principaux groupes d'acteurs déterminant le dosage global des politiques macroéconomiques : les rapports entre les partenaires sociaux qui définissent les conditions de salaires et de travail, les gouvernements qui gèrent les politiques budgétaires et fiscales et la Banque Centrale qui met en œuvre la politique monétaire. La finalité du processus est alors de permettre un dialogue direct permettant l'échange d'informations et l'amélioration des interactions entre ces champs (salaires, politiques budgétaire et monétaire). L'organisation des interactions est d'autant plus utile qu'il existe souvent de « *fortes complémentarités entre les politiques envisageables* »⁴⁶¹. Ainsi, une politique économique de nature structurelle (instauration d'un pôle de compétitivité par exemple) peut s'accompagner de régulations conventionnelles organisant l'employabilité au sein du pôle (négociations entre partenaires sociaux sur l'aménagement de la mobilité des salariés).

Ce principe général nourrit l'évolution d'une norme qui, au niveau micro-économique, prend de façon croissante l'entreprise comme échelon de référence. Si la bonne foi est bien présente, des synergies naîtront inmanquablement de l'organisation structurelle de l'espace d'autonomie croissant laissé aux acteurs sociaux. Elles seront d'autant plus fortes dans un contexte où l'objet des accords collectifs, tout comme les conditions de recours, servent manifestement le fonctionnement de l'entreprise : le régime unique d'accords collectifs prime désormais sur le contrat de travail⁴⁶² quand, dans le même temps, il n'est plus conditionné uniquement par les seules difficultés économiques ou par la situation de l'emploi dans l'entreprise. Il ressort en effet de l'article L. 2254-2 C. trav. que les accords d'entreprise visent désormais à « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ». On assiste alors à un véritable élargissement des conditions de recours qui induit le seul « *caractère nécessaire des mesures prises en vue d'assurer le fonctionnement de l'entreprise* »⁴⁶³.

⁴⁶¹ MALINVAUD (E.), « *Réformes structurelles du marché du travail et politiques macroéconomiques* », OFCE, revue n° 86, mars 2003, n° 41.

⁴⁶² C. trav. art. L. 2254-2 (nouv.) III : « *Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ».

⁴⁶³ Liaisons sociales Les Thématiques, « *Un régime unique d'accords collectifs primant sur le contrat de travail* », n° 54.

117 – La coordination réduit l'incertitude : l'exemple de la grève sauvage - Tout en renforçant la coordination entre les acteurs, la régulation de marché au sens de Coase réduit l'incertitude. Les *grèves sauvages*, licites, reconnues en France comme une *liberté individuelle d'agir collectivement*⁴⁶⁴, peuvent nous éclairer ; à l'inverse de l'Allemagne où le collectif renvoie à l'idée d'une communauté organisée, la France présente le collectif comme un libre regroupement dont personne ne peut prétendre avoir le monopole. Cela renforce un facteur de risque pour l'employeur qui ne peut être couvert par quelque assurance. Pour le Pr. Alain Supiot, la faiblesse de la dimension institutionnelle du droit de grève en France s'analyse comme « *une incertitude qui est tout le contraire d'un havre de sécurité juridique* »⁴⁶⁵ : il est en effet licite que les grèves puissent être conduites en dehors de tout mot d'ordre syndical. Cela traduit l'absence de représentation organisée du collectif des grévistes. La possible immixtion du juge sur le terrain des rapports individuels du travail vient renforcer l'incertitude du conflit. La qualification juridique de la grève est un enjeu puisque d'un côté, le salarié gréviste est protégé contre les mesures de rétorsion que l'employeur prendrait à son égard quand, dans le même temps, la participation à un mouvement illicite ne confère pas au salarié la qualité de gréviste : sa participation relèvera alors d'une exécution anormale du contrat de travail et pourra être sanctionnée pour faute. Dans tous les cas la grève nuira à l'activité économique, au climat social, aux intérêts des tiers, sans compter que le conflit pourra s'enliser. Cela peut amener l'employeur à demander au juge statuant en référé l'expulsion de grévistes occupant le lieu de travail alors même que leur collectivité peut s'avérer insaisissable puisque non représentée. Il en découlera deux procédures : une procédure contradictoire d'assignation en référé à l'endroit des salariés qui peuvent être identifiés, une procédure non contradictoire, la requête, pour les autres occupants. En cas de voie de fait, l'incertitude s'accroît, puisque la Cour de cassation écarte la mise en oeuvre d'une responsabilité collective des représentants du personnel. Seule leur responsabilité personnelle peut être engagée s'ils ont joué un rôle actif « *en jouissant d'un ascendant certain sur leurs camarades* »⁴⁶⁶.

S'oppose à cette liberté *individuelle* d'agir collectivement une liberté *collective* d'agir au nom et pour le compte du collectif. C'est ce qui est institué en Allemagne où le droit de grève est uniquement alloué aux parties à la convention collective. Contrairement à la France, le collectif devient (systématiquement) saisissable : il en découle alors que les grèves sauvages sont illicites. Cela matérialise l'idée d'un dialogue social mieux organisé et utile à l'intérêt

⁴⁶⁴ SUPIOT (A.), « Critique de droit du travail », PUF, 2015, p. 144.

⁴⁶⁵ *Idem*, pp. 144-145.

⁴⁶⁶ Soc., 21 fév. 1978, pourvoi n° 76-14.909, publié au bulletin.

social : en effet, « *les employeurs se montrent soucieux de négocier avec des interlocuteurs forts et suffisamment représentatifs pour éviter toute conséquence négative qu'un dialogue imparfait provoquerait dans l'entreprise ou dans les autres cadres de négociation* »⁴⁶⁷. Cela réduit d'autant les facteurs d'incertitude pour les parties prenantes au contrat. A l'heure où la légitimité, sinon la qualité représentative des syndicats, s'est améliorée en France passant d'une représentativité présumée (attribuée par la loi) à une représentativité prouvée, il ne serait pas inopportun d'envisager une évolution de notre droit : l'efficacité en sortirait renforcée pour tous les acteurs. La négociation préalable au conflit avec des représentants légitimes pourrait alors s'analyser pour l'économie du droit comme un *coût de prévention*⁴⁶⁸ permettant de lutter contre l'incomplétude du contrat de travail : celui-ci ne peut en effet détailler l'ensemble des événements pouvant survenir. La négociation collective permet alors de suppléer l'impossibilité de couvrir le risque social par une quelconque assurance. Elle permet dans le même temps de réduire l'incertitude attachée au conflit social. Cette hypothèse servirait dans le même temps une flexicurité qui, pour être *vigoureuse*, requiert de renforcer la *culture de la négociation*, de la *coopération* et de la *sécurité juridique*⁴⁶⁹.

118 – Convergence des analyses économiques au profit de l'efficacité des politiques structurelles - Associées aux politiques conjoncturelles, les politiques structurelles semblent déterminantes pour participer au redressement de la France. Récemment, les Nouveaux Economistes Classiques (N.E.C.) tout comme les Nouveaux Economistes Keynésiens (N.E.K.) ont produit des analyses qui convergent sur l'opportunité de l'hypothèse d'efficacité des politiques structurelles. Si les premiers confirment que les politiques conjoncturelles contra-cycliques sont vouées à l'échec du fait des anticipations rationnelles des agents, les seconds concluent que l'aversion pour le risque non couvert par quelque assurance est déterminante. Ces mouvements d'analyse contemporains partent de deux postulats partagés : l'imperfection et l'incomplétude des marchés.

119 – Imperfection des marchés - L'imperfection de l'information détenue par les agents (supposés rationnels) ne permet pas un ajustement par les prix et crée de manière endogène leur rigidité. Ce sont essentiellement l'aléa moral (comportement caché) et la sélection adverse (l'information cachée) qui perturbent le bon fonctionnement des contrats.

⁴⁶⁷ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 469.

⁴⁶⁸ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 170.

⁴⁶⁹ BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de Juris Diversitas, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 426.

L'information communiquée par le prix du travail se révèle donc biaisée ; on rappelle qu'elle est vue par les classiques comme un élément d'information déterminant : le prix du travail et sa productivité marginale sont corrélés. L'action syndicale peut, de plus, perturber la volatilité des prix à la baisse, tout comme la fixation légale ou conventionnelle d'un salaire catégoriel minimal. Les ententes entre entreprises perturbent aussi la régulation par les prix en donnant une mauvaise information aux agents. La condamnation, le 2 février 2009, par le Conseil de la concurrence, des entreprises Adecco, Manpower et VediorBis pour s'être entendues sur le prix du travail entre mars 2003 et novembre 2004, afin de limiter la compétition entre elles vis à vis de leurs clients importants, témoigne de la pertinence des analyses théoriques portées par les NEC et NEK. Le Conseil avait été saisi par le ministre de l'économie à la suite d'une plainte déposée devant la Commission européenne qui avait transmis le dossier aux autorités françaises. Les entreprises en cause se consultaient à une large échelle pour coordonner leur politique commerciale vis à vis de leurs clients « grands comptes ». Le prix du travail sur ce secteur ne pouvait donc pas jouer son rôle régulateur. Ces trois entreprises couvrent par ailleurs 70 % du marché français et répondent à 90 % de la demande des « grands comptes » (entreprises faisant appel de manière régulière et importante à l'intérim). Il s'agissait essentiellement d'Eiffage, de La Poste, d'Alstom, d'EDF, de Servair, des Galeries Lafayette ou d'Alcan. Selon les cas, elles échangeaient des informations, par exemple sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou encore sur le niveau des rétrocessions aux entreprises utilisatrices des allègements de charges décidés à l'époque (allègements Fillon) – voire discutaient du montant de leurs offres. Le but de la concertation était de limiter, entre elles, la compétition par les prix. Le préjudice pour les clients était réel, tout autant que sur l'emploi, puisque la rigidité des prix à la baisse ne pouvait qu'emporter une impossibilité de réduire le nombre de demandeurs d'emploi.

On perçoit là une composante nouvelle du taux de chômage que les politiques contracycliques ne peuvent résoudre. Seule une politique structurelle qui trouve son origine dans la loi ou les règlements peut permettre de tempérer ce type de comportements opportunistes. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a souligné que la pratique ayant consisté pour les entreprises en cause à confisquer à leur profit une partie des allègements de charges sociales en limitant leur rétrocession aux entreprises utilisatrices, est particulièrement grave. Perturber les effets incitatifs des politiques de l'emploi peut avoir, au-delà des effets directs sur le marché du travail, un impact budgétaire négatif et être contre productif dans un contexte de lutte contre le chômage et de priorité accordée à la croissance économique. Les agents

rationnels ont ici faire preuve d'opportunisme en détournant de sa finalité la politique de l'emploi.

120 – Incomplétude des marchés et ineffectivité du droit – Pour les entrepreneurs, l'aversion pour le risque est prégnante quand elle n'est pas couverte par le marché de l'assurance. L'incomplétude se révèle dans la mesure où les marchés ne sont pas toujours contingents. Dans le domaine financier, ils le sont cependant souvent. En effet le marché existe uniquement si certaines conditions sont réunies, notamment celle de la solvabilité. La majorité des actifs financiers qui sont négociés sur les marchés obéissent à cette logique puisque les titres émis ne sont remboursés et ne rapportent des revenus que si l'émetteur est solvable. Les émissions d'obligations de certains États sont ainsi grandement facilitées. La création de titres obligataires l'est d'autant plus qu'elle peut être couverte par l'assurance que constituent les marchés à terme. Ainsi, les transactions sur ces marchés permettent aux acheteurs de titres de bloquer un prix longtemps à l'avance et de se protéger d'un effondrement des cours. Cet engagement contractuel fige un prix d'obligation à la fin du contrat, en général trois mois. Ces contrats visaient aussi les monnaies nationales avant la généralisation de l'euro. La plupart des autres marchés n'étant pas couverts par celui de l'assurance, cela expliquerait, pour les Nouveaux Economistes Keynésiens, les dysfonctionnements majeurs de la sphère réelle dont le marché de l'emploi fait partie : « *Le fait qu'il n'existe pas de système complet de marchés contingents (marchés des biens pour le présent et le futur) est donc la cause profonde des dysfonctionnements macroéconomiques* »⁴⁷⁰. Lorsque « *l'incertitude demeure tout choc aléatoire externe se transforme en problème de coordination macroéconomique* »⁴⁷¹. Rapporté au marché de l'emploi, on comprend mieux pourquoi près de 87% des embauches se font désormais en contrat à durée déterminée (CDD). Ces contrats, associés au travail temporaire notamment, permettent de suppléer à l'absence d'assurance sur la productivité réelle du travail. L'aversion pour le risque prend alors le pas sur le principe juridique selon lequel le « *le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail* »⁴⁷². Si l'incomplétude participe d'un déséquilibre du marché du travail, elle entraîne dans le même temps une forme d'ineffectivité du droit.

121 – La coordination requiert d'agir sur les déterminants de la rationalité - Nouveaux Economistes Classiques et Nouveaux Economistes Keynésiens finissent par rapprocher leurs

⁴⁷⁰ VENTELOU (B.), « *Nouveaux keynésiens, nouveaux classiques : vers une nouvelle synthèse ?* », Cahiers français, n° 363, juillet-août 2011, p. 10.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

⁴⁷² C. trav., art. L. 1221-2.

analyses en montrant que les politiques conjoncturelles sont extrêmement contraintes en raison de la rationalité réelle des agents. Leurs anticipations peuvent même parfois s'avérer irrationnelles dans la mesure où les motifs psychologiques sont un marqueur endogène du fonctionnement des entrepreneurs. Aussi « *l'état de confiance est un déterminant essentiel de l'investissement en situation d'incertitude* »⁴⁷³. Les mécanismes traditionnels d'interactions des marchés, de régulation par les prix ou des mesures juridiques et économiques contra-cycliques, ne peuvent plus fonctionner. Une synthèse se dessine « *pour explorer la piste d'une autre rationalité* »⁴⁷⁴, celle de « *l'étude fine de comportements d'agents sociaux placés dans l'incertain (...) fondée sur l'analyse des comportements économiques en situation réelle et utilisant des raisonnements issus de la psychologie cognitive* »⁴⁷⁵. C'est d'ailleurs le rôle d'un nouveau courant de l'économie, l'économie béhavioriste ou comportementale. C'est aussi ce que soutiennent MM. Georges Akerlof et Robert Shiller⁴⁷⁶ lorsqu'ils indiquent que la prise en compte du ressort des motivations psychologiques des agents est déterminante : les « *esprits animaux* » étaient déjà présents chez Keynes. Dernièrement « l'irrationalité » a valu le Prix Nobel 2017 d'économie à l'américain Richard Thaler, théoricien de la finance comportementale qui a notamment montré comment les caractéristiques humaines affectent les décisions individuelles et les orientations des marchés.

En inscrivant leurs effets dans un temps long, en agissant sur les déterminants fondamentaux de la rationalité des agents, en limitant les effets d'opportunisme liés à l'incomplétude du contrat, en permettant au droit de devenir un instrument d'organisation des entreprises, les politiques structurelles suscitent la coordination des agents et instillent un dialogue social qui génère de la confiance. En renforçant l'utilité globale des parties au contrat tout comme celle des agents économiques, leur efficacité est réelle au sens de l'économie du droit. Les changements structurels, économiques et juridiques, permettant d'organiser la coopération, servent donc la propension du droit du travail à devenir performant.

§ II - Le Droit du travail comme vecteur de compétitivité

122 – Contexte économique - Les réformes entreprises ces dernières décennies n'ont jamais vraiment eu d'effet sur la baisse du taux de chômage structurel⁴⁷⁷. Dans une économie

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ VENTELOU (B.), préc., p. 13.

⁴⁷⁶ Georges AKERLOF obtient le prix Nobel d'économie en 2001, Robert SHILLER, en 2013.

⁴⁷⁷ Insee, séries chronologiques, 16 nov. 2017 : De 2,9% en 1975, le taux de chômage au sens du BIT a crû progressivement jusqu'à atteindre 9% en 1987. Depuis, il oscille autour du taux moyen de 9%, entre 8 % et 10%.

financée par l'endettement depuis le choc pétrolier de 1973, le poids budgétaire est devenu trop fort. Auparavant, lors des Trente glorieuses⁴⁷⁸, la richesse produite (en points de PIB) et les excédents budgétaires de l'État (sous les présidents de Gaulle et Pompidou) permettaient de financer le progrès social. Les salariés en bénéficiaient directement soit en « obtenant un emploi »⁴⁷⁹ (2% de taux chômage entre 1950 et 1973) soit en voyant leurs acquis sociaux se conforter. La compétitivité n'était pas en berne, ce dont témoigne un taux de couverture⁴⁸⁰ qui fut supérieur à 100 jusqu'au premier choc pétrolier et qui resta inférieur à 100 depuis 2003 (à 85/90 en moyenne depuis la crise de 2008). Il semblerait donc que la dégradation du chômage soit particulièrement corrélée à la dégradation de la compétitivité⁴⁸¹ sans que puisse être dégagé un consensus sur le fait que l'emploi et ses contraintes (rigidités du droit du travail par exemple) en soient la cause.

123 – La subjective rationalité de l'entrepreneur - Dans le même temps, sur le plan microéconomique, la rationalité des dirigeants sociaux est devenue plus « irrationnelle »⁴⁸². L'incertitude met à mal ce qui pourtant devrait être la nature profonde de l'entrepreneur : la prise de risque, « l'opportunité de profit » et « l'opportunité entrepreneuriale »⁴⁸³. En période de crise économique et de croissance des instabilités à tous niveaux, on mesure l'impact restrictif qu'ont les phénomènes d'irréversibilité et d'incertitude sur la nature profonde de l'entrepreneur, c'est-à-dire sa capacité à s'engager et à prendre des risques. Il est enseigné aux étudiants en écoles de gestion et d'administration des entreprises que l'analyse de la décision d'investir de celles-ci est traditionnellement abordée en référence à des concepts d'ordre quantitatif : les concepts de valeur actuelle nette (VAN) ou de délai de récupération des capitaux investis (DRCI) sont particulièrement usités. Or, ramener la décision d'investir à une simple mathématique des chiffres peut apparaître réducteur. MM. Didier Chabaud et Karim Messeghem nous indiquent que « l'entrepreneuriat se conçoit comme un processus prenant sa source dans la découverte (ou création), l'évaluation et l'exploitation des opportunités »⁴⁸⁴. Quelles que soient les opportunités que dégagent l'épreuve des faits ou les sciences de gestion, le concept se rattache à l'individualisme méthodologique qui est l'une des

⁴⁷⁸ Selon FOURASTIÉ (J.), *Les Trente glorieuses ou La révolution invisible de 1946 à 1975*, Fayard, 1979 ; son ouvrage montre la réalisation de la fin de la précarité économique dans la période de l'Après-guerre.

⁴⁷⁹ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 – art. 5.

⁴⁸⁰ Le taux de couverture, rapport entre les exportations et les importations (100 étant l'équilibre) est le meilleur indicateur pour comparer les soldes des échanges commerciaux entre deux périodes (105,2 en 1971, 93 en 1974, 99,9 en 2003, 85,2 en 2011, 90 en 2016) – www.finances.gouv.fr.

⁴⁸¹ Insee, taux de chômage au sens du BIT, 6,8% en 2008.

⁴⁸² V. VENTELOU (B.), « Nouveaux keynésiens, nouveaux classiques : vers une nouvelle synthèse ? », *Cahiers français*, n° 363, juillet-août 2011, p. 12. Cet article fait écho aux *esprits animaux* de Keynes.

⁴⁸³ CHABAUD (D.), MESSEGHM (K.), « Le paradigme de l'opportunité. Des fondements à la refondation », *Revue française de gestion*, juillet 2010, n° 206, p. 94.

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

bases de la théorie néo-classique et de l'école autrichienne d'économie. Ce concept est le fruit d'un processus et possède trois caractéristiques fondamentales⁴⁸⁵ : la rationalité, le subjectivisme et l'intentionnalité.

Le fait que toutes les décisions des entrepreneurs ne soient pas de bonnes décisions explique l'inefficience des marchés. Les entrepreneurs ne sont pas des *homo oeconomicus* omniscients. La décision est toujours une prise de risques. Le « pour » comme le « contre » sont mâtinés d'incertitude. L'incomplétude d'une information incertaine ou trop diffuse en est souvent à la source et ce, de manière plus marquée, à l'ère de l'information universelle. Cette incomplétude se révèle amplifiée par l'incertitude d'une loi du travail qui, pendant de nombreuses années, a érigé le *positivisme légaliste* comme norme en France : le dialogue social, l'effectivité de la règle de droit, la cohérence et la lisibilité du code du travail⁴⁸⁶ n'en ressortaient pas renforcés. Dans l'hypothèse où l'entrepreneur s'engage, il se fondera, comme l'indique l'école béhavioriste, sur son expérience, sa personnalité, son émotion du moment, sa subjectivité. Et c'est là la seconde caractéristique de l'individualisme méthodologique mise en évidence par MM. Didier Chabaud et Karim Messeghem : le subjectivisme. La rationalité est influencée par les perceptions, les préférences, les connaissances, la diversité des expériences. Les croyances sont déterminantes. Là où certains voient des opportunités, d'autres ne verront rien. Dans la mesure où la décision de prise de risque est entérinée, ce qui nous est présenté comme une grande décision n'est en fait que la conséquence d'un ensemble de micros-décisions qui se construisent au fil du temps. L'action succède à la réflexion, le comportement à l'intention. On en vient donc au troisième critère, celui de l'intentionnalité. Le comportement observé est *-in fine-* planifié. La prise de risque, le risque d'opportunité s'avèrent donc être le fruit d'un processus sur lequel l'action régulatrice de l'État et du législateur ont un rôle à jouer : ils doivent conforter la liberté d'entreprendre en permettant de rendre moins incertain et plus adapté l'environnement juridique et économique. On y perçoit la réussite d'un pari entrepreneurial qui *in fine* protégerait mieux les droits des travailleurs-salariés⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ RAY (J.-E.), « La loi qui libère... », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 753 : « Notre droit du travail est-il un modèle de cohérence et de lisibilité pour le considérer comme immuable ? ».

⁴⁸⁷ Pour R. BADINTER et A. LYON-CAEN, « le droit du travail mythifié joue contre les travailleurs qu'il est censé protéger ». En témoigne pour M. J.-E. RAY la remise en cause de l'opposition stabilité du CDI avec celle de la précarité absolue du CDD : 36% des CDI sont rompus avant leur premier anniversaire, 26% des CDI en moyenne durent moins de 6 mois, jusqu'à atteindre 59% dans l'hébergement ou la restauration (RAY, préc., p. 757.)

124 – Le droit du travail peut influencer la subjectivité - Qu'il s'agisse de la capacité de la norme à simplifier le dialogue social et les rapports sociaux⁴⁸⁸, de sa propension à faciliter l'entrepreneuriat⁴⁸⁹ ou à simplifier le droit du travail⁴⁹⁰, l'environnement juridique joue un rôle déterminant dans ce qui fonde la rationalité des entrepreneurs : l'état de confiance. La régulation structurelle modifie ainsi le champ des possibles et influe directement les déterminants de la prise de décision : lorsque des stipulations d'un accord d'entreprise se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail⁴⁹¹, lorsque cet accord bénéficie d'une présomption simple de légalité⁴⁹² et que l'employeur peut y recourir pour répondre à de simples nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise⁴⁹³, la subjective rationalité de l'entrepreneur est confortée. Au final, on peut considérer que si les politiques conjoncturelles permettent de tempérer les effets d'une crise en stabilisant⁴⁹⁴, les politiques structurelles viennent, quant à elles, poser sinon renforcer l'efficacité des mesures de stabilisation, passées et à venir. Pour un auteur, le droit du travail n'est pas qu'une simple technique juridique : il doit clairement poser le système de valeurs qui la sous-tend. Cela lui fait conclure que la refondation actuelle « *mérite d'être lue dans son ensemble avant d'être jugée* »⁴⁹⁵. Comme M. Olivier Favereau le précise, la responsabilité du législateur est engagée pour influencer, tout en respectant leur liberté de choix, le comportement attendu des agents économiques. C'est à cet endroit qu'individualisme méthodologique et holisme se rejoignent

⁴⁸⁸ Loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, Loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, etc.

⁴⁸⁹ Article 7 de la Loi du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente. L'objectif principal du décret d'Allarde est de mettre fin à l'hégémonie des corporations qui empêchaient le développement d'une économie libre. Les corporations ne permettaient pas la libre concurrence et laissaient place à un système très hiérarchisé qui prenait de l'ampleur et agissait au-delà de la sphère économique. Les corporatismes avaient acquis un tel pouvoir dans certains corps de métiers qu'ils exerçaient une action prégnante sur la sphère politique et risquaient de mener à des dérives, notamment des politiques qui auraient pu nuire à l'intérêt général (favoritisme par exemple). Le second objectif du décret d'Allarde était de permettre l'exercice libre d'une profession pour toute personne en ayant le projet, dans l'optique de développer le commerce et l'industrie en France. L'État est tenu de ne pas porter atteinte à la concurrence à travers ses activités.

⁴⁹⁰ V. VERICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, octobre 2015 ; RAY (J.-E.), préc.

⁴⁹¹ C. trav., art. L. 2254-2 (*nouv.*) : accords destinés à répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi.

⁴⁹² L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 instaure une présomption simple de légalité des accords collectifs en précisant, dans le Code du travail, qu'il appartient à celui qui conteste la légalité d'un accord d'apporter la preuve que celui-ci n'est pas conforme à la loi (C. trav., art. L. 2262-3 *nouv.*) ; on y voit la consécration d'une construction jurisprudentielle récente qui instaure une présomption de justification pour certaines différences de traitement établies par accord collectif : selon ces arrêts, il appartient à celui qui conteste les différences de traitement de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération professionnelle (Soc., 27 janv. 2015, pourvoi n° 13-22.179 ; Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, etc.).

⁴⁹³ C. trav., art. 2254-2 (*nouv.*) issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017.

⁴⁹⁴ Baisse de l'inflation, baisse du coût de l'endettement, stabilisation des marchés financiers, pertinence des politiques sociales, etc.

⁴⁹⁵ RAY (J.-E.), préc., p. 757.

puisque, sur un plan général, un système normatif *efficace* peut provoquer une contrainte « acceptée » par ceux qui exercent la subjective rationalité.

125 – Un pragmatisme qui fait peser des risques - Si l'évolution de la norme en droit du travail va dans le sens d'une *libération* au profit de la négociation de proximité, le risque est grand de voir se diluer la protection due aux salariés si l'État se désengage au-delà de la garantie des principes fondamentaux du droit du travail⁴⁹⁶. Dans le même temps, si le débat relatif au salaire minimum ou à la durée du travail est réglé au niveau de chaque entreprise, le risque pèse de voir s'amplifier une balkanisation du droit du travail qui ira en défaveur de notre modèle social : « *En France, il y a nécessité, pour maintenir voire renforcer un système fondé sur la solidarité, à réformer les politiques de l'emploi pour leur accorder une souplesse qui ne pourra être acceptée que si la sécurité des salariés privés d'emploi est assurée* »⁴⁹⁷. L'échec relatif des réformes en cours est même posé par un auteur qui pense que « *dans un contexte où les syndicats doivent désormais aller chercher leur légitimité dans les urnes, peut-on véritablement espérer que des majorités se formeront pour doter l'entreprise de normes se substituant au socle légal, avec le secret espoir qu'elles soient moins coûteuses et plus efficaces ?* »⁴⁹⁸. Pour cet auteur, il n'est donc pas certain que le champ de la subsidiarité de la loi se réduise massivement. Des outils amènent à en douter, comme en témoigne l'émergence du référendum en entreprise⁴⁹⁹ qui permet, notamment, de sortir de situations de dialogue imparfait.

Quelles que soient les approches doctrinales, l'évolution de la loi du travail structure la rationalité des employeurs. Auparavant, la liberté ne pouvait s'exercer qu'au-delà de son objet et au travers du principe de faveur. Désormais le champ de la subsidiarité s'étend, le droit légiféré n'ayant vocation à s'appliquer qu'à défaut d'accords, et la norme devenant dans le même temps un réel espace d'autonomie. Cette nouvelle régulation répond aux caractères des politiques structurelles. En ouvrant le champ des possibles, l'ordre public en droit du travail modifie les règles de régulation de la relation de travail. Il développe ainsi une aptitude à jouer sur les déterminants de la compétitivité, tout en promouvant plus largement l'intérêt social de l'entreprise. On peut y voir une amélioration de l'efficacité économique du droit⁵⁰⁰ dans la mesure où la technique juridique permet d'augmenter le *bien-être social*.

⁴⁹⁶ RADE (Ch.), « *Leurre de la réforme* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 749.

⁴⁹⁷ NEZOZI (G.), « *Faut-il brûler le modèle social français ?* », *Recherches et Prévisions*, n° 87, mars 2007, p. 106.

⁴⁹⁸ RADE (Ch.), préc.

⁴⁹⁹ V. PETIT (F.), « *Le référendum en entreprise comme voie de secours* », Droit social, n° 11, nov. 2016.

⁵⁰⁰ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, pp. 63 et s.

A) Une loi du travail qui institue

Même si le processus de conventionnalisation du droit ne cesse de prendre de l'ampleur, on peut poser l'hypothèse que le désengagement de l'État n'altérera pas son rôle constitutionnel, celui de garantir le respect des principes fondamentaux du droit du travail et de régler toutes les questions qui ne pourront l'être au niveau de l'entreprise. Une des originalités du droit du travail tient au fait qu'au sein de sa loi⁵⁰¹ coexistent une pluralité de sources dont certaines sont d'origine internationale⁵⁰² quand d'autres sont simplement internes⁵⁰³. Elles présentent des caractéristiques diverses dans leur capacité à contraindre, tout en posant les bases sur lesquelles les modèles normatifs doivent réguler la relation de travail.

126 – Intérêt des sources internationales non-communautaires - Parmi les sources internationales non communautaires, on peut citer les normes de l'Organisation Internationale du Travail (l'OIT)⁵⁰⁴. Pour ce qui concerne le droit social de l'Union Européenne, on peut citer les traités fondateurs que sont les Traités de Rome en 1957, l'Acte unique de 1987⁵⁰⁵, la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989⁵⁰⁶, la création de l'Union européenne avec les traités de Maastricht (1992) et d'Amsterdam (suite à l'adhésion du Royaume-Uni), le Traité de Lisbonne de 2009. Tous ces textes ont une importance capitale dans la mesure où l'intégration dans le champ normatif national doit répondre du principe de hiérarchie des normes. L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose ainsi que *« les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »*. Sur la question de l'effet direct, la prééminence des règles

⁵⁰¹ Au sens de la « loi du travail ».

⁵⁰² A l'image du droit de l'Organisation Internationale du travail, des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, du droit dérivé créé par les institutions communautaires.

⁵⁰³ A l'image des sources étatiques, de la jurisprudence et des sources professionnelles.

⁵⁰⁴ L'OIT a été fondée en 1919 sous l'égide du Traité de Versailles (fin de la Première Guerre mondiale). Sa création s'inscrivait dans le droit fil de la réflexion selon laquelle une paix universelle et durable ne peut avoir pour socle qu'une justice sociale partagée.

⁵⁰⁵ Entré en vigueur le 1er juillet 1987, l'Acte unique européen se fixe pour objectif la constitution d'un espace économique sans frontières au 1er janv. 1993. Dans ce but, il renforce la capacité décisionnelle de la Communauté en permettant l'adoption, à la majorité qualifiée, de mesures relatives au rapprochement des dispositions ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur (art. 100 A du Traité de Rome). Mais le même article exclut dans son §2 que cette procédure soit utilisée s'agissant des « droits et intérêts des travailleurs ». Dans le domaine social cependant, l'Acte unique introduit trois innovations dans le Traité : l'amélioration du milieu de travail (promouvoir la santé et la sécurité des travailleurs), l'institutionnalisation du dialogue social (entre les partenaires sociaux, au niveau européen), la cohésion économique et sociale.

⁵⁰⁶ Il s'agit d'un texte solennel reconnaissant un socle minimal de droits sociaux garantis aux travailleurs européens ; il n'a pas de force contraignante pour les États membres, mais constitue un signal politique donné par les plus hauts responsables de la Communauté : le marché unique doit aller de pair avec la constitution d'un espace social européen excluant la notion de dumping social.

internationales sur le droit interne ne présente un intérêt juridique que dans la mesure où elles peuvent être invoquées par les employeurs et les salariés devant les juridictions internes. Elles permettent enfin d'égaliser les conditions de la concurrence en évitant au *dumping social* entre les États de s'installer.

127 – Effet incertain de la norme internationale - En principe l'effet direct d'une convention résulte de la volonté des parties contractantes. Elle est parfois exprimée explicitement comme c'est le cas pour la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : l'article 1 dispose que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». Il en est de même pour la Convention n°135 concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise ratifiée par la France le 30 juin 1972⁵⁰⁷ : « *Les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales, pour autant qu'ils agissent conformément aux lois, conventions collectives ou autres arrangements conventionnels en vigueur. Des facilités doivent être accordées, dans l'entreprise, aux représentants des travailleurs, de manière à leur permettre de remplir rapidement et efficacement leurs fonctions* »⁵⁰⁸. Après ratification, l'effet normatif de cette convention ne souffre d'aucun doute possible.

Mais les conventions contiennent parfois des termes ambigus, les parties s'engageant à respecter les droits énoncés et non à reconnaître des droits aux individus ; elles laissent souvent ouverte la possibilité d'un simple engagement international d'un l'État au détriment d'une applicabilité directe en droit interne : les parties s'engagent alors entre elles mais pas vis-à-vis de leurs ressortissants. Cette ambiguïté majeure rend le droit incertain puisque la portée de l'engagement des signataires de l'acte donne lieu à interprétation de la part du juge et donc à évolution de la jurisprudence. Il n'en demeure pas moins qu'elle reste parfois simplement nécessaire afin d'inscrire certains États dans une dynamique nouvelle. C'est aussi le cas des recommandations qui, depuis leur institution au moment du Traité de Versailles, sont extrêmement nombreuses⁵⁰⁹ et peu contraignantes. La recommandation n° 203 du 11 juin

⁵⁰⁷ Convention n° 135, Genève, 56^{ème} session CIT (23 juin 1971).

⁵⁰⁸ Suisse, Genève, O.I.T., Convention concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder, art. 1 à art. 5, adoption le 23 juin 1971, entrée en vigueur au 30 juin 1973.

⁵⁰⁹ Plus de deux cents à ce jour.

2014 sur le travail forcé, ne fait qu'inciter les signataires à devoir « *prendre les mesures préventives les plus efficaces pour répondre aux besoins de toutes les victimes, tant pour ce qui est d'une assistance immédiate que de leurs rétablissement et réadaptation à long terme (...), prendre des mesures pour s'assurer que toutes les victimes de travail forcé ou obligatoire ont accès à la justice* »⁵¹⁰.

128 – Effet direct de la norme internationale - S'il ne s'agit pas de simples objectifs à atteindre et que la norme s'avère claire et précise, les juges seront enclins à lui reconnaître un effet direct. Le droit en deviendra plus certain et utile à l'efficacité économique. Cependant, en cas d'imprécision, la jurisprudence a défini deux critères pour indiquer qu'une stipulation peut avoir un effet direct. Un critère objectif tout d'abord si elle « *ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* »⁵¹¹. Un critère plus subjectif ensuite dans le sens où la stipulation ne doit pas régir que les relations entre États : elle doit aussi créer des droits subjectifs au profit des particuliers. C'est ce que précise un arrêt qui indique que « *les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir* »⁵¹².

129 – Pouvoir normatif du juge - Même si en droit la décision n'a de force obligatoire que vis-à-vis des plaidants (autorité relative de la chose jugée) il n'en demeure pas moins qu'un courant jurisprudentiel peut se dessiner. Il sera alors le reflet d'un certain type d'interprétation d'un point de droit particulier. Lorsqu'un arrêt de principe énonce une règle juridique on lui reconnaîtra la valeur de règle de droit impérative. Celle-ci peut avoir une influence déterminante dans la conduite recherche de performance, notamment parce qu'elle va parfois à l'encontre des lois⁵¹³. Les évolutions que notre droit du travail a connues en matière d'obligation de sécurité de résultat peuvent en témoigner. Depuis sa décision du 25 novembre 2015, la Cour de cassation a établi une évolution de principe à l'influence déterminante ; désormais, « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs*

⁵¹⁰ Suisse, Genève, O.I.T., Recommandation n° 203 sur le travail forcé (mesures complémentaires), 11 juin 2014, art. 9 et art. 12.

⁵¹¹ C.E., 11 avril 2012, n° 322.326.

⁵¹² *Ibidem*.

⁵¹³ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 163.

l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail »⁵¹⁴. L'influence sur les questions de performance de l'entreprise peut être déterminante, puisque les attributions de la chambre sociale concernent notamment le droit communautaire du travail, les interférences du droit commercial et du droit du travail, les relations collectives du travail, la situation économique et le droit de l'emploi.

Certaines des solutions données par la Chambre sociale de la Cour de cassation sont majeures et légitimes : « *Comme toute science particulière, la logique juridique se fonde sur des principes dont elle dépend* »⁵¹⁵. Il lui appartient d'interpréter la volonté du législateur lorsque la loi n'est pas suffisamment claire voire inexistante. La question de la modification du contrat de travail permet d'en témoigner. A l'origine, le Code du travail ne s'en est pas préoccupé : « *Cet oubli s'est révélé désastreux pour les salariés, puisqu'ils ne savaient jamais avec certitude s'ils pouvaient légitimement refuser une demande de changement des conditions d'emploi. C'est donc la jurisprudence qui a déterminé, à l'aide du droit commun des contrats, les règles applicables à la modification du contrat de travail* »⁵¹⁶. De nombreux arrêts structurent – *in fine* - l'action des personnes juridiques en conférant au critère de la sécurité juridique, sinon un caractère d'efficacité et de développement économiques, tout au moins un caractère de restauration de la confiance. Ce caractère conditionne l'effectivité des droits et l'éviction de risques divers. L'état de confiance s'améliore alors avec une sécurité juridique grandissante.

On a indiqué *supra* combien le risque d'opportunités dépendait de l'état de confiance entrepreneurial, ce que le Pr. Didier Chabaud appelle le subjectivisme. La rationalité est influencée par les perceptions, les préférences, les connaissances, la diversité des expériences. On peut y rajouter l'influence du système normatif, dans lequel la portée des arrêts de principe a toute son importance. Les croyances sont donc déterminantes. C'est d'autant plus le cas dans le système juridique de la *common law* où le droit est essentiellement fait par les juges quel que soit le niveau de juridiction. Or, dans un passé récent, des rapprochements entre les systèmes juridiques ont été constatés⁵¹⁷. Aussi, l'entrepreneur français va y être de plus en plus confronté.

⁵¹⁴ Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-24.444, publié au bulletin.

⁵¹⁵ VILLEY (M.), préc., p. 173.

⁵¹⁶ PETIT (F.), *Droit du travail : les relations individuelles*, Gualino, collection Les Carrés, 1^{ère} édition, 2017, p. 105.

⁵¹⁷ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 110.

En tant qu'organe judiciaire de l'Union européenne, l'œuvre de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est aussi prégnante. Outre la garantie qu'elle apporte à l'application uniforme des normes son positionnement lui confère une portée déterminante : l'existence d'une jurisprudence européenne, encadrée par la Cour de justice, est la condition d'une application du droit européen dans les États membres. Le principe de primauté du droit de l'Union européenne a été consacré par l'arrêt du 15 juillet 1964 *Costa/Enel* affirmant que l'ordre juridique communautaire s'est intégré au système juridique des États membres et qu'il s'impose à leurs juridictions. Plus récemment, à propos du travail de nuit et par un arrêt du 25 juillet 1991, la CJCE a décidé que l'article L. 213-1 C. trav. (*anc.*) interdisant, sauf exceptions, le travail de nuit des femmes, était incompatible avec la directive européenne du 9 février 1976 sur l'égalité de traitement. Il affirmait que le juge français était fondé à écarter cette disposition législative si des poursuites pénales étaient engagées à l'encontre d'employeurs qui faisaient irrégulièrement travailler des femmes la nuit. De plus, la CJCE a jugé que la France manquait aux obligations lui incombant en vertu de cette directive (CJCE 13 mars 1997) en maintenant cet article dans sa législation.

Tirant les conséquences de ces décisions notre ordre juridique interne a modifié en 2001 ledit article en supprimant toute différence de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne le recours au travail de nuit : « *Le recours au travail de nuit est exceptionnel. Il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale* »⁵¹⁸.

La portée du droit de l'Union européenne tient également de la coopération judiciaire ; le programme de Stockholm a ainsi établi une liste d'objectifs parmi lesquels la création de réseaux entre les praticiens, le rapprochement des droits des États membres, l'adoption de plusieurs instruments législatifs fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle. La portée tient enfin de l'autorité de la chose jugée des décisions rendues par la Cour de justice : en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit que les relations juridiques, il importe que les décisions juridictionnelles devenues définitives ne puissent plus être remises en cause. Ainsi, l'autorité de la chose jugée interdit la formation d'une autre demande fondée sur les mêmes faits ayant le même objet ou la même cause. Elle permet aussi de se prévaloir de la décision.

130 - Doctrine et la loi du travail - Tout d'abord les auteurs médiatisent, en la critiquant, la règle de droit. Ils publient et commentent les décisions de justice, ce qui va renforcer leur

⁵¹⁸ C. trav., art L. 3122-32, loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

portée normative en étant intégrée dans la connaissance que les étudiants et les praticiens auront du droit. Ensuite, la doctrine explique la règle, en mettant en ordre un ensemble de solutions disparates. Le Pr. Alain Supiot y voit un art de *trancher* : « *Le juriste comme le médecin ne peut éternellement remettre la réponse à demain. Cette nécessité s'impose à toute la dogmatique juridique, quel que soit le lieu où elle s'exerce* »⁵¹⁹. Si elle s'impose au législateur, au juge, à l'avocat, au praticien, elle concerne aussi « *l'universitaire dont on attend la doctrine, à moins qu'il ne s'évade de cette exigence en abandonnant la dogmatique pour la théorie du droit, (mais il court alors d'autres risques, car à de telles altitudes il faut de grandes ailes, et l'oxygène y est rare)* »⁵²⁰.

Cet art de la doctrine contribue à la présomption de scientificité du droit. Il fait dire à un auteur que « *la science du droit ne peut prétendre à ce titre que si elle se donne les moyens d'expliquer les phénomènes juridiques en les rapportant à d'autres faits ou discours sociaux, si elle accepte de faire prévaloir sur son objet un point de vue critique voulant dire ici qui s'efforce de mettre en lumière ce qui n'est pas immédiatement perceptible ou visible* »⁵²¹. Lorsque la doctrine analyse des cas d'espèces grâce à des moyens ouverts à tous (la loi) et qu'elle érige un langage juridique qui sert à relier les cas d'espèces, elle génère des théories ; or « *toute science est faite de théories, son langage doit être soumis à des règles communes* »⁵²². Ce caractère inductif fait émerger des principes généraux qui finissent par inspirer le législateur : certains projets ou propositions de lois sont en effet rédigés avec la collaboration étroite d'universitaires et praticiens. Personne ne conteste l'influence du Doyen Jean Carbonnier dans le mouvement de rénovation du droit civil français qui s'est développé depuis les années 1960. De la même manière, cela peut être le cas lorsque la doctrine défend l'idée d'un droit flou. Le Pr. Mireille Delmas-Marty milite ainsi contre un droit trop rigide qui perdrait en efficacité. Elle précise que « *la révolution numérique s'accompagne d'une inflation normative et d'une perte de sens qui atteignent le champ juridique. Les normes se resserrent en un maillage de plus en plus dense, qui pourrait annoncer l'avènement de sociétés de la peur et du contrôle permanent (...). D'une certaine manière, c'est un totalitarisme auquel chacun consent (...). Nous avons besoin d'un droit flou car il permet, à l'heure de la mondialisation, de concilier souverainisme et universalisme* »⁵²³. C'est aussi le cas lorsque d'autres universitaires préconisent « *d'élargir sous le contrôle du Parlement, le*

⁵¹⁹ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 265.

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ LOCHAK (D.), « *Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française* », *Le Genre humain*, janv. 1996, n° 30-31, p. 458.

⁵²² VILLEY (M.), *préc.*, p. 182.

⁵²³ MAGGIORI (R.), VECRIN (A.), « *Mireille Delmas-Marty : à l'heure de la mondialisation nous avons besoin d'un droit flou* », *Libération*, samedi 24 et dimanche 25 sept. 2016, p. 22.

champ de la négociation et d'articuler de façon dynamique l'intervention du législateur et des partenaires sociaux dans le cadre d'un pacte clair »⁵²⁴. Lorsqu'en 2017 le législateur a voté le projet de loi de ratification des ordonnances, il a probablement été inspiré par une oeuvre doctrinale fournie⁵²⁵.

B) Une loi du travail qui libère

131 – Motivations - La compétitivité est une conséquence du comportement entrepreneurial. Le Pr. Didier Chabaud indique que l'entrepreneuriat se conçoit comme un processus prenant sa source dans le *risque d'opportunités*. Sauf à être sécurisé par l'existence de marchés publics rémanents, par une situation de monopole ou d'un un marché de l'assurance contingent, il semble bien que l'entrepreneur soit condamné à prendre des risques. Condamné oui, mais point au nom de l'absurde, tel Sisyphe roulant inlassablement son rocher vers des sommets dont l'atteinte recèle une forme de victoire. Si la lutte vers les sommets suffit à remplir le cœur d'un homme condamné, celle qui relève de l'intérêt social produit d'autres conséquences : aussi, la norme doit relever d'un *bloc d'opportunités médian* et permettre la *coordination* des parties au contrat. En ce sens, la loi du travail a témoigné, ces dernières années, d'une évolution manifeste pour servir les intérêts de l'ensemble des intéressés. Cette évolution peut s'analyser comme une réponse à la critique de complexité qui lui est traditionnellement attribuée. Le droit du travail, souvent confondu avec son Code⁵²⁶, doit désormais répondre à deux exigences : liberté d'initiative et efficacité⁵²⁷.

Pour la première, la liberté d'initiative de l'entrepreneur-employeur « *est à la racine de la liberté de conclure un contrat, du pouvoir de faire le choix d'une production et d'en aménager l'organisation. Il en va de même du pouvoir de soumettre les salariés à une évaluation, de déterminer les horaires de travail et, dans certaines limites, d'accroître le temps de travail d'un salarié ou de changer son lieu d'exercice* »⁵²⁸. Une loi du travail qui libère les énergies est donc une loi *subjective* adaptée à l'évolution de notre capitalisme ; elle relève d'une finalité qu'appelle de ses vœux le système de Hobbes où la loi étatique ne tient la place que d'un outil : selon lui, l'État lui-même, et toutes les lois qu'il est destiné à produire

⁵²⁴ JEAMMAUD (A.), MASSE-DESSEN (H.), « *Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ?* », *Semaine sociale Lamy*, 18 avr. 2006, n° 1257, p. 9, qui citent le Rapport Virville. Michel de Virville est au départ ingénieur, docteur en statistiques mathématiques.

⁵²⁵ V. BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.), *Le travail et la loi*, Fayard, juin 2015 ; Droit social, n° 10, oct. 2015 : le "dossier" coordonné par Lean-Emmanuel RAY concerne la *Loi Macron*.

⁵²⁶ BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.), préc., p. 13.

⁵²⁷ *Idem*, p. 15.

⁵²⁸ *Ibidem*.

ne sont faits que pour servir les intentions des contractants. Au-dessus des lois il y a leur but : « *Le droit objectif est auxiliaire. Le droit subjectif est le terme* »⁵²⁹.

Pour la seconde, « *l'efficacité du travail requiert des normes qui encadrent le pouvoir de l'entrepreneur mais s'imposent aussi aux aspirations individuelles des salariés* »⁵³⁰ ; elle nécessite, dans le même temps, d'éluder les coûts qui y sont associés. Pour deux auteurs, ils sont de deux ordres : celui d'imposer avec les règles impératives « *un régime qui s'avère plus coûteux que bénéfique et difficile à changer* »⁵³¹ ; celui de faire persister ensuite, avec les règles supplétives, « *le risque d'un coût d'opportunité d'options non envisagées* »⁵³², le coût de la négociation pouvant s'avérer plus onéreux que celui de l'utilisation d'un cadre conceptuel de base.

132 – Attribut de simplification - Afin de rendre convergentes les aspirations entrepreneuriales et les nouvelles attentes des salariés, certains auteurs partent du principe selon lequel le droit du travail doit être simplifié. C'est ce que postule notamment le Pr. Marc Véricel en précisant la notion. Pour l'auteur, la simplification attendue peut revêtir deux aspects. Une première, qualifiée de *politique*, est celle vers laquelle il convient de ne pas basculer. C'est en effet celle de la restriction de « *la protection que confère le droit du travail aux salariés, aux fins de résoudre la crise de l'emploi* »⁵³³. En réformant le temps de travail, la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 illustre bien selon lui une vision restrictive de la simplification qui se fait au détriment des travailleurs, en organisant « *la destruction du corps des normes protectrices des salariés* »⁵³⁴. Justifiant ses propos, l'auteur invite plutôt, à tendre vers un second type de simplification, qualifiée de *technique*, et qui, dans les faits, favorise « *le développement économique résultant de la relance des investissements, de la modernisation de notre appareil productif, qui permettra le retour à la croissance et à une meilleure situation de l'emploi* »⁵³⁵. Partant du constat que les textes normatifs sont produits par des non spécialistes au mépris du fait que « *la matière juridique est une science* », ceux-ci ne peuvent que favoriser une « *certaine inefficience du droit social* ». L'empilement de dispositions peu compatibles entraîne un problème de lisibilité et d'applicabilité effective.

⁵²⁹ VILLEY (M.), préc., p. 108.

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 168.

⁵³² *Idem*, p. 169.

⁵³³ VERICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », *Droit Social*, n° 10, oct. 2015, p. 833.

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ *Idem*, p. 834.

S'inscrivant en faux avec certains praticiens du droit⁵³⁶, l'auteur considère que la « *simplification technique peut tout-à-fait comporter l'abandon de certaines règles qui ne correspondent plus aux réalités socio-économiques d'aujourd'hui ; il faut toutefois que l'abandon de ces règles soit compensé par des dispositions nouvelles assurant une protection tout aussi efficace des salariés* »⁵³⁷. C'est bien là une des voies qui permettrait d'améliorer la performance dans son ensemble.

La prise en compte de cet avertissement permettrait de donner plus de crédibilité aux évolutions légales censées servir le *droit de l'emploi*. Pour le Pr. Christophe Willmann, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (Loi dite « loi Macron ») ne vise l'emploi que *par défaut*, à titre subsidiaire. Les employeurs sont surtout visés, par des aides juridiques sur le territoire métropolitain et financières sur le marché du travail ultra-marin. Pour l'auteur, la simplification liée à l'allègement de charges administratives poursuit un objectif autre ou incertain avec celui de l'emploi ; ladite loi porte au final *l'emploi en défaut*. L'article 290 assouplit même le régime du reclassement en matière de droit du licenciement : « *Loin d'assurer le maintien dans l'emploi, la loi Macron, sur ce point, limite l'aire de recherche des postes de reclassement et, donc, augmente la probabilité d'un licenciement sans reclassement. L'emploi en défaut, donc* »⁵³⁸. C'est sans doute dans la prise en compte de ces avertissements doctrinaux que le défi de la simplification pourra alors être surmonté. Pariant sur une évolution culturelle autant que juridique, le système de valeurs nouvellement posé servira ainsi les intérêts communs de l'employeur et des salariés.

133 – Attribut de la réactivité – Contribuer à faire du temps un objet de droit ne fait que bousculer le principe d'universalité hérité des pays de *civil law*. Certains auteurs témoignent ainsi des succès économiques des pays de la *common law* où le droit social est plus contractuel. Deux auteurs indiquent que « *dans une société de civil law, les réformes sont plus difficiles à mettre en œuvre car elles se heurtent à des obstacles culturels* »⁵³⁹. La tradition longue de la loi bute alors sur la rapidité d'une économie qui change de nature. Elle évolue vers un capitalisme dans lequel « *l'intégration du travail immatériel au travail industriel et*

⁵³⁶ M. Jacques Barthélémy considère par exemple que la recodification du Code du travail ne peut se faire qu'à droit constant.

⁵³⁷ VERICEL (M.), *op. cit.*, p. 835.

⁵³⁸ WILLMANN (Ch.), « *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... et l'emploi ?* », *droit social*, n° 10, oct. 2015, p. 773.

⁵³⁹ CETTE (G.), BARTHELEMY (J.), « *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique* », Conseil d'Analyse Economique, 2010, p. 9.

tertiaire devient l'une des principales sources de production »⁵⁴⁰. Les technologies deviennent autonomes, l'intelligence artificielle. Les relations sociales s'en trouvent transformées : du modèle de verticalité incarné par le management pyramidal, on mute vers un modèle d'horizontalité. Chaque salarié bénéficie alors de plus de liberté, d'autonomie et de confiance de la part de sa hiérarchie : dans ce cadre, les sources instituées du droit deviennent toujours plus décalées. En raison de l'inflation législative et du contentieux qui se manifeste, la qualité de la loi est altérée. Aussi, la doctrine prête de plus en plus à la contestation. Cela implique de prendre en compte le temps dans l'ordre juridique. Une conception assez partagée dans la communauté scientifique, ce dont témoigne le colloque relatif à « *l'éphémère, objet de droit* »⁵⁴¹ qui s'est tenu à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse en octobre 2016.

Le temps peut être déterminant en droit. Il sert tout d'abord la sécurité juridique par le jeu des prescriptions ; celui-ci peut aboutir à l'extinction d'une prétention en raison du temps écoulé : « *La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* »⁵⁴². Dans un arrêt du 22 juin 2016⁵⁴³, la Cour de cassation a ainsi jugé irrecevable la demande d'annulation d'une rupture conventionnelle, fondée sur une fraude à la législation sur les licenciements économiques et le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Sans se prononcer sur l'existence de la fraude alléguée par le salarié, elle a pu constater que la demande était prescrite au regard du délai légal d'un an dont disposent les salariés pour contester la convention qu'ils ont signée. L'idéal de justice en ressort cependant altéré. Un auteur précise en effet que « *le droit n'obéit pas toujours à un idéal de justice. La prescription extinctive en est un témoignage connu... Le besoin de sécurité refoule ainsi l'aspiration vers la justice* »⁵⁴⁴. Le temps rythme aussi la performance à court terme de l'entreprise. Ainsi, les conventions de forfait⁵⁴⁵ en heures ou en jours, tout comme les autres dispositifs d'aménagement du temps de travail (modulation, temps partiel, travail en cycles, etc.), sont des outils de flexibilisation du temps de travail qui permettent de déroger à certaines règles relatives à sa durée. Le temps joue alors comme vecteur de compétitivité.

⁵⁴⁰ HERSCOVICI (A.), « *Du capitalisme industriel au capitalisme immatériel: quelques pistes de réflexion* », colloque international « Mutations des industries de la culture, de l'information et de la communication », Sept. 2006.

⁵⁴¹ Colloque du 7 oct. 2016, UAPV.

⁵⁴² C. civ., art. L. 2219.

⁵⁴³ Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-16.994, publié au bulletin.

⁵⁴⁴ GAURIAU (B.), « *La diminution des délais de prescriptions* », Droit Social, n° 10, oct. 2013, p. 833.

⁵⁴⁵ C. trav., art. L. 3121-38 s.

Certains auteurs proposent de donner à la loi expérimentale ou à l'éphémère un statut privilégié. Cela permettrait de ne pas sacrifier l'ordre public classique en étendant à l'infini le champ de la subsidiarité. L'expansion des lois expérimentales permettrait d'adapter les règles d'ordre public aux différents contextes temporels. Celles-ci pourraient de plus être instituées pour une durée déterminée, par exemple cinq ans, le temps d'une mandature des députés français et européens. Il suffirait simplement de progresser dans le temps mis à produire une loi (qui est actuellement de dix-huit mois environ sans compter la rédaction des décrets d'application qui peut mettre plus de six mois). Même en matière de lois non expérimentales, raccourcir les délais s'avèrerait pertinent. D'aucuns considèrent que fixer soixante et dix jours au Parlement pour examiner un projet de loi et une seule lecture par Chambre pour les textes en urgence serait préférable : « *Nous ne souffrons pas de trop de lois, mais de lois trop longues* »⁵⁴⁶.

134 – Attribut de la supplétivité – Favoriser la réactivité, simplifier le droit du travail, utiliser le temps comme objet de droit, c'est diminuer les contraintes qui se posent à l'employeur. La norme peut cependant aller plus loin : elle permet de renverser l'ordre public classique. En agissant sur la structure de l'offre, en ce qu'elle permet de créer normativement de la liberté avant que ne se déclenche la norme d'ordre public, elle devient un instrument d'organisation de l'entreprise.

Cela peut favoriser la capacité de l'entreprise à mieux supporter les chocs économiques négatifs et *in fine*, à préserver ses emplois par le développement de son adaptabilité interne. Dans une logique défensive, on a pu voir que des accords de maintien de l'emploi pouvaient être conclus en établissant une relation entre modération salariale ou une baisse temporaire du temps travaillé et donc, du coût du travail et des garanties en matière d'emplois. Mais le champ conventionnel peut aussi, dans une optique offensive, servir de mode de régulation des relations sociales en promouvant plus de liberté dans l'entreprise et plus de flexibilité : « *Ces aires d'autonomie confèrent aux salariés sur le plan collectif la qualité de sujets libres, dont ils sont dépouillés au plan individuel, en raison de leur état de subordination* »⁵⁴⁷. Tout en s'éloignant d'un droit étatique contesté, l'institutionnalisation du collectif réinvestit ainsi la question des libertés en entreprise.

Les accords de modulation du temps de travail nous éclaireront tout particulièrement. L'activité est rarement régulière sur l'année. L'organisation des horaires de travail des salariés

⁵⁴⁶ Libération, « *Refaire la démocratie* », 7 oct. 2016, p. 11.

⁵⁴⁷ SUPLOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 153.

peut ainsi faire l'objet de difficultés, coûteuses pour l'entreprise, puisque ceux-ci peuvent parfois être en sous-activité, quand à d'autres moments seul le recours aux heures supplémentaires permettra de répondre à la charge de travail. Les accords de modulation permettent donc, autour de l'horaire moyen annuel et légal de 1607 heures travaillées, de faire varier la durée du travail en l'augmentant lors des périodes de forte activité (avec une limite haute) et en la diminuant pendant les périodes de moindre activité (avec une limite basse). L'avantage est prégnant pour l'employeur puisque les heures comprises entre la 35^e heure et la limite haute fixée ne sont pas considérées comme des heures supplémentaires. Elles n'ouvrent donc pas droit à majorations, ni à des repos compensateurs et ne s'imputent pas sur le contingent d'heures supplémentaires annuel. Pour fixer cette limite haute, il faut se référer aux limites maximales définies par la loi : jusqu'à 48 heures dans la limite de douze semaines consécutives de 44 heures. En cas de dépassement, toutes les heures travaillées au-delà de la limite haute sont rémunérées au taux de majoration. Ces heures ouvrent droit à une contrepartie en repos et viennent s'imputer sur le contingent d'heures supplémentaires annuel. Le taux de majoration à appliquer sur ces heures dépend de la limite haute fixée conventionnellement ou par accord et non par rapport à l'horaire légal de 35 heures. Par conséquent, sauf dispositions contraires, le taux de majoration de 25 % est appliqué aux huit premières heures effectuées au-delà de la limite haute de modulation et non à compter de la 36^e heure. Il en va de même pour les heures effectuées annuellement au-delà de la durée maximale de la modulation, à savoir 1607 heures. Elles seront considérées comme des heures supplémentaires.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a ainsi répondu à une demande forte du milieu économique par cette mesure qui institue de la liberté, de la flexibilité et rend par là même les règles d'ordre public classique supplétives. Le dialogue social en sort lui aussi renforcé. De nombreuses entreprises se sont emparées de ces nouveaux espaces d'autonomie. Par exemple, la verrerie Arc International a signé le 28 octobre 2015 un accord sur l'annualisation du temps applicable dès février 2016. La CGT, FO et le syndicat autonome (68 % des salariés) ont accepté la réduction des jours de RTT (2,5 en moins) et une plus grande flexibilité des équipes de production. Elles seront mobilisables sur 20 postes complémentaires maximum par personne sur l'année, pour répondre aux pointes d'activité. En contrepartie, les salaires des ouvriers, des employés et de la maîtrise ont même été augmentés de 2 % dès septembre. Les cadres ont bénéficié d'une revalorisation variable selon les personnes, de 1 % à 2 %. Avec ce type d'accords, la liberté est le principe, l'ordre public ne se déclenchant que par défaut. Les salariés peuvent y gagner sur le plan financier même si leur situation peut s'altérer sur le plan juridique et sur celui de leur qualité de vie. Si cette mesure emblématique participe de la

volonté d'instituer des règles qui structurent la compétitivité de l'entreprise et qui concourent à la simplification du droit du travail, il n'en reste pas moins qu'elle fait l'objet de nombreuses critiques puisque le salarié refusant la modification peut être licencié.

135 – Critique du droit négocié - Si le droit conventionnel permet de libérer les énergies, il peut fragiliser la protection due au salarié par le droit du travail. Il pose la question de la prévalence du statut collectif du contrat sur le statut individuel. Pour un auteur, « *ce type de simplification-là, il ne faut pas le cacher, conduit clairement à la destruction du corps des normes protectrices des salariés que constitue (encore) le code du travail, au nom d'une soi-disant opposition entre les normes protectrices des travailleurs et l'intérêt réel de ces travailleurs* »⁵⁴⁸. D'autres dénoncent une « *instrumentalisation de l'Etat* »⁵⁴⁹ qui nourrit l'émergence d'une « *dualisation du monde du travail* » défavorable à ceux qui sont en bas de l'échelle salariale : « *Les réformes du marché du travail entreprises un peu partout en Europe demeurent prisonnières du vieux modèle de l'emploi, dont elles se contentent de dégrader les termes, en réduisant les sécurités et en augmentant la dépendance des salariés qu'elles ciblent* »⁵⁵⁰. Ces avertissements semblent ne pas avoir été entendus. Les dispositions de l'article L. 2254-2 III (*nouv.*) issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 concernant certains accords⁵⁵¹ précisent, en effet, que « *les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord ; si l'employeur décide de le licencier, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse⁵⁵².

136 – Remarque conclusive - Au niveau de la firme, l'employeur responsable⁵⁵³ devra veiller à ce que la partie faible au contrat ne soit pas la première victime d'une loi qui libère trop au profit exclusif de l'employeur-entrepreneur. Aussi, la question de la méthode se pose : l'intérêt commun de l'entreprise et de ses salariés doit être renforcé. Il semble important de veiller à un minimum de justice en limitant les situations de forçage du consentement : « *Le droit du travail, comme du reste le droit commun des contrats, donne ainsi à voir aujourd'hui*

⁵⁴⁸ VERICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, oct. 2015, p. 834.

⁵⁴⁹ SUPIOT (A.), « *Le droit du travail bradé sur le marché des normes* », Droit social, n° 12, déc. 2005, p. 1088.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ Accords liés aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi.

⁵⁵² C. trav., art. L. 2254-2, V.

⁵⁵³ « Responsable » au sens de la responsabilité sociale et sociétale (RSE). V. GOND (J.-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd., 2016.

quelques figures contestables où, alors même que la liberté contractuelle est affirmée avec force, on voudrait obliger son titulaire à l'exercer dans le sens qui nous convient »⁵⁵⁴. Alors même que l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 instaure une présomption simple de légalité des accords collectifs⁵⁵⁵, les rapports de force qui s'exercent au cours des négociations doivent demeurer équitables. Dans le cadre des relations individuelles, la subordination doit se professionnaliser, devenir éthique et consensuelle, en s'éloignant du concept de « pouvoir institué ». La santé au travail, et plus largement l'intérêt économique, requièrent la prise en compte de ces postulats car « *le travail n'est pas un bien ou une chose. Le rapport qu'il induit suppose nécessairement une prestation de travail et se fonde sur une relation interpersonnelle* »⁵⁵⁶.

Au niveau macro-économique, des questions de fonds se posent. Si une loi du travail qui libère présente un intérêt patent au regard du droit *de* l'emploi, elle questionne lorsqu'on la juge au regard d'un ordre public social et d'un modèle social⁵⁵⁷ qui battent de l'aile. Au regard des politiques sociales comparées, la *flexicurité* se révèle efficace à la condition de fixer « *un seuil pertinent d'acceptabilité sociale* »⁵⁵⁸. La possibilité donnée aux partenaires sociaux de se substituer à l'État pour la définition de *minima* garantis aux salariés peut interroger. On rappelle que leur représentativité était encore présumée il n'y a pas si longtemps : leur légitimité reste à prouver.

⁵⁵⁴ FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », Le Droit Ouvrier, juil. 2012, n° 768, p. 459.

⁵⁵⁵ V. Liaisons Sociales Les Thématiques, « *Sécurisation des accords collectifs* », n° 54.

⁵⁵⁶ HÉAS (F.), « *Temps et santé au travail, pour une connexion plus explicite dans la loi* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 844.

⁵⁵⁷ V. l'ouvrage d'Alain LEFEBVRE et Dominique MÉDA, « *Faut-il brûler le modèle social français ?* », 2006, Le Seuil.

⁵⁵⁸ BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de Juris Diversitas, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 426. L'auteur met en évidence quatre pré-requis à l'efficacité des politiques de flexicurité : pragmatisme, culture de la négociation, sécurité juridique, acceptabilité sociale.

Conclusion du chapitre 2

Les invitations du droit du travail à devenir un droit réel sont portées par des objectifs ambitieux : ceux de devenir un droit de l'emploi efficace et un droit vecteur de compétitivité. Porté par cette nécessité, il vit une refondation : « *La nouvelle architecture proposée repose sur une grande finalité : il faut mieux concilier, au nom de la promotion de l'emploi, efficacité économique et protection du travailleur* »⁵⁵⁹. Pour ce faire, il ne peut se satisfaire de mesures conjoncturelles qui n'ont globalement d'autres effets que de servir l'opportunisme d'acteurs économiques et sociaux devenus trop rationnels.

L'efficacité se révèle à la lueur de mesures qui organisent la rationalité des partenaires sociaux. Qualifiées de structurelles, elles ont comme horizon le moyen et long terme. Elles devraient s'avérer efficaces car elles confortent l'élément de rationalité majeur des agents : celui de la subjectivité, celui de la confiance. Ces mesures s'enrichissent régulièrement de dispositifs qui permettent de rendre subsidiaires les dispositions légales en promouvant les sources professionnelles de droit. En dehors de l'ordre public de protection qu'il convient de maintenir *a minima*, la négociation collective vient prendre la place d'un ordre normatif qui se révèle parfois inefficace et inintelligible⁵⁶⁰.

Son avantage est pluriel : elle peut régir toutes les questions relatives aux conditions d'emploi ; elle concerne tous les niveaux de négociation : l'établissement, l'entreprise, le groupe⁵⁶¹, la branche, le secteur d'activité, le niveau national interprofessionnel. Les dernières dispositions régissant le droit conventionnel n'ont de cesse de permettre une adaptation de la norme à l'entité qu'elle entend concerner, mais aussi, dans le même temps, de rendre le dialogue social le plus efficace possible. Conventionnaliser le droit sans organiser le dialogue social n'aurait pas de sens et viderait de leur substance les refondations engagées. La flexibilité du travail et l'exercice des libertés dans l'entreprise s'en trouvent par là-même

⁵⁵⁹ TOURNAUX (S.), « *Le code du travail et ses mues* », Droit social, n° 9, sept. 2016, p. 688. L'auteur conteste cette évolution dans laquelle il ne perçoit aucun progrès social pour les salariés.

⁵⁶⁰ En prenant l'exemple des entreprises de travail à temps partagé, le Pr. Pierre-Yves VERKINDT souligne « *l'extraordinaire aptitude du législateur lato sensu à élaborer des « usines à gaz » dont la seule finalité semble parfois être de flatter l'ego de leurs promoteurs, et qui se perdent ensuite dans les sables de la pratique.* » ; V. VERKINDT (P.-Y.), « *Un droit conventionnel pour les groupements d'employeurs ?* », Droit social, n° 10, oct. 2012, p. 907.

⁵⁶¹ La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a pris en compte la réalité économique que sont les groupes de sociétés (plus de 10 millions de salariés concernés) en faisant de l'accord de groupe un niveau de négociation de droit commun. Il ressort des dispositions de l'article L. 2232-30 C. trav. que « *la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe* ».

renforcés. Au final, en devenant plus souple et en renforçant une distribution plus démocratique du pouvoir *de facto* dans la firme⁵⁶², le droit devient un véritable vecteur de compétitivité.

Il reste désormais à savoir, concrètement, comment l'exercice de cette nouvelle régulation permettra de servir la performance des entreprises. Assurément, elle doit considérer la qualité des relations sociales comme un « bien commun » ; elles doivent dans le même temps permettre aux entreprises de devenir des « lieux d'intégration, d'équité, de mixité, de transmission et de transformation productive ; voilà aussi ce que peuvent être les entreprises capitalistes si elles se responsabilisent et si elles fondent leur modèle de développement tant sur le progrès et les innovations techniques que sur l'homme et sa Ressource Humaine »⁵⁶³. Qu'elle permette de limiter le risque juridique, d'apaiser les rapports de force ou de « civiliser » l'entreprise en promouvant de nouveaux espaces d'autonomie collective, l'évolution de notre modèle normatif dévoile des espérances inédites.

⁵⁶² BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 94 ; les auteurs exposent leur théorie de la firme comme entité fondée sur le pouvoir (TFEP).

⁵⁶³ CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 38.

TITRE 2

FACILITATION DE LA CONVERGENCE PAR LE DROIT DU TRAVAIL

Issu de la tradition civiliste de notre système juridique, le champ du droit classique confond souvent son souci d'efficacité avec l'ambition de l'effectivité. La considération grandissante d'un droit plus pragmatique est une marque de son américanisation. Elle se réalise sous l'influence d'un réalisme juridique porté initialement par le style de Chicago. Réagissant au constat selon lequel les marchés libres causent injustice et limitation de la liberté, M. Cass R. Sunstein⁵⁶⁴ considère que « *le droit doit contribuer à conformer les préférences des agents et se préoccuper d'une distribution équitable des revenus et des ressources* »⁵⁶⁵. Selon cette conception du droit, l'efficacité retrouve une certaine autonomie par rapport à l'effectivité. Il y a efficacité si les règles de droit sont appliquées, si les décisions des juges sont rendues et mises en œuvre tout en produisant l'effet attendu.

Le législateur s'est engagé dans une œuvre de modernisation du droit en promouvant une liberté qui investit désormais ses sources. La négociation collective a aujourd'hui les moyens d'imposer son cadre, ses valeurs et ses normes aux agents quelle que soit leur rationalité : une rationalité absolue, purement économique, ou bien une rationalité subjective empreinte d'intuition et de psychologie comportementale. Le développement de son champ d'application ou la nouvelle articulation des dispositions de branche et d'entreprise⁵⁶⁶ issus de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 démontrent que l'action du législateur peut influencer le comportement attendu des acteurs tout en respectant leur liberté de choix : la règle de droit efficace⁵⁶⁷ entraîne alors une contrainte acceptée par ceux qui exercent toute forme de rationalité voire même d'a-rationalité⁵⁶⁸. Selon le Pr. Mireille Delmas-Marty le droit

⁵⁶⁴ Professeur à *Harvard Law school*, où se côtoient juristes et économistes au profit de l'émergence d'un cadre juridique adapté à un système concurrentiel.

⁵⁶⁵ MONTAGNE (S.), « *Le rôle des juristes de la Law and Economics dans l'élaboration de la nouvelle norme d'investissement. Politique et Finance aux États-Unis 1960-1970* », communication au Colloque Théorie de la Régulation, 10-12 juin 2015, p. 4.

⁵⁶⁶ V. BUGADA (A.), « *L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel* », La semaine juridique, édition sociale, n° 6, 13 fév. 2018 ; depuis l'ordonnance, les dispositions d'entreprise deviennent autonomes par rapport aux dispositions de branches ; la disparition d'une hiérarchie entre les deux sources engendre plus d'autonomie et de concours entre ces normes.

⁵⁶⁷ FRISON-ROCHE (M.A.), « *L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie* », FIP, La Lettre n° 13, juin 2005, p. 10-13. Une règle de droit efficace est une règle de droit effective et efficiente. L'effet n'est pas dans *l'a posteriori* mais dans *l'a priori* : l'effet à atteindre a été posé et le phénomène en acte l'a produit.

⁵⁶⁸ On pense là, en particulier, aux nouveaux paradigmes en matière de rationalité : les théories de l'action basées sur le constructivisme notamment.

en devient plus flou : les détails seront alors définis par les acteurs eux-mêmes. Perçue comme une contrainte librement acceptée, la norme négociée aura une propension naturelle à favoriser la compétitivité. MM. Jacques Barthélémy et Gilbert Cette précisent que la conciliation entre économique et social s'accomplit mieux si l'essentiel de la protection naît du contrat et si l'ambition de la loi est limitée à la déclinaison des principes du droit du travail, de la sécurité sociale et à la concrétisation des libertés et des droits fondamentaux du citoyen-travailleur⁵⁶⁹.

Il convient alors de s'interroger sur une gestion opportune du droit en entreprise. On pose l'hypothèse que seule la mise en œuvre effective du principe de *bonne foi* à tous les stades de la vie du contrat de travail permettra alors de servir la performance de la firme. Si l'article 1134 C. civ. limitait la bonne foi au seul domaine de l'exécution du contrat, le nouvel article 1104 C. civ. en élargit aujourd'hui le périmètre en disposant que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

Si le droit du travail lui confère plus de libertés, l'employeur n'en est pas moins débiteur d'un certain nombre d'obligations. Là est sa nouvelle responsabilité de gestionnaire (1). Dans une logique plus structurante, son rôle sera de permettre à la confiance de s'instiller au cœur de la relation de travail (2).

⁵⁶⁹ BATHELEMY (J), CETTE (G.), « Réforme du droit social et efficacité économique », Revue française d'économie, volume 23, n° 2, 2008, p 65.

Chapitre 1

L'EMPLOYEUR DEBITEUR

Le droit du travail dispose de nombreux moyens de régulation de la performance. Ils doivent s'exercer au travers de sa finalité pragmatique : celle de garantir la sécurité des salariés tout en produisant des normes juridiques optimales pour les acteurs. Seul pourtant, il ne peut l'instituer. Il n'est qu'une ressource au service de la volonté de l'employeur.

Celle-ci peut prendre appui sur un postulat constitutionnel selon lequel « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* »⁵⁷⁰. Cet article consacre un engagement qui a valeur de droit-créance : celui de la reconnaissance d'une dette contractée par les institutions à l'égard des chômeurs pour qu'ils obtiennent un emploi, divers subsides ou aides au reclassement. M. Marc Véricel en synthétise l'idée en précisant que « *ce droit octroie au citoyen un droit collectif à une action positive de l'État* »⁵⁷¹. De façon déductive, en embauchant un salarié, l'employeur contracte une dette à son égard : celle de le reconnaître comme sujet de droits. L'entreprise, en tant qu'institution, en devient alors débitrice.

La consécration factuelle de cette vision reste à parfaire. Elle ouvre le débat de la contrepartie de l'institution comme conséquence du droit constitutionnel *au* travail. Engagé dans un processus de démocratisation, l'employeur sera alors à même d'exécuter le contrat de travail de bonne foi tout en faisant vivre un dialogue social bénéfique à l'ensemble des parties prenantes. Il devra tout d'abord être capable d'investir le coeur du management pour prévenir et gérer des risques avérés (1) tout en construisant de nouvelles relations sociales sur l'autel d'une valeur transcendante : la loyauté (2). A cette condition seulement, le droit du travail pourra devenir un vecteur structurel de performance.

Section 1 : Le pilotage comme nécessité

La prise de décisions caractérise le comportement d'un entrepreneur. Celui-ci les prend et les met en oeuvre au regard de la finalité de son entreprise, dont le destin tient, en dernier ressort,

⁵⁷⁰ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, art. 5

⁵⁷¹ BRES (Ch.), *Le droit à l'accompagnement*, Thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2015, p. 202.

des choix du consommateur⁵⁷². La rationalité interne qui l'anime permet de renforcer l'efficacité d'une coordination (administrative) qui passe par la subordination : le système hiérarchique permet une économie de coûts de transactions, qui, sur le marché, se ferait par le système des prix, et s'avérerait plus coûteuse. La firme permet alors la coordination de l'activité économique en tant que mode alternatif au marché⁵⁷³.

Elle utilise de nombreux outils au service de sa performance. L'acte de gestion consiste à les mettre en oeuvre pour gérer au mieux les rapports sociaux : « *Les propositions d'outils de pilotage diffusées dans la littérature demeurent, en effet, partielles et discutables. Cela tient au fait qu'elles dérogent à certains principes fondamentaux du pilotage, en omettant de préciser les finalités poursuivies* »⁵⁷⁴. Une des fonctions du droit du travail, en tant que « technique » pragmatique, relève de ces outils de pilotage.

Dans ce cadre, l'employeur s'interroge pour savoir s'il doit ou non recourir à des tiers pour administrer la fonction juridique (I). Ayant une aversion profonde pour le risque, la question de la sécurité juridique se révèle majeure (II).

§ I – La gestion de la fonction juridique

137 – Hypothèse - La question de l'internalisation ou de l'externalisation de la fonction juridique se situe dans le champ de la rationalité. Elle s'avère exclusivement orientée par l'optimisation des intérêts privés de l'entreprise. Aucune norme juridique ne traite de la question. Aussi, notre réflexion se résumera-t-elle à répondre à la question suivante : est-il opportun d'externaliser la fonction juridique de l'entreprise ? On formule en effet l'hypothèse que si la rationalité absolue peut inviter l'employeur à la confier à des tiers, son internalisation peut s'avérer déterminante au regard du souci de performance.

Externaliser la gestion du risque présente des avantages quantitatifs évidents (A). Il n'en reste pas moins qu'elle comporte des limites qui, non évaluées, peuvent nuire à la performance de l'entreprise. Aussi, l'internalisation peut s'avérer essentielle (B).

⁵⁷² SCHWEITZER (S.), « *Le référendum d'entreprise ne démode-t-il pas le syndicalisme ?* », colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

⁵⁷³ V. COASE (R. H.), « *The Nature of the Firm* », *Economica*, vol. 4, issue 16, nov. 1937 ; c'est, entre autres, pour cet article déterminant que l'auteur recevra le prix Nobel en 1991. M. O. Williamson définira ensuite ces coûts de transaction : recherche d'information, négociation des contrats, contractualisation renouvelée, etc.

⁵⁷⁴ GERMAIN (C.), TRÉBUCQ (S.), « *La performance globale de l'entreprise et son pilotage : quelques réflexions* », *Semaine sociale Lamy*, 18 oct. 2004, n° 1186, p. 40.

A) L'externalisation de la fonction juridique

138 – Définition de l'externalisation - L'externalisation peut se définir comme la stratégie de recours au marché qui consiste à transférer tout ou une partie d'une fonction (système d'information, recherche et développement, etc.) ou d'une activité (production, logistique, maintenance) vers un prestataire spécialisé. (...) Si elle résulte d'un arbitrage entre faire ou faire faire, elle reste la conséquence d'un calcul économique concluant qu'il vaut mieux faire faire (acheter : externaliser) que de faire (internaliser)⁵⁷⁵.

Son champ d'application est disparate sans compter qu'elle est marquée par son caractère protéiforme : la sous-traitance, mais aussi le contrat de mandat, les missions d'assistance technique, le portage salarial, etc. L'externalisation de la fonction juridique consiste par exemple à confier contractuellement à un prestataire spécialisé tout ou partie de celle-ci. Selon le baromètre *Outsourcing de Ernst & Young*, les fonctions d'administration et de finance sont externalisées dans 22% des entreprises, voire même dans 53% d'entre elles pour les services généraux⁵⁷⁶. Mais il est un domaine dans lequel l'externalisation est légion : celui de l'économie numérique ; ainsi, « *deux types de plates-formes sont susceptibles de favoriser le travail indépendant au détriment du salariat : les premières sont celles qui permettent aux entreprises d'externaliser des tâches autrefois réalisées dans l'entreprise en recourant à une foule de personnes plus ou moins qualifiées. Les secondes, les plus médiatisées, correspondent à de nouvelles formes d'organisation qui concurrencent directement les entreprises en place* »⁵⁷⁷.

Les conséquences juridiques du choix rationnel sont doubles : elles amènent tout d'abord l'entreprise à avoir recours à des contrats d'entreprise plutôt qu'à des contrats de travail ; c'est alors qu'elle y gagne un intérêt certain en matière de flexibilité. Sociologiquement, cela favorise le travail indépendant au détriment du salariat, et finit par en menacer le modèle traditionnel en promouvant une nouvelle catégorie de salariés, celle des salariés autonomes peu subordonnés. Le portage salarial en témoigne.

⁵⁷⁵ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition, p. 390.

⁵⁷⁶ FIMBEL (E.), « *Nature et enjeux stratégiques de l'externalisation* », *Revue française de gestion*, vol. n° 143, n° 2, 2003, p. 29.

⁵⁷⁷ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), « *L'ubérisation ne signe pas la fin de l'entreprise et du salariat* », *Le Monde*, 24 fév. 2016, p. 7.

139 – Externaliser pour se renforcer sur la chaîne de valeur de l’entreprise - Il est opportun pour l’employeur de se poser la question de savoir quelles activités doivent être externalisées. Il est couramment admis par la communauté scientifique que l’externalisation de fonctions estimées non essentielles ou à faible valeur ajoutée est un gage de bonne gestion : elle permettrait de concentrer l’attention du management sur les activités constituant le cœur d’expertise de l’entreprise : le chef d’entreprise d’une TPE par exemple, « *consacre son temps et son énergie à la production, à la commercialisation des produits ou services et à la gestion même de l’entreprise* »⁵⁷⁸. Il n’a pas de salarié(s) à sa constante disposition pour prévenir les risques juridiques : la rédaction d’une lettre d’engagement ou de rupture s’avère alors plus approximative que celle qui serait rédigée par un juriste averti⁵⁷⁹.

L’entreprise capitalise sur ses compétences foncières et externalise ce qui ne constitue pas son cœur de métier. Dans cette configuration, « *les orientations stratégiques de la société suivent celles d’un portefeuille de titres financiers dont la valeur dépend de l’aptitude à se recentrer sur son cœur de métier* »⁵⁸⁰. Ce principe a été mis à l’épreuve des faits : l’externalisation concerne environ les deux tiers des entreprises françaises⁵⁸¹. Le secteur public non marchand y est aussi attaché. Les collectivités territoriales externalisent de nouvelles fonctions (informatique, GRH par exemple) après les activités traditionnelles (entretien des espaces verts, ordures ménagères, restauration scolaire par exemple). L’État quant à lui, pour des raisons de budget et surtout d’effectifs (liés à la disparition des appelés du contingent qui constituaient une main d’œuvre quasi gratuite) a clairement inscrit dans le cadre d’une politique de « Réforme de l’État » la nécessité de se recentrer sur le cœur de ses missions. En général, « *les gains financiers attendus sur une opération d’externalisation doivent être de 20% à 40% sur la durée de vie d’un contrat* »⁵⁸², le but final étant de réduire les coûts de la fonction ou de l’infrastructure externalisée. L’externalisation pourra concerner les activités non stratégiques pour l’entreprise, c’est-à-dire celles qui sont plus faiblement productrices de valeur ajoutée. L’entrepreneur part souvent du constat que le prestataire pourra, grâce à son expertise et à une certaine mutualisation, facturer à un prix inférieur aux coûts d’une gestion interne. Il est utile de préciser cependant que dans le cadre de l’externalisation, l’entreprise

⁵⁷⁸ BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.), *Le travail et la loi*, Fayard, juin 2015, p. 11.

⁵⁷⁹ V. RAY (J-E.), « *La loi qui libère...* », *Droit social*, n° 10, oct. 2015, p. 756.

⁵⁸⁰ KOCHER (M.), « *L’actionnariat-salarié : à la croisée des chemins de gouvernance* », *Droit social*, n° 6, juin 2014, p. 540.

⁵⁸¹ GUGLIELMI (G.J.), « *Réflexions critiques sur la notion d’externalisation* », www.guglielmi.fr, p. 1.

⁵⁸² Proposition n° 249 du rapport remis par M. Jacques ATTALI au Président de la République en février 2008.

donneuse d'ordre ne perd pas le contrôle. Elle conserve un pilotage (relatif) sur le cadre et les conditions d'exécution de la prestation⁵⁸³.

140 – Externaliser pour renforcer la compétitivité - Externaliser la fonction juridique pour améliorer la compétitivité peut être tentant. Ce choix de gestion répond à un critère offensif (possibilité de gain) ou défensif (possibilité de perte).

Dans le choix offensif, le chef d'entreprise peut tout d'abord voir le recours à une expertise singulière ; ce sont les gains qui sont visés : « *La décision du dirigeant est essentiellement guidée par l'espérance d'obtenir durablement tout ou partie de ces gains* »⁵⁸⁴. Une entreprise cliente peut par exemple recourir au portage salarial pour des tâches juridiques ponctuelles, ne relevant pas de son activité normale et permanente, ou nécessitant une compétence dont elle ne dispose pas en interne. Le recours à cette expertise se voit consolidé par le fait qu'il n'est pas l'employeur de droit. Le contrat de travail est en effet conclu avec l'entreprise de portage salarial. Si les tâches s'inscrivent dans la durée, l'employeur aura alors intérêt à recourir à un cabinet de conseil juridique.

Dans le choix défensif, c'est le risque de perte qui est éludé. L'employeur voit dans le droit du travail une somme de coûts et de risques qui dépasse le cadre du risque d'opportunités qu'il est prêt à assumer. Cette perception peut alors nuire à l'emploi : « *On conçoit qu'il en vienne à considérer qu'à tout prendre mieux vaut ne pas conclure avec un salarié un contrat de travail que de s'exposer à de tels coûts et charges de temps* »⁵⁸⁵ ; une perception d'autant plus vraie qu'une assignation peut être vécue par le patron comme infamante, alors même qu'une condamnation prud'homale le désigne comme coupable même s'il s'agit de la simple application de la règle selon laquelle le doute profite au salarié⁵⁸⁶. Engager un nouveau salarié, rédiger un contrat de travail, gérer un éventuel contentieux⁵⁸⁷, assumer les diverses obligations liées aux régimes sociaux peut apparaître insurmontable aux entrepreneurs. Au poids financier des salaires et des charges sociales, se rajoute donc le coût des obligations administratives et juridiques lié au travail sans compter le risque accru de contentieux en période de chômage de masse : sa hausse provoque toujours un recours aux arbitrages

⁵⁸³ Contrairement au caractère ponctuel de la simple prestation de services externe ou bien au caractère plus durable du contrat de sous-traitance.

⁵⁸⁴ FIMBEL (E.), préc., p. 32.

⁵⁸⁵ BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.), préc., p. 11.

⁵⁸⁶ V. RAY (J-E.), préc.

⁵⁸⁷ La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 vise à améliorer le fonctionnement de la justice prud'homale en la rendant plus rapide, plus sûre et plus prévisible pour les employeurs comme pour les salariés.

judiciaires⁵⁸⁸ plus élevé. Cette tendance semble pourtant infirmée en France par le point d'inflexion qui coïncide avec l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle issu de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail : « *En se substituant pour partie aux licenciements, la rupture conventionnelle a influé mécaniquement sur leur nombre, diminuant ainsi le risque de litiges, sans que le nouveau régime donne lieu à des recours dans des proportions significatives* »⁵⁸⁹.

L'analyse est valide au sens de l'économie du droit. Le modèle du choix rationnel présume que l'employeur compare les retombées des différentes actions qu'il peut entreprendre, pour ne retenir que celle qui l'avantage le plus. Toutes comportent des éléments d'incertitude ou de risque. L'externalisation permet d'éviter de les assumer. En effet, elle s'analyse comme « *un transfert contractuel du risque juridique vers une autre personne juridique, prête à l'assumer* »⁵⁹⁰. Par le biais de l'assurance, l'assuré transfère la charge d'un risque à une institution. Par déduction, avec l'externalisation, l'entreprise cliente transfère un risque à une autre personne juridique.

141 – Externaliser pour améliorer la rentabilité - Le financement de la fonction juridique se révèle déterminant. Les entrepreneurs n'ont pas, le plus souvent, la solidité financière ou la trésorerie suffisante pour financer un service juridique *ad hoc*, propre à l'entreprise⁵⁹¹. Dans ce contexte, le coût de la gestion des contraintes juridiques sera probablement subi. Il entachera la compétitivité-coût de l'entreprise : c'est pourquoi il pourra y avoir délégation extérieure à l'entreprise. Le recours à des spécialistes permet, en outre, de limiter les coûts d'accès à la justice qui, en France, relèvent des *dépens* et des *coûts irrépétibles*. Les premiers sont les frais qu'un juge peut décider de faire supporter à la partie perdant le procès : celle-ci règle alors aussi les frais de l'autre partie (les employeurs perdant en général dans les deux tiers des litiges). Les seconds concernent les honoraires dus aux avocats indépendamment de l'issue du procès. L'employeur fait alors le choix de l'hypothèse qui diminue au maximum son risque financier en partant du postulat selon lequel « *chacune des parties sait initialement que le coût final du litige qu'elle supportera pourrait s'avérer supérieur à ses propres dépenses, si le jugement prononcé lui est défavorable* »⁵⁹².

⁵⁸⁸ Liaisons Sociales Quotidien, « *La montée du chômage augmenterait les recours prud'homaux* », n° 16.634, 21 juil. 2014.

⁵⁸⁹ INFOSTAT JUSTICE, « *Les litiges individuels du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses* », août 2015, n° 135.

⁵⁹⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 44.

⁵⁹¹ De nombreux praticiens ou gestionnaires utilisent l'expression de « *staffer un service juridique* »

⁵⁹² DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, p. 108.

De la prise en compte de ces réalités est né le principe du courtage juridique. Des intermédiaires spécialisés dans ce nouveau type de services aux entreprises, souvent des TPE et PME, s'avèrent très utiles. Face à la multiplication des spécialités juridiques, certaines entreprises sont démunies à la fois pour trouver le professionnel adéquat et négocier des honoraires à un coût supportable. On peut prendre l'image du médecin-traitant pour appréhender une partie de la mission du courtier dans son rôle d'orientation vers le spécialiste adéquat (avocat, huissier, notaire, expert-comptable, etc.). Son positionnement économique lui permet également d'opérer des négociations de tarifs que, seul, un entrepreneur ne pourrait obtenir. Externaliser cette activité prend ainsi tout son sens pour le chef d'entreprise, surtout quand on sait que les professions libérales concernées n'y sont pas hostiles. Elles ont tout à y gagner elles aussi (temps, absence de négociations continues, etc.) dans la mesure où, et ce doit être un garde-fou, leur indépendance reste préservée. Cette volonté d'indépendance reste essentielle : dans la pratique professionnelle, dans le choix du client, dans le caractère exclusif ou non de la relation avec la société de courtage juridique. A l'inverse, les grandes entreprises ont, elles, les moyens d'internaliser la fonction en bénéficiant de juristes compétents et expérimentés qui œuvrent dans des services structurés.

142 – Externaliser pour favoriser conciliation et bonne foi – Les modes alternatifs de résolution des litiges (MARL) constituent des instruments de régulation de la demande de justice. Ces manières de résoudre les litiges permettent à l'employeur et au salarié de trouver une solution à leur différend sans passer par une procédure contentieuse. Il est aussi possible d'y voir une forme d'équité dans la mesure où les parties ont conféré à l'arbitre des pouvoirs d'amiabiles compositeurs⁵⁹³: le règlement du litige, en dehors des règles du droit, utilise des critères tels que la raison, l'utilité, la paix sociale, la morale.

Le règlement amiable d'un désaccord du travail nécessite de faire appel à un médiateur (médiation conventionnelle) ou à un avocat (procédure participative) pour régler des différends apparus durant l'exécution du contrat de travail ou lors de sa rupture. Le recours à des conciliateurs relève alors de l'externalisation de la fonction juridique⁵⁹⁴. L'employeur ne négocie pas lui-même. Les accords amiables qui relèvent de la contrainte sont ceux qui seront homologués : ils relèveront de l'autorité de la chose jugée. L'homologation leur donne force exécutoire. Ainsi, si l'une des parties ne respecte pas son engagement, l'autre pourra en

⁵⁹³ CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000, p. 344.

⁵⁹⁴ Seul le cas de la transaction, qui peut intervenir en cours de procédure contentieuse, ne nécessite pas le recours *obligatoire* à un conseil juridique même s'il est préférable d'y recourir afin de s'assurer de la validité de la transaction signée.

demander l'exécution forcée. Le recours à un tiers permet alors de favoriser la conciliation tout en renforçant la sécurité juridique.

Ce recours peut se révéler des plus pertinents dans les entreprises de moins de onze salariés où la sanction d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse peut s'avérer très coûteuse pour l'employeur du fait de l'immixtion du juge dans l'évaluation du dommage⁵⁹⁵. Il relève même d'une véritable culture aux États-Unis où les clauses d'arbitrage peuvent intervenir non seulement dans les allégations de violation des stipulations du contrat, mais aussi dans les infractions de droit public. Ce mode de résolution supprime même l'action en justice dès lors que des clauses d'arbitrage contenues dans tout contrat d'adhésion sont formulées : « *En vertu du contrat, le seul et unique moyen de demander réparation consiste à passer par un arbitre* »⁵⁹⁶.

Il est aussi possible de concevoir le mode alternatif comme une prise de précautions profitable à la performance du contrat. Si son objectif premier est de réduire les coûts associés au règlement des litiges, l'économie du droit considère que « *le but ultime du système judiciaire est d'inciter les parties à prendre les précautions nécessaires pour éviter tout conflit* »⁵⁹⁷. Dans cette optique, le recours à un tiers permet de mettre en place des accords amiables *ex ante*, pris avant l'apparition du litige. L'intérêt est double : « *D'une part ils renforcent les incitations à des comportements visant à réduire la probabilité d'occurrence d'un litige (...). D'autre part, les MARL permettent l'acquisition d'information* »⁵⁹⁸. L'intervention du tiers permet donc de réduire les risques d'opportunisme qui naissent de la fiction des contrats de travail complets⁵⁹⁹ (*in fine*, elle renforce la confiance). Elle permet enfin de promouvoir le solidarisme contractuel dans la mesure où il implique un certain altruisme⁶⁰⁰ par la prise en

⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 1235-3 modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 : « *Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous (...). En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent (...). Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture (...)* ».

⁵⁹⁶ V. FINKIN (M.), « *L'arbitrage aux États-Unis, une véritable histoire d'amour* », Droit social, n° 2, fév. 2017, p. 128.

⁵⁹⁷ DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), p. 143.

⁵⁹⁸ *Ibidem*.

⁵⁹⁹ V. MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 170.

⁶⁰⁰ V. CEDRAS (J.), « *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation* », Cour de cassation, rapport 2003, études diverses.

compte des intérêts du cocontractant. Au final, le mode alternatif de règlement du différend - *ex ante* - donne un relief particulier à la notion de bonne foi.

B) L'internalisation de la fonction juridique

143 – L'externalisation comme choix contingent - Si les avantages de l'externalisation se révèlent nombreux, *in fine*, l'entreprise gardera associée à son cœur de métier la gestion des activités qui présentent un facteur de risque entrepreneurial : le recentrage sur la chaîne de valeur en fait partie.

Cependant un auteur montre, après travaux empiriques, que toute approche uniforme de l'externalisation et du raisonnement symétrique gains/pertes est invalide : « *Les différentes natures et les intensités des gains et/ou pertes stratégiques dont ces opérations sont intrinsèquement porteuses doivent être reconnues et prises en compte sous peine d'erreurs lourdes. Le champ de l'externalisation est vaste et mérite donc un questionnement, des investigations et des traitements approfondis, significatifs et fréquemment renouvelés* »⁶⁰¹. La rationalité s'en révèle limitée. Dans la plupart des entreprises, le choix stratégique de l'externalisation se révèle donc contingent. Le rapport gains/pertes est certes déterminant mais les risques stratégiques liés à l'externalisation sont nombreux : « *Lorsqu'il prend une décision stratégique, le dirigeant mobilise son échelle de valeurs, elle-même issue de sa culture, de ses expériences et de sa vision de l'avenir. En phase décisionnelle, les enjeux font l'objet d'une estimation* »⁶⁰².

144 – L'externalisation de la fonction juridique comme faute - Certains auteurs ou praticiens vont même plus loin en l'érigent au niveau de la faute ; ainsi, pour l'avocat Jacques Barthélémy, « *déléguer la gestion administrative des contraintes est une faute* »⁶⁰³ : il s'agit d'un « *investissement inutile qui ne se traduit par aucun bénéfice* ». Cette vision est probablement excessive dans certains contextes : trop uniforme pour être vérité. Ainsi, si l'entrepreneur n'a que trop peu de ressources pour financer et gérer la gestion économique du droit, il sera contraint d'externaliser. Le cycle de son activité est aussi important. A l'étape de l'implantation de l'activité, de son expansion, l'entrepreneur pourra être centré sur d'autres enjeux ou nécessités pour lui. En phase de maturité par contre la question de l'internalisation de tout ou partie de la fonction juridique pourra se poser avec plus d'acuité. Dans tous les

⁶⁰¹ FIMBEL (E.), préc., p. 40.

⁶⁰² *Idem*, p. 27.

⁶⁰³ BARTHELEMY (J.), conférence du 31 mars 2016, UAPV.

autres cas, et pour conforter l'analyse de M. Jacques Barthélémy, lorsque la question de l'opportunité se posera il restera nécessaire d'en mesurer les risques.

Externaliser la fonction juridique peut entraîner une perte de contrôle préjudiciable à l'entreprise. Or le contrôle est une tâche opérationnelle d'importance. Perdre la gestion administrative des contraintes juridiques entraîne inéluctablement une diminution de la maîtrise des informations. Cela va contribuer à alourdir son poids pour l'entreprise. Enfin, la qualité du prestataire est d'importance : un coût social, un risque réputationnel, une perte de fiabilité peuvent être la conséquence d'un contrat passé avec un prestataire qui, lui aussi entrepreneur, peut ne pas être pérenne, insuffisamment loyal, voire incompetent. Le droit du travail reste un droit évolutif que le chef d'entreprise doit pouvoir appréhender pleinement s'il veut que des relations coopératives puissent se construire avec ses salariés.

L'un des mérites de l'externalisation (diminution *apparente* des coûts) est souvent surestimé car il peut être méjugé qu'externaliser génère des coûts de transaction parfois importants. Il faut ensuite gérer de nouveaux risques découlant de la perte de contrôle et de la qualité du partenaire.

Tout d'abord, il nous semble utile de préciser qu'un contrat d'externalisation nécessite une formalisation contractuelle professionnelle fixant de manière précise les prestations attendues et leur niveau de qualité ainsi que les devoirs et obligations respectifs du donneur d'ordre et du prestataire, les modalités de gestion – souvent conjointe – d'incidents voire de crise et les obligations en matière de continuité d'activité⁶⁰⁴. Une telle contractualisation a pour pré-requis un important travail de formalisation des prestations attendues de la part des opérationnels qui va bien au-delà de ce qui est fait en général en contexte interne ; or le prestataire ne réalisera lui – au mieux – que ce à quoi il s'est engagé. Le contrat doit également contenir les clauses nécessaires en matière de confidentialité, de secret professionnel, de propriété intellectuelle, etc.

Ensuite, l'externalisation n'exonère pas l'entrepreneur de sa responsabilité : l'entreprise qui sous-traite ou donne mandat, demeure – quels que soient les engagements de résultats de ses sous-traitants et leur couverture en assurance – responsable en première ligne des activités externalisées, tant vis-à-vis de ses distributeurs et clients, de ses collaborateurs, que des tiers.

⁶⁰⁴ Dans la pratique, le terme de SLA est souvent utilisé (*service-level agreement*) ; il peut se traduire en français par « accord de niveau de service » ou « contrat de niveau de service ». Il est donc un contrat dans lequel on formalise la qualité du service en question.

Si cette externalisation la conduit à recevoir du personnel (relations de travail triangulaires) les juges peuvent être amenés à reconnaître les situations de co-emploi⁶⁰⁵ en présence de confusion des subordinations.

L'externalisation peut aussi avoir des effets sur le potentiel de l'entreprise qui mandate ou qui agit comme donneuse d'ordre. Son efficacité économique peut se trouver limitée par une perte de productivité des salariés qui y œuvrent au quotidien. Perdre en dialogue social, en compétences et en adaptabilité intrinsèque, c'est probablement obérer l'avenir. De plus, l'amointrissement du capital immatériel consécutif à cette perte de savoir-faire est sans nul doute une fonction croissante de sa durée (pourtant, comme pour la sous-traitance, le principe de l'externalisation est de s'inscrire dans le temps). Enfin, en lien avec le risque précédent, externaliser peut entraîner un coût d'opportunité majeur : celui de la perte de l'essence stratégique que le droit du travail possède, celui de l'efficacité organisationnelle que procure sa gestion économique. L'entreprise doit conserver les compétences lui permettant de piloter opérationnellement l'appréciation et la gestion des risques afférents aux activités juridiques. En effet, voir le droit comme instrument d'organisation de l'entreprise peut créer des synergies qui, loin de générer uniquement des coûts, pourront créer de la valeur. Aussi, prendre la décision d'internaliser la fonction juridique peut se révéler *in fine* profitable à la performance de l'entreprise.

145 – La fonction juridique comme élément de la chaîne de valeur - Nous avons tiré de la définition du Pr. Gilles Guglielmi que l'externalisation concernait le transfert d'activités « *non essentielles et non stratégiques* ». Pourtant, on a mesuré combien la gestion du droit revêt un rôle stratégique essentiel. Aussi, lorsqu'il en a la possibilité, si l'agent empreint de rationalité absolue ou limitée désire utiliser le droit comme instrument de stratégie, il doit éviter d'en externaliser la gestion car les gains d'efficacité organisationnelle peuvent être majeurs (maîtrise de l'information, capacité à assurer une veille juridique, développement de la coopération entre les diverses parties prenantes à la production). Au détriment de la notion de coût, l'argent investi se révélera ainsi être un investissement pourvoyeur d'efficacité. Cet investissement permettra de créer de l'énergie, d'en utiliser réellement les possibilités stratégiques et, *in fine*, de créer une valeur bien supérieure à celle de son coût : une utilité marginale positive. Aussi, conformément au postulat posé par M. Jacques Barthélémy, on conclura que l'utilité marginale de l'externalisation de la fonction juridique peut s'avérer positive à court terme mais négative à long terme.

⁶⁰⁵ Soc., 17 juin 2005, pourvoi n° 03-13.707, publié au bulletin.

§ II – La gestion du risque

146 – Définition du risque – La polysémie de notion est plurielle en droit. Les conséquences, en terme de responsabilité, sont essentiellement visées par les divers codes. Elle définit un type de *responsabilité de la puissance publique* en droit administratif⁶⁰⁶ ; *via la théorie du risque* en droit de la responsabilité, elle caractérise un système fondant la responsabilité civile en droit civil⁶⁰⁷ et met à la charge du débiteur le *risque d'inexécution* en droit des contrats (C. civ. art. 1344-2 *nouv.*)⁶⁰⁸. C'est le *risque d'inexécution* qui est visé par l'art. L. 1220 C. civ.⁶⁰⁹ quand en droit de la consommation, elle désigne un *transfert de risque*⁶¹⁰. En droit du travail, l'appréhension de la notion a évolué avec l'activité casuistique. Il a pu s'agir de la prise en compte ancienne en matière d'accidents du travail de la *responsabilité pour risque*⁶¹¹ ou encore de la reconnaissance récente du *préjudice d'anxiété*⁶¹².

L'analyse économique du droit nous amène à différencier le risque de l'incertitude. C'est la connaissance par l'entrepreneur d'informations stables permettant des choix parmi des options certaines qui permet de fixer le périmètre des deux concepts. Le risque serait

⁶⁰⁶ La victime n'aura pas à prouver de faute pour obtenir indemnisation, mais seulement à établir le lien de causalité et un dommage d'une certaine gravité (Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017, p. 972).

⁶⁰⁷ Celui qui tire avantage matériel ou moral d'une activité doit en supporter les conséquences dommageables pour les tiers ; cette théorie du risque rejette la faute comme condition de la responsabilité civile (Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017, p. 972).

⁶⁰⁸ Lorsque dans un contrat synallagmatique l'une des parties est exonérée en raison d'un événement de force majeure qui l'a empêchée de fournir sa prestation, la théorie des risques permet de désigner celui des contractants qui supportera les conséquences de l'inexécution ; en règle générale, le débiteur exonéré ne peut recevoir la contrepartie de ce qu'il n'a pu accomplir : il supporte les risques. L'article L. 1344-2 C. civ. dispose que : « *La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà* ».

⁶⁰⁹ L'article dispose : « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ».

⁶¹⁰ Il ressort des dispositions de l'art. L. 2016-4 du Code de la consommation que « *tout risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur au moment où ce dernier ou un tiers désigné par lui, et autre que le transporteur proposé par le professionnel, prend physiquement possession de ces biens* ».

⁶¹¹ Le fondement de cette responsabilité est une conséquence de l'arrêt du Conseil d'État du 28 mars 1919, Regnault-Desrozières, qui a préféré écarter expressément le fondement de la faute pour lui substituer celui du risque anormal de voisinage. Des manipulations dangereuses avaient été exécutées dans les casemates d'un fort sans que l'administration ait pris les précautions convenables ; le fort a sauté et l'explosion a fait des victimes dans la population avoisinante.

⁶¹² V. Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20.486 ; Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-26.175 ; Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20474 ; Soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-21.716 ; Soc., 27 janv. 2016, pourvoi n° 15-10.640. La chambre sociale a posé comme principe qu'« *un salarié remplissant les conditions d'adhésion prévues à l'art. 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et l'arrêt ministériel, a droit, qu'il ait ou non adhéré à ce régime légal, à la réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété* ». Elle soutient ensuite que « *le préjudice moral résultant pour un salarié du risque de développer une maladie induite par son exposition à l'amiante est constitué par le seul préjudice d'anxiété dont l'indemnisation répare l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance d'un tel risque* ».

prévisible et récurrent, à l'inverse de l'incertitude : en cas de difficultés économiques impliquant une fermeture d'usine, un conflit social est prévisible quand la perte de clients grands comptes relève de l'incertain. Sans définir la notion précisément, l'économie du droit, tout comme les branches du droit citées précédemment, en gère ensuite les conséquences : « *Les pertes récurrentes pour lesquelles nous avons des statistiques peuvent faire l'objet d'assurance. En situation d'incertitude, c'est l'intéressé lui-même qui assume le risque. Il fait alors acte d'entrepreneuriat* »⁶¹³. Le risque peut être transféré contractuellement à une autre personne juridique prête à l'assumer ; c'est le principe de l'assurance : « *Un important coût certain est remplacé par un modeste coût certain* »⁶¹⁴. L'assurance du risque de litiges image ce principe d'assurabilité. Si en Europe les plaignants ont la possibilité de contracter une assurance pour couvrir les coûts d'un procès (avocats, dépens), c'est un système de rémunération contingente qui est autorisé aux États-Unis selon lequel l'avocat gagne en proportion du montant total de l'indemnisation en cas d'issue favorable au procès ; c'est alors un moyen pour un plaignant présentant une aversion pour le risque de transférer *le risque de coûts de litiges*⁶¹⁵. Le problème de l'assurabilité se pose alors pour les nouveaux risques dont l'estimation peut se révéler ardue en raison de preuves insuffisantes quant à l'établissement d'un lien de causalité (OGM, champs électromagnétiques, obésité, etc.).

Au regard des ces deux disciplines, on peut relever certains points communs : le dommage avéré ou potentiel, la prise en charge du coût du risque transférée ou pas. On en déduit que le risque peut se définir comme un événement dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties, pouvant causer un dommage dont la charge peut ou non être organisée.

147 – Prévention du risque et performance – En présence d'assurance, le caractère incitatif de la responsabilité joue de manière indirecte, puisqu'en cas de dommage c'est l'assureur qui se charge de l'indemnisation. En situation courante d'information imparfaite, l'assurance s'adapte de façon à ce que les incitations à la prévention ne soient pas détruites (assurance partielle, franchise pour limiter les comportements opportunistes). Les dommages non monétaires quant à eux ne peuvent être transférés contractuellement. Ainsi, un risque collectif d'altération du climat social dans l'entreprise ne peut être couvert par un cocontractant ou une quelconque assurance, quand un risque de licenciement pour motif personnel ne pourra être

⁶¹³ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 47.

⁶¹⁴ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 45.

⁶¹⁵ Pour plus de précisions, V. DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, p. 99.

assumé qu'individuellement. Aussi, du point de vue de l'employeur, et par application du principe juridique de *bonne foi*, il convient de s'obliger à la prévention naturelle du risque.

L'internalisation de la gestion de la fonction juridique permet de mieux percevoir et prévenir l'incertitude. L'utilité marginale pour l'entrepreneur pouvant être largement positive, la gestion du risque juridique devient alors un instrument structurel d'organisation de l'entreprise, autrement dit, un vecteur de performance. Ainsi, si le choix stratégique de ne pas externaliser la fonction est fait, il convient de pleinement l'investir. Faire appel à des tiers reviendrait à intégrer cette fonction par à-coups, par exception, ce qui semble très risqué pour gérer efficacement les aléas. L'internalisation permet de gérer le quotidien de la relation de travail sur une échelle allant de la formation du contrat à sa rupture, en passant par son exécution. Elle permet aussi de développer la propension du droit à s'inscrire dans une chaîne de causalité. Le cas échéant, une morale de l'efficacité pourra se substituer à la seule morale de protection des intérêts des salariés.

L'imprévisibilité de l'activité économique est réelle. Elle ne peut être éludée car elle se révèle cœur de l'économie ; ainsi « *les décisions entrepreneuriales induisent la création ou l'identification de nouvelles relations entre moyens et fins précédemment non détectées ou non utilisées par les acteurs du marché* »⁶¹⁶. L'opportunité entrepreneuriale peut cependant se distinguer de l'opportunité de profit attachée à la création, à l'exécution, voire à la rupture du contrat de travail ; si celui-ci peut être source d'imprévisibilité, il reste caractérisé par une relation moyens-fins connue de l'entrepreneur. Le contrat de travail maximise en effet une ressource rare à travers des obligations contractuelles connues des contractants. C'est au travers de celles-ci que la gestion du risque peut s'opérer et devenir un axe fort de l'action entrepreneuriale, pour servir la performance de l'entreprise.

Aussi, déciderons-nous de réfléchir aux raisons qui motivent une gestion rationnelle des risques (A) avant d'envisager, dans un second temps, les moyens de les gérer et d'accroître l'efficacité juridique et économique (B).

⁶¹⁶ CHABAUD (D.), MESSEGHEM (K.), « *Le paradigme de l'opportunité. Des fondements à la refondation* », Revue française de gestion, n° 206, juil. 2010.

A) Une nécessaire culture de la responsabilité

La responsabilité de l'employeur est clairement définie par le droit. Fondée sur des bases juridiques précises (1) elle ne cesse de s'étendre pour s'engager dans un processus manifestement extensif (2).

1) L'énoncé du principe juridique

148 – L'obligation patronale de sécurité - Deux caractères du contrat de travail traduisent la nécessité de prendre en compte la gestion des risques au cours de son exécution. Ce contrat est tout d'abord synallagmatique, puisque les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre⁶¹⁷. Le salarié est tenu de fournir sa prestation sous la direction et le contrôle de l'employeur. Le contrat garantit *a minima* un échange de quantités, mais aussi un échange qualitatif né du lien qui unit l'employeur à son salarié.

Si, dans un premier temps, l'échange entre travail et rémunération constitue la base visible et minimale de la relation contractuelle, employeur et salarié sont aussi liés par un échange de sécurité⁶¹⁸ contre dépendance. Ensuite, ces obligations ne font que se nourrir de l'absence d'instantanéité de ce contrat : les obligations découlant du contrat de travail sont échelonnées dans le temps. C'est ce qui rend leur exécution continue sur la durée de vie du contrat et explique l'existence d'aléas, nés de l'incomplétude de celui-ci. Ainsi, le contrat de travail perçu comme à exécution successive, renforce la responsabilité née de l'exercice de la subordination. Au-delà de la responsabilité contractuelle et comme déclinaison de celle-ci, l'employeur est tenu d'un devoir de protection que la législation et la jurisprudence ont grandement contribué à faire évoluer en s'appuyant notamment sur la *théorie du risque*.

Ainsi, le droit considère que subordonnés à leur employeur et exposés à des risques professionnels qui vont croissants, physiquement préhensibles et désormais psychosociaux, les salariés ne peuvent être jugés pleinement responsables de leur propre sécurité. Cette analyse s'avère d'autant plus prégnante que l'ensemble des normes en vigueur considère le lieu de travail comme un centre permanent de dangers divers. La théorie du risque de voisinage anormal aura fortement modifié les constructions juridiques en la matière puisque « *la jurisprudence en est arrivée à cette conception que tout accident survenu dans le lieu de travail, par exemple, dans l'usine, tombe sous le coup de la loi du 9 avril 1898, non seulement*

⁶¹⁷ C. civ., art. L. 1106.

⁶¹⁸ M. Alain SUPIOT définit les sécurités physique et mentale d'une part, et économique d'autre part.

lorsqu'il est le résultat d'un cas fortuit, ce qui est l'esprit même de la loi, mais même lorsqu'il résulte d'un cas de force majeure »⁶¹⁹.

149 – Évolution de l'obligation patronale de sécurité - Sur le fond, si l'essentiel du régime de responsabilité incombe à l'employeur, il est à noter que son obligation n'est pas absolue.

Les juridictions prennent en considération l'imprudence du salarié pour réduire les indemnités dues par la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM). Sur la forme, la jurisprudence sanctionne même « *le caractère non contradictoire de la procédure par l'inopposabilité à l'employeur de la décision de la caisse* »⁶²⁰. Elle permet même aux employeurs de pouvoir s'exonérer de leur responsabilité en matière de harcèlement moral⁶²¹ comme évolution au principe selon lequel l'absence de faute ne peut l'exonérer de sa responsabilité⁶²² : désormais conformément à la solution formulée dans l'arrêt *Air France* du 25 nov. 2015, la Cour de cassation énonce dans l'arrêt du 1^{er} juin 2016 que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre des mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles L. 4121-1 et L. 5121-2 C. trav et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser. Deux éléments doivent donc être réunis pour tempérer l'obligation patronale de sécurité : prise de mesures immédiates propres à faire cesser le risque, mise en oeuvre de mesures de prévention (information, prévention).

150 – Reconnaissance de la personnalité morale et conséquences financières – Outre le risque civil, le coût de l'exécution du contrat de travail peut être impacté par la gestion de l'obligation patronale de sécurité.

Une enquête réalisée en 2016⁶²³ sur un échantillon de 200 entreprises de tous secteurs de plus de 50 salariés et implantées en France, près de la moitié affirment maîtriser chaque étape de la gestion des dossiers CPAM ; deux tiers d'entre elles savent qu'elles peuvent contester le taux

⁶¹⁹ HAURIOU (M.), « *Conditions et limites de la responsabilité pour risque* », Note sous Conseil d'Etat, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers, S. 1918-19.3.25, 2014 (version numérique du site de la Revue Générale du Droit).

⁶²⁰ OLLIER (P.), « *La responsabilité de l'employeur en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles* », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2002, p. 4.

⁶²¹ V. Soc., 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-19.702.

⁶²² Soc., 29 juin 2006, pourvoi n° 05-43.914, publié au bulletin.

⁶²³ LE SAINT (R.), « *Accidents du travail : les entreprises relâchent leurs efforts* », Entreprises et Carrières, 16 nov. 2016.

d'incapacité permanente partielle (IPP) attribué par la Caisse. L'importance est capitale, puisque cela joue sur le taux de cotisation AT-MP, notifié annuellement et calculé en fonction du nombre d'accidents enregistrés. Il s'agit-là d'un élément prégnant de maîtrise de la masse salariale qui a aussi pour intérêt d'inciter à la prévention et de limiter la responsabilité financière qui pèse sur l'employeur. La gestion des risques juridiques a d'autant plus d'importance que les personnes morales sont débitrices d'obligations. En droit privé, l'évolution historique en la matière fut manifeste. Ce qui est devenu aujourd'hui une évidence a tout d'abord été une âpre discussion en doctrine, une opposition dont l'issue fut que la *théorie de la réalité* s'imposa en lieu et place de la *théorie de la fiction*. A la différence des personnes physiques dont l'existence est tangible, les auteurs du XIX^e siècle voyaient, dans la personnalité morale, une fiction à visée utilitariste, une invention contraire à la nature même des choses. Pour eux, seule la loi pouvait créer une personne morale. Pourtant, l'entreprise en tant qu'entité, était suffisamment réelle pour se voir reconnaître la personnalité juridique. Par son activité économique et sociale elle préexiste au droit, qui ne fait que la consacrer. En droit positif, l'entreprise sociétaire pourtant non visée par la loi, s'est donc vue dotée de la personnalité morale. Telle fut la solution retenue par la jurisprudence qui, par un arrêt de principe du 28 janvier 1954⁶²⁴, a tranché la controverse universitaire en imposant la thèse de la réalité de la personne morale. Une évolution manifestement incontestée, puisque la reconnaissance de la responsabilité pénale s'est imposée en 1994. L'article 121-2 du Code pénal prévoit en effet que « *les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ».

Cette thèse ne prospéra pas cependant au point de faire des groupes de sociétés des sujets de droit. Loin d'être consacrée comme une notion autonome légale, c'est par d'autres branches que le droit civil ou le droit des sociétés et notamment par le droit comptable, le droit fiscal, le droit du travail ou encore celui de la concurrence que la question du groupe fut traitée. Le pouvoir de contrôle, lié au droit de vote, n'est pas reconnu en droit comme un critère spécifique et suffisant pour définir juridiquement le groupe. Il constitue certes un déterminant pour l'application d'un certain nombre de règles légales, mais ne permet pas toujours de déterminer les comportements d'administration et de gestion des sociétés contrôlées. On comprend qu'il a été alors difficile d'adosser au groupe un régime de responsabilité identique à celui des entreprises sociétaires. Dans un arrêt du 10 décembre 2015, la Cour de cassation a refusé de reconnaître une situation de co-emploi entre une société mère et sa filiale, placée en liquidation judiciaire moins d'un an après son rachat total par le groupe. Le fait que les

⁶²⁴ Cassation civile 2, 28 janv. 1954, pourvoi n° 54-07.081.

dirigeants proviennent du groupe, que la société mère ait pris des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit impliquée dans le reclassement des salariés licenciés, a été jugé insuffisant pour caractériser le co-emploi⁶²⁵. En 2014 déjà la Cour de cassation avait considérablement réduit la possibilité de faire reconnaître une situation de co-emploi dans les groupes de sociétés, entre une filiale et la société mère. Le co-emploi suppose en effet de caractériser une ingérence, dans le domaine social et économique, dépassant les rapports de domination économique et la politique commune inhérente au fonctionnement d'un groupe⁶²⁶.

Dans un contexte de complexification et de renforcement des activités traditionnelles de la firme, il est essentiel pour l'employeur de gérer avec la plus grande rigueur des risques qui vont croissants. Ceci a d'autant plus d'importance que « *le droit est le parfait reflet de l'évolution du risque dans notre société. Il suffit en effet de considérer l'évolution du droit de la responsabilité civile depuis l'adoption du Code civil pour en être convaincu* »⁶²⁷. Le régime de la responsabilité objective « *fondée sur l'idée de risques et non plus sur celle de faute* »⁶²⁸ est à ce titre venu enrichir celui de la responsabilité du fait personnel, du fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde. Ce régime s'appuie sur une forme d'objectivité. En premier lieu, sur le fait que « *le corps du salarié cesse d'être le siège d'une libre volonté individuelle, pour devenir une chose vivante insérée dans une organisation conçue par autrui* »⁶²⁹. L'objectivation du salarié dans le contrat de travail fut donc une des conditions premières de la protection de sa personne. Ainsi, par extension jurisprudentielle et prenant appui sur un arrêt du Conseil d'État du 28 mars 1919⁶³⁰, l'entreprise tirant profit d'une activité industrielle et commerciale doit en supporter les charges, ce qui englobe l'indemnisation des dommages qu'elle provoque. En second lieu, si un nombre limité d'entreprises exercent une activité peu risquée, pour lesquelles le régime de la responsabilité pour faute est adapté, nombreuses sont celles qui exercent une activité commerciale mâtinée de risques permanents. La *théorie du risque* est venue renforcer leur responsabilité, ce dont témoignent particulièrement l'obligation patronale de sécurité⁶³¹ ou encore le concept de *faute inexcusable de l'employeur*⁶³². En l'espèce, l'insuffisance de

⁶²⁵ Soc., 10 déc. 2015, pourvoi n° 14-19.316.

⁶²⁶ Soc., 2 juil. 2014, pourvoi n° 13-15.208.

⁶²⁷ VERDUN (F.), *La gestion des risques juridiques*, Éditions d'Organisation, 2006, p. 11.

⁶²⁸ SUPIOT (A.), *Critique de droit du travail*, PUF, 2015, p. 70.

⁶²⁹ *Ibidem*.

⁶³⁰ Conseil d'État, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers, S. 1918-19.3.25.

⁶³¹ V. VÉRICEL (M.), « *L'obligation patronale de sécurité de résultat* », dans *Le droit des conditions de travail*, Dalloz action, à paraître.

⁶³² Cassation civile 2, 8 nov. 2012, pourvoi n° 11-23.855 ; une faute inexcusable peut être reconnue lorsque l'accident du travail est dû au stress subi par le salarié du fait de la politique de surcharge et de pression menée par l'employeur.

mesures préventives, même non déterminante, suffit à engager la responsabilité de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

2) Le principe de responsabilité cumulative

151 – Élargissement du champ de la responsabilité pénale – La loi a étendu l'objet de l'obligation patronale de sécurité en prévoyant un cumul de responsabilités entre la personne morale et ses dirigeants sociaux. Ce dispositif constitue une incitation à la prévention au sens de l'économie du droit : « *L'élargissement du champ de la responsabilité, en posant le problème de l'allocation des responsabilités, conduit à envisager une adaptation des règles de responsabilité* »⁶³³. Ainsi, la personne morale n'est pas la seule à pouvoir être sanctionnée. L'article 121-2 al. 3 C. pén. dispose que « *la responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits* ». La loi institue ainsi un régime de responsabilité cumulative avec celle des personnes morales.

En premier lieu, la jurisprudence étend l'objet de l'obligation patronale de sécurité en imputant, en l'absence de délégation de pouvoirs, l'imprudence aggravée à tous les dirigeants, en titre et en fait⁶³⁴. Au cœur du contentieux sur l'amiante, c'est ce qu'a énoncé la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 juin 2016. Dans cette affaire⁶³⁵, le prévenu, investi de la qualité de dirigeant en titre, voyait la réalité de ses pouvoirs contredite par la présence à ses côtés d'un gérant de fait⁶³⁶ qui exerçait la direction effective de l'entreprise. C'est au vu de cette circonstance particulière que la cour d'appel de Paris avait prononcé un non lieu au bénéfice de l'intéressé après avoir relevé qu'il ne s'était jamais trouvé réellement investi des pouvoirs : la brièveté des pouvoirs (6 mois) ainsi que la caractérisation d'une activité positive de gestion en d'autres mains, concouraient à la conclusion que le dirigeant en titre ne s'était pas rendu auteur ni de la violation délibérée des obligations de sécurité, ni d'une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité (art. L. 121-3, al. 4, C. pén.).

⁶³³ DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, p. 100.

⁶³⁴ Précédemment, le juge du droit avait déjà conclu à l'absence de solidarité entre dirigeants de droit et de fait d'une même personne morale au regard de l'action en paiement de l'insuffisance d'actif ; cette absence de solidarité a pour conséquence que l'action en paiement de l'insuffisance d'actif engagée dans le délai légal contre un dirigeant n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres dirigeants de droit ou de fait ; Com., 7 mars 2006 (Bull. n°61) ; Com., 26 oct. 1999, pourvoi n° 97-10.464.

⁶³⁵ Crim., 7 juin 2016, pourvoi n° 15-81.023.

⁶³⁶ Absence de toute obligation de rendre compte des résultats obtenus et activité positive de gestion effectuée en toute indépendance.

Cependant, c'est en considération de la condition d'autonomie minimale qui imprime fortement le régime des pouvoirs délégués que s'explique le rejet de tout transfert de responsabilité pénale sur le gérant de fait⁶³⁷. Selon un auteur, si une telle exigence requiert du délégant qu'il abandonne au délégataire de manière effective le choix de la décision ainsi que les moyens adéquats, elle ne le soustrait pas au devoir de contrôler la réalisation de l'objectif⁶³⁸. Dans cette espèce, la délégation de pouvoirs n'avait même pas été révélée ; aussi, l'implication fautive du gérant de fait n'était pas susceptible de faire obstacle à la responsabilité du dirigeant en titre qui « *avait le devoir, en sa qualité de chef d'établissement et employeur, même pour une période de temps limitée, de s'assurer personnellement du respect constant de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs et avait la charge de mettre en oeuvre les mesures de protection* »⁶³⁹.

152 – Double lecture de la théorie de l'institution - Un premier courant jurisprudentiel tend à condamner les personnes morales pour une infraction (intentionnelle ou non) en présumant sa commission par un organe ou un représentant non-identifié ; cette solution profite évidemment aux dirigeants sociaux (en titre et en fait). Elle n'implique pas nécessairement que soit engagée la responsabilité de la personne physique ayant commis l'infraction. Ce régime semble répondre au principe selon lequel la responsabilité revient à ce qui est institué, c'est-à-dire l'entreprise sociétaire. C'est la personne morale qui en devient l'objet. Depuis plusieurs années, toutes les réformes apportées au régime de la responsabilité pénale des personnes morales tendent à permettre une substitution facilitée à la responsabilité pénale des personnes physiques⁶⁴⁰ en matière de prévention des risques professionnels. Ainsi, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 20 juin 2006 que la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée sans même que soit précisée l'identité de la personne physique auteur des manquements constitutifs de l'infraction pénale. Elle précise que « *la personne morale condamnée du chef d'homicide involontaire à la suite d'un accident mortel du travail subi par un de ses salariés ne saurait se faire un grief de ce que l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit n'a pas été précisée par les juges du fond, dès lors que l'infraction retenue n'a pu être commise, pour son compte, que par ses organes ou*

⁶³⁷ Crim., 25 mai 2004, pourvoi n° 03-84.734 : « *Le salarié, auquel le prévenu prétendait avoir délégué ses pouvoirs en matière de sécurité, n'était pas pourvu des moyens nécessaires pour veiller efficacement au respect de la réglementation relative à la sécurité des travailleurs* ».

⁶³⁸ DUQUESNE (F.), « *Imputation de l'imprudence aggravée au dirigeant en titre ; le juge criminel ne fléchit pas* », La Semaine Juridique – Social, 27 sept. 2016, n° 38, pp. 1322 et s.

⁶³⁹ Crim., 7 juin 2016, pourvoi n° 15-81.023.

⁶⁴⁰ Circ. min. Justice n°3, 13 févr. 2006.

représentants »⁶⁴¹. Cette construction originale met l'accent sur la solidarité existant entre toutes les parties prenantes au sein de l'entreprise et dépassant les traditionnels antagonismes employeur/salarié ou capital/travail.

Un second courant jurisprudentiel exige l'identification de la personne physique qui, ayant la qualité d'organe ou de représentant de la personne morale, a commis l'infraction. Au plan pénal, le délit sera alors imputable au chef d'entreprise ou au titulaire d'une délégation de pouvoirs, parfois cumulativement avec l'employeur personne morale. On y perçoit une seconde lecture de la théorie de l'institution du Doyen Hauriou : « *L'institution est également le processus qui institue un groupe humain : moins que la forme instituée, elle est la constitution de cette forme dans la durée ; l'accent ne porte pas véritablement sur l'organisation elle-même, mais sur le phénomène social de l'engendrement* »⁶⁴². L'analyse institutionnelle se substituant à l'institution elle-même on y voit l'idée d'une œuvre : « *L'idée d'œuvre dépasse la fonction* »⁶⁴³. Si la vision institutionnelle classique concerne ce qui est institué, l'entreprise, une seconde lecture de la théorie de l'institution s'attache à la dimension du choix politique, l'œuvre. C'est par elle que l'entreprise va engager sa responsabilité et acquérir une individualité sociale. Le chef d'entreprise ou son délégataire sont alors visés. C'est ce qu'il ressort notamment des solutions jurisprudentielles posées par les arrêts du 6 mai 2014 et du 2 septembre 2014. De façon constante, l'arrêt du 15 décembre 2015 témoigne de cette exigence d'identification : « *Attendu qu'en statuant ainsi, et dès lors qu'elle a, par motifs adoptés, identifié les représentants de la personne morale ayant agi pour le compte de celle-ci, identification qui n'a pas été contestée devant elle, la cour d'appel qui a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions régulièrement déposées devant elle et caractérisé, en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, l'infraction de blessures involontaires dont elle a déclaré la prévenue coupable, a justifié sa décision* ». Constituant une communauté organisée et hiérarchisée, l'entreprise est tenue d'assurer, sous l'autorité naturelle de son chef, le bien commun de ses membres. C'est ce qui fait dire à un auteur qu'« *il en résulte que les prérogatives reconnues à l'employeur ont été limitées. Le chef d'entreprise dispose certes de l'autorité et, en vertu de la Constitution, il a le droit d'entreprendre. Mais sa conduite ne peut être dictée uniquement par*

⁶⁴¹ Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85.255, publié au bulletin. V. aussi Crim., 27 oct. 2009, pourvoi n° 09-80.490.

⁶⁴² MILLARD (É.), « *Hauriou et la théorie de l'institution* », Droit et Société, n° 30/31, 1995, p. 385.

⁶⁴³ *Idem*, p. 393.

des intérêts purement personnels et égoïstes : il doit agir dans l'intérêt de l'entreprise »⁶⁴⁴.
C'est à ce titre qu'il peut légitimement être personnellement rendu responsable.

153 – Responsabilité pénale et performance – Jusqu'à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, les personnes morales ne pouvaient voir engagée leur responsabilité pénale que dans les cas expressément prévus par la loi ou le règlement (principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales). En matière de sécurité au travail, cette condition conduisait à établir une distinction entre les infractions prévues par le Code du travail et celles visées par le Code pénal. Cette distinction n'a plus cours et théoriquement les personnes morales peuvent désormais voir leur responsabilité engagée au titre de toute infraction. L'article L. 4741-1 C. trav. modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 vise désormais « *l'employeur ou le préposé* ».

Ces analyses montrent que la performance juridique de la société peut en sortir renforcée, au profit de l'ensemble des parties au contrat. D'un côté le salarié se voit conforté dans le fait qu'il ne puisse être jugé pleinement responsable de sa propre sécurité. D'un autre, l'émergence d'un régime extensif de responsabilité abandonnant à la fois le principe de spécialité et instituant un régime de responsabilité cumulatif, vise l'effectivité de la fonction dissuasive. Si celle-ci concerne assurément la responsabilité civile, certains courants doctrinaux de l'analyse économique du droit ont opiné contre cette thèse estimant que la *fonction incitative* revient plutôt au droit pénal : la fonction de la responsabilité civile serait, à leurs yeux, seulement celle d'indemniser les victimes. L'étude empirique qu'ils ont réalisée arrive aux conclusions suivantes : « *La responsabilité civile échoue dans sa fonction réparatrice et a un succès mitigé dans sa fonction préventive* »⁶⁴⁵.

154 – Prévention du risque réputationnel – Au-delà des risques juridiques liés aux règles édictées par le droit positif s'ajoute un risque insaisissable et pourtant essentiel, celui de réputation. Dans un contexte d'augmentation des sanctions à l'égard des entreprises, celles-ci cherchent à protéger ce capital immatériel déterminant.

Qu'il s'agisse des théories des *stakeholders* qui voient en la réputation une nécessité stratégique (avantage compétitif, loyauté des acteurs influents sur l'organisation) ou des théories de la ressource qui érigent la « ressource réputationnelle » en intention stratégique,

⁶⁴⁴ FADEUILHE (P.), « *La démocratie dans l'entreprise* », dans *Questions de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2000, p. 362.

⁶⁴⁵ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 154.

celle-ci est toujours considérée comme une ressource intangible. Si l'image de marque et la notoriété s'acquièrent au terme d'un long processus, la survenance de risques juridiques encourus par l'entreprise peut gravement nuire à sa réputation. Les enjeux sont déterminants sur la stratégie, mais aussi le marketing, les ressources humaines et financières. La situation de Total Fina et du naufrage de l'Érika en 1999 est éloquente. Treize ans après, le 25 septembre 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans sa formation plénière, a confirmé toutes les condamnations prononcées dans cette espèce : sur l'action publique d'une part (qui justifie l'exercice par la France de sa compétence juridictionnelle pour sanctionner un rejet involontaire d'hydrocarbures dans cette zone par un navire étranger), sur l'action civile ensuite (responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution), sur l'action pénale enfin (Total est condamné à l'amende maximale de 375 000 euros). Mais surtout la réputation et l'image du groupe en ont pâti. Le 7 octobre 2009, *Le Monde* titre d'ailleurs « *L'image de Total s'est fortement dégradée en 2009* »⁶⁴⁶. Le cas de cette entreprise n'est pas unique. Le scandale des moteurs diesel truqués du groupe Volkswagen en 2015 a entraîné une baisse de ses ventes de 14% aux États-Unis et de 1,5% en Europe.

Risque réputationnel et performance économique sont donc liés. Fort de ce postulat, le droit du travail peut contribuer à renforcer cet élément immatériel du capital de l'entreprise. Le respect de l'obligation patronale de sécurité y participe, tout comme l'utilisation de la négociation collective pour témoigner aux parties prenantes de la volonté de l'entreprise de respecter les libertés fondamentales au travail. Carrefour a ainsi signé le 30 septembre 2015 un accord d'entreprise « *pour la promotion du dialogue social et de la diversité et pour le respect des droits fondamentaux au travail* ». Cet accord témoigne d'un véritable solidarisme contractuel au sens de la prise en compte des intérêts communs des contractants. Il se substitue à celui signé en 2001 en voulant « *conforter un état d'esprit commun positif dans les relations sociales* ». Il concrétise une « *démarche réciproque volontariste et constructive* », les parties s'engageant à « *privilégier la recherche de solutions par le dialogue par rapport à toute autre forme d'action* ». C'est donc une promotion effective du dialogue social qui en est attendue. Il sera fait promotion de cet accord auprès des principaux partenaires sans compter que, concernant ses prestataires de services, Carrefour s'engage à retenir leur « *réputation en matière de respect des lois et obligations sociales* »⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ FOURNIER (A.), « *L'image de Total s'est fortement dégradée en 2009* », *Le Monde*, 7 oct. 2009.

⁶⁴⁷ V. Liaisons Sociales Quotidien, « *Carrefour renouvelle son engagement mondial sur le respect des droits fondamentaux au travail* », n° 16.928, 6 oct. 2015.

155 – L'éthique comme posture de prévention - Au final, prévenir les risques juridiques ou réputationnels qui y sont étroitement liés s'avère essentiel pour améliorer la performance de l'entreprise. Au niveau juridique, le droit permet de sécuriser l'entrepreneur et d'encourager la prise de risques.

Ainsi, sont parfois prévus des forfaits pour limiter la réparation due aux salariés ; en témoigne le plafonnement de l'indemnisation des licenciements injustifiés⁶⁴⁸. Il en est de même pour la mutualisation du financement du risque d'accident du travail et de maladie professionnelle qui est organisée par les CPAM et dont les décisions sont par ailleurs opposables à l'employeur : ceci revient à prendre en compte l'imprudence des salariés pour réduire les indemnités. Dans le domaine de la sanction, les amendes pénales peuvent parfois apparaître relativement faibles au regard des dommages causés. Au demeurant, l'entreprise doit pouvoir, en toutes circonstances, anticiper pour éviter d'être mise en danger, ce que ne permettent pas l'inflation normative, l'imprévisibilité de la décision judiciaire, l'asymétrie d'information propre à l'incomplétude des contrats de travail ou encore l'externalisation totale de la gestion du droit. Il convient donc d'éluder les incertitudes particulièrement nuisibles, mais aussi de composer avec celles qui peuvent rester surmontables et se révéler parfois sources d'opportunités. En effet, la survenance d'un risque peut amener l'entreprise à améliorer *in situ* sa rationalité procédurale et ainsi éluder ou mieux, piloter l'arrivée de nouveaux risques. En outre, cette posture peut permettre d'être plus performant en prenant un avantage concurrentiel déterminant. Plus globalement, la norme, qui renforce le régime de responsabilité de l'entreprise, impose d'investir de nouvelles expertises et notamment celle de la gestion efficace du risque.

L'invitation faite par les courants éthiques de la stratégie d'entreprise à promouvoir une responsabilité sociale et sociétale, peut être une solution de gestion efficace des risques juridiques. Elle revient à décontextualiser leur pilotage, en imposant l'immanence d'un nouveau modèle : celui de l'approche conventionnaliste. A la rationalité absolue et aux rapports de force qui en sont la conséquence, succèdent de nouveaux outils de négociation et de concertation entre les diverses parties prenantes. Cette démarche revient à privilégier la régularité de convictions partagées, en lieu et place des chocs, des contentieux que crée la confrontation traditionnelle des calculs privés des différents agents. Ce que certains auteurs

⁶⁴⁸ BAUGARD (D.), « *Le plafonnement de l'indemnisation des licenciements injustifiés ne peut pas varier selon les effectifs de l'entreprise* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 803 et s. : dans une décision du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a invalidé la disposition de la loi Macron qui prévoyait un plafonnement de l'indemnité variant selon l'ancienneté du salarié et selon les effectifs de l'employeur responsable. Cette différence de traitement méconnaissait alors le principe d'égalité, les effectifs de l'entreprise étant étrangers à l'objet de la loi qui est la réparation du préjudice subi par le salarié.

semblent légitimer d'ailleurs, dans la mesure où « *dans la logique de responsabilité, l'éthique est vue comme la contrepartie de la liberté posée en tant que principe d'action* »⁶⁴⁹.

Dans l'attente d'une ambition qui ne pourra jamais faire l'unanimité et d'un modèle d'entreprise pour laquelle l'équité est une préoccupation essentielle, la contestation de certains courants économiques et bailleurs de fonds reste entière. Face à cette résistance, prévenir les risques juridiques peut être une invitation concrète à diluer une incertitude pour laquelle les entrepreneurs ont par principe aversion⁶⁵⁰. En matière juridique, la couverture assurantielle n'étant pas vraiment appropriée, il conviendra d'investir tout moyen permettant d'identifier et d'évaluer les risques, puis de les piloter pour mieux les prévenir. L'exemple de l'accord collectif d'entreprise signé par Carrefour en 2015 témoigne de cette posture. Elle pourra, en outre, se révéler source d'opportunités, puisqu'une gestion procédurale rigoureuse ne peut que permettre d'accroître la performance globale de l'entreprise.

B) Une gestion active du risque

Afin de gérer les risques de la manière la plus efficace qui soit, les praticiens fourmillent d'idées pour fournir aux entrepreneurs nombre de « solutions » clés en main, toutes plus originales les unes que les autres. Les productions sont légion, à tel point que la diversité peut nuire à leur taxinomie. Les sciences de gestion viennent alors opportunément structurer l'esprit de l'entrepreneur, déjà fragilisé par les dommages, réversibles ou pas, que pourrait causer le contentieux sur sa responsabilité, mais aussi le climat social, le chiffre d'affaires, la confiance des bailleurs de fonds, la réputation voire même la survie de l'entreprise. Un auteur précise que « *l'axe permettant de fonder la perspective gestionnaire du risque est celui qui distingue les techniques d'évaluation du risque (risk assessment) des techniques de management du risque (risk management), ces deux volets pouvant fonctionner aussi bien ensemble qu'indépendamment* »⁶⁵¹. Cette tentative de synthèse s'avère parfaitement adaptée à la gestion des risques juridiques. Elle permet en effet de faire prévaloir la transparence, la gestion de la qualité, l'univers de la conformité aux conséquences d'une rémanente inconstance. C'est pourquoi l'objet de la réflexion se déclinera en deux parties : l'évaluation et la prévention du risque (1) puis les diverses façons de le piloter (2).

⁶⁴⁹ BOISTEL (Ph.), « *La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise* », Management et Avenir, mars 2008, n° 17, p. 14.

⁶⁵⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 47 : celle-ci réduit leur capacité à anticiper, à donner de la visibilité tout en mettant en danger leur existence. Face à l'incertitude, point de transfert possible de risque : « *C'est l'intéressé lui-même qui assume le risque. Il fait alors acte dit d'entrepreneuriat* ».

⁶⁵¹ PESQUEUX (Y.), « *La gestion du risque : une question d'expert ?* », Prospective et stratégie, janv. 2012, n° 2 et 3, p. 244.

1) L'évaluation du risque

156 – Étendue des risques – L'adaptation à la complexité de l'environnement ou tout simplement aux asymétries d'information nées de la conclusion et de l'exécution du contrat de travail, exposent l'employeur-entrepreneur à des risques qui vont croissant. Si leur gestion est inhérente à la vie juridique du contrat, elle rend complexe la prévisibilité de l'intégralité des coûts juridiques et financiers, potentiels et certains, pour laquelle l'entreprise doit faire preuve de vigilance. En effet, à l'échelle de l'ensemble des contrats de travail, leur impact est déterminant pour la rentabilité. La mise en place d'une action stratégique permet alors de détecter les plus fréquents. Au regard de deux critères quantifiables, une appréciation du danger pourra être mise en œuvre : la gravité et la probabilité.

Les risques concernent tous les champs de l'action entrepreneuriale. Les *risques financiers* qui peuvent se traduire par des risques de change pour une entreprise qui œuvrerait à l'international. Les risques de taux, pour une entreprise qui s'endetterait ou acquerrait des produits dérivés sur les marchés financiers. Les risques de trésorerie, pour une entreprise qui, devant déjà financer un besoin en fonds de roulement important, verrait certaines de ses créances impayées ou des contrats de vente résiliés. Les risques de perte du soutien des investisseurs institutionnels⁶⁵². Les *risques opérationnels*, liés à l'impossibilité de produire suite à une défaillance majeure de l'outil de production ou à l'indisponibilité des ressources humaines⁶⁵³. Les *risques réputationnels*, si l'image de l'entreprise est affectée et qu'elle s'avère être une de ses ressources incontournables. Les risques sociaux enfin.

Une auteure indique que ces *risques sociaux* se sont accrus avec le capitalisme financier : « *La stabilité de la relation d'emploi se trouve doublement affectée, à court terme, par les opérations de rationalisation des activités, à moyen/long terme, par l'absence de politique d'investissement dans l'outil de production* »⁶⁵⁴. Ces risques sont protéiformes et plus ou moins préhensibles : il peut s'agir d'une simple altération du climat social liée à un mauvais dialogue social, comme d'un conflit collectif du travail. La Cour de cassation énonce ainsi dans un arrêt du 26 janvier 2000 (bull. n° 38) que « *seul un arrêt collectif du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles peut caractériser l'exercice normal du droit de grève* ». Cette solution a été plusieurs fois confirmée, notamment dans un arrêt du 2 juillet 2014 où « *la mobilisation destinée à soutenir les salariés grévistes répondait à un intérêt*

⁶⁵² KOCHER (M.), « *L'actionnariat-salarié : à la croisée des chemins de gouvernance* », Droit social, n° 6, juin 2014, p. 540.

⁶⁵³ Congés-maladie, conflit social, suicide d'un salarié engagé ou détenteur de compétences spécifiques, etc.

⁶⁵⁴ KOCHER (M.), préc.

collectif et professionnel, de sorte que ce mouvement de grève était licite »⁶⁵⁵. Si ces risques licites accroissent concomitamment les risques opérationnels, ils ne peuvent qu'être accrus par leur caractère illicite.

157 – Évolution des risques sociaux - Ces *risques sociaux* peuvent, dans le même temps, être nourris d'une partie des risques juridiques, et notamment ceux qui en droit du travail naissent à l'occasion de la conclusion, de l'exécution ou la rupture du contrat. S'ils sont renforcés par un changement de nature du capitalisme qui met à mal les dispositifs normatifs contractuels et conventionnels destinés à encadrer les rapports de force⁶⁵⁶ (confusion des subordinations, élimination des responsabilités légales⁶⁵⁷), ils peuvent tout simplement être un effet de l'application scrupuleuse de la réglementation.

Le Pr. Franck Petit voit ainsi dans « *les nouvelles conditions d'organisation du protocole préférendaire prévues à l'article L. 2232-12 C. trav. une atteinte au droit, constitutionnellement protégé, à la participation* » ; du contentieux pourrait survenir des premiers référendas nés d'une règle fermant le cercle des négociateurs⁶⁵⁸. Ils se verraient accrus par la prévalence d'un statut collectif du contrat sur son statut individuel⁶⁵⁹ renforçant à la fois la force contraignante des actes engendrés⁶⁶⁰ et la présomption d'accord du salarié dès l'entrée en application de la norme négociée⁶⁶¹. En cela, la balkanisation de la règle de droit présente une aptitude à générer des foyers contentieux.

Ces risques sociaux engagent notamment les responsabilités civile et pénale de l'employeur. A leur fondement, un principe défini par l'article 1194 C. civ. (*nouv.*) et qui dispose que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* »⁶⁶². Un axiome dans le même temps effectif puisque la chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé le 18 oct. 2006 : « *Investi par la loi du*

⁶⁵⁵ Soc., 2 juil. 2014, pourvoi n° 13-12562, publié au bulletin.

⁶⁵⁶ KOCHER (M.), préc. : « *En présence d'un pouvoir financier étranger au pouvoir de direction de l'employeur, les catégories juridiques du droit du travail paraissent impuissantes à agir sur les ressorts d'un tel pouvoir* »

⁶⁵⁷ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 95.

⁶⁵⁸ La négociation et la conclusion du protocole d'accord pré-référendaire sont réservées aux seuls syndicats ayant signé l'accord soumis à l'approbation du personnel (C. trav., art. L. 2232-12).

⁶⁵⁹ C. trav., art. L. 2254.2 (*nouv.*) III : « *Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ».

⁶⁶⁰ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 506 : « *Les salariés ne disposent d'aucune faculté de refus, en invoquant le caractère plus favorable de leur contrat de travail* ».

⁶⁶¹ TOURNAUX (S.), « *Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail* », Droit social, n° 2, fév. 2017, p. 137.

⁶⁶² Anciennement C. civ., art. L. 1135.

pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique, l'employeur est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail »⁶⁶³.

158 – Analyse des risques - Un danger peut être représenté selon deux paramètres que sont la gravité et la probabilité. C'est en agissant sur ces deux axes que l'on pourra diminuer le nombre et l'ampleur des catastrophes qui ne sont que réalisation du danger⁶⁶⁴.

Ainsi, il est probable qu'une entreprise qui refuserait d'organiser les élections des représentants du personnel, qui exercerait des pressions ayant pour objectif de décourager des candidatures à des élections ou qui refuserait de mettre à disposition un local syndical, s'exposerait au délit d'entrave. Ce délit, qui ne concerne que le secteur privé, est d'ailleurs défini par plusieurs dispositions du Code du travail et du Code pénal et fait l'objet d'une forte activité jurisprudentielle⁶⁶⁵. Cela traduirait en outre une méconnaissance ou une sous-estimation de la faculté d'exercer par tout syndicat⁶⁶⁶, même non représentatif, tous les droits réservés à la partie civile⁶⁶⁷, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts de la profession qu'il représente.

L'ampleur d'un risque probable est déterminable. L'employeur engagerait alors sa responsabilité : elle serait aussi une conséquence de « *la loi de l'antidanger* »⁶⁶⁸ qui postule que la gravité du danger est une fonction décroissante de la sous-estimation de sa probabilité. De façon plus générale, une entreprise qui abuse de ses pouvoirs de direction et de contrôle pourrait commettre des infractions et être exposée à sa mise en cause sur le plan pénal. En outre, sans que l'entreprise soit malveillante, le manque de vigilance ne permet plus d'identifier les dangers de faible probabilité qui peuvent pourtant faire courir de nombreux risques à l'entreprise. Il s'agirait là d'une conséquence de la « *loi d'accoutumance au*

⁶⁶³ Soc., 18 oct. 2006, pourvoi n° 04-48.612, publié au bulletin.

⁶⁶⁴ PESQUEUX (Y.), « *La gestion du risque : une question d'expert ?* », Prospective et stratégie, janv. 2012, (n° 2-3), p. 256.

⁶⁶⁵ Crim., 28 nov. 2017, pourvoi n° 16-86.138 ; Crim., 30 mars 2016, pourvoi n° 13-81.784 ; Crim., 28 oct. 2014, pourvoi n° 14-81.853, publié au bulletin : « *Pour exercer l'action civile du chef d'entrave, le représentant du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) doit justifier d'une délibération dudit comité régulièrement adoptée* » ; Crim., 5 mars 2013, pourvoi n° 11-83.984, publié au bulletin : « *Si la simple demande d'autorisation de licenciement d'un délégué du personnel n'est pas, en elle-même, constitutive du délit d'entrave, tel n'est pas le cas de la demande présentée à cette fin par un employeur en raison de l'absence d'obtention par ce salarié investi de fonctions représentatives d'un diplôme avant l'expiration des délais impartis, cette demande ayant ensuite été maintenue abusivement, en connaissance de cause alors que ledit salarié avait obtenu une prorogation de délai pour valider sa formation* » ; etc.

⁶⁶⁶ Action collective, action dite de substitution.

⁶⁶⁷ C. trav., art. L. 2132-3.

⁶⁶⁸ PESQUEUX (Y.), préc., p. 257.

danger »⁶⁶⁹ qui peut finir par engager la responsabilité de la personne morale, volontairement ou non, avec celle des dirigeants sociaux⁶⁷⁰.

C'est en agissant sur ces paramètres que leur nombre et leur ampleur pourront diminuer. Développer de bonnes pratiques de management du risque n'est probablement pas suffisant pour s'exonérer des conséquences dommageables qu'il pourrait causer. Il convient plutôt d'institutionnaliser la prévention pour assurer la sérénité juridique de l'entrepreneur de bonne foi. En effet, si les dangers possibles ont été préalablement déduits du dispositif d'évaluation, ils peuvent être ensuite être prévenus.

159 – De l'identification du risque à sa prévention - Le but de la prévention est *a priori* d'éviter les risques (en les évitant ou les transférant), sinon de les réduire ou de les maintenir à un seuil tolérable pour l'organisation. Ainsi, l'entrepreneur pourra tout d'abord éviter un risque contentieux en n'embauchant pas et en ayant recours aux prestations d'indépendants (contrat d'entreprise, sinon portage salarial) ; il pourra cependant embaucher mais recourir à des sociétés de courtage juridique pour s'exonérer de risques potentiels (recourir à l'expertise de l'intermédiaire). Il les aura donc éludés ou transférés.

L'employeur pourra tout aussi bien conclure des contrats de travail mais adopter alors un pouvoir de direction éthique, car consensuel. Lors de l'embauche, certaines dispositions du droit codifié seront alors suivies avec rigueur ; il résulte tout d'abord de l'article L. 1221-6 C. trav. que « *les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* ». Il résulte ensuite de diverses dispositions, que l'employeur ne peut tromper le candidat à l'embauche sur l'emploi proposé, la rémunération et le lieu de travail⁶⁷¹ ; l'annonce doit être rédigée en langue française⁶⁷² et ne pas comporter d'allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur⁶⁷³. Plus généralement, ce principe de loyauté répond des exigences portées par le droit commun ; l'article L. 1112 C. civ. al. 1 dispose désormais que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent*

⁶⁶⁹ *Ibidem.*

⁶⁷⁰ V. *supra*, n° 152.

⁶⁷¹ C. trav., art. L. 5331-3

⁶⁷² C. trav., art. L. 5331-4.

⁶⁷³ C. trav., art. L. 5331-5.

impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». Le droit légiféré présente ainsi une aptitude à prévenir l'apparition de risques.

L'exécution de la relation de travail sera ensuite empreinte de *bonne foi*, celle-ci étant au cœur des relations entre les cocontractants, sinon de la création de valeur collective. L'article L. 1222-1 C. trav. dispose en effet que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». Un principe de bonne foi effectif permettra de réduire le risque de contentieux dans la mesure où le contrat de travail ne fait aujourd'hui qu'organiser un pouvoir où la subordination est faussement consentie. Le Pr. Alain Supiot retient à ce titre « *l'inévitable hiérarchisation des personnes et des intérêts* » dans un modèle de contrat qui ne fait qu'organiser la dépendance du salarié à l'égard de l'employeur⁶⁷⁴. En période de chômage massif, l'entrepreneur peut être tenté d'abuser de son pouvoir économique, et de son pouvoir de direction et de contrôle sur des salariés qui, au final, n'exercent pas suffisamment leurs droits : dépendants financièrement, ils peuvent préférer une situation professionnelle non conforme au droit plutôt que de perdre leur emploi ; ils peuvent aussi être isolés et tout simplement méconnaître leurs droits sociaux. Il s'agit-là de la traduction de la loi de la réticularité cindynique⁶⁷⁵ : l'entrepreneur agit en fonction du contexte. Selon les circonstances, l'entrepreneur met alors en oeuvre une bonne foi contingente, qui peut, à court terme, renforcer ses intérêts économiques mais, à plus long terme, développer ceux liés à la performance de la firme.

160 – L'obligation de loyauté concerne aussi le salarié - Découlant du contrat de travail, l'obligation de loyauté n'a pas, *a priori*, à être explicitement stipulée. Cela impose notamment au salarié de ne pas commettre d'agissements susceptibles de porter préjudice à son employeur. Cette obligation commence dès l'embauche, l'article L. 1222-2 C. trav. disposant dans son al. 3 que « *le salarié est tenu de répondre de bonne foi* » aux demandes d'informations de l'employeur.

Elle se poursuit lors de l'exécution du contrat. Dans une affaire jugée par la Cour de cassation⁶⁷⁶, le salarié, carreleur, avait effectué des travaux pour le compte d'un client de son employeur, à titre personnel, après que celui-ci ait refusé un devis de l'entreprise jugé trop élevé. Le salarié tentait de se dégager de son obligation de loyauté en indiquant que les travaux effectués n'entraient pas dans les travaux prévus au devis signé avec son employeur et

⁶⁷⁴ SUPIOT (A.), « *La contractualisation de la société* », Courrier de l'environnement de l'INRA, n° 43, mai 2001, p. 57 ; pour l'auteur, les contrats génèrent aujourd'hui surtout des obligations mettant en échec la liberté contractuelle (forçage du consentement par exemple) et l'effet relatif du contrat (conventions d'entreprise notamment).

⁶⁷⁵ PESQUEUX (Y.), préc., p. 257.

⁶⁷⁶ Soc., 15 janv. 2015, pourvoi n° 12-35072.

qu'à ce titre, il ne lui portait pas concurrence. La Cour de cassation a sanctionné l'attitude du salarié, car le fait de travailler pour son propre compte auprès d'un client de son employeur chez qui ce dernier effectue déjà un chantier constitue une atteinte à son obligation de loyauté. Ce manquement constitue une faute grave justifiant le licenciement du salarié. Mais l'employeur avait-il intérêt à perdre son salarié ? Un contentieux est né de l'absence de clause de loyauté explicite dans le contrat. Sa présence peut s'avérer particulièrement utile dans des emplois de salariés non qualifiés et peu informés ou intéressés à la vie juridique de leur contrat. La solution pourrait être d'insérer dans le contrat de travail une clause d'exclusivité permettant de formaliser clairement les limites et les contours d'une telle obligation de loyauté. Elle interdirait au salarié d'exercer une autre activité professionnelle concurrente, salariée ou indépendante, pendant toute la durée d'exécution de son contrat de travail.

Si le législateur⁶⁷⁷ et le juge entendent la loyauté de manière extensive, tant chez l'employeur que chez le salarié, l'exigence de bonne foi irrigue même la suspension du contrat de travail. Dans une décision du 15 juin 1999, la Cour de cassation a indiqué que « *la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de l'employeur* »⁶⁷⁸. Selon le contexte d'exercice, cette obligation peut même constituer un juste motif de licenciement. C'est la solution dégagée par la chambre sociale dans un arrêt du 25 février 2003 qui précise : « *Dès lors que le salarié d'une caisse d'allocations familiales a commis, au préjudice d'une autre caisse à laquelle il était affilié, des faits illicites, à savoir de fausses déclarations pour bénéficier de prestations sociales indues, faits qu'il était chargé de poursuivre dans ses fonctions qui le soumettaient à une obligation particulière de loyauté et de probité, une cour d'appel peut en déduire que ce salarié avait commis une faute grave rendant impossible la poursuite de son contrat de travail pendant la durée du préavis* »⁶⁷⁹.

L'obligation de loyauté irrigue désormais le droit à un point tel qu'elle peut l'emporter sur le principe de liberté du travail. Dans un arrêt du 5 juillet 2017, le juge du droit a indiqué à ce sujet qu'« *une cour d'appel, qui a relevé qu'un salarié avait exercé pendant ses congés payés des fonctions identiques pour le compte d'une société directement concurrente qui intervenait dans le même secteur d'activité et dans la même zone géographique, a exactement retenu qu'il avait manqué à son obligation de loyauté en fournissant à cette société, par son travail, les*

⁶⁷⁷ V. C. civ., art. L. 1104 et L. 1112 modifiés par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 ; V. aussi CEDRAS (J.), « *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation* », Cour de cassation, rapport 2003, études diverses, p. 10.

⁶⁷⁸ Soc., 15 juin 1999, pourvoi n° 96-44.772., publié au bulletin.

⁶⁷⁹ Soc., 25 fév. 2003, pourvoi n° 00-42.031, publié au bulletin.

*moyens de concurrencer son employeur, et a pu en déduire, sans avoir à caractériser l'existence d'un préjudice particulier subi par l'employeur, que ces agissements étaient d'une gravité telle qu'ils rendaient impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise »*⁶⁸⁰. On peut mesurer dans cette solution d'espèce les limites du principe de liberté du travail que le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu alors qu'il en a eu plusieurs fois l'occasion⁶⁸¹. Si l'article L. 412-1 C. trav.⁶⁸² y fait référence tout comme l'article L. 431-1 C. pén. al. 1⁶⁸³, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie celle du 4 octobre 1958 ne le mentionne nullement⁶⁸⁴.

161 – Modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) et transaction - Lorsque, malgré des actions d'anticipation, le conflit se déclenche, il semble important de recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits (médiation, conciliation, transaction) et de saisir les opportunités que ces procédures non-juridictionnelles offrent pour le maintien des relations avec les salariés.

Ces modes alternatifs semblent valides pour l'analyse économique du droit en permettant de nourrir l'approche d'un droit plus pragmatique ; l'hypothèse de négociation de Coase autorise d'étudier quelle règle juridique correspond à la solution que l'économiste considère comme optimale : « *Si les droits sur la ressource sont bien définis et que les parties peuvent négocier sans frais, elles résoudre le problème par elles-mêmes, sans nécessité d'une intervention correctrice* »⁶⁸⁵. Cet axiome explique que ces procédés de résolution de conflits sont depuis longtemps ancrés dans les stratégies contentieuses des entreprises anglo-saxonnes ; elles permettent de s'adapter à la célérité qu'exige aujourd'hui le monde des affaires. Le recours aux tribunaux est en effet souvent basé sur un temps trop long pour devenir un levier efficace de performance pour l'entreprise : la sécurité juridique est un élément de cette performance.

⁶⁸⁰ Soc., 5 juil. 2017, pourvoi n° 16-15.623, publié au bulletin.

⁶⁸¹ FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2004, p. 686.

⁶⁸² C. trav., art. L. 412-1 : « *L'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail* ».

⁶⁸³ C. pén., art. L. 631-1 al. 1 : « *Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ».

⁶⁸⁴ LE CROM (J.-P.), « *La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples* », *Diritto romano attuale*, sept. 2006, 15. L'auteur témoigne du fait que le concept est élastique, mais qu'il est employé en ce début de XXI^{ème} siècle, pour intégrer le droit au travail : « *Il s'agit de libérer le marché du travail, des avantages acquis et des rigidités qui pèsent sur les entreprises et entravent leur compétitivité* ».

⁶⁸⁵ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 121.

La transaction en particulier, soumise au droit commun des contrats, permet de matérialiser ce besoin de sécurité juridique⁶⁸⁶. Si l'article L. 2044 C. civ. dispose que « *la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* », on notera que l'article 2052 C. civ. lui confère l'autorité de la chose jugée en dernier ressort entre les parties : « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Ces dispositions témoignent d'un processus de contractualisation de la société⁶⁸⁷ qui permet, en outre, de renforcer l'effectivité du droit. En effet, plus il y a de sanctions moins le droit semble effectif⁶⁸⁸. Cette solution de prévention est renforcée par la position de la Cour de cassation qui confirme que le juge ne peut réinterpréter les termes d'un contrat clair et précis⁶⁸⁹. Si, en tant que contrat, la transaction légalement formée tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, sa force obligatoire lie aussi le juge saisi d'un litige relatif à son exécution. Si la transaction peut trouver naturellement à s'appliquer lors d'une rupture d'un contrat de travail en mettant définitivement un terme à un litige⁶⁹⁰, elle peut aussi s'envisager pour régler un litige né en cours d'exécution du contrat de travail. C'est la solution dégagée par la chambre sociale dans un arrêt du 10 mars 1998 : « *L'employeur et le salarié peuvent valablement conclure une transaction destinée à mettre fin à un différend concernant l'exécution même du contrat de travail* »⁶⁹¹.

Afin de rendre l'entreprise performante, il a été envisagé l'objectivation de la prévention du risque. Cette posture relève d'une action défensive. Parallèlement, on pose l'hypothèse qu'investir une vision offensive, qui ferait du risque un objet de droit, pourrait être un des moyens les plus efficaces de le gérer.

⁶⁸⁶ C. civ., art. 1103 : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » ; C. civ., art. 1193 : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

⁶⁸⁷ V. SUPIOT (A.), préc.

⁶⁸⁸ V. FRISON-ROCHE (M.-A.), « *L'efficacité des décisions en matière de concurrence* », Fondation pour l'innovation politique, La Lettre n° 13, juin 2005.

⁶⁸⁹ Civ., 15 avr. 1872 ; Crim., 16 déc. 2014, pourvoi n° 14-80.491 : « *Une transaction (...) a l'autorité de la chose jugée en dernier ressort entre les parties qui l'ont acceptée. Encourt la censure l'arrêt qui, pour écarter une exception invoquant une telle transaction intervenue pour le compte de qui il appartiendra, en dénature les termes clairs et précis* ».

⁶⁹⁰ Soc., 1^{er} juil. 2009, pourvoi n° 08-43.179, publié au bulletin : « *La transaction, ayant pour objet de prévenir ou de terminer une contestation, ne peut être valablement conclue par le salarié licencié que lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs du licenciement par la réception de la lettre de licenciement prévue à l'article L. 1232-6 du code du travail* ».

⁶⁹¹ Soc., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-43.094, publié au bulletin.

2) Le pilotage du risque

Développer la performance globale par le *droit à la participation* est probablement un facteur essentiel du pilotage du risque. Ce droit à la participation, immédiatement envisagé du point de vue des salariés, permet de prévenir les risques d'accidents du travail ou de maladies professionnelles. Les initiatives de l'employeur n'en sont pas moins dénuées d'intérêt. Investir de façon proactive le champ de la prévention réciproque permet d'éviter des risques de contentieux (a). L'invitation progressive à faire du risque un objet de droit participe tout autant à l'atteinte de l'objectif de performance (b).

a) Un devoir de participation de tous les acteurs

162 – Position du problème - Encourager une attitude active des salariés dans la prévention du risque, mais aussi les sécuriser pour ceux pouvant être qualifiés de positifs, est un des moyens de les éviter ou les piloter. Ces attitudes permettent de prévenir le conflit, voire même de convertir une menace en opportunité favorable, en créant des occasions de maximiser l'avantage compétitif de l'entreprise. Elles sont profitables à la performance de la firme dans la mesure où l'entreprise se voit portée par un véritable collectif de travail⁶⁹².

163 – Modalités restrictives : la responsabilité salariale - D'origine prétorienne, l'obligation générale de sécurité trouve aujourd'hui un fondement certain à l'article L. 4121-1 C. trav. issu initialement de la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 venant transposer la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989. Selon cet article, l'employeur est à l'initiative de l'obligation de sécurité en « *prenant les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». Si le Code du travail va plus loin en obligeant le salarié à exercer un *devoir d'alerte*, la doctrine milite pour étendre la portée de la responsabilité salariale.

L'article L. 4131-1 C. trav. dispose ainsi que « *le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. Il peut se retirer d'une telle situation. L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de*

⁶⁹² Pour deux auteurs, il est permis de voir l'entreprise comme un projet de société. Le *collectif de travail* est porté par un pouvoir de direction et de contrôle qui utilise la participation comme dynamique d'innovation collective ; V. SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », La République des Idées de Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011, pp. 68-69.

reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une déféctuosité du système de protection ». L'obligation d'alerter est préalable au droit de retrait. Dans une espèce jugée le 21 janvier 2009, la Cour de cassation a indiqué que « *le salarié devait, même s'il n'est pas tenu de le faire par écrit, signaler immédiatement à l'employeur ou à son représentant toute situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave ou imminent pour sa vie ou sa santé, et constaté l'absence d'un tel signalement, ce qui avait mis un collègue dans une situation d'insécurité* »⁶⁹³.

L'article L. 4131-1 C. trav. reste subjectif ; le texte ne définit pas ce qu'il faut entendre par *danger grave et imminent* et par *motif raisonnable*. Il n'est pas rare d'ailleurs que le motif raisonnable invoqué par le salarié soit contesté en justice. La Cour de cassation abandonne l'appréciation du motif raisonnable au pouvoir souverain des juges du fond qui tentent de l'évaluer de manière objective : l'existence des raisons motivant le retrait est appréciée par référence à un *homme moyennement raisonnable*. Un arrêt du 23 juin 2004 de la Cour de cassation indique : « *C'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a estimé que le salarié avait un motif raisonnable de penser que l'échafaudage sur lequel il travaillait présentait un danger grave et imminent pour lui de nature à justifier l'exercice de son droit de retrait* »⁶⁹⁴.

Le risque d'accident est prévenu, mais la sécurité juridique n'est pas pour autant renforcée, dans la mesure où souvent, les juges du fond considèrent que la « *faute inexcusable de l'employeur est de droit* » pour les salariés qui seraient victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle alors que l'employeur avait connaissance d'un risque qui s'est matérialisé. Aussi, une connaissance fine de ce risque légal par l'employeur est de nature à influencer son rôle de prévention pour la santé et la sécurité des salariés. L'action diligente du Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) a ainsi un rôle à jouer même si dernièrement l'obligation de sécurité de résultat s'est transformée en obligation de moyens renforcée. Dans une espèce jugée le 25 novembre 2015, la Cour de cassation soutient que « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail* »⁶⁹⁵. Une solution confirmée par l'arrêt *Finimétal* du 1^{er} juin 2016 qui permet

⁶⁹³ Soc., 21 janv. 2009, pourvoi n° 07-41.935.

⁶⁹⁴ Soc., 23 juin 2004, pourvoi n° 02-45.401.

⁶⁹⁵ Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-24.444, publié au bulletin.

désormais à un employeur de s'exonérer de sa responsabilité en matière de harcèlement moral : « *Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser* »⁶⁹⁶.

Souvent, c'est sur le plan des relations collectives du travail que le rappel des risques peut être initié. Le droit d'alerte peut être le fait du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), institution représentative dérivée du comité d'entreprise et bénéficiant de surcroît de la personnalité juridique. « *Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs de l'établissement ainsi qu'à l'analyse des conditions de travail. Il procède également à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposées les femmes enceintes. Il procède à l'analyse de l'exposition des salariés à des facteurs de pénibilité* »⁶⁹⁷. Pour l'exercice de sa mission il dispose des prérogatives suivantes : pratique d'inspections, droit d'alerte en cas de danger grave et imminent, droit de réunion en cas d'événement grave lié à l'activité de l'établissement. Il ne faut pas oublier non plus que la violation du statut protecteur de membre du CHSCT, qui est d'ordre public, peut justifier des poursuites sur le fondement du *délit d'entrave*. Le demandeur devra cependant justifier d'un préjudice direct et personnel pour pouvoir ester en justice. Les acteurs s'interrogeant sur les domaines d'intervention judiciaire de cette institution, le Pr. Franck Petit précise que « *le CHSCT, en tant que protecteur des intérêts d'autrui, doit toujours rattacher son action à la violation d'une prérogative personnelle* »⁶⁹⁸.

Il convient d'intégrer l'alerte dans le domaine plus large d'une responsabilité salariale que l'employeur a le devoir d'encourager : elle ne doit pas être que subsidiaire. Selon son origine, celle-ci semble revêtir deux modalités. S'il s'agit du travailleur pris isolément, il convient de dépasser la question de son « irresponsabilité ». Selon le concept de la responsabilité du fait d'autrui, la charge de la responsabilité délictuelle pour faute présumée pèse sur celui qui génère les risques de l'activité et en tire profit ; par principe, dès lors qu'un tiers subit un préjudice du fait du salarié, sa responsabilité s'efface devant celle de l'employeur dès lors

⁶⁹⁶ Soc., 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, publié au bulletin.

⁶⁹⁷ C. trav., art. L. 4612-2.

⁶⁹⁸ PETIT (F.), « *Les actions en justice du CHSCT* », Droit social, n°7/8, juillet-août 2017, p. 645.

qu'il a agi dans le cadre de ses missions⁶⁹⁹. Précisément, Mme Vanessa Monteillet considère que « *ce schéma imposé de responsabilité revient à ne reconnaître que de façon exceptionnelle la responsabilité salariale* »⁷⁰⁰; aussi, selon l'auteure, l'employeur doit impulser une organisation méthodique des risques dans l'entreprise devant aboutir à une responsabilisation progressive des salariés qui se fera sur le terrain de la responsabilité professionnelle⁷⁰¹ (requalification d'une charte éthique en règlement intérieur par exemple).

Si le devoir d'alerte relève de la collectivité de travail, l'institution peut encourager le dialogue social en faisant jouer pleinement aux syndicats leur dimension représentative et « protestataire », informative de l'employeur⁷⁰² : les économistes Freeman et Medoff pensent ainsi que l'action syndicale exerce un effet positif sur la productivité. Selon le point de vue de la théorie du *Public Choice*, le syndicat ayant une vocation redistributive, cet accroissement de productivité justifie les salaires plus élevés dans les secteurs syndiqués. Cette conception pluridisciplinaire du pouvoir semble par ailleurs pertinente pour *la théorie de la firme comme entité fondée sur le pouvoir* (TFEP)⁷⁰³ : il est exercé de manière consciente et intentionnelle par plusieurs entités⁷⁰⁴, traduit une socioéconomie de la firme qui prend tout son sens en s'insérant au coeur d'un processus de création de valeur collective fondé sur la transparence et la connaissance⁷⁰⁵. La participation des salariés, qu'elle émane du syndicat ou du CSE⁷⁰⁶, est alors un « jeu à somme non nulle ».

164 – Modalités extensives : faute inexcusable de l'employeur et RSE - Si les risques d'accidents ou de maladies professionnels peuvent être prévenus par l'attitude diligente des salariés et du CHSCT, il n'en reste pas moins que c'est une façon réductrice d'envisager diminuer les risques. Si certains peuvent être atténués d'autres peuvent leur succéder si l'employeur ne prend pas les mesures nécessaires : le régime de la *faute inexcusable de l'employeur* le prouve.

⁶⁹⁹ Cass. ass. plén., 19 mai 1988, pourvoi n° 87-52.654, publié au bulletin.

⁷⁰⁰ MONTEILLET (V.), « *Responsabilité patronale, responsabilité salariale : des ressources juridiques exploitables au service des enjeux environnementaux* », Les cahiers sociaux, n° 301, nov. 2017, p. 4.

⁷⁰¹ *Ibidem*.

⁷⁰² SCHWEITZER (S.), « *Le référendum d'entreprise ne démode-t-il pas le syndicalisme ?* », colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

⁷⁰³ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 91.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

⁷⁰⁵ *Idem*, p. 93.

⁷⁰⁶ V. *infra*, n° 166.

Le régime relève d'abord de sources textuelles ; l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale précise ainsi que « *lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire* ». L'article L. 453-1al. 1 du Code de la Sécurité sociale précise ensuite que « *ne donne lieu à aucune prestation ou indemnité, en vertu du présent livre, l'accident résultant de la faute intentionnelle de la victime. Celle-ci peut éventuellement prétendre à la prise en charge de ses frais de santé* ». Il relève ensuite de la jurisprudence qui s'est notamment attachée à définir la notion de *faute inexcusable*. C'est ce qu'il ressort de plusieurs arrêts dont l'arrêt *Norgraine* du 24 juin 2005 : « *En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les accidents du travail ; (...) le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* »⁷⁰⁷. Cette définition fait preuve d'une grande stabilité dans le temps⁷⁰⁸ alors même que les décisions qui y sont relatives sont nombreuses. Il est possible de relever, parmi les grandes catégories de fautes, le fait de violer les règles de sécurité du travail, de manquer à la plus élémentaire prudence, d'imposer au personnel des conditions de travail dangereuses, etc. Certains arrêts emblématiques témoignent d'exposition à des risques (dont le décès) ayant entraîné la reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur : substance radioactive contenue dans des détecteurs de fumée⁷⁰⁹, présence de benzène connue de l'employeur dans l'atmosphère d'un atelier⁷¹⁰, inhalation de poussières d'amiante⁷¹¹.

Si instituer le droit d'alerte est un minimum, impliquer l'employeur viendra parfaire la démarche. Issue des principes de la *soft law*, une démarche volontariste permet de l'envisager : il s'agit de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE). Si l'entreprise doit se conformer à la *hard law*⁷¹², elle peut aussi s'imposer des règles qu'elle adoptera délibérément ; celles-ci pourront se traduire par la production de référentiels, chartes ou guides déontologiques. Elle s'obligera alors volontairement à l'égard des *stakeholders* ; ces derniers se définissent comme des « *individus ou groupes d'individus qui peuvent affecter ou être affectés par la réalisation d'objectifs organisationnels* »⁷¹³ : les salariés en tant que

⁷⁰⁷ C. cass. Assemblée plénière, 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038. V. aussi Soc., 28 fév. 2002, pourvoi n° 00-10.051 et Soc., 13 juin 1991, pourvoi n° 89-20.966, publié au bulletin.

⁷⁰⁸ Ch. réun., 15 juillet 1941, Bull. n° 183.

⁷⁰⁹ Soc., 7 déc. 1989, pourvoi n° 88-14.208.

⁷¹⁰ Soc., 13 juin 1991, pourvoi n° 89-20.966, publié au bulletin.

⁷¹¹ Soc., 28 fév. 2002, pourvoi n° 00-11.793, publié au bulletin.

⁷¹² Droit positif.

⁷¹³ GOND (J.-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd., 2016, p. 4.

parties prenantes primaires peuvent en être la principale cible. On peut relier cette analyse à celle de *l'institution* de M. Maurice Hauriou car elle répond d'un aménagement réciproque des rapports de travail, où salariés et employeurs se sentent communément impliqués dans le souci commun d'éviter les risques ; l'entreprise se perçoit alors comme une communauté de travail transcendée par un intérêt supérieur : « *L'existence de rapports collectifs manifeste la formation de services organisés dont les membres sont unis par une certaine solidarité* »⁷¹⁴. Des postures très concrètes permettent de nourrir cette organisation de la prévention. Certains cadres se définissent comme des *donneurs d'impulsions* : « *Je n'ai pas la prétention de savoir ce qui est préférable techniquement pour chacun des métiers, ni d'entrer dans le détail de la mise en œuvre des actions. Mais je dois coordonner le travail, aider mes correspondants à définir les bons axes, faire émerger des synergies entre eux et, surtout, les faire grandir en autonomie* »⁷¹⁵. Le cas échéant, il est prévisible que l'éviction du contentieux viendra alors s'ajouter à l'évitement des risques professionnels.

165 – La RSE comme déterminant de progrès - Cette attitude entrepreneuriale⁷¹⁶ est d'autant plus intéressante qu'elle peut alimenter d'autres domaines de performance pour l'entreprise : financière et managériale. Même si la fonction de l'entreprise a longtemps été ramenée par les économistes à la seule recherche du profit au bénéfice des apporteurs de capitaux, l'approche RSE se révèle économiquement pertinente, le Pr. Henri Savall y voyant une tentative de troisième voie entre le plan et le marché.

En premier lieu, nous savons que les théories « *visant à clarifier la nature des relations entre performances sociétale et financière sont nombreuses. Elles peuvent être organisées en distinguant trois catégories : les explications postulant l'existence de relations linéaires entre ces deux construits, les explications suggérant l'absence de liens entre les deux construits et finalement les explications postulant l'existence de relations non linéaires entre ces deux variables* »⁷¹⁷. Des auteurs ont défini huit hypothèses relationnelles. Des études empiriques ont ensuite défini sur quatre décennies les rapports d'influence entre les deux construits. Sur cette période, « *une majorité d'études exhibe une relation financière positive entre*

⁷¹⁴ FADEUILHE (P.), « *La démocratie dans l'entreprise* », dans *Questions de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2000, p. 361.

⁷¹⁵ LAHAYE (A-S.), « *Un travail de longue haleine* », travail sécurité, « Le grand entretien », n° 7.802, fév. 2017, p. 12.

⁷¹⁶ D'après l'Académie française, d'aucuns utilisent le néologisme *proactif* pour le confondre avec l'adjectif réactif. Pourtant, selon elle, *proactif* qualifie simplement la notion d'anticipation. Si le donneur d'impulsion *anticipe*, il n'est pas forcément immédiatement réactif. L'Académie propose alors d'utiliser *entreprenant* plutôt que *proactif*.

⁷¹⁷ GOND (J-P.), IGALENS (J.), *op. cit.*, note 328, p. 80.

performance sociétale de l'entreprise et performance financière (environ 50% du total) »⁷¹⁸. La relation est linéaire et positive pour les dimensions orientées « vers les parties prenantes primaires telles que les employés et les consommateurs »⁷¹⁹.

Comme effet inespéré de l'intention sociale, la RSE peut être perçue « *comme relation de pouvoir* »⁷²⁰. Dans cette perspective, l'entreprise est plus qu'un sujet d'influence des *stakeholders*, elle en devient l'initiatrice. La RSE permettrait de développer la relation de pouvoir, le rapport de force entreprise/société, pour mieux la dominer. Des auteurs témoignent de nombreuses études souvent critiques vis-à-vis de la RSE : « *Force ouvrière, dans sa réponse au forum sur le livre vert de la Commission européenne en 2001 a assimilé la RSE à une forme de néopaternalisme. (...) L'association ATTAC ne voit dans la RSE qu'une réponse superficielle des entreprises visant à éviter une confrontation avec les mouvements sociaux* »⁷²¹. La transparence de la démarche RSE permettrait alors de résister aux pressions des parties prenantes pour mieux les contrôler. Il n'en demeure pas moins que de nombreux universitaires contemporains considèrent que l'appréhension de la RSE par le droit doit devenir une nécessité, mais sous l'angle de la *soft law* : « *Les textes se sont tournés vers les entreprises pour les impliquer* »⁷²² précise le Pr. Sophie Schiller, quand le Pr. François-Guy Trébulle assène que « *l'appréhension de la RSE doit être une nécessité pour l'entreprise* »⁷²³. Tous postulent qu'il faut désormais « *passer de l'intention à l'application* »⁷²⁴. Aussi convient-il de faire du risque un objet de droit.

La RSE est une perspective de progrès dans la mesure où elle se révèle une alternative entre des voies opposées, au demeurant simplificatrices : l'économie de marché contre l'économie de plan. Mais elle reste contingente ; les contextes stratégiques et les sources de création de valeur étant devenus tellement complexes que le Pr. Henri Savalle n'y voit des résultats positifs en termes d'efficacité et d'efficience durables qu'à la condition de la « *mise en place d'indicateurs de pilotage décentralisés et synchronisés, dûment appropriés par les acteurs*

⁷¹⁸ *Idem*, p. 86.

⁷¹⁹ *Ibidem*.

⁷²⁰ *Idem*, p. 48.

⁷²¹ *Idem*, p. 50.

⁷²² SCHILLER (S.), CONFERENCE « *La responsabilité sociétale des entreprises* », conférence inaugurale « Appréhension de la RSE par le Droit : une nécessité ? », 25 janv. 2017, Grand'chambre de la Cour de cassation.

⁷²³ TREBULLE (F-G.), CONFERENCE « *La responsabilité sociétale des entreprises* », conférence inaugurale « Appréhension de la RSE par le Droit : une nécessité ? », 25 janv. 2017, Grand'chambre de la Cour de cassation.

⁷²⁴ MARIE (D.), CONFERENCE « *La responsabilité sociétale des entreprises* », conférence inaugurale « Appréhension de la RSE par le Droit : une nécessité ? », 25 janv. 2017, Grand'chambre de la Cour de cassation.

ainsi qu'un dispositif de coopération entre spécialistes du contrôle de gestion et l'encadrement opérationnel »⁷²⁵. Cette vision reste rejetée par l'économiste Serge Schweitzer, qui considère qu'elle est un piège pour l'entreprise : celui de « l'acceptation d'une assomption généralisée des risques »⁷²⁶ alors que son dessein est tout autre⁷²⁷. Elle semble au demeurant adaptée au nouveau contexte des grandes entreprises opérant sur des espaces de mobilité internationale du capital⁷²⁸.

b) La nécessité de faire du risque un objet de droit

166 – Le Comité social et économique (CSE) - Si le droit du travail pourrait encore en développer les déclinaisons, il bénéficie d'une propension naturelle à appréhender le risque. C'est en partie pour éviter une pluralité de risques qu'est notamment prévu, à divers articles du Code du travail, un modèle de dialogue, tout au moins une concertation organisée permettant d'analyser la décision de l'employeur « *comme un processus décisionnel (...) lequel intégrant plusieurs rationalités qui s'imbriquent et se superposent* »⁷²⁹. L'article L. 2311-2 C. trav. al. 1⁷³⁰ dispose qu' « *un comité social et économique est mis en place dans les entreprises d'au moins onze salariés* ».

Ce CSE a plusieurs missions ; il présente à l'employeur les réclamations individuelles et collectives, contribue à promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail⁷³¹. Il a pour mission d'assurer de manière permanente une expression collective des salariés permettant la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions relatives à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur⁷³². Auparavant, l'élection des délégués du personnel s'organisait au niveau de chaque établissement (et non de l'entreprise) comptant au moins 11 salariés⁷³³. Le CSE est mis en place au niveau de l'entreprise. Si celle-ci comporte au moins deux établissements distincts, un CSE central d'entreprise et des CSE d'établissement sont

⁷²⁵ SAVALL (H.), ZARDET (V.), « Mesure et pilotage de la RSE – résultats de recherches longitudinales », Revista del Instituto Internacional de Costos, ISSN 1646-6896, n° 4, enero/junio 2009, p. 35.

⁷²⁶ SCHWEITZER (S.), « *Le référendum d'entreprise ne démode-t-il pas le syndicalisme ?* », colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018 ; V. aussi SCHWEITZER (S.), in *L'éthique de l'entrepreneur*, 2015, p. 251-288, PUAM (La responsabilité sociale de l'entreprise est-elle d'augmenter ses profits ?).

⁷²⁷ SCHWEITZER (S.), préc. ; l'universitaire défend une fonction de l'entreprise centrée sur le profit au bénéfice des porteurs de titres (conception de Friedman en 1970).

⁷²⁸ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 108.

⁷²⁹ GÉA (F.), « *Le licenciement comme objet de dialogue social* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 995.

⁷³⁰ Modifié par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

⁷³¹ V. C. trav., art. L. 2312-5.

⁷³² V. C. trav., art. 2312-8 (*nouv.*)

⁷³³ C. trav., art. L. 2312-1 (*anc.*)

institués. La concertation concerne même le nombre et le périmètre des établissements distincts puisque ils sont prioritairement déterminés par accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues à l'article L. 2232-12 C. trav. A défaut d'accord et en l'absence de délégué syndical, le nombre et le périmètre des établissements distincts sont fixés par accord entre l'employeur et le CSE⁷³⁴. Sans accord selon ces deux modalités, c'est une décision unilatérale de l'employeur qui fixe le nombre et le périmètre, en tenant compte de l'autonomie de gestion du responsable d'établissement, notamment en matière de gestion du personnel⁷³⁵. Cette décision reste contrôlée puisque l'intervention de l'Administration (le Direccte) reste possible en cas de litige sur la décision de l'employeur⁷³⁶ ; cette décision peut elle-même faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire⁷³⁷. Le seuil de 50 salariés qui déterminait auparavant l'obligation de mise en place du comité d'entreprise n'est désormais plus un seuil de mise en place mais de modification des attributions du CSE⁷³⁸.

167 - Fonctions du CSE : prévention, anticipation, transparence - Outre le dialogue social qu'il permet d'instaurer⁷³⁹, la prévention des risques est au cœur des attributions du CSE. L'article L. 2312-9 C. trav. al. 1 précise qu'il « *procède à l'analyse des risques professionnels* » ; l'al. 3 lui attribue des qualités d'anticipation : dans la mesure où il bénéficie de larges prérogatives d'instruction⁷⁴⁰, le CSE « *peut susciter toute initiative qu'il estime utile et proposer des actions de prévention du harcèlement moral, du harcèlement sexuel et des agissements sexistes définis à l'article L. 1142-2-1* » tout comme examiner, à la demande de l'employeur, « *toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale* ».

⁷³⁴ C. trav. art. 2313-3 (nouv.)

⁷³⁵ C. trav., art. 2313-4 (nouv.)

⁷³⁶ C. trav., art. L. 2313-5 (nouv.)

⁷³⁷ *Ibidem*.

⁷³⁸ Au-delà de cinquante salariés, l'article L. 2312-17 C. trav. prévoit que le CSE est consulté sur : 1° Les orientations stratégiques de l'entreprise ; 2° La situation économique et financière de l'entreprise ; 3° La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

⁷³⁹ L'article L. 2312-5 C. trav. prévoit que « *la délégation du personnel au comité social et économique a pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant notamment la protection sociale, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise. Elle contribue à promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail dans l'entreprise et réalise des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel* ».

⁷⁴⁰ V. C. trav., L. 2312-12 (nouv.) ; C. trav., L. 2312-14 (nouv.)

La loi sociale a su dans le même temps prendre en compte l'évolution de notre capitalisme industriel vers un modèle en réseaux⁷⁴¹ : « *Sur cet aspect, le développement de grandes firmes-réseaux s'accompagne d'une transformation des frontières traditionnelles – capitalistiques – des entreprises, si bien que l'on ne sait plus toujours qui est le patron de qui, qui fait quoi pour qui ou, pis, qui est responsable de quoi* »⁷⁴². Les attributions du CSE sont étendues à tous les travailleurs, et notamment aux salariés qui dépendent d'autres employeurs de droit (travailleurs temporaires⁷⁴³ et plus généralement salariés d'entreprises extérieures⁷⁴⁴). Le CSE est enfin un organe social de transparence puisque selon les dispositions de l'article L. 2312-10 C. trav. « *lors des visites de l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1, les membres de la délégation du personnel au comité social et économique sont informés de sa présence par l'employeur et peuvent présenter leurs observations. L'agent de contrôle se fait accompagner par un membre de la délégation du personnel du comité compétent, si ce dernier le souhaite* ».

168 – Rupture conventionnelle du contrat de travail - S'agissant des modalités autres que la rupture pour motifs personnel ou économique, le droit du travail a permis que la négociation entre employeur et salarié puisse prendre comme objet l'opportunité de la rupture du contrat : « *L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat* »⁷⁴⁵.

On peut y voir une restauration de l'autonomie de la volonté en lieu et place d'une « *mise en échec de la liberté contractuelle* »⁷⁴⁶. En renforçant l'égalité des parties, la rupture conventionnelle contribue à promouvoir la légitimité de la pensée autonomiste qui considère

⁷⁴¹ Dans son ouvrage *La société en réseaux*, Fayard, 2001, M. Manuel CASTELLS développe l'idée selon laquelle la nouvelle économie fonctionne en réseaux. Dans le mode de développement informationnel, l'univers des entreprises se décentralise et se reconstitue sous forme d'unités reposant sur la participation, y compris celle des travailleurs. Ces unités se coordonnent horizontalement dans un réseau permettant toute la souplesse face à un marché fragmenté et aléatoire. Cette société de réseaux révèle un « modèle réticulaire de l'économie ».

⁷⁴² CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 39 ; l'auteur propose d'étendre ou de modifier le statut jurisprudentiel de l'unité économique et sociale pour l'appliquer explicitement à ces firmes-réseaux multinationales.

⁷⁴³ C. trav., L. 4111-5 ; C. trav., art. L. 2312-6, al. 3.

⁷⁴⁴ C. trav., art. L. 2312-6, al. 2.

⁷⁴⁵ C. trav., art. L. 1237-11, créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008.

⁷⁴⁶ SUPIOT (A.), « *La contractualisation de la société* », Courrier de l'environnement de l'INRA, n° 43, mai 2001, p. 57.

que les contractants sont les seuls juges de l'opportunité et du contenu du contrat⁷⁴⁷. Autonomie est dérivé du grec *auto* (soi-même) et *nomos* (la règle) ; l'autonomie de la volonté est donc la propriété de la volonté de se faire à elle-même sa propre règle. C'est au cours de ce XIX^{ème} siècle que ce concept a progressivement émergé dans une doctrine juridique encore marquée par l'exégèse et peu encline à développer une vision conceptuelle de la matière⁷⁴⁸. La rupture conventionnelle se perçoit cependant comme une matérialisation du concept. On voit dans l'individualisme qu'elle entraîne la promotion d'une norme plus réaliste, sécurisant l'employeur et le salarié dans l'exercice de leurs droits présents et à venir.

La négociation intervient désormais sur le principe de la rupture du contrat. Cette modalité de rupture consensuelle fournit un cadre juridique à la conciliation d'intérêts *a priori* divergents. En cela, la rupture devient objet de dialogue social. Les risques juridiques sont réduits, puisque la contestation ne peut porter que sur la réalité du consentement, sur l'indemnisation de la rupture, sur l'homologation ou son refus. Soucieuse de préserver la liberté d'agir en justice, la Cour de cassation précise cependant que « *la cour d'appel a retenu à bon droit qu'une clause de renonciation à tout recours contenue dans une convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail devait être réputée non écrite, comme contraire à l'article L. 1237-14 du même code, sans qu'en soit affectée la validité de la convention elle-même* »⁷⁴⁹. Même si elle bouscule la liberté contractuelle, cette hypothèse reste valide au sens de l'analyse économique qui considère que la sanction du droit est légitime en cas de transgression : « *La considération pertinente est le coût de corriger une attribution erronée du droit* »⁷⁵⁰. Le théorème de *Coase* précise cependant que là où les coûts de transaction sont faibles, il convient de ne pas utiliser les règles d'indemnisation fixées par le juge, mais celle de l'exclusivité des contractants au travers d'une injonction du juge.

169 – La célérité et la sécurité juridique comme mesures d'intérêt général - Plus largement, ce sont les exigences de rapidité et de sécurité juridique qui sont mises en exergue. Que la négociation collective concerne l'opportunité du licenciement ou uniquement ses effets, la rationalité économique ne supporte pas l'imprévisibilité. La sécurité juridique est un des piliers du droit économique. Sans elle, il n'y a plus de prévisibilité, plus d'analyse

⁷⁴⁷ V. CEDRAS (J.), « *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation* », Cour de cassation, rapport 2003, études diverses.

⁷⁴⁸ CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010, p. 71.

⁷⁴⁹ Soc., 26 juin 2013, n°12-15.208, publié au bulletin.

⁷⁵⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 130.

économique, plus de pilotage pertinent possible. Les entreprises qui ont déjà de multiples difficultés entrepreneuriales à piloter, ont besoin de visibilité.

Objectif micro-économique, elle est un des éléments qui participe de la performance économique de l'entreprise ; objectif macro-économique, elle est un levier au service du droit de l'emploi. Dans un contexte où la réparation forfaitaire d'un dommage est de façon inconstante anticonstitutionnelle, il convient encore de budgétiser les conséquences de l'intervention du juge dans le champ de la négociation. Si son intervention profite à la partie faible au contrat, elle continue d'entraver l'entrepreneuriat. Les conséquences générées par le capitalisme financier impliquent d'expliquer aux bailleurs de fonds que le taux de profit va se trouver amputé du provisionnement du coût du préjudice. De plus, le temps de la justice reste un temps long : la durée moyenne des affaires terminées par un arrêt de la chambre sociale s'élève à 531 jours en 2016 (17 mois) contre 521 jours en 2015⁷⁵¹ et le contentieux pourrait croître dans un contexte de prévalence de la norme conventionnelle comme source de droit du travail. Cela ne sert pas les intérêts de l'entreprise. Sachant que le droit du travail est aussi un droit de l'emploi⁷⁵², comment ne pas promouvoir le levier de la sécurité juridique pour conforter la rationalité absolue, sinon l'intuition ou l'hyper-rationalité⁷⁵³ des (futurs) employeurs ? Dans sa décision du 5 août 2015 portant sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances, le Conseil constitutionnel considère qu'assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche constituent des buts d'intérêt général.

Si les incertitudes sur les conséquences du licenciement sont telles qu'elles restreignent l'employeur dans sa volonté de conclure des contrats de travail, alors elles contrarient l'intérêt général. À l'aune de la valeur constitutionnelle de *liberté d'entreprendre* cela peut paraître illégitime ; mais tel n'est pas le cas au regard de la fonction de protection que porte traditionnellement le droit du travail. Aussi, sera-t-il nécessaire d'encourager systématiquement le dispositif qui permettra de concilier les parties au contrat tout en

⁷⁵¹ Liaisons sociales Quotidien, « Cour de cassation : Bilan d'activité 2016 et nouvelles suggestions de réformes », n° 17.364, 11 juil 2017. Dans ce contexte les juges du droit proposent de confier aux TGI le contentieux des élections professionnelles qui sont déjà compétents en matière de litiges collectifs du travail, ainsi que le contentieux des relations individuelles de travail des gens de la mer. Une procédure de filtrage des pourvois pourrait être instaurée : les cours d'appel pourraient être invitées à rectifier elles-mêmes les erreurs commises sur des questions simples de façon à ce que l'activité juridictionnelle de la Cour de cassation soit recentrée sur les affaires les plus importantes, comportant une question de principe.

⁷⁵² SACHS (T.), « Quand la sécurité juridique se perde dans l'analyse économique », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 1020.

⁷⁵³ Selon les héritiers de SIMON, il s'agit d'un raisonnement automatique et inconscient, par contraste au raisonnement contrôlé et conscient (KAHNEMAN, prix Nobel 2002).

réduisant l'office du juge. Probablement qu'une négociation collective conduite en toute bonne foi, de façon responsable et éthique, permettra de tendre vers un Graal que de nombreux acteurs appellent de leurs vœux. Le groupe Casino France a ainsi conclu en matière de santé au travail un accord d'entreprise particulièrement structurant : « *Le socle commun est articulé autour de trois grands thèmes : l'implication et la formation des acteurs en interne, le renforcement des démarches clés telles que l'évaluation des risques, le port des EPI ou l'analyse des accidents de travail et, enfin, la promotion du bien-vivre ensemble avec le développement d'initiatives sur les incivilités, l'accompagnement des salariés en difficulté ou encore l'équilibre entre vie privée et vie professionnelle* »⁷⁵⁴. Le consensus porte une ambition qui ne peut que servir la performance. Elle pourrait se trouver affaiblie par une acception trop rationnelle, trop calculatoire du droit à la participation : une sécurité juridique obtenue à la Pyrrhus n'emporterait probablement pas avec elle le dessein d'intérêt général que lui porte le législateur⁷⁵⁵.

Section 2 : L'exigence d'éthique

170 – Position du problème : émergence de l'éthique - Le statut des porteurs de titres, associés ou actionnaires, n'est pas uniforme et varie selon le type de société : l'étendue de la responsabilité financière, la possibilité de se retirer plus ou moins facilement de la société, l'importance ou la relativité du pouvoir, n'en sont que quelques-uns parmi bien d'autres.

Mais au-delà de cette diversité, il existe un certain nombre d'attributs communs et fondamentaux attachés à la qualité de propriétaire. En particulier, l'exercice des droits financiers et patrimoniaux⁷⁵⁶ nécessite de prendre en compte, comme substrat décisionnel, des impératifs de performance économique. Cela amène les porteurs de titres à raisonner selon un *modèle de choix rationnel* : placé devant un problème à résoudre, le propriétaire fait l'inventaire des résultats désirés (préférences), détermine ensuite les actions à entreprendre (options), établit dans quelle mesure chaque action contribue aux préférences et à quel coût

⁷⁵⁴ LAHAYE (A-S.), « *Un travail de longue haleine* », travail sécurité, « Le grand entretien », n° 7802, fév. 2017, p. 13.

⁷⁵⁵ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ; Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, etc.

⁷⁵⁶ A ces droits se rajoutent les droits politiques (droit à l'information et droit de vote) ; pour ce qui concerne les droits financiers, ils sont constitués des dividendes et du boni de liquidation à la dissolution de la société. Enfin, les droits patrimoniaux permettent de céder les droits sociaux (parts sociales ou actions) ou d'en faire des instruments de garantie (ils peuvent faire l'objet d'un nantissement au profit de créanciers).

(valorisation) puis retient celle qui y contribue le plus (choix). Ainsi, les actionnaires peuvent vouloir augmenter le retour sur investissement. Ils envisagent d'investir dans le capital technique, dans le financement d'un service de recherche-développement, ou de se séparer d'une activité accessoire qui ne constitue pas leur cœur de métier : celle-ci entraîne dans le même temps des licenciements. Chaque option est valorisée. Face à la mondialisation financière que connaît notre sphère économique, le porteur de titres ne peut exercer lui-même un choix rationnel qui nécessite souvent une expertise singulière. Cette dernière relève des organes de direction, qui sont alors influencés par des *incitatifs juridiques* contingents⁷⁵⁷ : les normes et leur esprit peuvent, en effet, se révéler bien différentes (droit étatique, droit contractuel), quand le maniement des outils juridiques ou la gestion des ressources humaines se révèle de plus en plus complexe dans une économie de réseaux⁷⁵⁸.

On peut alors compter sur les organes de direction⁷⁵⁹ parfois liés aux porteurs de titres par le mandat, pour exécuter loyalement la gestion de cette rationalité contingente. À ce titre, ils assurent une fonction représentative et se voient attribuer une relative autonomie : cela répond à la pleine logique de l'institution d'un organe. En l'absence d'opportunisme des dirigeants sociaux⁷⁶⁰, extrêmement bien encadrés par des contrats complets ou incomplets⁷⁶¹ dont l'expertise n'a de cesse de s'affiner au fil du temps pour trouver des solutions aux problèmes de gouvernance, nul doute que les intérêts des apporteurs de capitaux seront pris en compte loyalement par les organes de direction.

C'est alors que ces organes sociaux vont se trouver confrontés à un nouveau type de difficulté. Elle concerne les relations tendues qui peuvent les lier aux salariés. Celles-ci peuvent se révéler nuisibles à la performance dans une société qui promeut la *flexisécurité* et qui n'aboutit pleinement que dans la première des deux fonctions portées par ce concept. Si d'aucuns n'y voient pas de difficulté particulière compte tenu de l'émergence d'un droit

⁷⁵⁷ Pour l'analyse économique du droit la théorie des incitatifs est essentielle ; selon deux auteurs, « *cette théorie est fondée sur la prémisse que la perspective d'une punition ou d'une récompense changera la conduite des individus* » [MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 35]. Dans certains domaines du droit, comme le droit pénal, la politique du bâton est omniprésente ; dans d'autres, comme le droit fiscal, c'est la politique de la carotte qui prévaut (exonérations, défiscalisation, etc.). Le droit du travail quant à lui se transforme pour investir pleinement cette théorie des incitatifs : s'il y parvient, il en devient efficient.

⁷⁵⁸ V. CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2003 ; l'économie en réseaux génère une flexibilité qui transforme les modes de travail, et tente de contraindre la main d'oeuvre à s'adapter aux exigences de la flexibilité.

⁷⁵⁹ La collectivité des associés est pleinement compétente pour désigner les dirigeants. Dans les petites sociétés, il s'agit souvent du principal associé, qui cumule les deux statuts. Dans les grandes sociétés, il y a souvent dissociation entre propriété et pouvoir.

⁷⁶⁰ Pour l'analyse économique du droit, il s'agit du principal risque de dérapage du mandat ; V. MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 15.

⁷⁶¹ En référence aux théories de la firme.

faisant allégeance à l'activité économique⁷⁶², d'autres sont plus circonspects : Le Pr. Christophe Radé regrette « *le leurre de la réforme* »⁷⁶³ du 6 août 2015, quand le Pr. Christophe Willmann en critique le contenu, le principe et la philosophie politique : « *Aucune démonstration n'est apportée aux vertus prêtées à la simplification du droit du travail sur le terrain de la création d'emplois/sauvegarde d'emplois* »⁷⁶⁴. Le Pr. Marc Véricel enfin, conteste une simplification qui « *conduit clairement à la destruction du corps de normes protectrices des salariés que constitue (encore) le code du travail, au nom d'une soi-disant opposition entre les normes protectrices contenues dans la loi et l'intérêt réel de ces travailleurs* »⁷⁶⁵. Ces critiques de l'évolution d'un droit qui fait le lit du choix rationnel de l'entrepreneur, sans garanties pour les travailleurs-salariés, tendent les rapports sociaux. Elles divisent le corps social dans son ensemble, encouragent la perte de souveraineté des États, et ne permettent plus de profiter de la participation massive de la main d'oeuvre comme source de productivité. A défaut d'émergence de nouvelles formes de protection des actifs, la société comme entreprise finit par détruire ce qui fait société⁷⁶⁶.

Une des solutions trouve alors son origine dans le degré d'éthique que les organes de direction mettront dans l'exercice du pouvoir. En point de mire, se posent la question de l'équité dans la contractualisation, l'exercice respectueux du pouvoir de direction, la restauration de la liberté contractuelle ou encore l'égalisation des personnes juridiques et des intérêts. La performance globale de l'entreprise requiert bien plus qu'une vision purement quantitative focalisée sur les intérêts économiques immédiats. C'est alors une approche *sociale* de l'économie du droit qui doit animer l'action des dirigeants sociaux en déplaçant à nouveau, si besoin, le rapport de force du côté des propriétaires de la firme. Il est probable que seul le respect de l'homme peut permettre d'installer dans le temps les conditions de la soutenabilité de la compétitivité. Si le recours (inéluçtable) à la norme négociée peut être une modalité de simplification, « *il convient cependant que les négociations s'insèrent dans le cadre de bornes imposées par le droit légiféré ou réglementaire et instaurant une protection minimale véritable* »⁷⁶⁷. C'est la consécration du principe de *bonne foi*, une contrepartie dont l'employeur devient le débiteur, en tant que résultante du contrat de travail. C'est une

⁷⁶² V. RAY (J-E.), « *La loi qui libère...* », Droit social, n° 10, oct. 2015, pp. 752 et s.

⁷⁶³ RADÉ (Ch.), « *Leurre de la réforme* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 749.

⁷⁶⁴ WILLMANN (Ch.), « *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... et l'emploi ?* », droit social, n° 10, oct. 2015, p. 776.

⁷⁶⁵ VÉRICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, oct. 2015, p. 834.

⁷⁶⁶ V. PEYREFITE (A), *La société de la confiance*, Odile Jacob, 1995, p. 419.

⁷⁶⁷ *Idem*, p. 836.

« *question de respect des justiciables* »⁷⁶⁸ que doivent porter ceux qui prônent la simplification du droit du travail et ceux qui exercent la rationalité.

Permettre au droit du travail de garantir l'émergence de relations coopératives est une solution incontournable pour servir l'ambition de performance. Deux éléments essentiels sont alors déterminants : celui de rendre équitables les rapports de force (I), mais aussi celui de promouvoir une subordination éthique et consensuelle (II).

§ I – L'équité des rapports de force

171 – Problématique - L'évolution de la loi du travail et une partie de la doctrine constatent, voire promeuvent, l'émergence d'une norme plus contractuelle⁷⁶⁹ sinon plus conventionnelle⁷⁷⁰. Dans ce cadre et de manière prégnante, se pose alors la question des rapports de forces, de l'équilibre des pouvoirs entre les parties au contrat de travail ou à la convention. Faire confiance à la seule autonomie de la volonté semble hasardeuse, dans la mesure où il paraît difficile d'imaginer qu'un rapport de force équilibré ou que l'égalité soient toujours de fait. Le droit objectif permet en outre, de fait, les situations de forçage du consentement⁷⁷¹ ; la rédaction du nouvel article L. 2254 C. trav. est un exemple manifeste : la prévalence du nouveau type d'accord conventionnel n'en conditionne plus la validité à des difficultés économiques, mais induit uniquement le caractère *nécessaire* des mesures prises en vue d'assurer le fonctionnement de l'entreprise.

Le contrat est le cadre principal de la relation de travail. La subordination juridique qui en découle est l'effet de la qualification de salarié née de l'état de subordination : « *C'est la subordination de fait qui permet la qualification de contrat de travail ; la subordination de*

⁷⁶⁸ *Idem.*

⁷⁶⁹ V. SUPIOT (A.), « *La contractualisation de la société* », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001.

⁷⁷⁰ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ; loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; etc.

⁷⁷¹ C. trav. art. L. 2254 III (prévalence de la norme conventionnelle sur le contrat) - V (le refus du salarié constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement) issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 ; Dans un article de 2014, le Pr. Franck PETIT indique à propos de l'accord de mobilité qu'une fois conclu, il doit être porté à la connaissance de chacun des salariés concernés, sans quoi il deviendrait inopposable aux salariés. En indiquant que les stipulations de cet accord sont applicables au contrat de travail, le Code du travail lui donne un caractère impératif ; les exemples se multiplient (« *Les clauses et accords de mobilité* », *La négociation de la force de travail*, 2014, Editions Universitaires d'Avignon, p. 83 et s.). L'extension du champ de la prévalence en témoigne (V. *Liaisons sociales*, Les Thématiques, « *Un régime unique d'accords collectifs primant sur le contrat de travail* », n° 54).

droit est elle, un effet de cette qualification »⁷⁷². Cet état est caractérisé par la constatation d'une autorité qui découle du contrat et qui institue un triple pouvoir par l'employeur : pouvoir de donner des ordres et des directives, pouvoir d'en contrôler l'exécution, pouvoir de sanctionner les manquements⁷⁷³. Même s'il s'exerce dans un contexte d'autonomie grandissante du concept de subordination, de métamorphose juridique de la notion de pouvoir, il est raisonnable d'imaginer que tous les salariés ne seront pas traités de la même manière. Ceux dont le degré d'autonomie n'a d'égal que la faiblesse du niveau de responsabilité seront particulièrement asservis à l'exercice de cette subordination. Les salariés à faible valeur ajoutée, les salariés contraints de s'adapter aux exigences de la société en réseaux (sous contrats précaires ou contrats courts notamment) seront probablement placés, de fait, sous forte influence juridique. Ensuite, sauf à être dans une situation de rareté de la ressource disponible, tous les salariés offreurs de travail, ne trouvent pas forcément preneur(s) sur le marché ; ce sera notamment le cas en situation de chômage keynésien - conjoncturel - qui se manifeste par une impossibilité de trouver un emploi en raison d'un ralentissement de l'activité économique provoquant une réduction temporaire des besoins de main d'œuvre dans l'économie. Il s'ensuit que l'état de dépendance économique des demandeurs d'emploi, dynamiques dans leur recherche d'activité rémunérée, peut laisser sans protection des salariés qui seraient amenés à signer certains contrats ou à se voir imposer des conditions qu'ils subissent. C'est alors à une double soumission que ces salariés devront faire allégeance : celle de la dépendance juridique, mais aussi économique.

Les risques sont grands : l'atteinte aux droits subjectifs des intéressés mais aussi plus largement au principe constitutionnel d'égalité⁷⁷⁴ ; ce dernier peut être mis à mal si un traitement différencié de l'exercice du pouvoir est fait en raison des sujets de droit et non de critères fonctionnels : les pratiques religieuses peuvent être utilisées comme vecteur de discrimination⁷⁷⁵ quand le principe de proportionnalité au regard du but poursuivi peut être

⁷⁷² DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », Droit social, n° 5, mai 2011, p. 547.

⁷⁷³ La chambre sociale a jugé dans un arrêt du 19 mai 2015 que « *la demande d'explication écrite adressée par l'employeur à un salarié à l'occasion de faits considérés comme fautifs, constitue une simple mesure d'instruction, alors que le salarié a l'obligation de répondre seul et immédiatement aux questions qui lui sont posées, que tout refus de s'exécuter intervenant après une mise en demeure constitue un grief supplémentaire et pourrait à lui seul justifier une sanction* » ; Soc., 19 mai 2015, pourvoi n° 13-26.916, publié au bulletin.

⁷⁷⁴ Le Préambule de la Constitution de 1946 (composante du "bloc de constitutionnalité") ouvre les droits sociaux sur une base universelle (par exemple : "*Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances*") ; les seules limitations admissibles des droits touchent les étrangers en situation irrégulière.

⁷⁷⁵ Le 13 juillet 2016, l'avocat général de la CJUE a rendu ses conclusions sur la question préjudicielle transmise par la Cour de cassation en avril 2015 (Soc., 9 avr. 2015, pourvoi n° 13-19.855). Il considère que l'interdiction de porter un foulard islamique lors des contacts avec la clientèle ne constitue pas une exigence professionnelle « essentielle et déterminante », proportionnée à un objectif légitime. Le licenciement de la salariée ayant refusé de retirer son foulard constitue donc, selon lui, une discrimination directe illicite fondée sur la religion ou les

nié⁷⁷⁶. Plus généralement, les soixante et un principes essentiels du droit du travail peuvent être bafoués⁷⁷⁷. Un droit mal utilisé peut être constitutif de pratiques inconséquentes voire abusives qui entachent l'impérieuse nécessité de performance. Pousser la gestion économique du droit à ses limites ne peut favoriser la qualité du processus de conventionnalisation du droit du travail qui marque l'évolution contemporaine des normes en la matière. Cette problématique nous amène à identifier les éléments constitutifs de la dépendance des salariés à leur employeur (A) avant d'envisager quelques moyens de déjouer les rapports de force dans la relation de travail (B).

A) Une dépendance sous vigilance

Dans le cadre de la relation de travail, les salariés sont exposés à la dépendance de l'employeur (1). Face aux risques d'abus, il convient d'œuvrer pour la tempérer au travers de mesures de protection individuelles (2) et collectives (3).

1) La soumission librement consentie

La dépendance est double : elle résulte de l'identité de retrait d'une certaine catégorie de salariés et d'une ineffectivité *de facto* de l'autonomie de la volonté.

172 – Dépendance sociale - La dépendance statutaire est un premier élément d'analyse. Les difficultés économiques et la tendance naturelle de nos sociétés à faire voler en éclats les pôles de solidarité ont rendu le problème prégnant. La question du recours au temps partiel imposé peut nous éclairer.

convictions. La décision de la CJUE, qui n'est pas liée par ces conclusions, n'interviendra pas avant plusieurs mois.

⁷⁷⁶ CNIL, délibération n° 2009-201 du 16 avril 2009 ; dans une délibération du 16 avril 2009, la Cnil (Commission nationale de l'informatique et des libertés) a condamné une société à 10 000 € d'amende pour la mise en oeuvre d'un système de vidéosurveillance en infraction à la loi « informatique et libertés » (absence de déclaration à la Cnil, d'information du personnel, etc.). Cette délibération est surtout l'occasion pour la Cnil de rappeler qu'un tel dispositif doit nécessairement respecter le principe de proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi.

⁷⁷⁷ Le 25 janvier 2016, le *rapport Badinter* remis au Premier ministre et à la ministre du travail a listé 61 principes essentiels, qui, à droit constant, ont été intégrés dans le projet de loi préparé par Mme Myriam EL KHOMRI. Parmi eux, les libertés et les droits de la personne au travail, les libertés et les droits collectifs, la santé et la sécurité au travail, le temps de travail, etc. L'ambition de cette liste de principes est de constituer un système de référence pour ceux qui ont la mission d'interpréter les règles et de les faire appliquer. V. Rapport au Premier ministre, *Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, janv. 2016.

Une auteure nous indique en la matière que « *les finalités du recours au temps partiel sont diverses. Pour 31.7% des intéressés, c'est le fait de ne pas avoir trouvé d'autre emploi qui en est la cause* »⁷⁷⁸. Même « *s'il n'est pas majoritaire, il recouvre une population « cible » de jeunes et de salariés sans diplôme occupant des emplois peu qualifiés et peu rémunérés. Ce sont ces salariés-là qui sont particulièrement exposés au risque de précarité, notamment dans certains secteurs professionnels* »⁷⁷⁹. Ces travailleurs précarisés sont sujets, plus que d'autres, à un certain nombre d'abus qui n'ébranleront jamais les porteurs de choix (parfois) trop rationnels dans l'entreprise entrepreneuriale : les apporteurs de capitaux évidemment, mais aussi leurs mandataires, les dirigeants sociaux dont l'action ne saurait *a priori* nullement se dissocier des stipulations de leur contrat de mandat. Si la norme ne fait pas de distinction entre les différents types de salariés, « *le droit actuel crée des effets pervers, en particulier en surprotégeant ceux des salariés en ayant le moins besoin (cadres supérieurs) et en laissant sans protection ceux des travailleurs non salariés en état de seule dépendance économique* »⁷⁸⁰. On y voit l'émergence d'un droit entraînant des situations d'inégalités issues du modèle dualiste du marché du travail (opposition *insiders* aux *outsiders*). Il se manifeste concrètement par un recours excessif aux contrats courts, par une précarité durable des salariés en CDD d'usage⁷⁸¹, par une flexibilisation accrue des salariés à temps partiel⁷⁸², par une résignation des intéressés dans l'accès aux modèles dominants d'intégration sociale ; les non-qualifiés en particulier se caractérisent par une *identité de retrait*, à l'inverse des cadres qui ont les moyens cognitifs et institutionnels de s'affirmer individuellement et collectivement : « *Sans perspectives professionnelles partagées, les non-qualifiés sont particulièrement désarmés pour faire face à des situations où ils partagent une même forme de domination au travail et un même sentiment d'insécurité sociale* »⁷⁸³. Leur relation de travail est marquée par une « *construction identitaire opposant certaines sous-populations : les jeunes et les plus âgés, les hommes et les femmes, les immigrés et les non-immigrés* »⁷⁸⁴.

Pour réinvestir le rapport de force, l'ensemble des normes en vigueur évolue. La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 tente d'encadrer les abus du recours au temps partiel en précisant ses

⁷⁷⁸ FAVENNEC-HERY (F.), « *Temps partiel : travail choisi ou travail forcé ?* », Droit social, n° 10, oct. 2013, p.785.

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

⁷⁸⁰ BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), « *Réforme du droit social et efficacité économique* », Revue française d'économie, volume 23, n° 2, 2008, p. 66.

⁷⁸¹ Constat de l'Inspection générale des affaires sociales dans un rapport mis en ligne du 13 sept. 2016 : le CDDU, indique l'Igas, est un CDD très spécifique, sans limitation de durée dans le temps, sans délai de carence ni limitation pour son renouvellement, sans versement de l'indemnité de fin de contrat.

⁷⁸² Initiative du temps partiel, volume des horaires de travail, période de calcul des horaires qui s'élargit, rémunération indépendante de l'horaire réel, conventionnalisation du statut des salariés concernés, etc.

⁷⁸³ AMOSSÉ (T.), CHARDON (O.), « *Les travailleurs non qualifiés : une nouvelle classe sociale ?* », dans *Economie et statistique*, n° 393-394, 200, p. 224.

⁷⁸⁴ *Idem*, p.203.

modalités d'exercice. Ainsi son article 12 dispose que « *les salariés employés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi, les conventions et les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif. Les périodes d'essai des salariés à temps partiel ne peuvent avoir une durée calendaire supérieure à celle des salariés à temps complet (...)* »⁷⁸⁵. Tout en garantissant les droits des salariés concernés et pour favoriser dans le même temps la flexibilité dans l'entreprise, d'autres normes ont continué à évoluer pour encadrer ses modalités d'exercice. Sous réserve des exceptions et dérogations admises⁷⁸⁶, la durée de travail des contrats à temps partiel conclus depuis le 1^{er} juillet 2014 ne peut pas être inférieure à 24 heures par semaine⁷⁸⁷. Plus précisément pour ces contrats, la durée de travail ne peut pas être inférieure à 24 heures par semaine ou à l'équivalent mensuel de cette durée (104 heures). Un accompagnement⁷⁸⁸ des bénéficiaires du contrat de sécurisation professionnelle (CSP) a été institué pour les salariés privés d'emploi, mais aussi pour des demandeurs d'emploi en fin de contrat de travail à durée déterminée d'au moins six mois et sur certains bassins donnés⁷⁸⁹. Ces CSP, en renforçant les capacités des individus à agir, permettent de restaurer le rapport de force. Les juges enfin, œuvrent pour que le droit relatif à la protection des salariés à temps partiel soit un droit plus efficient. Ils « *ont, parallèlement, fait respecter les exigences formelles du contrat de travail à temps partiel afin d'assurer aux salariés une certaine prévisibilité dans l'organisation de leur temps ; ils ont aussi scrupuleusement appliqué le régime des heures complémentaires. C'est, dès lors, le contrat de travail et ses mentions obligatoires qui ont constitué le vecteur majeur de la protection des salariés à temps partiel* »⁷⁹⁰. La norme en droit évolue pour tempérer une dépendance statutaire qui s'inscrit dans le cadre dominant de la flexicurité.

173 – Ineffectivité de l'autonomie de la volonté - Cette dépendance sociale est liée au périmètre d'exercice inégal du pouvoir des salariés. Tous n'ont pas la même capacité à

⁷⁸⁵ C. trav., art. L. 212-4-5.

⁷⁸⁶ Par exemple les jeunes de moins de 26 ans qui poursuivent des études ou les salariés embauchés par des entreprises de travail temporaire d'insertion.

⁷⁸⁷ « *La durée minimale de travail du salarié à temps partiel est fixée à vingt-quatre heures par semaine ou, le cas échéant, à l'équivalent mensuel de cette durée ou à l'équivalent calculé sur la période prévue par un accord collectif conclu en application de l'article L. 3122-2. Les dispositions prévues au premier alinéa ne sont pas applicables aux contrats d'une durée au plus égale à sept jours* », C. trav., art. L. 3123-14-1.

⁷⁸⁸ Bilan de compétences, suivi individuel de l'intéressé, mesures d'appui social et psychologique, mesures d'orientation tenant compte du marché local de l'emploi, mesures d'accompagnement, actions de VAE, mesures de formation (art. 11 de l'arrêté du 16 avr. 2015).

⁷⁸⁹ Arrêté du 16 avr. 2015 relatif à l'agrément de la convention du 26 janv. 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle, art. 2 et art. 3.

⁷⁹⁰ FAVENNEC-HERY (F.), « Temps partiel : travail choisi ou travail forcé ? », Droit social, n° 10, oct. 2013, p.786.

négocier individuellement ou collectivement, sans compter que les contrats signés ne sont pas tous identiques.

L'abus de contrats précaires témoigne, en l'espèce, d'une atteinte manifeste à la liberté contractuelle : la dépendance économique des demandeurs d'emploi ne les conduit pas à pouvoir opérer librement le choix ou non de conclure le contrat de travail qui leur est (souvent) imposé ; l'autonomie de la volonté est aussi mise en échec : désormais, les stipulations conventionnelles se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles des contrats, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle et géographique interne à l'entreprise. Pourtant, issu de la philosophie individualiste de Kant, le contrat n'est censé exister que si, et parce que les parties l'ont voulu, « *cet acte reposant tout entier sur leur volonté libre, qui est à la fois la cause et la mesure de leurs obligations* »⁷⁹¹. C'est probablement la prise en considération par le législateur des situations d'inégalité⁷⁹² (*de facto*) qui a fini par instituer une hiérarchisation des personnes juridiques et des intérêts. L'employeur n'est même pas tenu de consulter individuellement ses salariés, l'accord tacite devenant présumé : le salarié peut toutefois refuser la modification de son contrat résultant de l'application de l'accord en informant l'employeur dans un délai d'un mois⁷⁹³. La lecture particulière de l'article L. 3122-15 C. trav. (*nouv.*) est à ce titre éloquente : il introduit une présomption de conformité des conventions d'entreprise, d'établissement ou de branche qui mettent en place le travail de nuit tout en l'étendant à de nouvelles catégories de salariés⁷⁹⁴.

Les employeurs ne sont pas tous animés par les mêmes valeurs : « *L'homme veut la concorde, mais la nature sait mieux que lui ce qui est bon pour son espèce : elle veut la discorde* »⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, Les obligations 2018*, Dalloz, 10^e édition, p. 31.

⁷⁹² *Idem*, p. 32 : « *Dans un tel contexte, l'autonomie de la volonté paraît un leurre puisque la volonté n'est autonome qu'en apparence* ».

⁷⁹³ C. trav., art. L. 2254-2, III et IV (*nouv.*).

⁷⁹⁴ C. trav., art. L. 3122-15 : « *Un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord collectif de branche peut mettre en place, dans une entreprise ou un établissement, le travail de nuit, au sens de l'article L. 3122-5, ou l'étendre à de nouvelles catégories de salariés.*

Cette convention ou cet accord collectif prévoit : 1° Les justifications du recours au travail de nuit mentionnées à l'article L. 3122-1 ; 2° La définition de la période de travail de nuit, dans les limites mentionnées aux articles L. 3122-2 et L. 3122-3 ; 3° Une contrepartie sous forme de repos compensateur et, le cas échéant, sous forme de compensation salariale ; 4° Des mesures destinées à améliorer les conditions de travail des salariés ; 5° Des mesures destinées à faciliter, pour ces mêmes salariés, l'articulation de leur activité professionnelle nocturne avec leur vie personnelle et avec l'exercice de responsabilités familiales et sociales, concernant notamment les moyens de transport ; 6° Des mesures destinées à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment par l'accès à la formation ; 7° L'organisation des temps de pause.

Cette convention ou cet accord collectif est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1 ».

⁷⁹⁵ KANT, 1755.

Toutes les catégories de salariés ne sont pas logées à la même enseigne : si, en signant le contrat de travail, tous exercent une apparente liberté contractuelle, certains la subiront plus que d'autres. Ainsi, au regard de la performance, les interrogations sur la place du concept d'autonomie de la volonté devrait pouvoir être différenciées. Selon les catégories professionnelles, la volonté pourrait ou non être pourvue d'une totale autonomie. Réelle pour les cadres et professions intellectuelles supérieures par exemple, subordonnée à des impératifs supérieurs (telles les conventions d'entreprise ou de branche) pour les ouvriers et employés. L'autonomie de la volonté deviendrait contingente, à défaut de consécration par le juge ou le législateur du solidarisme contractuel⁷⁹⁶ qui agirait alors comme une exigence sociale supérieure fondée sur la bonne foi.

L'ineffectivité de l'autonomie de la volonté est renforcée par une dépendance économique qui crée un déséquilibre contractuel préjudiciable au salarié. Celle-ci « *est une situation de faiblesse, une infériorité dans le rapport de force économique* »⁷⁹⁷. En conséquence, les rapports de force ne sont pas toujours équilibrés entre les parties au contrat. Un rapport de recherche du Centre d'Etudes de l'Emploi indique, après avoir codé cinquante-six contrats de travail associés à trente-huit entreprises (dont 90% sont françaises), que la politique contractuelle des grandes entreprises est hétérogène. Si toutes ont en commun le fait de traduire l'engagement contractuel par écrit, moins de 3% des entreprises l'exigent par la stipulation d'une convention collective : « *l'écriture se fait généralement à partir de contrats-types dont la trame est élaborée par le directeur des ressources humaines. (...) Les contrats ne seront pas, dans la plupart des cas, différenciés selon les fonctions des salariés. On observera par exemple une absence de description du poste dans le contrat. Les contrats peuvent cependant être différenciés selon les catégories de personnel* »⁷⁹⁸. Si la standardisation des contrats n'est pas exigée par le droit codifié ou le droit conventionnel, les contrats-types pourront être très divers, d'autant que ceux-ci peuvent être différenciés selon les catégories de salariés (cadre / non-cadre, chef de produit / autre, commercial / ouvrier, temps complet / temps partiel, etc.). Les entreprises de taille intermédiaire, les petites et moyennes entreprises qui elles, n'auront pas forcément de directeur des ressources humaines ou de service juridique, seront plus enclines à dresser des contrats de gré à gré où les parties

⁷⁹⁶ PORCHY-SIMON (S.), préc, p. 33 : Inspirée des écrits de Demogue, qui prônait la reconnaissance d'une collaboration entre contractants, cette théorie souhaite une reconnaissance plus forte de l'équité, de la loyauté et de l'entraide entre contractants, notamment dans le dessein de protection du sujet de droit placé en situation de dépendance à l'égard de l'autre. Dès lors, pour la part minoritaire de la doctrine qui soutient cette thèse, la volonté doit rester la source de l'effet obligatoire du contrat.

⁷⁹⁷ DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », Droit social, n° 5, mai 2011, p. 550.

⁷⁹⁸ Centre d'Etudes pour l'Emploi, « *Stratégies contractuelles et gestion de la relation de travail* », rapport de recherche, juillet 2003, p.68.

détermineront librement, par la discussion, les stipulations contractuelles. Dans ce périmètre-là, les pratiques abusives pourront être légion et les rapports de force pourront jouer à plein : « *L'anarchie économique de la société capitaliste est la source réelle du mal* »⁷⁹⁹ écrivait Albert Einstein.

174 – Forçage du consentement - Lors de l'exécution et de la rupture du contrat, le droit du travail a cherché à favoriser les intérêts de l'employeur en rendant possibles les situations de « forçage de fait »⁸⁰⁰ du consentement. Le consentement du salarié est alors utilisé pour renoncer à certaines règles protectrices.

En cas de licenciement économique, la question des offres de reclassement témoigne parfaitement de la notion : « *Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure. Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises* »⁸⁰¹. Ainsi, l'accord exprès du salarié peut permettre un reclassement sur un emploi de catégorie inférieure. La question du travail du dimanche est aussi remise en cause par le volontariat des salariés (C. trav. art. L. 3132-25-4), tout comme celle du temps de travail. Les conventions de forfait en jours ne prévoient pas, par exemple, de durée de travail à respecter. Les salariés ne sont donc pas soumis au respect des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail. La convention précise seulement le nombre de jours travaillés par an (fixé par l'accord collectif qui instaure la convention de forfait) fixé à 218 au maximum. Des conventions de forfait en heures existent aussi⁸⁰².

Tous ces dispositifs, s'ils nécessitent officiellement l'accord du salarié, restent difficilement contestables par ces derniers. Les interrogations restent sur l'autonomie de la volonté alors que le consentement est exprimé en état de dépendance. On rappelle que « *la dépendance fut caractérisée au début du siècle comme la situation de celui dont la subsistance, voire la survie, étaient en cause* »⁸⁰³. On peut cependant appréhender cette question différemment : le salarié aurait-il accepté les modifications de son contrat s'il en avait eu le choix ? L'éthique de l'employeur trouve ici toute sa place. Elle doit, à notre sens, imprégner les modèles

⁷⁹⁹ Humanité dimanche, « *Le capitalisme, voilà la source du mal, écrit Einstein* », 15 août 2015 ; le journal publie un texte écrit par Albert Einstein en mai 1949 dans la revue américaine progressiste Monthly Review.

⁸⁰⁰ FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », Le Droit Ouvrier, juil. 2012, n° 768, p. 460.

⁸⁰¹ C. trav., art. L. 1233-4.

⁸⁰² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 12.

⁸⁰³ DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », Droit social, n° 5, mai 2011, p. 550.

classiques de la décision (modèle du choix rationnel) et être prise en compte dans les critères de choix de l'optimum normatif qui répondent aux besoins de son entreprise.

La reconnaissance du *vice de violence* participe de la protection du salarié. Celui-ci se définit en matière contractuelle comme une violence exercée sur une personne ayant eu pour résultat de l'amener à s'engager ou de l'amener à renoncer à un droit. L'article 1140 C. civ. (*nouv.*) dispose : « *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». Forcer un salarié à signer un contrat de travail ou un avenant *in pejus*, en le menaçant implicitement de le licencier s'il ne s'y soumet pas, est constitutif du vice de violence : il y a un élément matériel (la menace sur la personne du salarié ou du futur salarié) déterminant dans le consentement, de surcroît illégitime dans la mesure où il est illicite (usage anormal des moyens légaux). Depuis la réforme du droit des contrats, l'article 1143 C. civ. vise plus largement « l'état de dépendance » et ne se limite plus à la seule violence économique de l'article L. 1113 C. civ. (*anc.*) : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

La dépendance économique entraîne le consentement présumé du salarié. Si elle est présente au jour de la conclusion du contrat ou de son avenant, déterminante, suffisamment grave et illégitime (C. civ. art. 1141) elle en devient caractérisée. La nullité relative de l'acte peut être demandée par le salarié (art. 1181 C. civ. *al. 1*) sauf si elle est couverte par la confirmation (*al. 2*). Mais quel salarié désirerait ou accepterait réellement de voir rompre son contrat ? La nullité de certaines clauses contractuelles seulement peut alors venir sanctionner l'abus (cas de nullité partielle). Dans la mesure où elle justifie d'un intérêt (art. 1180 C. civ. *al. 1*), la nullité absolue peut être invoquée par une organisation syndicale qui agirait au motif de la défense de l'intérêt collectif de la profession ou si plusieurs salariés devaient être victimes de ce forçage de fait du consentement. Cette situation s'avère notamment possible si l'objet de la négociation entre l'employeur et les salariés relève de la perte de leurs droits collectifs. Le Pr. Franck Petit précise à ce titre que « *sur le fondement de cette action syndicale, le syndicat peut notamment intervenir à titre accessoire au cours d'un procès opposant, devant le conseil de prud'hommes, un salarié à son employeur et demander réparation du préjudice porté à*

l'intérêt collectif de la profession (...). Le syndicat peut également intervenir, cette fois-ci à titre principal ou à titre accessoire, devant les autres tribunaux »⁸⁰⁴.

La norme autorise désormais les consentements en blanc. Le Pr. Muriel Fabre-Magnan les analyse comme des *forçages en droit* : « *Le consentement du salarié est ainsi parfois utilisé, non plus seulement pour lui faire renoncer explicitement (mais au moins directement et ouvertement) à certaines règles protectrices mais, de façon plus contournée, pour lui faire renoncer, en amont, à avoir ultérieurement à donner son consentement. Il s'agit là d'une carte blanche donnée à l'employeur »⁸⁰⁵. Le forçage du consentement devient alors légal, dès lors qu'il est motivé, effectué de manière non abusive et de bonne foi. On en revient indirectement à cette évolution issue du droit anglo-saxon selon laquelle il peut y avoir modification du contrat *in pejus* dans la mesure où la réalité économique l'impose.*

175 – Conclusion : la soumission librement consentie - Le socle de la liberté contractuelle finit par garantir la présomption de conventions librement consenties : c'est au demeurant une mise en exergue de la finalité du droit (hiérarchisation des intérêts) que permet de rendre effective, au travers du droit objectif, la force réelle de l'État⁸⁰⁶. On peut regretter que le droit étatique, censé garantir la coexistence des droits subjectifs⁸⁰⁷, finisse par instituer une *soumission librement consentie* qui aille bien au-delà des prérogatives de l'employeur issues de l'état de subordination juridique.

2) Les mesures de protection individuelle

Les mesures de protection des salariés issues des stipulations contractuelles s'amenuisent face à l'importance de celles résultant des relations collectives du travail. Elles concernent parfois la périphérie de la relation individuelle de travail, sans compter que leur efficacité reste tempérée par une absence d'impérativité de la norme : les normes étatiques deviennent supplétives face aux sources professionnelles du droit ; le rôle du juge peut donc s'avérer prégnant. Les prérogatives dévolues aux instances de représentation du personnel ainsi que l'émergence d'un « droit flou » ne viendront, au final, que tempérer une domination de

⁸⁰⁴ PETIT (F.), *Droits syndicaux dans l'entreprise et liberté syndicale*, La documentation française, collection « Les études », 2014, p. 232.

⁸⁰⁵ FABRE-MAGNAN (M.), préc., p. 464.

⁸⁰⁶ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 108 ; l'auteur met en évidence que « *le droit subjectif est au coeur de la pensée juridique de l'époque moderne* ». Dans le système de HOBBS « *la loi étatique ne tient plus la place que d'un outil* » destiné à « *servir les intentions des contractants* ». Au-dessus des lois, il y a le but des lois : « *Le droit objectif étant auxiliaire, le droit subjectif est le terme* ».

⁸⁰⁷ *Idem*, p. 107.

l'employeur dont le pouvoir reste fortement marqué par le degré d'éthique qu'il voudra bien lui allouer.

176 – Le travailleur indépendant – Historiquement, le législateur a organisé la protection de la partie faible, partant du principe qu'au-delà du contrat de louage du Code civil, le contrat de travail était une convention où le bien échangé était fondamentalement différent de celui des autres contrats. Le travail, sur lequel s'exerce la subordination, est un bien singulier. On en veut pour preuve qu'il ne rentre aucunement dans la taxinomie traditionnelle du droit civil : biens meubles et immeubles, biens fongibles et corps certains, biens consommables et non consommables, etc. Aussi, c'est en reconnaissant implicitement que l'échange peut être inégalitaire que le Code du travail a organisé un régime spécifique de protection, visant à corriger la subordination et les dépendances du salarié. Cependant, il n'aura pas été suffisant pour limiter l'émergence d'une *soumission librement consentie*. Dans le même temps, l'évolution contemporaine revient à limiter les conséquences de la fonction protectrice du Code du travail par l'institution d'une norme promouvant l'efficacité économique avant tout objectif de protection *stricto sensu* du salarié. Aussi, plutôt que de signer un contrat de travail, les salariés peuvent chercher à s'en exonérer. L'objectif sera alors de ne pas recourir au contrat de travail, quelle que soit sa forme, afin d'organiser librement leur activité professionnelle.

Le contrat d'entreprise peut se substituer au contrat de travail en ce qu'il permet de s'exonérer des contraintes que pose la soumission librement consentie ; il permet dans le même temps de laisser se développer la liberté d'entreprendre. La faiblesse du modèle industriel traditionnel, le fonctionnement réticulaire de l'économie contemporaine, les nouvelles formes de protection des actifs permettent d'explorer plus encore cette voie : l'indépendance est, de fait, l'une des meilleures mesures phare de protection contre les atteintes portées à la liberté contractuelle. Après une étude qui permet d'y repérer des éléments de nature économique⁸⁰⁸ mais aussi de nature juridique⁸⁰⁹, le Pr. Jean-Pierre Chauchard conclut : « *L'indépendance se présente comme un envers de la subordination* »⁸¹⁰.

En explorant un nouveau cadre juridique de collaboration entre entreprises et travailleurs, en faisant évoluer le modèle industriel traditionnel vers un modèle en réseaux qui permet de

⁸⁰⁸ Propriété des instruments de travail, accès direct à la clientèle, maîtrise du marché sur lequel sont offerts les produits ou services, etc.

⁸⁰⁹ Ces éléments caractérisent la situation juridique ou la situation statutaire des parties : responsabilité du risque d'activité, maîtrise de l'organisation de la mission, du projet ou de la prestation, inscription sur un registre professionnel, etc.

⁸¹⁰ CHAUCHARD (J-P), « *Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ?* », Droit social, n° 11, nov 2016.

maximiser la flexibilité, le fonctionnement des entreprises contemporaines a évolué vers un système de plus en plus décentralisé. La confiance qui était auparavant placée dans le contrat de travail s'est déplacée vers la responsabilité du travailleur indépendant qui assumera pleinement les conséquences de son activité. La relation de travail s'est externalisée. L'ubérisation de l'économie en est aujourd'hui le témoin manifeste. Dans le même temps, le contributeur indépendant n'aura plus « à subir » l'assomption que lui imposait la subordination juridique.

Il n'en sera pas de même pour la dépendance économique, la frontière entre les statuts de salarié et d'indépendant tendant à se réduire. L'Insee précise que « *les indépendants sont en moyenne nettement plus âgés que les salariés (45 ans contre 39 ans). En effet, ils ont généralement débuté dans la vie active comme salariés, exception faite des médecins et des agriculteurs. C'est donc vers 32 ans, après une dizaine d'années d'activité comme salariés, qu'ils deviennent chefs d'entreprise, mis à part les agriculteurs et plus généralement ceux qui reprennent l'entreprise familiale, pour qui l'acquisition du statut d'indépendant se fait plus jeune* »⁸¹¹. Finalement, le transfert de l'internalisation de la relation de travail vers son externalisation transforme la dépendance, qui de statutaire devient majoritairement économique. Il n'en demeure pas moins que pour certains auteurs⁸¹² et le juge, la dépendance économique reste un indice de subordination. La jurisprudence l'a reconnue lorsque le travailleur n'avait pas de clientèle propre, lorsque le travailleur œuvrait exclusivement pour le donneur d'ouvrage ou encore lorsque le prix était fixé unilatéralement par la partie forte au contrat.

Le contrat d'entreprise se substitue alors à l'emploi salarié typique (c'est-à-dire l'emploi salarié permanent à temps complet pour un seul employeur) et aux formes de travail (initialement) atypiques qui s'en distinguaient au regard de l'une des caractéristiques suivantes : temps de travail inférieur à la durée légale ou instabilité du lien d'emploi. La relation de travail est alors remplacée par une relation client/fournisseur. Si le statut de travailleur indépendant offre plus de liberté, sa montée en puissance butait jusqu'alors sur la faiblesse de son régime de protection sociale. Dans la mesure où il n'existe pas de lien de subordination juridique vis-à-vis d'un employeur, ce statut offrait jusqu'à récemment une protection sociale moindre. Très contesté, le régime social des indépendants (RSI) a disparu le 1^{er} janvier 2018, en adossant la sécurité sociale des indépendants au régime général. Cela s'est traduit à travers le vote du budget de la Sécurité sociale pour 2018 (article 11). Cette

⁸¹¹ EVAÏN (F.), AMAR (M.), « Les indépendants », Insee, n° 1084, juin 2006, p. 1.

⁸¹² DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », Droit social, n° 5, mai 2011, p. 551.

réforme a permis de modifier l'architecture juridique des régimes de sécurité sociale pour supprimer juridiquement le RSI et transférer ses missions aux différentes branches du régime général, tout en organisant une gouvernance permettant d'assurer une représentation des travailleurs indépendants (ils participent ainsi à l'évolution de leur protection sociale). On y voit une harmonisation des droits entre travailleurs, salariés et non-salariés, tout en préservant des spécificités inhérentes à l'activité indépendante (action sociale dédiée, régimes de retraite complémentaire et d'invalidité - décès particuliers, règles de cotisations tenant compte de la situation économique des intéressés).

Précédemment, des initiatives avaient été prises afin de conforter l'entrepreneuriat. Ainsi, la Fédération Syntec annonçait, dans un communiqué du 5 juillet 2017, avoir innové en matière de protection des dirigeants, travailleurs non salariés et créateurs d'entreprise(s) de la branche des bureaux d'études, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils. Soucieuse de leur apporter de réelles garanties et de la flexibilité, un partenariat qualifié d'*inédit* a été signé entre la Fédération Syntec et quatre organismes. Il proposait aux entrepreneurs de la branche quel que soit leur statut, deux types de couverture de risques : risques sociaux, risques juridiques et financiers (dont la perte d'emploi). Cette convention, selon la fédération Syntec, répondait au « *principal frein à l'entrepreneuriat et à la performance économique que peut constituer l'absence de couverture des risques* »⁸¹³. Progressivement, le système de protection étendait la couverture du risque de chômage aux indépendants dont une des ambitions devenait déjà la protection de tous les actifs, quel que soit leur statut. Il visait dans le même temps la facilitation des transitions professionnelles entre statut de salarié et d'indépendant. Selon certaines études, 20% des indépendants se plaignaient de la précarité de leur situation et du manque de protection ; cependant, seuls 49% d'entre eux seraient prêts à cotiser davantage pour pallier la perte d'activité⁸¹⁴.

177 – L'émergence de statuts hybrides - La frontière entre le travail salarié et le travail indépendant reste parfois floue. Tout en conservant la distinction entre salariat et travail indépendant, la protection des actifs évolue. Si les indépendants peuvent bénéficier d'une extension de l'assurance chômage, à l'inverse, les salariés détenteurs de contrats de travail atypiques, économiquement et juridiquement dépendants, se sont vu attribuer le bénéfice du choix de leur couverture complémentaire santé.

⁸¹³ Liaisons sociales, Quotidien, « *Les bureaux d'études offrent protection sociale aux dirigeants et travailleurs non salariés* », n° 17.365, 12 juil. 2017.

⁸¹⁴ Liaisons sociales, Quotidien, « *Comment étendre l'assurance chômage aux démissionnaires et aux indépendants ?* », n° 17.385, 16 août 2017.

Cela témoigne, cette fois-ci, d'un rapprochement vers le statut d'indépendant, qui peut se justifier compte tenu de la succession de contrats chez des employeurs potentiellement différents. Ainsi, l'obligation de généralisation de la complémentaire santé peut être assumée, depuis le 1^{er} janvier 2016, grâce au versement par l'employeur, au profit de certains salariés⁸¹⁵, d'une somme d'argent se substituant à la part patronale finançant lesdites garanties supplémentaires⁸¹⁶. Alors que ce choix renforce, en principe, la liberté des bénéficiaires, puisque le salarié peut opter pour l'aide patronale de sa propre initiative, un auteur soutient que « *le législateur encourage une forme de déconstruction de l'oeuvre de généralisation ayant pour effet de dégrader le niveau de protection des salariés les plus précaires* »⁸¹⁷. La qualité de la couverture se trouverait altérée par une absence de mutualisation caractéristique des contrats collectifs (moindre négociation des salariés), une fiscalisation à l'impôt sur les revenus de l'aide reçue de l'employeur, une exclusion de la portabilité des droits après la rupture du contrat de travail⁸¹⁸. Au final, « *les effets risquent d'aller à l'encontre du but recherché* »⁸¹⁹.

Des pistes structurelles sont ensuite évoquées pour faire évoluer la protection des actifs. Cela concerne les protections liées à la relation de travail (droits individuels et collectifs) et les droits de la protection sociale : en particulier la couverture de la perte du revenu courant ou différé (perte d'emploi, inactivité subie, retraite). Sont évoquées deux principales pistes : à l'instar de ce qui se fait en Espagne notamment, la première option relèverait de la création d'un statut intermédiaire entre le salariat et travail indépendant traditionnel : il s'agirait d'un statut de *travailleur indépendant économiquement dépendant*. Ce statut intermédiaire relève d'une présomption réfragable de non-salariat ; il pourrait à la fois « *reconnaître l'autonomie du travailleur (liberté de choix de ses donneurs d'ordres, de son lieu de travail et de son temps de travail) et donc exclure les domaines correspondants du champ du contrat, et reconnaître sa dépendance économique, en lui offrant des garanties minimales (droit à la négociation collective, protection contre le risque de perte de revenus, etc.)* »⁸²⁰. Des

⁸¹⁵ Est concerné le seul salarié en contrat de travail à durée déterminée dont l'adhésion au régime santé le conduirait à être affilié pour une durée inférieure à trois mois, et justifiant être bénéficiaire d'une garantie individuelle responsable. Le dispositif d'exclusion vise le salarié en CDD ou en contrat de mission d'une durée inférieure ou égale à trois mois ainsi que le salarié à temps partiel d'une durée inférieure ou égale à quinze heures par semaine (CSS, art. D.911-7).

⁸¹⁶ CSS, art. L. 911-7-1.

⁸¹⁷ MILLET (W.), « *La faculté d'assumer la généralisation de la complémentaire santé d'entreprise par une aide financière patronale* », Droit social, n° 6, juin 2017, p. 562.

⁸¹⁸ Les dispositions de l'art. L. 911-8 CSS organisant le maintien temporaire des garanties en vigueur dans l'entreprise au profit de l'ex-salarié, ne leur est pas applicable.

⁸¹⁹ MILLET (W.), préc., p. 565.

⁸²⁰ JOLLY (C.), PROUET (E.), WISNIA-WEILL (V.), « *Nouvelles formes du travail et de la protection des actifs* », France Stratégie, mars 2016, p. 7.

questions se posent alors : comment serait appréhendée la notion de dépendance économique (effets de seuil) ? Quelle serait la contribution des employeurs bénéficiaires au financement de la protection de ces travailleurs ?

La seconde option, plus radicale, viserait à définir un droit de l'activité professionnelle englobant les statuts existants. Il dépasserait la distinction entre les deux et impliquerait la création d'un régime unifié de protection sociale : « *Il serait à articuler avec le scénario d'un compte personnel d'activité qui déconnecterait l'ensemble des droits sociaux du statut d'emploi, les attachant uniquement à la personne et à son activité professionnelle* »⁸²¹. Des questions se posent tout autant : comment déterminer les différents piliers de la protection ? Quel serait le niveau de protection universel ? N'aboutirait-il pas à une nouvelle inégalité chez les assurés sociaux avec l'instauration d'une protection minimaliste qui nourrirait *in fine* l'émergence d'un système assurantiel privé plus important ?

178 – La requalification du contrat de travail, outil de protection du juge - Dans le cadre actuel de la distinction entre indépendant et salarié, l'intervention du juge semble être l'un des seuls remparts de protection.

L'inscription du travailleur à quelque registre⁸²² ou le fait de relever d'une profession libérale fait peser une présomption simple d'absence de contrat de travail ; ainsi, la loi du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle (dite loi Madelin) a introduit un article L.120-3 dans le Code du travail (devenu article L.8221-6) qui pose *le principe d'une présomption de non-salariat (c'est à dire d'une activité indépendante) au bénéfice de personnes énumérées à l'alinéa 1 de cet article*. La loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite loi Aubry II) avait supprimé cette présomption de non-salariat. La loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique a rétabli cette présomption de non-salariat telle que prévue initialement dans la loi du 11 février 1994. Cette présomption simple (réfragable) fait peser un risque à l'entreprise donneuse d'ouvrage. L'article L.8221-6 C. trav. dispose en effet que

⁸²¹ *Ibidem*.

⁸²² Selon l'al. 1 de l'art. L. 8221-6 C. trav. (anciennement L.120-3) issu de la loi du 1er août 2003 et complété par la loi du 4 août 2008 de modernisation économique (dite loi Dutreil), sont présumés ne pas être liées avec le donneur d'ouvrage par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation : les personnes physiques immatriculées au registre du commerce, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès de l'Urssaf en tant que travailleurs indépendants, les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes qui effectuent du transport scolaire ou du transport à la demande, les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale pouvant bénéficier du régime micro-social (versement forfaitaire libérateur des charges sociales personnelles obligatoires) et dispensées de ce fait de l'obligation d'immatriculation au RCS ou au RM, les dirigeants des personnes morales immatriculées au RCS et leurs salariés.

l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes citées à l'al. 1 de cet article ont en réalité fourni des prestations à un donneur d'ouvrage « *dans des conditions les plaçant dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci* ». Aussi, la requalification en contrat de travail reste possible si la subordination s'inscrit dans le temps. Elle l'est d'ailleurs, quand elle existe pendant *toute la durée de la relation de travail* entre la personne employée et son donneur d'ouvrage, que celle-ci soit continue, discontinue ou de courte durée. Ainsi, la présomption de non-salariat présente un caractère de présomption simple qui peut être remise en cause *si l'existence d'un contrat de travail* entre le prestataire et son donneur d'ouvrage *est établie*, autrement dit s'il est démontré que la personne employée exerce son activité au profit d'un tiers *sous la subordination juridique permanente* de celui-ci. La charge de la preuve incombe au demandeur. C'est à celui qui demande la requalification de la relation de travail en relation salariale (l'URSSAF, l'inspection du travail ou le travailleur concerné) d'apporter la preuve de l'existence du lien de subordination juridique permanente, et non au donneur d'ouvrage de prouver l'absence de ce lien.

A l'inverse, le statut de salarié ne saurait être déduit des seuls défauts d'immatriculation au registre du commerce, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès de l'Urssaf en tant que travailleurs indépendants, sans que soit caractérisée l'existence d'un lien de subordination. Au final, la requalification en contrat de travail résultera d'un état de fait ; elle ne pourra être possible que si les critères définis par la chambre sociale de la Cour de cassation sont réunis : des ordres et directives doivent être confiés au travailleur par un donneur d'ordre, lequel peut exercer tout contrôle sur leur exécution, et sanctionner les manquements⁸²³.

Selon une jurisprudence constante, l'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté des parties, ni de la qualification donnée à la rémunération (salaires, honoraires, indemnités, etc.), mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur. C'est le principe de réalité qui prévaut. La cause de la qualification est l'état. C'est lui qui confère la qualité de salarié. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle considéré, dans une espèce concernant un moniteur de tennis que la convention conclue avec le club, l'absence de bulletins de salaire, les justificatifs des indemnités versées par le club au moniteur, et bien que la position de l'administration fiscale le tenait pour travailleur indépendant, que ce caractère n'était pas réellement établi⁸²⁴. Sera considéré comme salarié celui qui accomplit un travail pour un employeur dans un lien de subordination permanent.

⁸²³ Soc., 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-13 187, publié au bulletin.

⁸²⁴ Soc., 25 fév. 2004, pourvoi n° 01-46.785.

Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements⁸²⁵. Par ailleurs, le fait de maquiller sciemment une relation salariale en contrat d'entreprise (alors même que la relation d'affaires recouvre une relation de subordination entre un commanditaire et un prestataire) pour échapper à ses obligations d'employeur, est équivalent à faire travailler un salarié de façon non déclarée ou sous-déclarée, constitutif de travail dissimulé. Au final, la requalification en contrat de travail fait suite à un contrôle administratif (contrôle de l'administration du travail, URSSAF ou Inspection du travail) ou bien à la revendication de la qualité de salarié par le prestataire indépendant. L'arrêt rendu le 12 juin 2014 en témoigne parfaitement⁸²⁶. M. X a été engagé par la société Adecco, entreprise de travail temporaire, dans le cadre de vingt-deux contrats de mission successifs du 11 janvier au 13 novembre 2009 pour être mis à la disposition de la société CSP en qualité de préparateur. La succession des contrats se faisait aux motifs d'accroissement temporaire d'activité ou de remplacement de salariés absents. M. X a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de la relation de travail avec Adecco en contrat à durée indéterminée.

La question est plus ardue lorsque la dépendance économique concerne une entreprise sociétaire. Ce cas d'exploitation abusive du contrat d'entreprise peut devenir croissant dans la société en réseaux : *« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6 »*⁸²⁷. Les sanctions applicables seront, dans ce cas-là, adaptées au fait qu'il ne peut y avoir de requalification de la relation de travail. Ainsi, l'Autorité de la concurrence peut prononcer des injonctions et infliger des sanctions aux auteurs des pratiques

⁸²⁵ Soc., 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-13.187, publié au bulletin.

⁸²⁶ Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-16.632, publié au bulletin.

⁸²⁷ C. com., art. L 420-2.

incriminées, celles-ci étant proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'institution sanctionnée ou du groupe auquel il appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques. Ces sanctions sont déterminées individuellement et motivées. Le montant maximum infligé est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. L'abus de dépendance économique peut également être condamné par les juridictions de droit commun (par exemple, suite à une action en concurrence déloyale). Enfin, en vertu de l'article L. 420-6 C. com., une juridiction pénale peut être saisie par constitution de partie civile et condamner toute personne physique qui aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques relevant de l'article L. 420-2.

Cette tendance au fonctionnement réticulaire de l'économie aura entraîné une transformation des critères de la subordination. Celle-ci pourra occasionner une requalification du contrat commercial qui unit le client à son fournisseur (indépendant) en contrat de travail unissant ainsi un employeur à son salarié. S'exposer à une sanction de requalification fait prendre un gros risque à l'entreprise donneuse d'ouvrage. Aussi, conviendra-t-il d'être extrêmement vigilant dans la construction juridique et économique de la relation pour éviter d'exposer l'entreprise à une insécurité qui pourrait être préjudiciable à sa réputation et à sa rentabilité. En cela, on peut considérer que le législateur a permis de rééquilibrer le rapport de force entre l'entreprise et la personne juridique avec qui elle contracte.

179 - Protection du consentement du salarié – Les autonomistes considèrent que l'efficacité du droit du travail passe par un droit moins règlementaire et plus contractuel. Dans un tel dessein, si certains contrats peuvent tenir lieu de loi à ceux qui les ont conclus, ils méritent une attention particulière de la part du législateur, tout au moins du juge. Il semble alors nécessaire de protéger plus encore la validité du consentement de la partie faible au contrat.

La protection peut encore évoluer : « *Le prétendu pouvoir donné au consentement du salarié devient ainsi la façon la plus efficace pour se débarrasser du droit du travail et pour assurer une flexibilisation généralisée* »⁸²⁸ précise le Pr. Muriel Fabre-Magnan. Il est alors nécessaire que vole en éclats la suspicion qui pèse sur le consentement du salarié du fait de son état de

⁸²⁸ FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », Le Droit Ouvrier, juil. 2012, n° 768, p. 461.

(triple) dépendance. La signature du contrat n'est pas toujours synonyme de *consentement libre et éclairé*. D'un côté, elle n'est pas la conséquence systématique d'une validation pleine et entière des clauses contractuelles et conventionnelles. De l'autre, elle n'est pas toujours une invitation à collaborer, à intégrer une équipe où l'équité, le devoir d'attention et de solidarité à l'égard du salarié seraient ressentis comme tels. Le MEDEF lui-même a, en 2011, produit un document intitulé *Manifeste pour un nouveau management* qui témoigne de la prise de conscience des impasses actuelles de certaines pratiques patronales. « *Donner du sens et responsabiliser les salariés* », « *créer un environnement de travail favorable à leur engagement* », « *revisiter les modes de rétribution et de reconnaissance* », tels sont les trois principes structurants du Manifeste validé par le Conseil Exécutif du MEDEF le 11 avril 2011. L'efficacité économique de l'entreprise, le devoir de compétitivité passent assurément par un nouveau respect de l'Homme. Concrètement, il serait nécessaire de garantir la substance d'un consentement libre et éclairé, tout comme la réalité d'un accord contractuel équilibré. Cette reconnaissance ne semble pouvoir passer que par l'effectivité du principe de bonne foi.

Le devoir de collaboration entre les parties, marque du solidarisme contractuel, est parfois sanctionné par le juge au travers des concepts d'abus et de bonne foi⁸²⁹ : « *En donnant un relief particulier à la notion de bonne foi, la Cour de cassation tend à assurer un équilibre de l'opération contractuelle, que l'autonomie de la volonté n'aurait sans doute pas suffi à garantir* »⁸³⁰. Dans un arrêt du 9 juin 2015⁸³¹, la Haute juridiction a invalidé une rupture conventionnelle en raison d'un vice du consentement trouvant notamment son origine dans la décision de l'employeur prise après homologation de la rupture de renoncer à l'application de la clause de non-concurrence, alors que le salarié avait reçu l'assurance au cours des différents entretiens précédant la signature, de bénéficier de la contrepartie mensuelle prévue par cette clause. Cette décision prend appui sur les dispositions de l'article L. 1237-11 C. trav. qui garantit la liberté du consentement des parties⁸³². Le salarié peut donc remettre en cause la validation d'une convention en démontrant l'existence d'un vice du consentement. On notera toutefois une évolution dans la rédaction de l'article L. 1109 C. civ. (anc.) devenu L. 1130 C.

⁸²⁹ V. Soc., 25 fév. 1992, pourvoi n° 89-41.634 (contrat de travail – rupture – adaptation du salarié à son emploi) ; Com., 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18.547, publié au bulletin (contrats et obligations – exécution – bonne foi).

⁸³⁰ CEDRAS (J.), « *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation* », Cour de cassation, rapport 2003, études diverses, p. 10.

⁸³¹ Soc., 9 juin 2015, n° 14-10.192.

⁸³² C. trav., art. L. 1237-11 : « *L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat* ».

civ. (nouv.). Si anciennement, « *il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* », désormais les caractères déterminants et contingents primeront ; il ressort de l'article L. 1130 C. civ. (nouv.) que : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». On peut espérer que les salariés économiquement dépendants puissent bénéficier du caractère contingent posé par l'al. 2.

180 – Prévalence du statut collectif sur le statut individuel du contrat - Promouvoir la prévalence du statut collectif du contrat sur le statut individuel semble être une nouvelle piste de protection. Elle permet de limiter les pratiques contractuelles abusives tout en favorisant la sécurité juridique. L'efficacité économique y gagnera tout autant : un salarié se sentant en sécurité devrait plus s'investir et sera moins enclin à développer des pratiques opportunistes.

Deux auteurs précisent que « *d'une part, l'équilibre contractuel y est plus facile, même s'il doit être fait appel, pour y parvenir, à des règles éthiques dans la négociation. D'autre part, il est normatif, comme la loi, ce qui lui permet de s'y substituer* »⁸³³. Cette solution est viable économiquement. L'Observatoire Français des Conjonctures Economiques (OFCE) recommande en effet de « *décentraliser la détermination des salaires* », « *d'élargir l'éventail des salaires ou de supprimer l'indexation, de lier plus étroitement les salaires au niveau de qualification, à l'expérience et à la productivité, d'abandonner ou d'assouplir l'extension administrative des accords entre partenaires sociaux à des entreprises n'ayant pas pris part à ces accords, etc.* »⁸³⁴. Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont répondu à cette hypothèse en instaurant une substitution de plein droit des clauses conventionnelles aux clauses contraires et incompatibles des contrats de travail des salariés concernés et en instituant une présomption simple de légalité des conventions d'entreprises.

Les modalités de mise en oeuvre des conventions d'entreprises seront alors déterminantes. Deux raisons président à cela : elles peuvent être un espace de forçage du consentement, alors même qu'elles touchent au droit à la participation des travailleurs : celui-ci a pour objet de faciliter la prise en compte de leurs intérêts dans l'élaboration des règles et des décisions qui

⁸³³ BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), « *Réforme du droit social et efficacité économique* », Revue française d'économie, vol. 23, n° 2, 2008, p. 66.

⁸³⁴ MALINVAUD (E.), « *Réformes structurelles du marché du travail et politiques macroéconomiques* », Revue de l'OFCE, mars 2013, n° 86, pt n°26.

s'imposent ensuite à eux. A ce titre, il permet d'espérer une plus grande adhésion à l'élaboration et à l'exécution subséquente des décisions qui les concernent. C'est alors que la question de l'appréciation de la condition de majorité applicable au protocole préélectoral ainsi que les modalités de convocation des participants à la négociation se révèlent déterminantes. Il ressort ainsi de diverses sources normatives que seules les organisations syndicales qui n'ont pas été convoquées par courrier à la négociation du protocole préélectoral peuvent se prévaloir de cette omission pour faire annuler le processus électoral⁸³⁵. La validité du protocole préélectoral est ensuite subordonnée à une condition de double majorité : il doit être signé par la majorité des organisations ayant participé à sa négociation (majorité en nombre), dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (majorité en voix) ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise (C. trav., art. L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1). La condition de double majorité prévue pour la validité du protocole préélectoral ne s'applique qu'à défaut de dispositions législatives contraires. Une dérogation légale est ainsi prévue s'agissant de la clause modifiant le nombre de collègues électoraux prévus par la loi, celle-ci étant expressément soumise à une condition d'unanimité. Les articles L. 2314-10 et L. 2324-12 C. trav. (L. 2314-12 s'agissant du CSE) se réfèrent ainsi à une signature « *par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* ». Dans l'arrêt du 22 novembre 2017⁸³⁶, la chambre sociale a précisé, pour le cas où les élections sont organisées dans le cadre d'un établissement distinct doté d'un comité d'établissement, que l'unanimité ne concerne que les syndicats représentatifs au sein de cet établissement et non ceux qui le seraient au niveau de l'entreprise.

La négociation collective reste empreinte de sécurité juridique. Le non respect du protocole n'est pas sanctionné par la nullité. Il ressort de la jurisprudence récente que seules les irrégularités contraires aux principes généraux du droit électoral entraînent nécessairement l'annulation. Les autres ne peuvent conduire à la nullité que dans deux hypothèses : elles ont eu une incidence sur les résultats du scrutin, elles ont été déterminantes de la qualité de syndicat représentatif d'une organisation ou du droit pour un candidat. En l'espèce, un syndicat qui demanderait l'annulation du scrutin pour le non respect de l'heure d'ouverture du bureau de vote fixée dans le protocole électoral se verrait débouté⁸³⁷. A l'inverse, la Cour de cassation rappelle que l'absence de mention relative aux horaires d'ouverture et de clôture du scrutin dans le procès-verbal de dépouillement est une irrégularité entraînant à elle seule

⁸³⁵ Soc., 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-60.199, publié au bulletin.

⁸³⁶ Soc., 22 nov. 2017, pourvoi n° 16-24.801, publié au bulletin.

⁸³⁷ Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 12-14.973.

l'annulation des élections. Elle précise, de manière inédite, que cette omission ne peut être régularisée postérieurement⁸³⁸. Conformément au principe selon lequel la nullité exige un caractère déterminant ou une irrégularité relative au respect du droit électoral, le juge a considéré que cette omission était de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et, s'agissant d'un principe général du droit électoral, constituait une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections.

181 – Notion d'économie de la convention d'entreprise - Sur un plan général, l'une des principales mesures de protection serait de fixer une « boussole » au processus conventionnel. L'effectivité du principe de bonne foi dans le cadre du statut collectif du contrat permettrait de voir émerger la *notion d'économie de la convention d'entreprise*, en référence à l'économie du contrat⁸³⁹. Elle se définirait comme l'opération concrète que les parties ont voulu réaliser grâce à l'opération conventionnelle, l'essence de ce qu'elles ont souhaité.

L'économie de la convention devient une marque de solidarisme au cœur de l'autonomie des conventions. La bonne foi revient à conclure et exécuter les conventions conformément à leur économie, c'est-à-dire, en définitive, à ce qui a été réellement voulu : entre un solidarisme illusoire et un égoïsme forcené, l'économie de la convention, protégée par le juge⁸⁴⁰, permet de reconstituer un équilibre naturel entre les parties ; le statut collectif du contrat de travail devient alors « *un lieu civilisé, régi par un minimum de respect mutuel* » entre les parties.

Au travers d'une notion qui reste subjective, le pouvoir d'appréciation du juge n'est pas de nature à garantir la sécurité juridique de l'employeur. Elle contraint donc l'employeur à une action militante pour satisfaire à son obligation de loyauté : la renégociation fréquente de la convention en fait partie. En cela, l'économie de la convention nourrit l'équilibre du dialogue social. La notion permet enfin de consacrer, si besoin est, la théorie de l'imprévision. Le juge pourrait alors adapter une convention non renégociée et dont l'économie se trouverait bouleversée par la survenance d'événements que les contractants n'auraient pas initialement prévu. Cela peut s'avérer fréquent en matière de relations collectives de travail. Par induction, il serait alors permis d'appliquer à l'autorité des stipulations conventionnelles le régime supplétif de l'imprévision prévu à l'article L. 1195 C. civ. (*nouv.*) : « *Si un changement de*

⁸³⁸ Soc., 16 oct. 2013, pourvoi n° 12-21.680, publié au bulletin.

⁸³⁹ V. HOUSSARD (E.), « *L'économie du contrat* », Revue juridique de l'Ouest, janv. 2002, pp. 63 et s.

⁸⁴⁰ ROUVIERE (F.), « *La remise en cause du contrat par le juge* », L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix-en-Provence, France, Dalloz, n° 8 : en prenant appui sur l'arrêt du point club vidéo du 3 juil 1996, Bull. I, n° 286, le Pr. Rouvière légitime l'intervention judiciaire car économiquement le contrat n'était plus viable : « *L'annulation du contrat se présente comme l'affirmation d'une opération (devenue) impossible* ». Le juge donne comme sens à l'économie du contrat, « *le retour à l'opération contractuelle* ».

circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

182 – Remarque conclusive - Les abus de dépendance sont légion. Des mesures de protection dans le cadre de la relation de travail individuelle existent mais s'avèrent périphériques à l'exécution du contrat de travail (requalification du contrat, contrat d'entreprise, intrusion du juge) ; elles sont, de plus, tempérées par l'évolution d'un droit réaliste qui permet de nouveaux abus en matière de forçage du consentement notamment.

La protection de l'intégrité du consentement ne semble pouvoir être soutenue que par la mise en oeuvre effective d'un concept de bonne foi. Son émergence au cœur du contrat de travail est essentiellement le fruit de la volonté de l'employeur. Cette solution semble en tout cas efficiente pour l'analyse économique du droit. Deux auteurs veulent croire que pour limiter l'opportunisme « *l'outil conceptuel est la bonne foi. Agit de bonne foi la personne qui s'abstient d'agir de manière opportuniste (et donne des signaux à cet effet) dans des circonstances qui s'y prêteraient* »⁸⁴¹. Les auteurs indiquent que tous les systèmes juridiques connaissent un concept qui a du mal à être défini : « *La difficulté vient de la nécessité de lui garder un caractère ouvert afin de servir d'arme contre des formes d'opportunisme inédites* »⁸⁴².

3) Les mesures de protection collective

183 – L'hypothèse du non-droit⁸⁴³ - La question ici développée est d'observer, dans l'état actuel de la discipline, de quelle manière atteindre un juste milieu qui permettrait aux relations collectives de contribuer à atteindre un optimum normatif. Si, intrinsèquement, la loi du travail devait s'avérer insuffisante, il serait alors opportun d'envisager des pistes de progression.

⁸⁴¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 172.

⁸⁴² *Idem.*

⁸⁴³ Au sens du Doyen CARBONNIER.

Le dessein est de chercher à atteindre un optimum qui satisfasse l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise : l'intérêt économique de l'employeur, la participation et la protection globale des salariés. Il serait alors loisible d'envisager comme hypothèse de *non-droit* une norme *plutôt* négociée ; ce non-droit ne traduit pas le vide absolu de droit, mais une atténuation du caractère normatif de la dogmatique juridique⁸⁴⁴ : « *Il est normal de faire crédit aux auteurs des textes, d'accepter le droit positif, parce qu'impensable, et qu'on en a pas de meilleur. Mais point de façon inconditionnelle. Les mêmes arguments qui ont suffi à la justifier servent aussi à dénoncer son insuffisance* »⁸⁴⁵. L'émergence d'une hypothèse médiane revient en outre à éluder la question de l'ineffectivité du droit, en tout cas l'hypothèse de choix discrétionnaire de l'employeur : tantôt de s'y soumettre (bénéfice des assouplissements du droit du licenciement), tantôt de s'en exonérer (protection des clauses contractuelles ou de l'autonomie de la volonté des salariés).

Le droit négocié relève de cette hypothèse médiane. Il implique une confrontation des prérogatives : pouvoir de direction économique contre droit à la participation des travailleurs. Cet échange doit se dérouler de façon équilibrée : il résulte de l'équilibre des forces en présence un principe selon lequel le rapport de force doit rester stable, grâce à un jeu de bascule licite qui empêche la prédominance de l'un par le groupement des moyens de l'autre. Passé un certain seuil de déséquilibre des pouvoirs, l'augmentation de l'emprise d'une des parties prenantes contredit l'efficacité car elle est perçue comme inéquitable. A moyen ou long terme, on postule que l'iniquité s'avère contre-productive car elle accroît diverses formes de risques : risques juridiques bien sûr, mais aussi et surtout le risque de voir des effets d'opportunités se développer (comme l'aléa moral ou la sélection adverse). Un auteur affirme que « *le sentiment d'injustice est très présent dans les organisations. Il peut être source de tensions, d'angoisses voire de conflits* »⁸⁴⁶. Dans ce contexte on peut comprendre que les modes de management basés sur des rapports de force importants, rendant concurrentiels les principaux pouvoirs en présence, puissent être facteurs de risque. Un fort contentieux peut en être la résultante. Les risques liés à l'organisation du travail peuvent nuire à la performance de l'entreprise par le désinvestissement et les coûts qu'ils entraînent (risques juridiques, coûts financiers et réputationnels).

⁸⁴⁴ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 318 : « *Le préfet a décrété qu'il fallait se garer sur le côté droit. S'il y a des travaux de voirie sur le côté droit, il faut bien stationner à gauche* ».

⁸⁴⁵ VILLEY (M.), préc., p. 319.

⁸⁴⁶ BENAYOUN (A.), *L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?*, Auteurs Du Monde, janv. 2014, p. 46-47.

Ainsi dans l'arrêt de 2 mars 2011 -SA France Télécom c/ CHSCT- la Haute juridiction confirme l'arrêt de la Cour d'appel du 17 décembre 2008 qui validait l'hypothèse d'atteinte grave à la santé des salariés. Le CHSCT avait demandé une expertise en invoquant un risque grave au sein de l'établissement compte-tenu de la situation de stress des salariés. La Cour a relevé que « *les fusions d'entités, les fermetures de sites, les transferts d'activités menées deux années auparavant avaient abouti à une compression des effectifs et obligé à des déménagements nombreux, à la disparition de certains emplois sans soutien pour les salariés démunis de tout travail, à une aggravation des conditions de travail et à l'apparition d'un stress sur le site d'Issy-les-Moulineaux lié aux évolutions permanentes de l'organisation de l'entreprise, que les attestations des représentants du personnel établissaient l'existence d'un ressenti des salariés exposés ou d'une situation objectivement dangereuse pour l'équilibre de leur santé mentale, comme un isolement total, l'obligation d'effectuer de façon quasi permanente des heures supplémentaires, le recours à des antidépresseurs, qu'en l'état de ces motifs dont elle a déduit que le risque grave d'atteinte à la santé des salariés de l'établissement d'Issy-les-Moulineaux était établi et qu'il justifiait le recours à l'expertise contestée* »⁸⁴⁷. Dans ce contexte, on peut douter que l'employeur soit à l'initiative d'une volonté d'équilibre des pouvoirs, tout comme, en retour, d'un investissement des salariés au profit de ses intérêts économiques. Par sentiment avéré ou présumé d'iniquité, le risque de rupture du dialogue social est grand.

On entend alors la recherche de l'équité comme une forme de justice : elle est une « juste mesure », un équilibre qui permet de rendre acceptable une forme d'inégalité tout en attribuant à chaque partie ce qui lui est réellement dû : « *La hantise de la doctrine juridique moderne est l'égalité, confondue avec la justice* »⁸⁴⁸. Si ce qui fait la justice du droit ou d'une solution de droit est d'être appliquée de manière égale dans des cas d'espèces semblables, il n'existe pas de règle générale qui ne soit à la fois véritable et constante pour la voir appliquée dans toutes les relations de travail. On perçoit alors tout l'intérêt des sources de droit conventionnelles. Si la décision du juge permet de trouver *ex post* des solutions adaptées aux divers cas d'espèce, la juste application du droit ne peut que provenir des contractants eux-mêmes. Pour Platon, dont une partie de l'oeuvre aboutit à des apories philosophiques, si la loi est opportune, « *aucun écrit ne constitue l'authentique justice que seule représente la justice animée du prince* »⁸⁴⁹. Si la solution au problème posé ne peut trouver de résolution dans le droit dogmatique, la « vraie justice » trouve sa source dans l'équité, « *une règle malléable, « règle*

⁸⁴⁷ Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-11.545.

⁸⁴⁸ VILLEY (M.), préc., p. 317.

⁸⁴⁹ *Idem*, p. 318.

lesbienne » (dont on fait usage à Lesbos⁸⁵⁰), règle de plomb qui épouse les contours de la chose mesurée ». Le principe de subsidiarité de la loi permet alors de consacrer un droit négocié qui sera issu de situations de fait⁸⁵¹.

184 – L’hypothèse d’un nouveau contrat social en entreprise - L’émergence d’un nouveau contrat social en entreprise dissipe, par nature, la dépendance abusive à l’employeur ou les problèmes que pose la soumission librement consentie. Elle restaure dans le même temps toutes les capacités de l’entreprise à devenir performante.

1° *Réponse aux effets pervers du conflit social* - Les relations collectives du travail sont rarement harmonieuses. La financiarisation des économies, l’avènement de lois sociales supplétives considérées comme moins protectrices, peuvent entraîner une augmentation de la conflictualité. La grève reste le mode officiel de contestation au sein de l’entreprise, mais la pratique montre aujourd’hui qu’elle est de moins en moins utilisée sous sa forme classique, au profit de modes alternatifs plus insidieux et parfois plus efficaces. On observe ainsi une augmentation des débrayages, des grèves perlées, tournantes ou encore virtuelles, de l’absentéisme et des séquestrations de dirigeants sociaux. Comme dérivée de la grève classique, la grève perlée ou grève du zèle est innovante. Afin de prévenir un conflit social majeur et d’obtenir satisfaction dans les réclamations ou revendications qui sont portées par les représentants du personnel, la grève perlée consiste ainsi à ralentir l’activité de production des salariés. Ce moyen de pression s’avère extrêmement efficace car il diminue la productivité du travail sans perte de salaire pour les intéressés. Dès lors, ce type de mouvement qui peut durer longtemps, contribue à affecter durablement les intérêts économiques de l’employeur. De la même manière, le débrayage est caractérisé par l’arrêt du travail pendant une courte période. Ici aussi, les employés ne perdent pas leur salaire journalier tout en nuisant aux intérêts économiques de l’entreprise.

⁸⁵⁰ Lesbos est une île grecque de la périphérie d’Égée-Septentrionale.

⁸⁵¹ CARBONNIER (J.), « *L’hypothèse du non-droit* », Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1963 ; repris dans *Flexible droit*, p. 25-47. Le Doyen CARBONNIER indique que si les auteurs se sont intéressés aux phénomènes de non-droit, c’est qu’ils ont pu devenir, au moins partiellement, des situations de droit (on pense immédiatement à la négociation, aux MARL ou au principe de bonne foi). Quand le Doyen développe la question du *non-droit*, il y voit, selon les postures, deux aspects : « *le non-contentieux* » et/ou une posture de relativité du droit objectif : « *Il sera loisible d’entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique* » (p. 26). Il met notamment en évidence les situations de fait dont « *l’intention première est une situation de droit* » (p. 35) et les situations d’amitié, tirées d’une harmonie entre les hommes dont les principaux facteurs sont la justice et l’affection : « *La vie sociale peut parfaitement fonctionner sans droit, par l’amitié réciproque des individus ; Jean Lacroix écrit que le droit est amitié organisée* » (p. 36). Si des juristes affirment « *le caractère secondaire des phénomènes de non-droit* » (p. 39) « *des esprits moins dogmatiques préféreront affirmer le primat du non-droit* » (p. 40).

Cette pratique se développe de plus en plus dans les entreprises industrielles, travaillant à flux tendus, où l'arrêt d'une heure d'une machine peut avoir des conséquences financières désastreuses. Le système des grèves rotatives y contribue lui aussi : l'employeur sera fortement affecté en raison de l'impossibilité de faire tourner son entreprise à plein régime ; la grève rotative permet en effet de déterminer les départements d'une entreprise qui se relayeront pour faire grève. Ceci minimise les pertes de revenus des salariés et attente à la pleine activité de l'entreprise. Plus audacieuse encore, est récemment apparue la grève virtuelle : en septembre 2008, IBM a vu 1850 de ses salariés manifester sur Second Life. L'impact d'une telle manifestation ? Les journaux du monde entier se sont intéressés à ce mouvement, lui donnant une ampleur considérable ; la réputation de l'entreprise étant touchée, la direction fut obligée de négocier un accord. On voit ici que la médiatisation d'un conflit peut offrir aux salariés un pouvoir qu'une simple grève ne confère pas. Afin de réaliser une action assurément médiatisée, la séquestration des dirigeants est aussi pratiquée en France. Ici, en plus d'une médiatisation à grande échelle, une pression psychologique est directement exercée sur les décideurs. Cette méthode, au demeurant illicite, permet souvent d'obtenir des négociations rapides et efficaces.

Ces nouvelles formes de conflits semblent plus portées sur la symbolique de l'action de contestation qu'une grève ordinaire, basée sur un pur rapport de forces. La grève n'est donc qu'une manifestation d'un conflit avéré ou latent en entreprise que le dialogue social ou les négociations pendant la durée du préavis⁸⁵² n'auront pas permis de déjouer. La protection que confère le statut de gréviste⁸⁵³ représenté par une institution syndicale, permet alors de prévenir, sinon de porter un coup d'arrêt à des comportements abusifs de l'employeur. Il n'en reste pas moins que malgré les dispositions protectrices de l'article L. 2511-1 C. trav., la grève implique une certaine insécurité pour les salariés qui se livrent à de telles pratiques : des fautes lourdes peuvent y être commises alors même que l'employeur pourra vouloir, à moyen terme, se livrer à certaines formes de discriminations voire même se séparer d'une partie de son personnel.

2° - *Émergence de nouveaux contrats sociaux* - On a pu évoquer l'hypothèse du droit négocié comme *non-droit* au sens du Doyen Carbonnier. Notre système normatif lui donne désormais la primeur. On peut aussi évoquer l'hypothèse de l'entreprise à progrès collectif que

⁸⁵² C. trav., art. L. 2512-2, al. 5 : « Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenue de négocier ».

⁸⁵³ C. trav., art. L. 2511-1 : « L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux. Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit ».

défendent notamment deux auteurs⁸⁵⁴. Cette hypothèse restaure la logique coopérative, réhabilite l'union, la convergence d'intérêts et, *in fine*, l'esprit de responsabilité. L'équité revient alors à respecter la parole des différents agents à la hauteur de leur apport de potentiel et d'engagement : on y voit une forme de justice. Tout comme le « droit de l'entreprise », le modèle *d'entreprise à progrès collectif* n'existe pas encore en l'état. Aussi, dans le contexte des sociétés de capitaux, on peut s'interroger sur la nécessité d'avoir des logiques coopératives chez les intéressés au contrat de travail (organes de direction, représentants du personnel, représentants syndicaux).

A défaut d'institutionnalisation de cette nouvelle forme d'entreprise, c'est sur le plan des valeurs qu'il convient d'agir. Les valeurs relèvent du *non-droit* pour le Doyen Carbonnier. Rousseau, qui, quant à lui, a pu établir que toute légitimité politique se fonde sur la communauté et la volonté générale. Il indique : « *Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme, et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté. Enfin c'est une convention vaine et contradictoire de stipuler d'une part une autorité absolue et de l'autre une obéissance sans bornes* »⁸⁵⁵. Ainsi, si nul n'a le droit de transférer, d'abandonner, d'aliéner au profit d'un autre sa liberté, il est souhaitable que les hommes concluent entre eux un pacte, un contrat : l'individu renonce à une liberté absolue et se soumet ainsi aux règles dictées par l'intérêt général. En échange, la communauté garantit la sécurité de chacun et le respect des règles et des droits établis. Il en découle que la justice ne peut être la conséquence de la loi du plus fort. Par ailleurs, si chaque individu peut avoir un désir particulier différent de la volonté générale, alors, dans le cadre de la convention, il peut être légitimement contraint et se soumettre à la détermination collective.

Cette pensée fondatrice est transférable à la question du *contrat social* en entreprise. Toute institution est un espace social où les rapports de force battent leur plein, notamment lorsqu'ils sont soumis à une forte concurrence. C'est alors que le désir est parfois grand pour certains agents de maximiser l'intérêt personnel au détriment de l'intérêt social. Ce dernier a valeur d'ambition commune. C'est ce que tente notamment de démontrer *l'économie des conventions* dont l'hypothèse principale est que « *l'accord entre des individus, même lorsqu'il*

⁸⁵⁴ V. HATCHUEL (A.) et SEGRESTIN (B.), « *La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif* », Droit et société, n° 65, janv. 2007.

⁸⁵⁵ ROUSSEAU (J.J.), *Du contrat social*, 1762, L. I.

se limite au contrat d'un échange marchand, n'est pas possible sans un cadre commun, sans une convention constitutive »⁸⁵⁶.

Jusqu'où pourraient aller des dirigeants peu scrupuleux pour maximiser l'intérêt économique si la liberté leur en était laissée ? Certes, le comité social et économique (CSE) est là pour assurer un contre-pouvoir. Mais, dans tout les cas, la confrontation violente des intérêts génère des conflits. Qu'il s'agisse de grèves traditionnelles ou de formes de résistance plus invisibles, de l'absentéisme qui augmente par exemple (l'absentéisme touche un tiers des salariés français), on y trouvera une conséquence invariante : le désengagement. Si, dans de rares situations, la conflictualité peut s'avérer salvatrice⁸⁵⁷, elle témoigne en général de la confrontation de forces souvent divergentes, mues par des intérêts et des courants de pensée contradictoires. Les postures y trouvent leur inspiration, alors même que le dialogue social n'a plus de respiration. Les rationalités s'opposent. Celles, économiques, issues de l'orthodoxie néoclassique et celles, parfois corporatistes, issues d'un mouvement syndical peu réformiste. Entre les deux, il y a probablement une voie : celle d'investir le champ de la liberté des choix responsables : « *Cela fait sens si l'on se penche sur la manière dont se construisent les décisions au sein de l'entreprise. Il s'agit souvent de processus complexes où se croisent des discussions individuelles, des confrontations, des compromis, des jeux de pouvoir, des habitudes, des représentations culturelles et collectives* »⁸⁵⁸. Le principe de bonne foi y trouve toute sa place.

Le champ normatif n'a probablement pas intérêt à organiser trop précisément un principe supposé transcender l'ensemble de la relation de travail ; cela reviendrait à le normaliser à un point tel, qu'il pourrait ensuite lui être reprochée son insuffisance : « *Que le droit positif soit fait de règles universelles voilà une raison de son infirmité* »⁸⁵⁹. Le principe influence déjà un droit où l'exigence d'éthique s'impose⁸⁶⁰. Il doit désormais trouver son entéléchie dans sa capacité à assurer la complémentarité entre le droit positif et l'autonomie conventionnelle. En promouvant un nouveau contrat social entre les contractants, le principe de bonne foi devient un bien commun : « *La théorie économique néoclassique soutient que la création de biens*

⁸⁵⁶ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 74.

⁸⁵⁷ Dans son ouvrage *La Voie*, M. Edgar MORIN indique « *qu'en même temps que des forces régressives ou désintégrantes, les forces régénératrices/créatrices s'éveillent dans les crises. La crise de la mondialisation, la crise du néo-libéralisme, la crise de l'humanité à l'ère planétaire sont riches de périls, mais aussi de possibilités transformatrices* », p. 299.

⁸⁵⁸ BENAYOUN (A.), *L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?* Auteurs Du Monde, janv. 2014, p. 27.

⁸⁵⁹ VILLEY (M.), préc., p. 318.

⁸⁶⁰ Art. L. 222-33-2 C. pén. relatif au harcèlement moral – art. L. 1222-1 C. trav : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » - Art. L. 1130 C. civ. (nouv.) « *L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* » - etc.

collectifs est l'une des tâches essentielles qui incombent forcément à l'État »⁸⁶¹. L'hypothèse d'extensivité du principe de bonne foi est alors cohérente : « *L'État définit les règles du jeu et responsabilise les acteurs qui peuvent (et même doivent !) alors rechercher leur intérêt propre* »⁸⁶².

B) La gestion du rapport de forces dans le cadre des accords d'entreprise

185 – Position du problème - Au-delà des mesures de protection dont peuvent bénéficier les salariés dans le cadre des relations individuelles et collectives du travail, il semble aujourd'hui opportun de s'interroger sur la question de l'équité en matière de droit conventionnel. Les conventions d'entreprise prenant de l'importance, il apparaît indispensable de s'en assurer, dans la mesure où les parties prenantes doivent y voir une certaine justice⁸⁶³.

Cela invite à se poser de nombreuses questions préalables : les représentants syndicaux sont-ils légitimes ?⁸⁶⁴ Que représentent-ils : les salariés ou les desseins généraux de leur confédération⁸⁶⁵ ? Les majorités nécessaires pour conclure des accords, sont-elles claires⁸⁶⁶ ? Comment rendre légitimes les décisions collectives tout en évitant les blocages nuisibles à l'entreprise ? Comment solutionner les problèmes d'accords imparfaits⁸⁶⁷ ? Les consultations du personnel doivent-elles être globales ou catégorielles ? De qui doit relever l'initiative du « référendum en entreprise » ? Si le législateur tente d'améliorer le dialogue social, permettre aux rapports de forces de produire des réponses pertinentes et constructives, de nombreuses questions restent encore posées et nourriront probablement réflexions doctrinales et solutions prétorienne.

De nombreuses avancées ont été conduites pour tenter de rendre convergentes rationalités et postures. Elles nécessitent avant tout une réforme de la pensée : une vision trop dogmatique

⁸⁶¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 60

⁸⁶² TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, p. 216.

⁸⁶³ CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000, p. 344 (équité).

⁸⁶⁴ Le taux de syndicalisation ne cesse de décroître en France. Il s'élève en mai 2016 à 8.7% dans le secteur marchand et associatif. En soixante ans, il a été divisé par quatre. Stable depuis le milieu des années 1990, il recouvre néanmoins des disparités importantes. Ainsi, les salariés de la fonction publique sont deux fois plus syndiqués que ceux du secteur marchand et associatif ; Source Dares, mai 2016, n° 025, p. 7.

⁸⁶⁵ La lecture des statuts de la C.G.T est à ce titre fort intéressante : la défense de l'environnement, de la paix, du désarmement, du rapprochement des peuples, etc. côtoient les objectifs traditionnels de défense des intérêts individuels et collectifs de leurs membres.

⁸⁶⁶ M. Franck PETIT souligne dans son article « *Le référendum en entreprise comme voie de secours* », *Droit social*, n°11, nov. 2016 qu'il existe neuf cas de recours aux référendums, avec des majorités fort différentes : majorité simple, majorité des 2/3, majorité des électeurs, etc.

⁸⁶⁷ Majorité de blocage vs majorité d'engagement, référendum en entreprise, etc

rend, en effet, antagonistes les positions des intéressés. La source de convergence pose un préalable : la volonté de coopérer. La *théorie du système de coopération* formalise d'ailleurs cette intention d'étudier la firme dans une vision partenariale, « *c'est-à-dire à la fois comme un lieu de coopération entre différentes parties prenantes, et comme un lieu de management et de distribution de la quasi-rente organisationnelle issues du jeu coopératif : tant les actionnaires que les salariés doivent avoir de bonnes conditions d'investissement, c'est-à-dire de bons revenus* »⁸⁶⁸. Il reste nécessaire d'adapter le droit du travail à cet enjeu. De la même manière, on retrouve le concept en droit des sociétés au travers de *l'affectio societatis*⁸⁶⁹.

Cette vision reste la conséquence des approches scientifiques conduites dans le cadre de la *théorie des jeux* depuis l'après-guerre. Le mathématicien Neumann, associé à l'économiste Morgenstern, ont révolutionné la théorie micro-économique néo-classique. Le but était, entre autres, de chercher à éclairer la décision en situation d'incertitude⁸⁷⁰. Ils sont partis du constat que les rapports de pouvoir entraînent une « *tentation grande de se préoccuper avant tout de maximiser son gain individuel avant de penser au bien collectif, ce qui met au premier plan la compétition au détriment de la coopération* »⁸⁷¹. Pour résoudre les conflits, il existe deux branches : la branche coopérative et la branche non coopérative, cette dernière ne produisant pas d'institution (tel un contrat) garantissant l'accord de coopération. L'accord de coopération prévoit d'allouer de la richesse et d'imputer les charges. L'exemple du *dilemme du prisonnier* permet de sortir d'une croyance dichotomique selon laquelle les situations sont à somme nulle et où le gain de l'un correspond à la perte de l'autre, et réciproquement : « *Le plus souvent nous sommes dans des jeux à somme non nulle, avec un espace de coopération et de négociation dans lequel les deux protagonistes, peuvent progresser. Encore faut-il en avoir le courage et la volonté* »⁸⁷².

Afin de contribuer à cette position de principe, des mesures précises permettent de faciliter concrètement la coopération (1). Si elles règlent certains problèmes, ces mesures posent toutefois de nouvelles difficultés (2).

⁸⁶⁸ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 70.

⁸⁶⁹ CORNU (G) (sous dir. de), préc. : *l'affectio societatis* évoque un lien psychologique dont les composants sont l'absence de subordination, la volonté de collaborer à la conduite des affaires et l'acceptation d'aléas communs.

⁸⁷⁰ *Theory of games and Economic Behavior* fut l'ouvrage de référence, en 1944.

⁸⁷¹ SOLAL (Ph.), « *A quoi sert la théorie des jeux* », la vie des idées.fr, 31 déc. 2014.

⁸⁷² *Ibidem*.

1) Une négociation à faciliter

Diverses mesures sont intervenues pour faciliter le dialogue social. Elles touchent à la façon de conduire les négociations tout comme à la professionnalisation de leurs acteurs.

a) Les accords de méthode

186 – Fonction d’amélioration de la pratique de la négociation - Il convient de créer les conditions d’une négociation équilibrée entre les partenaires. Les garanties procédurales et le respect des accords conclus sont des éléments essentiels de leur qualité. Jusqu’à la loi du 8 août 2016, la conduite de la négociation n’était pas régie par des règles détaillées. La loi du 13 janvier 1982 avait simplement instauré au niveau de l’entreprise une obligation de négocier des règles de conduite qui devaient porter sur trois champs : la composition des délégations des syndicats de salariés lors d’une négociation d’entreprise, la durée et la périodicité des réunions ainsi que les informations à remettre par l’employeur aux syndicats. La négociation entre employeur et représentants des salariés souffrait d’une absence de précisions quant à l’équilibre des pouvoirs et la nécessité de bonne foi entre les parties.

Pour engager cette évolution, certains praticiens comme M. Jacques Barthélémy ont, depuis longtemps, avancé l’idée de rendre obligatoire la conclusion d’accords de méthode préalables à toute négociation. Le caractère obligatoire se traduirait par la nullité des conventions conclues en leur absence (au moins au niveau de la branche) ou conclues au mépris des règles édictées par un tel accord. Son contenu quant à lui doit prendre en densité : la loi du 13 janvier 1982 ne comportait qu’une liste indicative des matières susceptibles d’être couvertes telles la durée de l’accord, la composition des délégations ou la procédure de constat de désaccord. Les dispositions équilibrant la négociation étaient aussi visées : les crédits d’heures spécifiques pour préparer les réunions ou le recours éventuel à une expertise. La généralisation de règles relatives à la conduite de la négociation devrait accroître les possibilités de conclure des accords. La consolidation de l’équilibre des parties est susceptible d’inciter les partenaires sociaux à abandonner la logique de confrontation au profit d’une logique de coopération autour du compromis.

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 contient plusieurs mesures destinées à mettre en place de bonnes pratiques de négociation tout en précisant le contenu formel des accords collectifs. On peut citer l’instauration obligatoire d’un calendrier de négociation et d’un préambule. Ceux-ci

vont également devoir comporter des clauses de rendez-vous et devront préciser si leur durée est ou non limitée, sous peine de cesser de produire effet au bout de cinq ans.

Une complémentarité entre les sources est instituée même si la nullité ne vient pas sanctionner la méconnaissance de l'accord de méthode conclu : « *Un accord conclu au niveau de la branche définit la méthode applicable à la négociation au niveau de l'entreprise. Cet accord s'impose aux entreprises n'ayant pas conclu de convention ou d'accord en application de l'article L. 2222-3-1. Si un accord mentionné au même article L. 2222-3-1 est conclu, ses stipulations se substituent aux stipulations de cet accord de branche. Sauf si l'accord prévu au premier alinéa du présent article en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dans l'entreprise dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties* »⁸⁷³. Cette absence de nullité témoigne de la volonté du législateur de préserver, en toutes circonstances, l'intérêt de l'entreprise en lieu et place des intérêts particuliers. Si elle ne favorise pas l'équité, cette position du législateur contribue à la sécurité juridique.

187 – Fonction d'amélioration de la loyauté – Les dispositions favorisant un comportement loyal des négociateurs sont essentielles. L'interdiction de certains comportements pendant la négociation se révèle déterminante : l'engagement de proscrire des décisions unilatérales (de la part de l'employeur ou de celle des syndicats : appel à la grève par exemple), mais aussi la nécessité « *de sortir de la liturgie de la négociation, qui pousse les négociateurs à s'imposer des réunions de négociation de nuit et de nombreuses suspensions de séances sans y gagner en efficacité* »⁸⁷⁴.

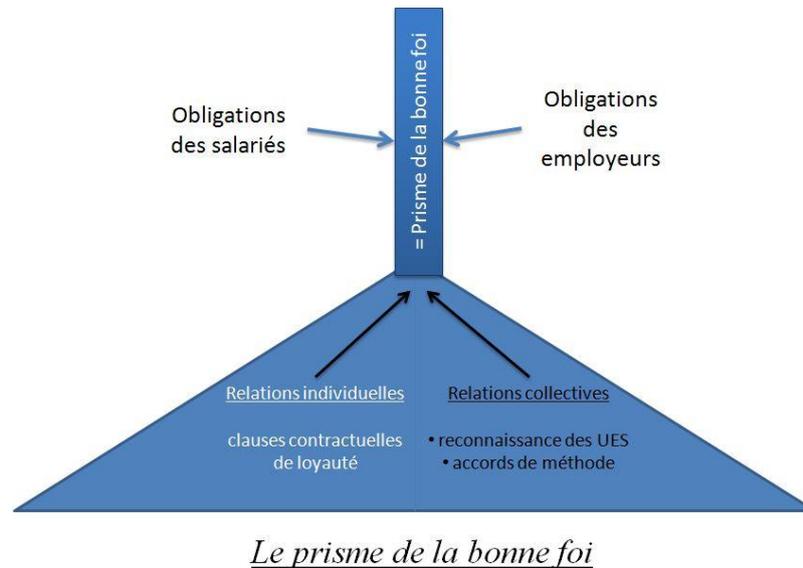
L'art. L. 2222-3-1 C. trav. dispose en particulier qu'une « *convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* ». Pour renforcer la démocratie sociale, les sénateurs ont également estimé qu'il fallait renforcer la légitimité des syndicats en dépassant la logique des critères de représentativité : il faut favoriser les adhésions ; « *La mission a souscrit notamment à l'idée d'expérimenter le développement du chèque syndical dans les entreprises et branches volontaires* »⁸⁷⁵. Ce chèque permettrait aux salariés de soutenir le syndicat de leur choix ou d'y adhérer. Les sommes versées par l'employeur pourraient alors être déduites de la participation au fonds de financement du paritarisme.

⁸⁷³ C. trav., art. L. 2222-3-2.

⁸⁷⁴ Liaisons sociales, quotidien, « *Les propositions du Sénat pour améliorer la concertation sur la réforme du Code du travail* », n° 17.341, 8 juin 2017.

⁸⁷⁵ *Ibidem*.

188 – Le prisme de la bonne foi - Les accords de méthodes s’inscrivent dans un ensemble contractuel qui a pour objectif de parfaire la qualité des relations collectives entre employeurs et salariés. Négociés et mis en oeuvre en totale loyauté, associés au concept de bonne foi relatif à la relation individuelle de travail, ils aboutissent à la conclusion selon laquelle l’ensemble de la relation de travail peut désormais s’organiser au travers du « prisme de la bonne foi ».



b) Les commissions paritaires régionales pour les TPE

189 – Problématique - L’équité ne peut s’instiller s’il n’est pas possible d’exiger le respect des accords conclus. En cas de litige sur l’interprétation ou sur le respect des dispositions d’un accord et jusqu’en 2015, le système français de négociation collective conduisait les parties à se tourner en priorité vers le juge. Cette logique contentieuse ne favorisait pas l’instauration d’un climat de confiance propice au dialogue social. En Espagne, les partenaires sociaux, sur une base paritaire, avaient, dès 1996, instauré une obligation généralisée de saisir, préalablement au juge, une commission paritaire de suivi pour tout litige relatif à l’interprétation ou à l’application d’un accord.

190 – Fonction d’accompagnement - La loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l’emploi (Loi dite loi « Rebsamen ») a institué des commissions paritaires régionales pour les salariés et les employeurs d’entreprises de moins de 11 salariés relevant des branches professionnelles qui n’ont pas mis en place de telles commissions. Depuis le 1^{er} juillet

2017⁸⁷⁶, tous les salariés et employeurs des TPE sont représentés. Composées de vingt membres désignés pour quatre ans, ces commissions ont pour compétence de donner aux salariés et aux employeurs toute information ou conseil utile sur les dispositions légales ou conventionnelles qui leur sont applicables. Elles permettent aussi d'apporter des informations, de débattre et de rendre tout avis utile sur les questions spécifiques aux entreprises de moins de onze salariés (en matière d'emploi, de formation, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, de conditions de travail, de santé au travail, d'égalité professionnelle, de travail à temps partiel, de mixité des emplois) ; enfin, elles peuvent faire des propositions en matière d'activités sociales et culturelles.

Dans les années à venir, ces commissions ont vocation à soutenir, plus encore, le développement effectif du dialogue social dans les TPE et les PME en expérimentant dans les branches volontaires la mise en place de « binômes employeur-salarié ». Les « exemples d'accords ou les accords-types » sur les principaux sujets de négociation visent cet enjeu tout en permettant de réguler la concurrence au cœur des branches professionnelles. Le risque de *dumping* social entre entreprises en relevant s'amointrit. Enfin, il est prévu de rendre le dispositif de prise en charge financière véritablement incitatif en concevant un mécanisme de mutualisation⁸⁷⁷.

191 – Fonction de prévention des différends - La mise en place d'une instance représentative pour les très petites entreprises est une ressource de médiation et de discussion. Si elle permet de régler des conflits, elle a aussi pour conséquence de les prévenir. On y voit un mode de prévenance des différends qui permet une prise de précautions profitable à la performance du contrat de travail. On rappelle que l'analyse économique du droit considère que « *le but ultime du système judiciaire est d'inciter les parties à prendre les précautions nécessaires pour éviter tout conflit* »⁸⁷⁸. Il en découle que le risque juridique tend à se réduire.

Pour ce faire, si des moyens sont alloués à ses membres⁸⁷⁹, c'est aussi une sécurisation des intéressés qui est visée : l'employeur d'un membre de la commission qui entendrait contester

⁸⁷⁶ D. n° 2017-663 du 27 avril 2017, JO 29 avr. 2017.

⁸⁷⁷ SIMONPOLI (J-D), GATEAU (G.), « *Accompagner la dynamique du dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques* », Rapport remis à Muriel Pénicaud, Ministre du Travail, fév. 2018, pp. 64-65 (propositions de l'enjeu n° 4).

⁸⁷⁸ DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, p. 143.

⁸⁷⁹ D. n° 2017-663 du 27 avril 2017, JO 29 avr. 2017 : crédit de cinq heures mensuelles en plus du temps consacré aux séances de la commission, possibilité de se rendre dans les entreprises concernées si les membres obtiennent l'accord du chef d'entreprise, frais de fonctionnement des commissions financés par des crédits versés par le fonds paritaire de financement du paritarisme, demande de remboursement du maintien du salaire du représentant salarié à l'organisation salariale qui a désigné le salarié, demande d'indemnisation du

l'utilisation de ces heures peut saisir le juge judiciaire quand l'obtention du statut de salarié protégé est allouée aux intéressés. Si ces commissions facilitent la conclusion d'accords d'entreprise, elles encouragent aussi leur exécution de bonne foi.

c) La professionnalisation des acteurs

192 – La formation instituée - Il s'agit de permettre aux salariés et aux employeurs d'exercer au mieux leur rôle dans l'élaboration du droit négocié. S'ils peuvent s'appuyer sur leur connaissance de l'entreprise, les intéressés sont parfois démunis face à la technicité nécessaire. Plus que l'exercice d'une action au service du respect du droit, c'est bien le changement de nature du droit qui est au cœur de la problématique. Le déséquilibre de fait entre les parties peut l'amplifier : un rapport de force naît entre les représentants des salariés et l'employeur. Dans les TPE, l'ensemble des intéressés peut même se heurter à la complexité de la législation.

Afin d'apporter un appui juridique et technique aux négociateurs dans les TPE et PME, les dispositions de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ont permis d'augmenter de 20% les heures des délégués syndicaux et renforcé la formation des négociateurs. Ainsi que le dispose l'art. L. 2212-1 C. trav., « *les salariés et les employeurs ou leurs représentants peuvent bénéficier de formations communes visant à améliorer les pratiques du dialogue social dans les entreprises, dispensées par les centres, instituts ou organismes de formation. L'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle apporte son concours à la création et à la mise en œuvre de ces formations. Ces formations peuvent être suivies par des magistrats judiciaires ou administratifs et par d'autres agents de la fonction publique* »⁸⁸⁰. Ces formations communes devraient pouvoir améliorer la pratique du dialogue social. Des conventions ou accords collectifs d'entreprise ou de branche pourront même définir le contenu desdites formations ainsi que les conditions dans lesquelles elles seront dispensées⁸⁸¹. Ces avancées viennent s'ajouter à celles mises en œuvre depuis quelques années, telles que la création d'un fonds de financement du dialogue social avec des moyens renforcés pour les syndicats, la garantie de non-discrimination salariale pour les représentants du personnel ou l'amélioration de la formation syndicale notamment.

représentant employeur à l'organisation professionnelle qui l'a désigné ; les Direccte pourront enfin appuyer le fonctionnement des CPRI, prévoit la circulaire, notamment en mettant à leur disposition une salle de réunion dans leurs locaux.

⁸⁸⁰ C. trav., art. L. 2212-1

⁸⁸¹ C. trav., art. L. 2212-2.

Le législateur a ainsi souhaité renforcer l'équité des rapports de force en favorisant une coopération éclairée : il permet ainsi de « rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses inégales »⁸⁸². Sur le plan conceptuel, il fait appel à l'intelligence collective en permettant la production de conventions et accords pertinents, vecteurs d'efficacité pour les entreprises.

Il semblerait qu'au-delà de l'institution des règles, un soutien à leur effectivité soit désormais visé. Le rapport « Dialogue social »⁸⁸³ propose d'engager un effort accru de formation pour accompagner le développement du dialogue social et permettre à ses acteurs d'exercer pleinement leurs nouvelles responsabilités. En particulier, il encourage les organisations syndicales à former, à outiller et à accompagner au mieux leurs représentants dans la perspective des nouvelles missions qui leur seront confiées (qu'il s'agisse des délégués syndicaux ou bien des élus du personnel dans les futurs CSE). Au-delà des formations à l'attention des représentants du personnel et des managers, toutes les formations initiales et continues en management et en RH devraient traiter davantage de la question du dialogue social, de la connaissance des relations sociales et la pratique de la négociation collective. Enfin, l'appel légal à la mise en place des formations communes au dialogue social doit être finalisé.

2) Des difficultés à surmonter

193 – Changement de statut de l'entreprise - Les réformes Auroux de 1982⁸⁸⁴ ont reconnu à l'entreprise la possibilité de se règlementer elle-même en devenant source de droit. La loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 en particulier, relative à la négociation collective et aux règlements des conflits collectifs du travail, va renverser un équilibre de la négociation qui ne reposait antérieurement que sur l'approche (dogmatique) de la liberté contractuelle⁸⁸⁵.

L'entreprise n'est plus un espace privé où exerce une soumission librement consentie sur le salarié : les aires d'autonomie collective des salariés deviennent investies. Plus précisément, c'est un espace collectif juridiquement organisé qui émerge. Ce n'est pas autre chose que

⁸⁸² CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000, p. 344 (équité - 2.).

⁸⁸³ SIMONPOLI (J-D), GATEAU (G.), préc., pp. 62-63.

⁸⁸⁴ Les lois Auroux ont eu comme ambition de transformer profondément les relations de travail en France. Elles ont mis l'accent sur la responsabilisation des acteurs sociaux.

⁸⁸⁵ L'art. L. 132-1 C. trav. détermine les matières visées par la négociation (conditions d'emploi et garanties sociales) ; l'art. L. 132-4 institue le principe de faveur ; l'art. L. 132-6 prévoit une durée déterminée (\leq 5 ans) ou indéterminée ; l'art. L. 132-8 C. trav. détermine les conditions de dénonciation des conventions et accords à durée indéterminée ; l'art. L. 132-27 C. trav. institue la négociation annuelle obligatoire ; etc.

souligne le Pr. Virgile Chassagnon lorsqu'il défend, plus de trente ans après, la démocratisation de l'entreprise comme élément substantiel de sa performance : « *La question n'est pas qui possède l'entreprise, mais qui doit la gouverner. Ce faisant, le pouvoir apparaît comme un mécanisme institutionnel de gouvernance central qui sert le processus de création collective et de coopération productive* »⁸⁸⁶. Pour l'économiste, c'est vers un gouvernement polyarchique faisant une vraie place dans la prise de décision collective des travailleurs qu'il faut tendre.

On voit alors poindre le modernisme d'une théorie qui observe l'entreprise du point de vue de sa réalité sociale : l'entreprise comme organisation est objet d'institution ; cet objet vit d'un processus humain qui l'établit dans la durée : « *Le concept institution n'est ainsi plus directement l'objet de l'analyse mais son outil immédiat : tel est le sens des recherches actuelles* »⁸⁸⁷. L'émergence, sinon la prévalence du droit conventionnel contemporain, donne corps à cette institution. Il n'en reste pas moins qu'elle n'est pas sans poser de problèmes. Trois éléments d'analyse nous éclaireront.

a) Les accords imparfaits

194 – Définition et modalités - L'existence de mesures favorisant une négociation équilibrée ne permet pas de garantir que le dialogue social se déroulera dans les meilleures conditions ; parfois, seule l'obtention « d'accords imparfaits » naîtra de la négociation entre employeurs et salariés : l'institution en tant que processus est atteinte. Pour le Pr. Franck Petit, « *le fait d'élever le seuil électoral qui conditionne la validité d'un accord collectif ne peut vouloir dire qu'on favorise la négociation* »⁸⁸⁸. En effet, la force d'opposition qui prévalait postérieurement à la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982, devient une force d'engagement avec l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017⁸⁸⁹. Deux raisons plaident pour l'imperfection de certains accords : la moindre représentativité des délégués syndicaux et le forçage du consentement.

⁸⁸⁶ CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 25.

⁸⁸⁷ MILLARD (É.), « *Hauriou et la théorie de l'institution* », Droit et Société, n° 30/31, 1995, p. 385.

⁸⁸⁸ PETIT (F.), « *Le référendum en entreprise comme voie de secours* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 903.

⁸⁸⁹ L'art. L. 2232-12 C. trav. dispose que « *La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* ».

Le taux de syndicalisation n'a cessé de baisser en France ces dernières décennies⁸⁹⁰ : cette légitimité interroge. Deux auteurs considèrent qu'il est possible « *de se demander si les délégués syndicaux ne constituent pas une espèce en voie de disparition* »⁸⁹¹. Le problème est prégnant à un moment où la hiérarchie des normes est inversée. Les conventions d'entreprise doivent donc être négociées avec une représentation qui fait défaut. En désintégrant la taille des unités de production le long d'un réseau d'entreprises ou d'établissements de plus petite taille, le modèle réticulaire de l'économie ne peut qu'amplifier cette difficulté. En effet, même si le comité économique et social (CSE) traduit une certaine réunification de la notion de représentation du personnel⁸⁹², il ne peut être mis en place que dans les entreprises d'au moins onze salariés, sans compter que l'effectif doit avoir été atteint pendant douze mois consécutifs ; cela semble être un seuil d'effectif plus difficile à obtenir qu'avant l'ordonnance du 22 septembre 2017, où il fallait que la société emploie au moins 11 salariés pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années antérieures à l'élection. Dans ce contexte de *fragilité*, la représentation d'une unité économique et sociale (UES) peut avoir un intérêt, notamment si le législateur finit par lui consacrer, en vertu de la thèse de la réalité, une véritable force juridique⁸⁹³. Selon l'arrêt fondateur *Comité d'établissement de Saint-Chamond* du 28 janvier 1954⁸⁹⁴, la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, juridiquement reconnus et protégés : « *Si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice* »⁸⁹⁵.

Le rapport de force entre un employeur qui dispose de moyens de « forçage du consentement » et qui sait tenir sous dépendance ses salariés peut ensuite se renforcer. En terme de qualité du dialogue social, l'évolution des dispositions de l'art. L. 2232-12 C trav. inquiète puisque le recours à la consultation des salariés est désormais inscrit dans le droit

⁸⁹⁰ En soixante ans, il a été divisé par quatre ; source DARES, mai 2016, n° 025, p. 7.

⁸⁹¹ BLEDNIAK (E.), PETIT (F.), *Délégué du personnel délégué syndical institutions voisines*, 15^e éd., « Encyclopédie Delmas », Dalloz, 2017-2018, p. 14.

⁸⁹² V. *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p.527.

⁸⁹³ V. *infra*, n° 496.

⁸⁹⁴ Civ. 2^e, 28 janv. 1954 : D. 1954, 2, 217, note Levasseur.

⁸⁹⁵ *Ibidem*.

positif⁸⁹⁶. La loi institue de surcroît que l'initiative de la consultation peut venir de l'employeur. Le forçage de l'autonomie collective du consentement au moyen d'une pratique *extralégale*⁸⁹⁷ est institué : soit les accords pourront être formellement négociés sur une base imparfaite, soit ils pourront être imposés par le collectif de travail que constitue l'ensemble des salariés.

195 – Amélioration de la performance du contrat – Grâce au « forçage du consentement » que constitue l'appel à la démocratie directe⁸⁹⁸, les situations de blocage peuvent être levées. En ce sens, la réactivité que permet la consultation directe des salariés est un élément de performance économique du contrat de travail.

Il faut tout d'abord souligner que le contrat a une vocation économique : « *En effet, si le contrat n'est que la représentation juridique de l'échange, l'échange est justement le cœur de l'économique* »⁸⁹⁹. Il apparaît ici efficace car il permet de répondre à l'incertitude de l'absence d'accord collectif pour l'entrepreneur : par la consultation des salariés, les ajustements nécessaires deviennent possibles. Ainsi, en cas de nécessité, des accords de compétitivité pourront être rapidement négociés quand de simples accords de modulation du temps de travail permettront d'adapter l'activité productive aux contingences environnementales : variation de la demande ou évolution de la concurrence. Le cas de la FNAC en janvier 2016 est emblématique : alors qu'un accord sur l'ouverture dominicale était trouvé avec la CFDT, la CFTC et la CGC, trois syndicats, la CGT, Sud et FO ont fait valoir leur droit d'opposition, paralysant ainsi le processus de conclusion d'un accord d'entreprise qui priva les salariés volontaires du triplement de salaire prévu dans le texte.

⁸⁹⁶ C. trav., art. L. 2232-12, al. 2, modifié par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 : « *Si cette condition n'est pas remplie et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord. Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations* ».

⁸⁹⁷ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 496 : « *Ces expériences extralégales se justifient actuellement par la recherche d'un consensus fort à l'appui de mesures périlleuses (...). Lorsque l'acte collectif n'a plus seulement pour objet de créer des avantages plus favorables aux salariés, la technique du référendum permettrait ainsi de pallier les insuffisances de légitimité des syndicats représentatifs* » ; Pour l'auteur, « *les recours extralégaux naissent de la volonté propre de chaque acteur social* » (p. 500) : employeur, syndicat, CSE, etc.

⁸⁹⁸ CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000, p. 272 : « *La démocratie directe est un régime dans lequel le peuple adopte lui-même les lois et décisions importantes* » ; Il s'oppose au régime indirect, qui fait appel aux représentants.

⁸⁹⁹ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 187.

On voit, dans le référendum, une amélioration de la performance juridique du contrat. Les effets juridiques sont réels. Si la question de « *l'assimilation de l'acte engendré à un accord collectif* »⁹⁰⁰ a pu questionner, désormais l'alinéa 6 de l'article L. 2232-12 C. trav. ne laisse plus de doute : « *L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité simple des suffrages exprimés* ». Ainsi approuvé, il s'impose à l'employeur et à la collectivité du personnel, même aux salariés qui, par leur vote, ont refusé les propositions avancées. Plus généralement les référenda semblent pouvoir améliorer techniquement la performance du contrat de travail dans deux domaines : la validation des accords collectifs dits imparfaits ou encore, dans les très petites entreprises (TPE)⁹⁰¹ et petites entreprises (PE), la ratification d'un projet d'accord imparfait minoritaire (C. trav. art. L. 2232-21 à 23). Dans cet esprit, on note que « *le mot « accord » fait débat car il s'agit ici de soumettre à ratification une décision unilatérale de l'employeur* »⁹⁰². L'accord ne devient comme tel que par détermination de la loi (thèse de la fiction).

Ensuite, l'effectivité de l'obligation patronale de sécurité en sort renforcée. Tout d'abord, si le plan santé au travail requiert un pilotage renforcé et recentré sur des priorités fortes, il nécessite aussi « *une capacité supérieure de réactivité* »⁹⁰³. A défaut d'accord « parfait », la consultation des salariés permet d'éviter les situations de blocage qui nuiraient notamment à la politique de « *santé et sécurité au travail (droit de retrait, accès à tout salarié à un service de santé au travail, etc.)* »⁹⁰⁴. On note en particulier que depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, le *droit à la déconnexion* est devenu (parmi d'autres) un nouveau thème de négociation⁹⁰⁵ ; on sait combien l'effectivité de ce droit participe de la prévention des risques

⁹⁰⁰ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 510.

⁹⁰¹ C. trav., art. L. 2232-21 : « *Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code* ». Le projet d'accord est approuvé à la majorité des deux-tiers du personnel pour être valide (C. trav., art. L. 2232-22).

⁹⁰² COLONNA (J.), RENAUX-PERSONNIC (V.), Colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », intervention « *Le référendum et la protection sociale* », Faculté de droit et de science politique, AMU, 2 mars 2018.

⁹⁰³ Liaisons sociales, quotidien, « *Les priorités pour le prochain Plan santé au travail 2015-2019* », n° 16.622, 2 juil. 2014.

⁹⁰⁴ Liaisons sociales, quotidien, « *Réforme du Code du travail : les 61 principes essentiels du droit du travail* », n° 17.006, 27 janv. 2016.

⁹⁰⁵ C. trav., art. L. 2242-1 modifié par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 : « *Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans : 1° Une négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ; 2° Une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les*

psycho-sociaux. La réactivité permet en outre de renforcer l'esprit de l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004 relatif au stress au travail ; l'article 5 dispose : « *En vertu de la directive-cadre 89/391, tous les employeurs ont l'obligation légale de protéger la sécurité et la santé des travailleurs. Cette obligation couvre également les problèmes de stress au travail dans la mesure où ils présentent un risque pour la santé et la sécurité. Tous les travailleurs ont l'obligation générale de se conformer aux mesures de protection déterminées par l'employeur* ».

Enfin, en renforçant l'effectivité d'un *droit à la participation* constitutionnellement protégé⁹⁰⁶, le référendum issu des accords imparfaits nourrit le concept de démocratie sociale⁹⁰⁷. Historiquement, la participation promeut le mouvement de progrès social au sein de l'institution : « *La réforme de l'entreprise a été au cœur d'un moment modernisateur qui permettait à des sensibilités différentes de se rencontrer sur un projet commun* »⁹⁰⁸. Sociologiquement, la souveraineté des conventions d'entreprise est garantie ; Rousseau indiquait que « *la souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale* »⁹⁰⁹. Juridiquement, la consultation des salariés présente « *l'avantage d'apporter un supplément appréciable de crédibilité à l'accord collectif parfois trop distant de la collectivité du personnel* »⁹¹⁰ : elle résout alors les problèmes de représentativité liée notamment à l'érosion du taux de syndicalisation. Elle permet tout autant de renforcer le principe d'autodétermination en réalisant deux exigences démocratiques qui y sont attachées : « *La légitimité et la proximité*

écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail » ; art. L. 2242-8 : « *Les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur en l'absence d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à l'issue de la négociation mentionnée au 2° de l'article L. 2242-1 ou, à défaut d'accord, par un plan d'action mentionné à l'article L. 2242-3* ».

⁹⁰⁶ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 – art. 8 et art. 18.

⁹⁰⁷ Le cas de SEPHORA en décembre 2015 est caractéristique. Lors d'un référendum réservé au personnel en CDI depuis plus de trois mois, un accord signé en septembre 2015 a remporté, *via* le référendum, l'accord de 114 sur 124 votants. Lors d'une autre consultation organisée par la direction pour l'établissement des Champs-Élysées, les salariés ont approuvé un accord sur le travail de nuit. Sur les 146 salariés habilités à voter, à savoir en CDI depuis plus de trois mois, 124 l'ont fait. Parmi eux, 92% validèrent l'accord, 3% le rejetèrent, 5% votèrent blanc. L'accord, qui portait formellement sur le "travail de soirée", prévoyait notamment une majoration de 100% des heures travaillées entre 21h00 et minuit, et ce, sur la base du volontariat. Le projet avait été validé par la CFDT, la CFTC et la CFE-CGC sous condition de l'organisation d'un référendum parmi les salariés. Le Clic-P, qui regroupe des syndicats du commerce parisiens (CGT, Seci-Unsa, SUD, militants CFDT en conflit avec leurs instances) avait manifesté son opposition.

⁹⁰⁸ CHATRIOT (A.), « *La réforme de l'entreprise. Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur* », Vingtième Siècle, Revue d'histoire, fév. 2012, n° 114, p. 197.

⁹⁰⁹ Rousseau, *Du Contrat social*, éd. Beaulavon, 1903, livre troisième, p. 261.

⁹¹⁰ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 524.

des auteurs de la norme »⁹¹¹. Économiquement enfin, le référendum contribue à la *soutenabilité* du développement de l'entreprise : « *Nos institutions économiques dominantes, qui résultent d'un processus d'évolution long et inachevé, reposent sur deux grands principes : la création de valeur et la responsabilisation, notions chères aux économistes Adam Smith et Arthur Pigou* »⁹¹². En permettant de prendre en compte plus largement les conséquences des décisions au cœur de la collectivité de travail, responsabilité et soutenabilité sortent renforcées.

196 – Dégradation du dialogue social - Faute d'approbation du projet d'accord, la convention d'entreprise sera réputée non écrite⁹¹³. A l'inverse, si le blocage peut être levé, la démocratie sociale se trouvera renforcée par la possibilité de voir approuvé un « accord imparfait ». Cette façon d'opérer nuit au dialogue social car elle pose deux problèmes.

La perte de légitimité des syndicats représentatifs est réelle. L'Organisation internationale du travail (OIT) a adopté, en 1971, la Convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs. L'esprit de l'article 5 accorde le primat de la représentation syndicale sur la représentation fondée sur l'électorat et le nombre, sous influence directe de l'employeur⁹¹⁴. Pourtant, la loi sociale française institue une (nouvelle) hiérarchie des pouvoirs qui va à l'encontre du droit international. Cette situation légale succède à la suppression de présomption irréfutable de représentativité issue de la loi du 20 août 2008⁹¹⁵. Les syndicats sont contraints de limiter leurs ambitions politiques : de représentants, leur statut se voit relégué à celui de partenaires sociaux. Alors que dans le concept de dialogue social le système de représentation collective des salariés est déterminant, le droit du travail permet d'en

⁹¹¹ DIRRINGER (J.), « *L'esprit du dialogue social : de la loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés* », *La Revue de l'Ires*, vol. 87, n° 4, 2015, p. 126.

⁹¹² TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, p. 251.

⁹¹³ C. trav., art. L. 2242-1, al. 7.

⁹¹⁴ C135 – Convention (n° 135) concernant les représentants des travailleurs, 1971, art. 5 : « *Lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part* ».

⁹¹⁵ Le droit de la représentativité syndicale repose désormais sur un système de représentativité prouvée : la règle de concordance, le caractère cumulatif et la périodicité (V. Soc., 29 fév. 2012, pourvoi n° 11-13.748, publié au bulletin) : « *Si les critères posés par l'article L. 2121-1 du code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale* ».

contourner l'intérêt ; pourtant, « *c'est à travers lui que se structurent juridiquement les relations de travail et que se construit l'entreprise comme espace normatif* »⁹¹⁶,

L'initiative du référendum est ensuite déterminante. Le risque précédent s'accroît par la modification de l'article L. 2232-12 C. trav. par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. Auparavant, l'initiative restait entre les mains des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% des voix. Aussi, la consultation du collectif de travail n'avait pas à être pleinement perçue comme une menace. Désormais, « *l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations* »⁹¹⁷. Le référendum d'initiative patronale est né.

b) La négociation avec le conseil d'entreprise contestable

197 – Capacité de négocier du Conseil d'entreprise – L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 précise par les dispositions de l'article L. 2312-14 C. trav. que « *les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du comité. Les entreprises ayant conclu un accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ne sont pas soumises, dans ce domaine, à l'obligation de consultation du comité social et économique* ». L'institution visée est le comité social et économique (CSE).

Pourtant, un conseil d'entreprise peut être institué, en lieu et place du CSE, dans les entreprises avec ou sans délégué syndical ainsi que dans les entreprises appartenant à une unité économique et sociale. A la différence du CSE, le conseil d'entreprise se voit alors doté de la capacité de négocier un accord collectif, sans compter qu'il exerce plus largement l'ensemble des attributions dévolues au CSE (article L. 2321-1 C. trav.). Cette capacité de négocier bute cependant sur l'exception des accords soumis à des règles spécifiques de validité tels les accords portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi ou ceux portant sur les élections professionnelles (protocole d'accord préélectoral, répartition du personnel dans les collèges électoraux, moment du scrutin). Dans les entreprises avec délégué syndical, l'article L. 2321-2 C. trav. dispose qu'un conseil d'entreprise peut être mis en place par accord d'entreprise à durée indéterminée. Si le principe relève des dispositions de l'art. L. 2232-12 C. trav. et soumet donc l'existence du conseil d'entreprise à la majorité d'engagement des syndicats, par dérogation, les règles relatives à la consultation référendaire des salariés s'appliqueront. Dans les entreprises sans délégué syndical, l'article L. 2321-2 C. trav. dispose

⁹¹⁶ DIRRINGER (J.), préc., p. 125.

⁹¹⁷ C. trav., art. L. 2242-1, al. 2.

que le conseil d'entreprise peut être mis en place en application d'un accord de branche étendu.

198 – Apparence accentuée de dialogue social - Cette situation revient au final à accroître le risque de dégradation du dialogue social évoqué précédemment. La négociation collective organisée avec le partenaire social que représente le conseil d'entreprise revient à l'organiser avec l'instance fusionnée des représentants du personnel : les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Malgré la procédure de protection contre le licenciement prévue aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 C. trav., les représentants du personnel restent sous l'influence directe du pouvoir de direction de l'employeur.

L'objet de la consultation s'avère ensuite déterminant. S'il est global, les salariés peuvent être amenés à valider des stipulations qui ne leur conviennent point. On éclairera le propos en revenant au cas de SEPHORA en 2015. Suite à la validation de l'accord imparfait par 92% des salariés, les syndicats opposants dénoncèrent un « mauvais accord », jugeant insuffisantes l'aide pour les frais de garde des enfants (12 euros par heure), la prise en charge des frais de taxis seulement à partir de 23h00, et surtout la majoration des heures de nuit travaillées à 100% (le minimum légal). On peut y voir le résultat de la manipulation que représente la formulation de la question soumise au vote des salariés ; la question posée était : « Êtes-vous favorable à l'ouverture de votre magasin après 21 heures dans les conditions de l'accord de soirée signé le 16 septembre et affiché dans le magasin ? ». Il s'agissait d'un accord global, chaque question ne pouvant être considérée indépendamment des autres. Les salariés consultés peuvent être d'accord avec certaines stipulations, mais pas avec toutes. Cependant, la nécessité de se prononcer sur l'accord global les en empêchent.

C'est ce que dénonce M. Thibault Gajdos en mettant en évidence le paradoxe d'Ostrogorski⁹¹⁸. Il conclut son analyse en indiquant que « *la prudence exige donc de réserver cette procédure à des questions qui peuvent être considérées, en première approximation,*

⁹¹⁸ GAJDOS (Th.), « *Les limites fondamentales du référendum* », Le Monde Économie, 28 fév. 2012 : « *Imaginons que deux parties soient en présence : le parti D, hostile à la hausse des minima sociaux, des droits de successions et du nombre d'enseignants, et le parti G favorable à ces trois mesures. Supposons que la population soit répartie en quatre groupes. Le premier comporte 40% de la population, et adhère totalement au programme de D. Les trois autres groupes, comptant chacun 20% de la population, approuvent les deux tiers du programme de G, et rejettent chacun une proposition différente. Ces trois groupes sont plus proches de G que de D. Le parti G recueillera 60% des suffrages. Supposons maintenant que l'on décide d'organiser un référendum point par point. Chaque mesure proposée par G recueillera 40% des voix, et sera donc rejetée. Une telle procédure conduirait à l'application du programme de D, pourtant rejeté par la majorité : c'est le paradoxe d'Ostrogorski* ».

comme indépendantes de toute autre ». ⁹¹⁹ En cela, il peut y avoir une insécurité grandissante des salariés, un sentiment de confiance qui s'étirole et qui, *in fine*, ne sera pas favorable au dialogue social.

c) La restauration du dialogue social

199 – Relation entre subsidiarité du référendum et entrave - Comme le souligne le Pr. Franck Petit, « *le recours à un référendum n'est pas une technique alternative à la négociation collective ; par nature, il est subsidiaire. Il ne saurait remplacer la phase de dialogue entre l'employeur et les syndicats, même lorsqu'il est préalable à la signature d'un accord* » ⁹²⁰.

Il n'est pas exclu d'imaginer que des ententes collusives puissent naître entre les deux agents que seraient l'employeur et un syndicat dit « progressiste », au détriment des intérêts portés par des syndicats plus contestataires. Il serait alors prévu que naisse de leur collusion un « accord imparfait » et qu'une consultation du collectif de travail soit ensuite demandée par le syndicat minoritaire ou l'employeur. Il s'agirait d'un dévoiement du principe de subsidiarité du référendum. On peut imaginer que ces ententes collusives soient inversement proportionnelles au nombre de syndicats représentatifs dans l'entreprise. Les coûts de transaction générés par l'organisation de la collusion peuvent être très faibles en rapport des gains espérés ensuite. Cela n'est pas sans poser de conséquences juridiques. Si l'entente collusive était prouvée, elle pourrait être interprétée comme une action manifeste constitutive du délit d'entrave ⁹²¹.

200 – Nécessité de justice sociale - La recherche d'une plus grande efficacité économique n'est pas toujours compatible avec le principe d'équité. La question par exemple « *de savoir si le fait d'imposer des désavantages à un petit nombre peut être compensé par une plus grande somme d'avantages dont jouiraient les autres* » ⁹²² trouve ici toute sa pertinence. De cette problématique d'équité, certains s'inquiètent de la possible mise en minorité de la

⁹¹⁹ *Ibidem*.

⁹²⁰ PETIT (F.), préc., p. 905.

⁹²¹ Le délit d'entrave est le fait de porter atteinte, quelle qu'en soit la forme, à la libre désignation des représentants du personnel ; à l'exercice de leurs fonctions et de leurs droits ; aux règles de procédure relatives au licenciement des représentants du personnel. Il est applicable à toutes les catégories de représentants des travailleurs : délégués syndicaux (C. trav., art. L. 2146-1), conseil d'entreprise (C. trav., 23-28-1).

⁹²² RAWLS (J.), *A Theory of Justice*, Harvard, HUP.

démocratie représentative par la démocratie directe⁹²³. Les modalités d'exercice de la décentralisation des sources du droit du travail sont pourtant devenues un processus irréversible dont il convient de prendre acte : « *Aujourd'hui encore objet de droit, l'entreprise doit devenir demain sujet et source de droit* »⁹²⁴. Il convient donc d'organiser au mieux ce nouveau paradigme en entreprise.

Il est ensuite permis d'être pessimiste quant à la restauration de la nécessaire justice sociale lorsqu'il est observé que le Cour de cassation abandonne en 2016 « *sa jurisprudence du préjudice nécessaire qui avait comme intérêt de reconnaître l'existence d'un préjudice dès lors que la règle était violée par l'employeur* »⁹²⁵. Si, du fait de leur personnalité morale, les syndicats professionnels ont toujours le droit d'ester en justice, cette décision du juge de cassation s'applique à l'exercice des droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent⁹²⁶. Le revirement de jurisprudence qu'entraîne la rupture du lien automatique entre violation de la règle et existence d'un préjudice constitue donc une entrave à leur action en justice. Désormais, le préjudice doit être prouvé, « *l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* »⁹²⁷.

L'espoir d'une restauration de la justice sociale en tant que valeur, dans le sens de « *ce qui est idéalement juste, conforme aux exigences de l'équité et de la raison* »⁹²⁸, ne semble pas pouvoir venir du législateur, qui paraît dégrader la protection du salarié traditionnellement conférée par le droit du travail. Il apparaît alors raisonnable, sinon incongru au sens de l'exercice du choix rationnel, de la voir naître des discrétionnaires choix qu'exercera l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction et de contrôle.

§ II - La subordination éthique

201 – Position du problème - L'entreprise envisagée comme « boîte noire » confond les fonctions : propriété et direction, salariat et direction, salariat et propriété. Elle noie la démocratie sociale, et le dialogue qu'elle implique, sous le prisme du pouvoir de l'actionnaire

⁹²³ MORAND P-H, « *Le référendum en entreprise* », séminaire interne au LBNC, 24 nov. 2016, UAPV, coordonné par M. Franck PETIT, entouré de M. Miguel COURALET, directeur du travail honoraire et de M. Tomas REDONDO, secrétaire général de l'UIMM Vaucluse.

⁹²⁴ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 172.

⁹²⁵ BOULMIER (D.), « *Pot-pourri des acteurs de la justice sociale* », *Droit social*, n° 7/8, juil-août 2017, p. 586.

⁹²⁶ C. trav., art. L. 2132-3 al. 2.

⁹²⁷ Soc., 13 avr. 2016, pourvoi n° 14-28.293, publié au bulletin.

⁹²⁸ CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000, p. 498 (justice, 1.).

qui, dans une vision dégradée du capitalisme, nie sa réalité sociale. Cette présomption, qui en fait le simple paramètre d'une modélisation simpliste de l'économie, est née d'une théorie économique néoclassique qui autorise à en négliger son fonctionnement interne : « *Pendant très longtemps, l'entreprise n'a été considérée qu'à travers son rôle supposé socialement optimal de transformation et d'allocation des ressources rares* »⁹²⁹. Cette vision réductrice a entraîné une confusion du rôle des parties prenantes ; elle induit qu'il ne peut y avoir d'autonomie réelle dans l'exécution du contrat de travail qu'au regard des prérogatives issues notamment des droits de propriété, dans leur acception juridique⁹³⁰ : la primauté des attributs financiers⁹³¹ des porteurs de titres prévaut.

Le partage du produit national net⁹³² (PNN) fait débat. Alors que les salariés réclament davantage d'équité dans le partage de la richesse créée, organes de direction et actionnaires prônent l'importance de dégager davantage de marge pour soutenir l'offre. Depuis plusieurs décennies, la richesse nationale des sociétés non financières (SNF) se ventile comme suit : deux tiers de la richesse va au travail, quand un tiers va au capital. M. Thomas Piketty écrit : « *En l'absence de toute action publique de redistribution, le partage effectif entre capital et travail dépendra, par exemple, du pouvoir de négociation des syndicats, des capacités des employeurs à s'en approprier une large part, ou plus généralement de l'état présent des rapports de forces entre capitalistes et travailleurs* »⁹³³. Au niveau microéconomique, « *ces dernières années, les actionnaires ont pris une place prédominante dans la direction des entreprises. La part des dividendes dans les résultats a doublé en l'espace de dix ans ; la rentabilité financière est devenue un impératif, au détriment de la justice sociale et au risque*

⁹²⁹ CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 21.

⁹³⁰ Pour une conception renouvelée des « droits de propriété », dans une vision économique hétérodoxe, V. CHASSAGNON (V.), préc., p. 25.

⁹³¹ Trois attributs sont traditionnellement rattachés au statut d'associé : politiques, financiers, patrimoniaux. V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} édition, 1997, p. 144 s.

⁹³² Le rapport Stiglitz remis au Président Sarkozy en sept. 2009 sur la mesure de la performance économique et du progrès social, contient une proposition concrète de nature à avoir une influence sur l'action à venir en matière de statistique : il faut désormais privilégier à l'indicateur de PIB (produit intérieur brut) celui de PNN (produit national net). Le PIB est toujours « brut », car il rassemble la somme des productions sans retrancher la dépréciation du capital qui a permis de les réaliser ; de plus, le PIB est « intérieur », dans le sens où l'on cherche à mesurer les richesses produites du pays, sans se préoccuper de leur destination finale, et en particulier sans tenir compte des transferts de profits entre pays. Par exemple, un pays dont l'ensemble des entreprises et du capital productif serait possédé par des actionnaires étrangers pourrait fort bien avoir un PIB très élevé, mais un revenu national très faible, une fois déduits les profits repartant dans le pays d'origine des détenteurs du capital. La nuance est d'importance dans le contexte de la mondialisation.

⁹³³ PIKETTY (Th.), *Économie des inégalités*, Collections repères, La Découverte, 2015, p. 27.

de mettre en danger l'avenir des entreprises »⁹³⁴. De 11% au choc pétrolier de 1973, la part des dividendes dans la valeur ajoutée est passée à près de 30% en 2016⁹³⁵.

Juridiquement, les organes de direction sont liés aux porteurs de titres par le mandat : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* »⁹³⁶. Quelle que soit sa forme⁹³⁷, le mandat doit, *a priori*, s'exercer en toute indépendance ; on y voit le rôle des organes issu de la théorie de l'institution : « *L'institution est également le processus qui institue un groupe humain* »⁹³⁸. On note cependant que l'article 2004 C. civ. dispose que « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble* ». Incités financièrement par des stock-options, des attributions d'actions gratuites ou par des rémunérations en hausse⁹³⁹, menacés de révocation à tout moment par les assemblées générales d'actionnaires, les dirigeants sociaux sont pris entre deux feux : l'autonomie présumée que leur confère leur statut, et la réalité de l'insécurité de leur situation de mandataire.

202 – Autonomie croissante du salarié - Juridiquement encore, les salariés sont liés à l'employeur par le contrat de travail. L'état de subordination est en principe⁹⁴⁰ l'élément caractérisant le salariat⁹⁴¹ ; c'est lui qui le distingue des autres contrats en entreprise : contrat de sous-traitance, contrat de vente, contrat de mandat, contrat de distribution, etc. Quel que soit le type de contrat de travail, le lien de subordination existe dès que l'employeur, au sein d'un service organisé, peut exercer ses pouvoirs sur le travailleur. Jusqu'à l'émergence de la nécessité de restaurer la civilisation en entreprise pour servir aspirations sociales et intérêts économiques, la subordination permettait à l'employeur d'exercer un pouvoir sans limite. Le salarié a pourtant conquis des aires d'autonomie individuelle. La subordination reste

⁹³⁴ SEGRESTIN (B.), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », La République des Idées, Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011, p. 65.

⁹³⁵ Source Insee.

⁹³⁶ C. civ., art. L. 1984.

⁹³⁷ L'article L. 1985 C. civ. dispose que « *Le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre " Des contrats ou des obligations conventionnelles en général "*. *L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire* ».

⁹³⁸ MILLARD (É.), « *Hauriou et la théorie de l'institution* », Droit et Société, n° 30/31, 1995, p. 385.

⁹³⁹ La moyenne des rémunérations des patrons du CAC 40 a crû de 30% entre 2009 et 2015.

⁹⁴⁰ L'article L. 7313-1 C. trav. impose la qualité de salarié au VRP et son assujettissement aux règles spécifiques régissant sa situation dès lors que les conditions qu'il énumère sont réunies. Le droit commun selon lequel le salariat est caractérisé par l'état de subordination est écarté pour le VRP.

⁹⁴¹ La subordination juridique qui en découle est l'effet de la qualification de salarié née de l'état de subordination : « *C'est la subordination de fait qui permet la qualification de contrat de travail ; la subordination de droit est elle, un effet de cette qualification* » ; V. DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », Droit social, n° 5, mai 2011, p. 547.

cantonnée aux temps et aux lieux d'exécution de la prestation de travail ; concomitamment, l'employeur ne peut empiéter sur la vie extra-professionnelle du salarié dans l'entreprise et sur ses libertés dans le travail⁹⁴².

Face à l'exercice des droits de propriété de l'actionnaire ainsi qu'à la force du mandat, on assiste aujourd'hui à une restauration des prérogatives du travailleur-salarié. Elle se manifeste par l'érosion du concept de subordination tel qu'il pouvait être entendu dans le passé : « *En droit du travail, l'idée de subordination juridique, de la soumission étroite aux ordres d'un chef, s'adoucit, pour faire place à celle d'intégration dans une organisation* »⁹⁴³. L'espace d'autonomie de l'employeur se réduit (A) quand la pénétration de l'état de droit dans l'entreprise permet d'envisager la subordination comme une ressource au service de la performance (B).

A) Une subordination bornée

203 – Limitation de la subordination - L'exercice de la subordination est borné juridiquement et économiquement. Ce sont probablement les conséquences économiques qui sont les plus à même de limiter son exercice abusif et d'en faire évoluer sa qualité. Nonobstant les critiques qui en sont faites, on constate que la prééminence de la réalité sur l'apparence juridique entraîne parfois des requalifications de relations contractuelles en contrat de travail⁹⁴⁴, permettant ainsi à des salariés de bénéficier d'une certaine protection.

⁹⁴² SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, pp. 165 et s. : l'auteur énonce la dilution progressive du concept de subordination et l'attribution de facultés de choix attachées à la qualité de salarié. La Cour de cassation protège ces libertés. Un arrêt du 21 sept. 2005 (pourvoi n° 03-44.855, publié au bulletin) a énoncé que « *les renseignements relatifs à l'état de santé du candidat à un emploi ne peuvent être confiés qu'au médecin chargé, en application de l'article R. 241-48 du Code du travail, de l'examen médical d'embauche. Lorsque l'employeur décide que le salarié recruté avec une période d'essai prendra ses fonctions avant l'accomplissement de cet examen, il ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié quant à son état de santé ou à son handicap, que ce dernier n'a pas à lui révéler* ».

⁹⁴³ SUPIOT (A.), *Homo juridicus*, Points, 2009, p. 258.

⁹⁴⁴ La cour d'appel de Rennes a confirmé le 26 septembre 2014 la condamnation de la société de distribution de journaux et de documents publicitaires Adrexo à requalifier les contrats à temps partiel de 32 salariés en contrats à temps plein et à leur verser un rappel de salaires. En première instance, en mars 2012, le conseil des prud'hommes de Saint-Nazaire avait déjà condamné la société, estimant que « *compte tenu de leurs horaires (qui) restaient totalement indéterminés, il y avait lieu de considérer que les salariés ne pouvaient pas connaître à l'avance leurs plages horaires de travail* » ; V. Liaisons sociales, quotidien, « *Adrexo condamnée en appel à requalifier des contrats de travail* », n° 16.684, 6 oct. 2014.

1) Le droit encadre l'exercice de la subordination

La subordination est mise en œuvre par les organes de direction qui agissent au nom et pour le compte des porteurs de titres. Elle ne souffre, en théorie, aucune déviance ou contestation. Pourtant, elle ne peut être absolue.

204 – Dilution progressive de la confusion entre individu et objet du contrat - Tout d'abord, elle ne confond pas l'individu et l'objet du contrat. Depuis l'abolition de la servilité propre aux sociétés antiques puis féodales, de l'esclavage pour l'époque contemporaine, l'objet du contrat de travail ne confond plus l'être humain et son travail. Celui-ci ne faisait qu'un, indivisible, l'employeur exerçant sur lui les attributs du droit de propriété. Son caractère absolu lui permettait d'en jouir et d'en disposer sans limites.

La séparation est ensuite devenue claire entre l'individu et la chose qu'il loue à l'employeur : « *L'assujettissement du salarié à la volonté de l'employeur vient compenser l'impossibilité pour ce dernier de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a conventionnellement acquis la jouissance. La subordination apparaît alors comme le substitut de la dépossession* »⁹⁴⁵. C'est sur cette chose louée, et au travers d'un contrat qualifié de louage, que l'employeur a le pouvoir d'exercer un rapport de direction et de contrôle. Pour le Pr. Alain Supiot « *il est en effet de la nature du louage que le donneur à bail remette au preneur, la détention matérielle de la chose louée* »⁹⁴⁶. Pourtant, nous pouvons qualifier cette subordination de relative. En effet, il n'y a pas, tout d'abord, de remise matérielle de la chose louée, puisque celle-ci est indissociable de la personne du salarié. Ensuite, les entreprises contemporaines voient la nature de la subordination se transformer : la loyauté s'impose.

Les exigences sociales nées de la fin des années 1960 tout comme l'élévation du niveau de formation des salariés ont réduit l'asservissement du travailleur au modèle ancestral de l'autorité. Il n'en reste pas moins que le salarié se dépossède encore d'une partie de sa liberté durant l'exécution du contrat. La réalité objective de l'exercice du pouvoir de l'employeur reste rattachée au principe même de l'état de subordination. Cependant, la façon de l'exercer évolue dans le temps : elle devient fondée par la loi et ne s'exerce plus de manière discrétionnaire. Au fur et à mesure que les libertés individuelles et collectives sont reconnues, l'entreprise devient une entité économique et sociale régie par le droit. Le management les met en œuvre grâce à l'orientation des flux d'activités et aux contrôles que l'employeur exerce. Ces contrôles sont d'autant plus justifiés qu'ils s'adosent à une plus grande

⁹⁴⁵ SUPIOT (A.), « *Les nouveaux visages de la subordination* », Droit social, n° 2, février 2000, p. 132.

⁹⁴⁶ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, PUF, 6^{ème} éd. 2016, p. 66.

autonomie des salariés, en raison d'un renforcement de leur responsabilité dans l'atteinte des objectifs.

205 – Protection d'un règlement intérieur contrôlé - Le pouvoir disciplinaire de l'employeur présente un intérêt particulier. Il témoigne parfaitement des limitations qui sont apportées par le droit du travail à l'exercice de la subordination. Avant l'adoption de la loi n° 82-689 du 4 août 1982, une vision (restrictive) de la théorie institutionnelle de l'entreprise pouvait être invoquée pour expliquer le droit reconnu au chef d'entreprise de prononcer des sanctions à l'encontre de ses salariés. La Cour de cassation a pris cette position dans l'arrêt *Poliet et Chausson* rendu le 16 juin 1945. Dans cette espèce, le chef d'entreprise avait pris à l'encontre de son salarié une sanction de mise à pied non prévue par le règlement intérieur. Le juge a répondu que cette circonstance ne peut « priver le patron d'un pouvoir disciplinaire, inhérent à sa qualité, et dont il a la faculté en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur, de faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire »⁹⁴⁷. Depuis l'adoption des lois issues des réformes Auroux, « les frontières du pouvoir disciplinaire épousent celles du rapport de subordination. A l'intérieur de ces frontières, la loi désigne le règlement intérieur de l'entreprise comme le fondement de l'exercice du pouvoir de prononcer une sanction à l'encontre du salarié »⁹⁴⁸. Une sanction ne sera désormais valable que si elle est prévue au règlement intérieur.

Ce règlement intérieur, expression du pouvoir normatif de l'employeur, ne doit pas porter atteinte aux droits et aux libertés des personnes. Il est contrôlé par l'administration du travail et le juge. En application des dispositions de l'article L. 1322-1 C. trav. « l'inspecteur du travail peut à tout moment exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires aux articles L. 1321-1 à L. 1321-3 et L. 1321-6 ». Par ailleurs, le juge prud'homal n'est pas lié par les clauses du règlement intérieur qui s'avèreraient illicites, ni par une sanction ou une qualification de faute qui seraient choisies par l'employeur. En témoigne l'arrêt du 21 août 2015 de la cour administrative d'appel de Marseille⁹⁴⁹ qui précise que portent une atteinte disproportionnée aux droits et libertés des salariés les dispositions d'un règlement intérieur autorisant un supérieur hiérarchique à procéder à des tests salivaires dont les résultats positifs peuvent aboutir à des sanctions disciplinaires. On rappelle que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer

⁹⁴⁷ Soc., 16 juin 1945, *Poliet et Chausson*.

⁹⁴⁸ DUQUESNE (F.), *Droit du travail*, GUALINO, 10^{ème} éd., 2015, p. 65.

⁹⁴⁹ CAA Marseille, 7^e ch., 21 août 2015, n° 14MA02413.

leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »⁹⁵⁰.

206 – Pouvoir de sanction normé - En cas de faute, l'employeur reste maître de l'opportunité d'engager une procédure disciplinaire contre un salarié. Le cas échéant, son pouvoir est limité : ses prérogatives s'apparentent désormais à un droit qui s'exerce dans le cadre d'un régime légal, éventuellement complété par des textes conventionnels. L'exercice reste contrôlé par les juges du fond.

Sur le fond, l'employeur ne peut pas se prévaloir de n'importe quel fait pour sanctionner un salarié. Selon l'article L. 1331-1 C. trav. « *constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ». Le fait poursuivi ne doit pas être prescrit. La règle de prescription l'impose : « *Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales. Aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction* »⁹⁵¹. Ce texte n'exige pas que la sanction soit prise par le chef d'entreprise dans le délai de 2 mois mais seulement que les poursuites disciplinaires soient engagées dans ce délai. Telle est la solution dégagée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 15 janvier 2013⁹⁵² où le juge énonce : « *Lorsque le salarié refuse une mesure de rétrogradation disciplinaire notifiée après un premier entretien préalable, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement au lieu de la sanction initiale doit convoquer l'intéressé à un nouvel entretien dans le délai de la prescription de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail ; que le refus du salarié interrompt ce délai* »⁹⁵³. Ainsi, la convocation du salarié à un entretien préalable en vue d'une autre sanction disciplinaire doit intervenir dans les deux mois de ce refus. Aucun obstacle légal ne paraît s'opposer à ce que des dispositions conventionnelles plus favorables au salarié puissent aussi s'appliquer.

⁹⁵⁰ CPC, art. 12.

⁹⁵¹ C. trav., art L. 122-44.

⁹⁵² Soc., 15 janv. 2013, pourvoi n° 11-28.109, publié au bulletin.

⁹⁵³ C. trav., art. L 1332-4 : « *Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales* ».

En application de la règle *non bis in idem*, principe classique de la procédure pénale et déjà connu du droit romain, le fait fautif ne doit pas avoir été déjà sanctionné. La Chambre sociale a notamment fait application de ce principe dans un arrêt du 9 avril 2014⁹⁵⁴. Dans cette espèce, le juge a rejeté le pourvoi et condamné *Bnp Paribas* aux dépens et au versement de dommages et intérêts. Une salariée est licenciée pour faute grave, licenciement qu'elle conteste au motif que les faits reprochés par son employeur ont déjà été sanctionnés. Son employeur lui avait transmis un courriel sanctionnant sans équivoque son comportement fautif. Ce courriel constitue un avertissement dès lors qu'il reproche à la salariée des manquements aux règles et procédures internes à l'entreprise et l'invite de manière impérative à se conformer à ces règles et à ne pas poursuivre ce genre de pratique. En conséquence, les mêmes faits ne peuvent plus justifier un licenciement. En revanche, si le comportement fautif du salarié persiste ou s'il commet une nouvelle faute de même nature que celle précédemment sanctionnée, l'employeur pourra se prévaloir de la ou des précédentes sanctions - dans la limite des 3 années visées au dernier alinéa de l'article L. 122-44 - pour sanctionner la nouvelle faute.

207 - Choix de la sanction : une liberté encadrée - Selon l'article L. 1331-1 C. trav. « *constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ». La formulation évasive de ce texte offre au chef d'entreprise une large marge de manœuvre pour adapter la sanction à la gravité de « *l'agissement du salarié* ». Le Pr. Franck Petit note toutefois que « *le terme d'agissement est mal choisi, car il faut entendre aussi bien acte qu'omission, cette dernière pouvant, aussi bien qu'un acte positif, être fautive* »⁹⁵⁵. La marge de manœuvre n'est pas totale. Certaines sanctions sont prohibées : soit par la loi, soit par des textes conventionnels plus favorables au salarié que la loi elle-même. Les sanctions discriminatoires visées à l'article L. 1332-1 C. trav. sont interdites, tout comme les sanctions pécuniaires visées à l'article L. 1331-2 C. trav. Dans tous les cas, un contrôle judiciaire de la régularité du régime de la sanction est institué⁹⁵⁶.

S'il est loisible à l'employeur de modifier le contrat de travail d'un salarié à titre disciplinaire, cette sanction obéit à un régime particulier. Il convient au préalable de rappeler la distinction

⁹⁵⁴ Soc., 9 avr. 2014, pourvoi n° 13-10.939.

⁹⁵⁵ PETIT (F.), *Droit du travail : les relations individuelles*, Gualino, 1^{ère} éd., 2017, p. 100.

⁹⁵⁶ V. article L. 1333-1 C. trav.

entre changement des conditions de travail et modification du contrat de travail. Si le changement des conditions de travail décidé par le chef d'entreprise s'impose au salarié, en revanche, la modification de son contrat suppose son accord exprès. Ces modifications pourront entraîner par exemple des mesures de rétrogradation, de mutation, ou de déclassement. L'articulation des règles régissant la modification du contrat de travail avec le droit disciplinaire a été précisée dans un arrêt du 16 juin 1998 qui énonce : « *Une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée. Cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut dans le cadre de son pouvoir disciplinaire prononcer une sanction autre aux lieu et place de la sanction refusée* »⁹⁵⁷. On perçoit ici la force d'un principe d'autonomie de la volonté selon lequel « *la volonté de l'homme est apte à se donner sa propre loi* »⁹⁵⁸, d'où positivement pour l'individu, la volonté de déterminer par accord le contenu du contrat de travail dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public et les bonnes mœurs. Plus généralement c'est une conséquence de l'affirmation de la volonté des parties en tant que source de l'obligation contractée : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* »⁹⁵⁹. Cette jurisprudence est pérenne ; l'arrêt du 15 juin 2000 Bensoussan c/ société Spada⁹⁶⁰ énonce « *qu'à défaut d'accord du salarié, engagé en qualité de cadre, à la sanction de rétrogradation qui emportait modification de son contrat de travail, celui-ci était fondé à se prévaloir du maintien de son statut de cadre* ». Une fois encore, il est rappelé la règle selon laquelle le salarié doit consentir expressément à la modification de son contrat de travail. Elle ne peut être tacite.

208 – Remarque conclusive – La loi et le contrôle judiciaire de la sanction disciplinaire encadrent donc le pouvoir de sanction de l'employeur. Ils permettent l'exercice d'un droit à la contestation pour le salarié, tout en affirmant aux intéressés qu'ils sont contraints d'agir dans

⁹⁵⁷ Soc., 16 juin 1998, pourvoi n° 95-45.033, publié au bulletin.

⁹⁵⁸ CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000, (Autonomie).

⁹⁵⁹ C. civ., art. L. 1193, modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

⁹⁶⁰ Soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-43.400, publié au bulletin.

des limites légales dont le juge est gardien⁹⁶¹. Celui-ci pourra être amené à sanctionner l'illicéité par l'annulation de la sanction⁹⁶² ou par la mise en place d'une indemnisation.

2) Les conséquences économiques tempèrent aussi les employeurs

209 – Position du problème - Les conséquences économiques potentiellement négatives peuvent tempérer l'employeur dans l'exercice de la subordination, que celui-ci relève indifféremment du pouvoir de direction ou de sanction.

210 - Limitation de la productivité - L'employeur a d'autant plus intérêt à exercer cette subordination dans le respect du principe de loyauté que l'abus de pouvoir limite la production de richesses. Des salariés se sentant maltraités auront une productivité du travail moindre. Ils feront œuvre de résistance sans compter que le risque de contentieux s'accroîtra. En outre, l'employeur mesure mieux que toute autre partie prenante que l'entreprise doit veiller à « *l'accroissement de la productivité* »⁹⁶³. Cela constitue un de ses défis.

La productivité apparente du travail se définit comme « *le rapport entre la valeur ajoutée et la quantité de travail* »⁹⁶⁴. Son accroissement peut être dû à la modernisation des équipements, à l'évolution des qualifications, à la rationalisation de l'organisation de la production mais aussi à l'intensification du travail. Elle se distingue de la productivité marginale (du travail) d'un facteur qui s'obtient « *en faisant la dérivée partielle de la fonction de production par rapport à ce facteur, les autres étant supposés constants* »⁹⁶⁵. Celle-ci mesure la part de la production due uniquement à la variation de la quantité ou la qualité du travail. Si l'exercice de la subordination est ressenti comme injuste ou abusif, il finira par altérer individuellement la productivité marginale, pour ensuite entacher la productivité apparente si l'ensemble du collectif de travail est concerné. Cette relation de cause à effets s'inscrit depuis de la fin des années 1980 dans un changement de perspective de la conception traditionnelle du personnel. Désormais « *les hommes et les femmes de l'entreprise sont*

⁹⁶¹ Si l'on pense immédiatement à la restriction des pouvoirs de l'employeur, elle est aussi là pour protéger le salarié contre lui-même ; ainsi, le contrat de travail ne peut faire échec à l'interdiction de sanctions pécuniaires. C'est ce qu'il ressort d'une décision de la Cour de cassation dans un arrêt du 20 octobre 2010 (Soc., 20 oct. 2010, pourvoi n° 09-42.896, publié au bulletin). Dans cette espèce, il était relevé qu'une stipulation du contrat de travail d'un VRP prévoyait qu'en cas de non réalisation de son chiffre d'affaires, il serait retenu sur son salaire une participation mensuelle proportionnelle au coût du véhicule de l'entreprise mis à disposition.

⁹⁶² Tel est le cas, par exemple, lorsque la sanction affecte la rémunération du salarié ou lorsqu'elle apparaît discriminatoire.

⁹⁶³ PERETTI (J.-M.), *Gestion des ressources humaines*, Vuibert, 2016, p. 3.

⁹⁶⁴ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition, pp. 688-689.

⁹⁶⁵ *Idem*, p. 689.

envisagés comme ayant des ressources qu'il faut mobiliser et sur lesquelles il faut investir »⁹⁶⁶. Cela revient considérer que si le collectif de travail est *une* ressource, il recèle *des* ressources qu'il convient de mobiliser pour améliorer la production et la création de valeur. Dans le cadre de son pouvoir de direction, la mission de l'employeur consiste notamment à développer et mobiliser ces ressources.

211 – Augmentation du coût supporté par l'entreprise - Le contentieux associé au risque de désinvestissement et d'altération de la réputation de l'entreprise peut être difficilement supportable pour la rentabilité de l'entreprise. Ces conséquences seront d'autant plus importantes qu'il est désormais admis que dans un capitalisme immatériel, la présence des salariés revêt un caractère stratégique manifeste. La qualité de l'approche managériale en devient déterminante. Comment imaginer, dans une économie où la compétitivité structurelle est le gage de notre puissance, que des salariés non reconnus comme sujets de droits puissent créer de la valeur et contribuer au progrès collectif de l'organisation dans laquelle ils évoluent ? Le détournement de la finalité du droit sera contre-productif.

L'exercice abusif de la subordination est générateur de résistances individuelles et collectives, mais aussi de comportements opportunistes. Cela explique que la productivité du travail sera altérée par l'augmentation de son coût : il faudra plus de temps pour produire. La grève du zèle témoigne parfaitement de cette résistance. Dans le courant du mois de juin 2015, les salariés d'*Otis* en grève depuis plus d'une semaine ont tous repris leur activité, sans avoir obtenu satisfaction : *« L'intersyndicale a décidé de poursuivre le mouvement de manière différente au moyen notamment d'une "grève du zèle consistant à appliquer à la lettre l'ensemble des procédures" afin de ralentir l'activité et mettre "un arrêt à la course aux profits". Lancée le 8 juin par l'intersyndicale (CGT, CFDT, FO, CFTC, CFE-CGC), la grève a été suivie par plus de 70 % des personnels affirment les syndicats »*⁹⁶⁷. Si l'exercice de la subordination entraîne le départ et le recrutement de nouveaux salariés, cela renchérit les coûts : *« la démission d'un salarié difficile à remplacer peut avoir un coût élevé »*⁹⁶⁸.

Une subordination inopportune est insécure juridiquement ; même en l'apparence de consensus sur le départ d'un salarié (rupture conventionnelle), on note une montée du contentieux en la matière devant les juges du fond : la rupture peut-elle être signée durant un

⁹⁶⁶ PERETTI (J.-M.), préc., p. 248.

⁹⁶⁷ Liaisons sociales, quotidien, « *Otis : la grève prend fin, mais les syndicats annoncent de nouvelles actions* », n° 16.857, 19 juin 2015.

⁹⁶⁸ PERETTI (J.-M.), *Gestion des ressources humaines*, Vuibert, 2016, p. 105.

congé maladie⁹⁶⁹ ? Une clause de non-concurrence peut-elle être imposée dans la convention⁹⁷⁰ ? Plus généralement le juge peut aussi intervenir et fixer des sanctions civiles et pénales à l'employeur. Ces sanctions accroissent les coûts de l'entreprise et obère sa rentabilité. Elles relèvent dans le même temps d'une fonction incitative du droit même si les économistes du droit affirment que « *la responsabilité civile échoue dans sa fonction réparatrice et a un succès mitigé dans sa fonction préventive* »⁹⁷¹ ; ils soutiennent dans le même temps que « *la fonction incitative revient plutôt au droit pénal* »⁹⁷². Au plan pénal, le délit sera imputable en principe au chef d'entreprise ou, le cas échéant, au titulaire d'une délégation de pouvoirs, parfois cumulativement avec l'employeur personne morale. C'est dans ce dernier cas que l'incitation corrélativement au coût supporté par l'entreprise sera la plus forte. Le nombre d'employeurs constitués sous forme de personne morale, et la volonté de faire jouer un rôle incitatif à la sanction pénale, expliquent que le caractère cumulatif se transforme : il tend de plus en plus à se substituer à celle de la personne physique⁹⁷³. Dans un arrêt du 12 janvier 2016, en tout point conforme à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, la chambre criminelle retient la responsabilité pénale d'un employeur⁹⁷⁴ qui, bien qu'ayant averti le médecin du travail de la nécessité de convoquer le nouvel embauché, ne s'est pas assuré de l'effectivité de la visite médicale d'embauche avant la fin de l'essai⁹⁷⁵.

212 – Remarque conclusive - Si le pouvoir disciplinaire de l'employeur est désormais encadré, il semble nécessaire qu'il élude tout risque d'inféodation du salarié aux objectifs de l'unité économique. Celle-ci commencerait par une forme de servilité, probablement accentuée par l'existence d'un chômage de masse, pour finir en allégeance voire en aliénation.

Là est le risque de la dépendance économique du salarié. La situation de certains travailleurs du XXI^e siècle n'a rien à envier, au final, à celle des ouvriers de l'époque fordiste que Chaplin

⁹⁶⁹ Dans un arrêt du 23 mars, la cour d'appel de Rennes a considéré que la convention de rupture conventionnelle conclue durant un congé pour maladie non professionnelle est parfaitement régulière, dès lors que, par ailleurs, le consentement du salarié a été donné de façon libre et éclairée (CA Rennes, 8^e ch. prud., 23 mars 2012, n° 10.06873).

⁹⁷⁰ La Cour de cassation a admis qu'une clause de non-concurrence puisse être prévue, non pas dès l'embauche ou en cours d'exécution du contrat, mais dans une transaction conclue postérieurement au licenciement (Soc., 20 juin 1995, n° 91-45.261).

⁹⁷¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 155.

⁹⁷² Idem, p. 154.

⁹⁷³ Liaisons sociales, les thématiques, « *Responsable pénal* », n° 2.

⁹⁷⁴ L'employeur est ici -cumulativement- la société personne morale et les deux gérants personnes physiques de la société.

⁹⁷⁵ Crim., 12 janv. 2016, pourvoi n° 14-87.685, publié au bulletin.

a magnifiquement vulgarisée. Si ces derniers étaient déresponsabilisés au possible, ils n'avaient qu'à se contenter d'obéir sans se déposséder de leur quant à soi, alors que certains travailleurs contemporains peuvent être traités comme de vulgaires robots programmables. Des temps modernes aux temps contemporains, il n'y a qu'un pas : dans certaines entreprises, il a été allègrement franchi. En témoigne l'augmentation croissante des arrêts de travail, des situations de *burn-out* ou de suicides dans certaines organisations collectives qui n'ont d'autre conséquence que d'engendrer un coût d'opportunité extrêmement important pour les entreprises : ce coût nuit à la productivité du travail. Aussi, on peut considérer que le risque économique est probablement celui qui tempère le mieux l'exercice sans limites de la subordination.

3) Le salarié est un sujet de droits

213 – Le salarié est un travailleur sous statut - La seule reconnaissance du statut de salarié peut le protéger des affres de la subordination : le contrat de travail doit mettre l'employeur face à ses obligations. Sont attachés à la forme salariée du travail un certain nombre de droits subjectifs. Le contrat s'avère en cela protecteur, en consacrant *a minima* un certain nombre d'aires d'autonomie individuelle⁹⁷⁶ en matière de rémunération, de durée du travail, de santé et de sécurité, de droits politiques et de droit de grève notamment. Dans une vision plus offensive certains œuvrent pour une extension des droits de l'individu en général : « *Nous n'avons qu'une liberté : la liberté de nous battre pour conquérir la liberté* »⁹⁷⁷.

214 – Requalification du contrat – La requalification témoigne d'une remise en cause (légitime) du contrat en faisant prévaloir l'opération réellement conclue entre les parties, ce que le Pr. Frédéric Rouvière nomme sa « réalité sensible »⁹⁷⁸. Les demandeurs à l'instance veulent en tirer bénéfice pour voir exercés les droits attachés au statut de salarié. Ces droits sont souvent liés à la rémunération ou à la durée du travail : rappels de salaire, heures supplémentaires, indemnités de congés payés, alimentation du compte épargne-temps, etc.

La Chambre sociale a ainsi reconnu pour la première fois l'existence d'un lien de subordination entre les personnes ayant participé à une émission télévisée et la société *Glem*, devenue *TF1 productions*⁹⁷⁹. Les participants avaient signé un acte intitulé « règlement » pour

⁹⁷⁶ Selon l'expression de M. Alain SUPIOT dans *Le droit du travail*, PUF, 6^{ème} éd. 2016, p. 160.

⁹⁷⁷ Expression célèbre de JEANSON (H.), auteur dramatique et dialoguiste français du XX^e siècle.

⁹⁷⁸ ROUVIERE (F.), « *La remise en cause du contrat par le juge* », L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix-en-Provence, France, Dalloz, n° 8.

⁹⁷⁹ Soc., 3 juin 2009, pourvois n° 08-40.981 à 08-40.983 / 08-41.712 à 08-41.714, publié au bulletin.

participer en mars 2003 au tournage de l'émission « l'île de la tentation ». Trois d'entre eux ont saisi la juridiction prud'homale pour voir requalifier le « règlement » en contrat de travail. Les juges du fond ont accueilli la demande. Pour critiquer cette décision, la société de production soutenait qu'aucun des éléments constitutifs du contrat de travail n'était caractérisé : ni la prestation de travail, ni le lien de subordination, ni la rémunération. Pourtant, l'apparence juridique s'est effacée devant le principe de réalité.

215 – L'état de fait : véritable nature de la subordination - Le Code du travail ne donnant pas de définition du contrat de travail, il appartient au juge, en cas de litige sur ce point, de rechercher si les critères du contrat de travail sont réunis : il substitue alors sa propre qualification à celle des parties. Indépendamment de la volonté des parties qui s'est exprimée dans la convention initiale, ce sont les conditions de fait qui sont recherchées.

Les analysant dans l'espèce précitée, la chambre sociale a relevé que les participants avaient un certain nombre d'obligations (participer à des réunions, suivre les règles du programme définies unilatéralement par le producteur, répétition de scènes pour valoriser des moments essentiels, interdiction de sortir du site et de communiquer avec l'extérieur, etc.). La Cour en a déduit qu'était ainsi mise en lumière l'existence d'un lien de subordination caractérisé par le pouvoir de l'employeur « *de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné* ». L'apport de cet arrêt fut majeur, même s'il n'a fait que confirmer la supériorité du principe de subordination juridique à celui de dépendance économique⁹⁸⁰.

Ainsi, toute relation contractuelle d'affaires, voire même de bénévolat ou de travail sans rémunération⁹⁸¹, peut être requalifiée en contrat de travail lorsqu'elle recouvre ou dissimule un lien de subordination entre un prestataire et un client bénéficiaire de la prestation. Si la requalification semble profitable au travailleur concerné, elle fait peser un risque pour l'employeur. C'est ce que souligne Mme Vanessa Monteillet lorsqu'elle indique que « *la souplesse dans l'appréciation de l'existence d'une subordination semble nécessaire pour assurer son adaptabilité à la diversité des situations de travail, et combattre les fraudes, la casuistique sur laquelle elle repose fait craindre une instabilité dans l'appréciation et une*

⁹⁸⁰ Issu de l'arrêt de principe « *Bardou* », du 6 juillet 1931 ; Cass. Civ., 6 juillet 1931, Préfet de la Haute Garonne c/ Bardou : « *La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur (...); la qualité de salarié implique l'existence d'un lien de subordination* ».

⁹⁸¹ L'absence de salaire n'est pas considérée comme suffisante pour exclure le salariat et caractériser, de fait, le bénévolat ou le mandat : V. Cass. Civile 2, 13 déc. 2005, pourvoi n° 04-18.104, publié au bulletin.

extension exagérée du domaine du droit du travail »⁹⁸². L'employeur devra donc y être vigilant lors de l'accueil de travailleur indépendants ou de stagiaires notamment ; dans ce dernier cas, le seul objet reste de parfaire une formation (pour le salarié) ou une politique de recrutement et d'image (pour l'employeur). Les stagiaires doivent, à ce titre, être distingués des autres travailleurs titulaires d'un contrat de travail. C'est pour cette raison que la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances en a réformé le dispositif.

216 – Indice de subordination : le service organisé - La qualification devient subjective, rendant prédominantes les conditions de fait. La preuve de cette subordination reste parfois difficile à apporter. Si besoin, c'est grâce à la méthode du faisceau d'indices que le juge du fond va opérer.

Ainsi, le travail au sein d'un service organisé est un indice de subordination mais seulement lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. Alors qu'il travaille dans un service organisé, et en l'occurrence une agence immobilière, on ne peut en conclure que le demandeur soit lié par un contrat de travail quand il n'établit pas qu'il ait reçu des directives précises relatives aux dossiers, aux horaires de présence, qu'il ait été soumis à des permanences ou tenu de rendre compte de son activité pour justifier du nombre de clients démarchés ou de mandats apportés ou encore qu'il ait été sanctionné pour un manquement à une obligation particulière. En l'espèce, le lien de subordination n'a pas été reconnu au demandeur à l'instance, comme en témoigne l'arrêt rendu par la chambre sociale le 19 janvier 2012⁹⁸³.

La question du service organisé devient déterminante dans une société de réseaux ; ceux-ci vont croissants et font naître de nouvelles dépendances. L'ubérisation de la société fait emblème des problèmes juridiques que pose ce nouveau modèle. D'une part, plusieurs chauffeurs Uber ont intenté une action en requalification de leur contrat Uber en contrat de travail, ces derniers estimant être, de fait, des salariés de l'entreprise. D'autre part, l'URSSAF a introduit une action afin de faire reconnaître les contrats des chauffeurs Uber en contrats à durée indéterminée (CDI). Aux États-Unis, une action de groupe⁹⁸⁴ en requalification est conduite : craignant le pouvoir de requalification des juges, la société Uber a versé une transaction de cent millions de dollars pour éviter toute condamnation. Ainsi que le souligne le Pr. Franck Petit, « *lorsque le droit du travail est vécu comme une contrainte insurmontable*

⁹⁸² MONTEILLET (V.), « *Qualification de la relation de travail : redistribution des rôles* », note sous Cass. Soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968 et 12-17.660 (P+B), RLDA déc. 2013, éclairage 4877, p. 42.

⁹⁸³ Soc., 19 janv. 2012, pourvoi n° 10-23.653.

⁹⁸⁴ *Class action* en anglais.

par une entreprise, la tentation est grande non plus d'adapter ce droit aux exigences économiques, mais de l'évincer »⁹⁸⁵. La société de réseaux impose probablement de nouvelles interventions du législateur, sinon de nouvelles régulations en matière de protection sociale. Le juge s'y intéresse déjà, au profit de la partie faible au(x) contrat(s).

B) Une subordination renouvelée

217 – L'entreprise, un vecteur d'éthique - L'entreprise n'est pas une simple « boîte noire » à l'image de la définition donnée par les économistes libéraux. Elle n'est pas non plus un simple « contrat de société » à l'*affectio societatis* souvent relatif voire inefficace dans le cas des sociétés de capitaux. L'entreprise est une construction économique et sociale dont la réussite repose avant tout sur l'adhésion des parties prenantes à la création de valeur : « *Un sujet important qui se pose à toute organisation est l'optimisation du contrat social qui lie ses membres et spécifiquement la conciliation de l'intérêt individuel avec le bien-être collectif* »⁹⁸⁶. Certains auteurs considèrent que les crises actuelles de la firme seraient essentiellement dues à l'absence de modèle d'entreprise plus qu'aux excès du capitalisme⁹⁸⁷. Cette question a pour intérêt de s'interroger sur les conditions du progrès collectif : la boîte noire s'ouvre enfin.

L'entreprise devient le fruit de flux d'activités qui mobilisent de multiples ressources qu'il faut investir. Celles-ci ne peuvent naître de relations de travail dégradées, qu'une subordination inadéquate aura détournées de sa fonction première. Si la question devient essentielle dans le capitalisme immatériel contemporain, on y voit le renouveau d'un héritage de la pensée judéo-chrétienne⁹⁸⁸ : la frontière entre règles autonomes et hétéronomes devient poreuse, la moralité ayant désormais un caractère universaliste. Le principe de loyauté témoigne de ce renouveau.

La subordination se définit juridiquement par une situation de fait qui la caractérise ; elle postule une dépendance du travailleur qui génère des effets de droit. L'usage reconnaissant à la morale un large domaine, l'exercice de mise sous dépendance juridique doit en être maîtrisé.

⁹⁸⁵ PETIT (Fr.), « *L'ubérisation et le contrat de travail* », avr. 2017, à paraître.

⁹⁸⁶ BENAYOUN (A.), *L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?*, Editions Auteurs Du Monde, janv. 2014, p. 53.

⁹⁸⁷ V. SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », La République des Idées de Pierre ROSANVALLON, Seuil, novembre 2011.

⁹⁸⁸ V. VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 77 : « *Un grand nombre de nos institutions furent empruntées aux sources bibliques, mais notre actuelle idée du droit est un héritage de la pensée judéo-chrétienne plus que du droit romain* ».

Cela se justifie dans la mesure où la morale s'entend comme « *la direction de la conduite des individus* »⁹⁸⁹. La subordination peut donc aussi se définir par une ambition, celle de devenir éthique. Entre les deux, elle relève de l'hypothèse du choix rationnel : « *Que notre siècle soit éthique ou non, les entreprises seront toujours guidées par l'objectif du profit, si bien que l'éthique n'entre véritablement en jeu dans l'entreprise que lorsque son absence ou son insuffisance contrarie le profit* »⁹⁹⁰. D'une subordination rationnellement profitable (1) à une subordination éthique (2), il n'y a qu'un pas.

1) La subordination rationnelle

218 – Éviction des coûts de transaction - La subordination rationnellement profitable permet d'amoindrir les coûts de transaction. Ceux-ci se définissent généralement comme des « *frais qui empêchent aux échanges profitables de se réaliser* »⁹⁹¹. Le théorème de Coase montre l'intérêt de les réduire autant que possible : « *C'est l'un des rôles attribués au droit* ». Ils peuvent être de nature technique (coûts d'information et de communication), avoir trait à l'incertitude générale du marché et du contrat de travail ou encore se rapporter à l'opportunisme (comportement stratégique des contractants). La subordination rationnellement profitable concerne l'incertitude et l'opportunisme.

219 – Fonction de diminution de l'incertitude – L'exercice d'une subordination déloyale génère un certain nombre de risques. Celui de contentieux entraîne lui-même une pluralité de coûts tels que son financement, ainsi que celui des risques civil et pénal lié au risque d'intrusion du juge ; il peut s'agir aussi du financement d'une éventuelle transaction.

Ainsi, un abus de subordination qui aboutit à qualifier des faits de harcèlement moral ou de harcèlement sexuel expose l'employeur au renforcement de la répression en la matière. Dans son ancienne version, l'article 222-33 C. pén. définissait le harcèlement sexuel comme « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* » et le sanctionnait d'un an de prison et 15 000 € d'amende. L'article 222-33 est rétabli avec une nouvelle définition, beaucoup plus précise et « *prenant en compte toutes les situations de harcèlement sexuel* ». Quant aux sanctions encourues, le législateur les a doublées en les portant à deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende. Les mêmes sanctions sont désormais applicables au harcèlement moral. Les sanctions sont encore plus lourdes (trois

⁹⁸⁹ VILLEY (M.), préc., p. 75.

⁹⁹⁰ BENAYOUN (A.), *op. cit.*, p. 195.

⁹⁹¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 128.

ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende) en cas de circonstances aggravantes, c'est-à-dire lorsque les faits de harcèlement sexuel sont notamment commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur (cette nouvelle circonstance consacre la pratique des tribunaux).

Il crée ensuite un mauvais climat social qui n'incite pas à l'engagement : les ressources des salariés ne peuvent alors pleinement s'exprimer. Dans un article du 14 mars 2014, un auteur indique : « *Il y a peut-être pire que la conflictualité... c'est le désengagement. Nombre d'entreprises doivent en effet faire face à une tendance massive au désengagement des salariés. (...) Le problème du désengagement est d'autant plus grave que les coûts cachés qu'il génère peuvent être très importants et réduire sensiblement la performance de l'entreprise* »⁹⁹². La subordination inconséquente nuit donc à la rentabilité. A l'ère du travail coopératif, elle détruit les collectifs de travail et réduit les profits. La profitabilité est tout simplement diminuée car le rapport bénéfices / capitaux investis diminue. Soit que les charges augmentent par la moindre productivité du travail, soit que le chiffre d'affaires n'augmente plus tel qu'espéré, des projets pouvant être complètement bloqués. Le risque de généralisation du conflit est aussi un risque : il n'est pas exclu que les représentants syndicaux se saisissent de difficultés et emmènent dans leur sillage l'ensemble du collectif de travail. On se souvient qu'après 15 jours de grèves en 2016, la SNCF a évalué ses dommages sur le plan financier. Selon des données transmises aux membres du conseil d'administration, le conflit aurait coûté à SNCF Mobilités (l'établissement public chargé de la circulation des trains) 249 millions d'euros. Le trou dans la marge opérationnelle est, lui, évalué à 172 millions⁹⁹³. Ne sont pas inclus dans ces montants les coûts potentiels et indirects liés notamment à l'éventuelle perte de clientèle.

220 – Fonction de diminution de l'opportunisme – La tradition ancienne de la subordination coûte cher à l'entreprise car elle est pourvoyeuse d'effets d'opportunité préjudiciables à l'entreprise : « *L'acte opportuniste consiste à exploiter significativement une asymétrie dans le rapport de personnes au détriment des autres participants* »⁹⁹⁴. Ils ne sont que la résultante d'un manque de confiance bilatéral des parties au contrat. L'analyse économique du droit en reconnaît traditionnellement deux effets dans le cadre des contrats

⁹⁹² CHANUT (J-Ch.), « *Climat social : la lassitude des salariés face à la crise pèse sur la compétitivité* », LA TRIBUNE, 14 mars 2014.

⁹⁹³ Les Échos, 17 juin 2016.

⁹⁹⁴ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 129.

incomplets que sont les contrats à durée indéterminée (CDI). Ils résultent de l'asymétrie informationnelle post-contractuelle. Il s'agit de l'aléa moral et de la sélection adverse.

221 – Aléa moral et Sélection adverse - Le prix Nobel Oliver Eaton Williamson⁹⁹⁵ pose comme hypothèse que le contrat ne peut pas prévoir toutes les alternatives possibles. En l'absence de rapport de confiance entre employeur et salarié, ce dernier peut être tenté d'adopter un comportement opportuniste pour favoriser ses intérêts au détriment de ceux des autres : « *L'aléa moral est le comportement de celui qui n'assume pas intégralement le coût de ses initiatives et qui, par conséquent, multiplie des actions dont les coûts sont supportés par les autres* »⁹⁹⁶. Dans un contexte d'information imparfaite, il peut apparaître lorsque l'un des contractants est dans l'impossibilité de contrôler l'exécution du contrat par l'autre partie.

Cette situation peut être la conséquence de l'action du salarié subordonné, mais aussi du cadre incompetent, supérieur hiérarchique dudit salarié. Un salarié peut tout d'abord profiter de ce qu'il n'est pas suffisamment contrôlé par son employeur, pour multiplier les retards ou limiter sa productivité marginale du travail. On trouve notamment le cas dans les situations de travail qualifiées de « micro-travail », c'est-à-dire un ensemble de tâches informatiques mineures qui n'exigent aucune qualification, et qui ne peuvent pas encore être totalement déléguées à l'intelligence artificielle, sinon à des ordinateurs ou robots : « *La limite de cette délégation de tâches réside dans les risques d'opportunisme ex post des personnes qui les réalisent, par exemple, en dégradant la qualité de la prestation, si on considère que ces tâches peuvent donner lieu à plusieurs niveaux de qualité* »⁹⁹⁷. On peut aussi imaginer qu'un supérieur au profil « obsessionnel », apparemment collaborateur modèle, mette son désir de tout contrôler en exergue, rendant alors la qualité de vie au travail insupportable pour les autres. Son zèle peut ralentir le travail de groupe et même l'empêcher d'assumer -de fait- ses fonctions de management. Dans les deux cas, chacun des individus n'assume pas le coût de ses initiatives ou non-initiatives, multipliant les actions développées dans son propre intérêt et non celui de l'intérêt social.

Ces situations ne permettent pas d'obtenir la productivité du travail espérée et diminuent la rentabilité puisque les coûts de transaction augmentent (coût de négociation du contrat pour le rendre moins incomplet, coût du contrôle de l'action des salariés). Elles entraînent le non-

⁹⁹⁵ WILLIAMSON (O. E.), *Transaction Cost Economics : the Governance of contractual relations*, *Journal of Law and Economics*, 1979.

⁹⁹⁶ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition, p.25.

⁹⁹⁷ BAUDRY (B), CHASSAGNON (V.), « *L'arbitrage entre le salariat et le travail indépendant* », *Revue de l'Ofce*, n° 149, p. 185.

respect des engagements contractuels et nuisent aux formes traditionnelles du salariat lorsque l'opportunisme émane du subordonné ; en effet, « *les risques d'opportunisme de la part des travailleurs indépendants sont très faibles* »⁹⁹⁸.

La *sélection adverse* résulte, quant à elle, de l'incomplétude du contrat de travail. Les contractants ne peuvent prévoir, lors de sa conclusion, tous les événements susceptibles de se réaliser pendant son exécution ; cette situation résulte des limites qui sont portées à la rationalité des intéressés : l'employeur ne connaît pas véritablement la valorisation (en tant que ressource⁹⁹⁹) de son futur salarié, quand le salarié ne connaît pas le degré de loyauté qui va animer l'employeur¹⁰⁰⁰. L'incertitude qui en résulte se traduit par l'impossibilité de prévoir la survenance de certains événements ou d'attribuer des probabilités à des faits prévisionnels. Elle amène l'employeur à embaucher des salariés aux profils divers et à engager des coûts importants pour établir la symétrie des informations. Si le salarié connaît mieux que l'employeur sa *valeur*, il n'en est pas de même pour l'employeur : « *S'il fixe un salaire identique pour tous, il n'attire que les agents dont la productivité correspond à cette rémunération ou à un montant inférieur. Il risque ainsi d'engager des salariés ayant une productivité très faible et de n'obtenir aucun salarié très productif* »¹⁰⁰¹.

Définie au travers du prisme du droit du travail, on est tenté de rajouter à cette vision usuellement très rationnelle, la question de l'insécurité juridique. En ce sens, la sélection adverse ne permet pas de garantir que l'employeur va contracter avec les meilleurs risques. En témoigne une affaire jugée le 14 novembre 2017 par la Cour de cassation. Dans cette espèce, la chambre criminelle admet qu'un préjudice direct d'image puisse être invoqué par l'entreprise et donner lieu à réparation par l'auteur de harcèlement. Il a ainsi été jugé qu'en outrepassant les pouvoirs hiérarchiques qui lui avaient été dévolus par son employeur, le salarié auteur du harcèlement moral avait « *terni l'image de la compagnie auprès de ses*

⁹⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹⁹ CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000 ; selon l'auteur, la valeur définit en argent ce que vaut une chose ; on voit dans la valorisation une mise en valeur de sa valeur intrinsèque, permettant ainsi d'envisager en accroître le rendement. On retrouve la définition contemporaine de M. J.-M. PERETTI des ressources humaines qui se résume ainsi : « *Si le collectif de travail est une ressource, il recèle des ressources qu'il convient de mobiliser pour améliorer la productivité du travail* ».

¹⁰⁰⁰ Liaisons sociales, quotidien, IBM France : « *La direction condamnée pour sa déloyauté dans l'application de la GPEC* », n° 17.241, 11 janv. 2017 : les syndicats reprochaient à IBM le manque de loyauté et de sincérité d'IBM dans l'exécution de l'accord de GPEC à l'occasion du transfert de 102 assistantes dans une filiale de Manpower créée pour les recevoir.

¹⁰⁰¹ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firma*, Economica, 1993, p. 66.

autres salariés », ce qui justifiait l'octroi d'une réparation à hauteur de 500 euros au profit de l'employeur¹⁰⁰².

Cela l'invite à mettre en oeuvre des mesures de protection : substitution entre les salariés, emploi sous contrats courts, renforcement du pouvoir de contrôle (qui renchérit les coûts de transaction), clauses contractuelles (rendement). L'employeur peut aussi tenter de faire évoluer son degré d'éthique dans l'exercice de la subordination. C'est alors que la notion de sélection adverse verra poindre comme antonyme le concept de responsabilisation, les agents étant alors incités à prendre en compte le coût de leurs décisions pour les différentes parties prenantes¹⁰⁰³.

222 – Conclusion : restauration des aires d'autonomie du salarié – Selon les secteurs d'activité, le lien de subordination peut changer de nature. Ce choix rationnel résulte de la prise de conscience d'un renversement de la dépendance à laquelle certaines entreprises s'exposent : au cœur du capitalisme immatériel, la dépendance économique de l'employeur à ses salariés va croissante.

Selon un modèle contingent¹⁰⁰⁴, c'est dans le recul du rapport autoritaire qu'il convient de faire évoluer la subordination. Celui-ci doit laisser place à des espaces d'autonomie pour le salarié car la confiance devient un des éléments saillants de la productivité au travail. Il en résultera une baisse significative des coûts de transaction. C'est donc une logique de rationalité qui anime l'engagement de l'employeur au profit du changement de paradigme. Concomitamment, c'est une augmentation tout aussi significative des gains de productivité qui viendra accompagner les économies de coûts de transaction. L'employeur est doublement gagnant. Seul le pouvoir de contrôle effectué *ex-post* rappellera que la subordination peut être perçue comme un *état*.

2) La subordination ambitieuse

223 – Position du problème : organisation des rapports de travail - Investir une nouvelle rationalité dans l'organisation de la subordination ne résulte pas d'une pure philanthropie de l'employeur. Elle nécessite de se focaliser, autant sur les valeurs conférées à la subordination,

¹⁰⁰² Crim., 14 nov. 2017, pourvoi n° 16-85.161, publié au bulletin.

¹⁰⁰³ TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, p. 251.

¹⁰⁰⁴ PERETTI (J-M), *Gestion des ressources humaines*, Vuibert, 2016, pp 1-2 : « Il n'y a pas de pratiques universelles en matière de GRH. Les pratiques performantes sont celles, qui, adaptées au contexte, permettent de répondre aux défis qu'une entreprise doit affronter. Ces pratiques mettent en oeuvre des logiques de réponse. Elles sont induites par les contraintes internes et externes. Une approche contingente de la GRH s'impose ».

que sur les résultats. Le prix Nobel Jean Tirole y voit un comportement *prosocial* dans la mesure où une partie de l'altruisme n'est pas naturel, mais motivé par un souci de paraître ou de se construire une réputation. Les théories de la firme y voient un acte significatif propice à l'innovation¹⁰⁰⁵. L'entrepreneur peut alors en espérer un réel bénéfice en terme de productivité attendue du travail. La société y perçoit enfin une éminente question de démocratie.

C'est donc un appel à une évolution culturelle qui doit être fait. Qu'il s'agisse de promouvoir la démocratie participative ou de s'engager dans des démarches volontaristes de progrès social, l'éthique a désormais les moyens de transcender le lien de subordination. Si on peut postuler que cette (r)évolution culturelle s'instillera naturellement dans les grandes entreprises qui ont des services juridiques et de ressources humaines spécialisés, on note que l'essentiel de l'effectif salarié, environ 70%¹⁰⁰⁶, ne se situe pas dans les grandes firmes ne représentant elles-mêmes que 0,17% des entreprises françaises (hors microentreprises). Aussi, l'acculturation semble devoir être organisée.

224 – Instauration d'une vision extensive du droit à la participation – Le droit à la participation fonde et garantit traditionnellement les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. Ainsi, lorsque l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017¹⁰⁰⁷ fusionne dans les entreprises d'au moins 11 salariés les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) en une seule instance, on y voit un renforcement du droit de *participation à la gestion de l'entreprise*. Il en est de même lorsque la loi permet aux partenaires sociaux de négocier leur agenda social¹⁰⁰⁸ ou de participer à la stratégie de l'entreprise¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ PLANE (J-M), *Théorie des organisations*, Dunod, 4^{ème} édition, 2013, p. 104.

¹⁰⁰⁶ Source Insee, Insee Focus, n° 4, 10 avr. 2014, 4493 milliers d'emplois dans les grandes entreprises en 2014, sur 14934 milliers d'emploi toutes entreprises confondues, 243 grandes entreprises sur 143 243 entreprises hors micro-entreprises.

¹⁰⁰⁷ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁰⁰⁸ Partant du constat que les problématiques et les enjeux diffèrent d'une entreprise à l'autre, l'ordonnance permet aux partenaires sociaux, *via* le CSE, de négocier leur agenda social. Ainsi, ceux-ci peuvent, notamment, fixer le contenu, la périodicité des consultations récurrentes, l'architecture de la base de données économiques et sociales (BDES), ainsi que le contenu et les modalités des consultations ponctuelles. Ces accords ainsi conclus s'appliquent aux instances représentatives existantes au 23 sept. 2017 (art. 8 de l'ordonnance).

¹⁰⁰⁹ AUZERO (G.), « *La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise* », Droit social, n° 12, déc. 2015, pp 1006 et s.

Au travers de son principe de *concertation appropriée*, le Conseil constitutionnel attribue aussi un droit à la détermination collective des normes¹⁰¹⁰ dans le secteur privé. Elle recouvre alors une finalité politique que l'association des corps intermédiaires à l'élaboration de la loi traduit parfaitement. Cela soutient l'idée qu'une société de la confiance est à même de promouvoir l'entéléchie du dialogue social dans le cadre d'une confrontation loyale d'idées entre partenaires sociaux. C'est ce que traduit le concept d'*intelligence du réel*¹⁰¹¹ que porte le Pr. Pierre-Yves Verkindt. Cette consécration fait soutenir à Mme Valérie Bernaud que « *le principe de participation est un principe polysémique et indéterminé* »¹⁰¹². L'auteure regrette cependant que la mise en oeuvre de ce principe, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, n'ait pas « *développé toutes les potentialités qu'il est susceptible de receler* ». Au final, le Pr. Franck Petit donne une définition concentrique du principe : « *Le droit à la participation des travailleurs, de valeur constitutionnelle, a pour objet de faciliter la prise en compte de leurs intérêts dans l'élaboration des règles et des décisions qui s'imposent à eux* »¹⁰¹³.

225 – Subordination profitable - Le droit à la participation semble à même de faire évoluer les partisans d'une subordination inopportune. Un nouvel exercice des pouvoirs de l'employeur permettra alors d'investir -plus encore- les aires d'autonomie individuelle et collective des travailleurs. La réussite de cette entreprise reste contingente ; collectivement, « *le dialogue exige de la loyauté dans la discussion, l'éviction du mensonge et de sa forme policée, la posture intellectuelle et la mise en place de procédures permettant l'expression des idées et des convictions* »¹⁰¹⁴. En éludant la question de la défiance, la confiance instituée dans les rapports individuels et collectifs du travail permettra l'augmentation de sa productivité. Cette nécessité a d'autant plus d'importance que si l'évolution des sources du droit l'impose¹⁰¹⁵, le statut collectif du contrat tend à primer sur son statut individuel¹⁰¹⁶. Le pragmatisme vient donc motiver la prévalence d'une subordination ambitieuse.

¹⁰¹⁰ Le Pr. P.-Y. VERKINDT y voit la production de normes conventionnelles (négociation collective) et non conventionnelles (participation des syndicats à l'élaboration de la loi). V. VERKINDT (P.-Y.), « *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 959.

¹⁰¹¹ VERKINDT (P.-Y.), préc.

¹⁰¹² BERNAUD (V.), « *La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 960.

¹⁰¹³ PETIT (F.), « *Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ?* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 952.

¹⁰¹⁴ VERKINDT (P.-Y.), préc.

¹⁰¹⁵ FAVENNEC-HERY (F.), « *La négociation collective dans le droit de la durée du travail* », Droit social, n° 11, nov. 2016 : « *La loi du 8 août 2016 n'opère pas de rupture. Elle tente de rendre opérationnelle une évolution imprimée par les lois de 2004 et de 2008 : généraliser la primauté de l'accord d'entreprise sur la convention de branche, sécuriser les conventions de forfait, combler, de manière pratique l'éventuel vide conventionnel. L'orthodoxie juridique est parfois oubliée au profit d'une recherche de résultat* ».

¹⁰¹⁶ V. C. trav., art. L. 2254-1 et L. 2254-2 notamment.

Si le pragmatisme juridique semble opportun et que le principe de rationalité y voit une certaine efficience, c'est que le changement d'état que constitue la subordination ambitieuse semble Pareto-supérieur. Le critère d'optimalité sert à déterminer si une évolution est avantageuse pour l'ensemble de la collectivité et non pas que pour certains groupes ou individus. Le gain de Pareto se manifeste lorsque le changement d'état « *comble la préférence d'au moins un individu sans compromettre celle d'un autre* »¹⁰¹⁷. C'est ce qui permet à M. Jean Tirole de voir dans le comportement prosocial une *philanthropie déléguée* ne sacrifiant pas le profit¹⁰¹⁸. Si l'exercice de la subordination est ambitieux, il permettra alors d'améliorer l'utilité¹⁰¹⁹ de la collectivité du travail, sans dégrader celle de l'employeur.

226 – Question d'exercice de la démocratie – La subordination ambitieuse relève aussi d'une question démocratique. Historiquement, on peut considérer qu'il s'agit d'une déclinaison du concept d'autonomie ouvrière qui postule que pour s'émanciper, le prolétariat doit développer son autonomie par rapport à la sphère du capital. À la fin du XIX^e siècle, ce courant fut notamment incarné par le syndicaliste révolutionnaire Fernand Pelloutier¹⁰²⁰. L'institution subséquente des représentants du personnel a alors permis de restreindre le pouvoir de subordination de l'employeur. La volonté de faire vivre le droit à la participation à la gestion des travailleurs a permis, quant à lui, de parier sur la liberté et l'autonomie des hommes au travail.

L'objectif de justice sociale dépasse largement les questions d'utilité, d'avantages quantitatifs portés par l'organisation des conditions de travail : « *Le contrat de travail, bien qu'il ait servi à réintroduire les droits de la personne dans la prestation de son travail, a véhiculé une conception purement abstraite et quantitative du travail qui semble aujourd'hui dépassée par l'histoire* »¹⁰²¹. S'il relève de motivations rationnelles dans un système économique où « *l'innovation est devenue le principal facteur de production* »¹⁰²², il répond aussi à une question de société : la période contemporaine « *marque l'entrée dans un nouvel âge de l'individualisme : l'individualisme de singularité* »¹⁰²³. Les individus sont en effet « *autant*

¹⁰¹⁷ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 64.

¹⁰¹⁸ TIROLE (J.), préc., p. 258.

¹⁰¹⁹ Les économistes parlent généralement d'utilité sinon de préférence pour concentrer les notions de goûts, de désirs, de valeurs, de principes qui gouvernent la conduite de l'individu.

¹⁰²⁰ Fernand Pelloutier est né à Paris le 1^{er} oct. 1867. Il fut un militant syndicaliste révolutionnaire, socialiste et libertaire. Fondateur de la CGT, secrétaire général de la Fédération des Bourses du travail, il est une des grandes figures du syndicalisme et de l'anarchisme français au XIX^e siècle.

¹⁰²¹ SUPIOT (A.), *Critique de droit du travail*, PUF, 2015, p. 259.

¹⁰²² ROSANVALLON (P.), *Le parlement des invisibles*, Seuil, 2014, p. 19.

¹⁰²³ ROSANVALLON (P.), préc., 21.

déterminés par leur histoire personnelle que par leur condition sociale »¹⁰²⁴. Les salariés veulent ainsi voir leurs idées et leurs jugements pris en compte.

Les conclusions des débats relatifs à la qualité de vie au travail (QVT), qui ont abouti à une obligation de négociation annuelle sur cette thématique¹⁰²⁵, sont sans aucun doute un levier supplémentaire pour donner corps à l'émergence du solidarisme dans le rapport de travail. La convention d'entreprise devient alors « *un accord gagnant-gagnant, partant d'un diagnostic partagé, sur un thème essentiel au quotidien, qui peut faire bouger les limites de la subordination fordiste en conjuguant santé des salariés et compétitivité des entreprises* »¹⁰²⁶.

Reliée à la théorie de l'institution du Doyen Hauriou, l'existence d'une subordination ambitieuse manifeste la formation d'une société organisée dont les membres sont unis par une certaine solidarité. Elle a aussi pour souci de donner, dans le cadre du droit à l'emploi, une assise juridique plus ferme aux rapports de travail¹⁰²⁷. Selon cette théorie, le fait que l'entreprise soit dispensatrice d'un emploi longtemps dominé par une logique de statut (protection de l'emploi), justifie qu'elle soit présentée comme une institution. Aussi, « *constituant une communauté organisée et hiérarchisée sous l'autorité naturelle de son chef, l'entreprise est tenue d'assurer le bien commun de ses membres* »¹⁰²⁸ ; il en résulte que le chef d'entreprise qui dispose en vertu de la Constitution, de la liberté d'entreprendre, « *doit agir dans l'intérêt de l'entreprise et associer ses salariés à la marche générale de l'entreprise* ».

227 – Remarque conclusive - La démocratie sociale, facilitée par un encadrement des pouvoirs de direction de l'employeur, promeut la justice sociale au cœur de l'entreprise : les salariés obtiennent ce qui est positivement juste, ce à quoi ils peuvent légitimement prétendre¹⁰²⁹. L'absence de limitation à la large subordination de l'employeur aurait restreint le droit à la participation des travailleurs. Elle aurait naturellement affirmé que toutes les parties prenantes au contrat étaient égales, mais pour mieux promouvoir la domination de l'entrepreneur. L'organisation des rapports de travail institue un équilibre et promeut la démocratie en entreprise. En allouant à chaque contractant ce qui lui est légitimement dû, elle répond dans le même temps à un objectif de justice sociale.

¹⁰²⁴ *Ibidem*.

¹⁰²⁵ C. trav., art. L2242-8, modifié par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, art. 19.

¹⁰²⁶ RAY (J.-E.), « *Des conditions de travail aux conditions de vie dans l'entreprise* », Droit social, n° 2, fév. 2015, p. 1

¹⁰²⁷ DESPAX (M.), « *L'entreprise en droit du travail* », Annales de la faculté de droit de Toulouse, 1965, p. 131.

¹⁰²⁸ FADEUILHE (P.), « *La démocratie dans l'entreprise* », dans *Questions de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2000, p. 362.

¹⁰²⁹ V. CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000, p. 498.

3) La subordination inspirative

228 – L'économie sociale et solidaire (ESS) - L'exercice généralisé d'une subordination ambitieuse est à même de promouvoir plus largement le secteur de l'économie sociale et solidaire (ESS). En leur sein, les organisations patronales s'engagent (naturellement) à exercer une vision renouvelée de la subordination.

L'économie sociale et solidaire se définit ainsi comme un « *ensemble d'entreprises organisées sous forme de coopératives, mutuelles, associations, ou fondations, dont le fonctionnement interne et les activités sont fondés sur un principe de solidarité et d'utilité sociale. Ces entreprises adoptent des modes de gestion démocratiques et participatifs* »¹⁰³⁰. En France, les salariés désirant faire carrière dans l'ESS se différencient de l'ensemble des actifs par des caractéristiques particulières en termes de sexe, d'âge, de niveau de diplômes et d'origine sociale. En effet, les données disponibles font apparaître qu'au-delà des spécificités propres aux branches professionnelles, les travailleurs de l'ESS sont plutôt des femmes, relativement jeunes par rapport au secteur public, ayant acquis, un niveau de qualification fréquemment supérieur au baccalauréat et issus, plus souvent que la moyenne, de parents ayant été agents publics. Mais surtout, les données plus qualitatives révèlent aussi des aspirations subjectives particulières (être utile socialement, s'investir dans une cause, etc.) qui nourrissent un rapport au travail que l'on peut qualifier « d'expressif » dans la mesure où il est considéré comme une valeur centrale pour la construction de l'individu et l'épanouissement de la personne. Il s'agit-là d'une matérialisation de l'individualisme de singularité que développe M. Pierre Rosanvallon. La culture du secteur associatif, souvent fondée sur un engagement personnel et militant, conduit à des questionnements autour du statut du salarié et de ses limites, face à des employeurs qui peuvent parfois être déstabilisés par l'engagement prosocial de leurs subordonnés. Les travailleurs de l'ESS constituent donc une fraction particulière du salariat, pour laquelle le travail représente plus qu'un simple aboutissement économique. Il constitue un espace de réalisation de soi ; de fait, la subordination ne peut que s'y exercer que de façon singulière.

229 – Manifeste pour un nouveau management - Toutes les entreprises ne relèvent pas de l'économie sociale et solidaire. C'est pourquoi certaines organisations patronales œuvrent pour un management éthique. Le MEDEF a signé, le 11 avril 2011, un *Manifeste pour un Nouveau Management* qui prône une vision renouvelée de la subordination. L'argumentation est claire : dans un contexte de mondialisation, de complexité croissante et dans une

¹⁰³⁰ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

perspective de reprise économique, les membres du Comité Management ont souhaité identifier, exprimer et promouvoir le plus largement possible des lignes de conduite et les principes d'un management durable et responsable. Il en est notamment attendu un devoir d'attention et de solidarité à l'égard des salariés, tout comme des attitudes développant confiance et coopération.

230 – Remarque conclusive : mutation de la subordination - La subordination n'est aujourd'hui qu'un « *critère juridique propre à embrasser la diversité des situations de travail. Au fur et à mesure que le travail salarié s'est étendu dans la société, il a englobé des activités dont l'exercice requiert une certaine liberté dans le travail* »¹⁰³¹. L'ordre hiérarchique n'est plus le déterminant de la productivité du salarié. L'acception d'état de subordination est bousculée au profit d'un *lien* solidariste. Propice à la performance économique et sociale, la subordination bornée et renouvelée permet alors de consacrer au salarié l'effectivité d'un nouveau statut (celui de sujet de droits) et de nouvelles autonomies (individuelles et collectives du travail).

Le développement de la société de réseaux, soutenu par celui du numérique, encourage naturellement le développement de la subordination éthique. Le pouvoir de contrôle invite désormais à promouvoir une large protection du salarié, quand celui de direction, renforce le devoir de négociation. Frappée de dualité, elle peut ainsi devenir un outil d'épanouissement au cœur d'un « *capitalisme raisonnabilisé* »¹⁰³², à moins qu'elle ne leurre le travailleur, en l'obligeant à accepter une assomption généralisée à de nouveaux risques.

¹⁰³¹ SUPIOT (A.), *Critique de droit du travail*, PUF, 2015, p. 260.

¹⁰³² Selon le néologisme du Pr. Virgile CHASSAGNAN, dans « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 40.

Conclusion du chapitre 1

Le droit du travail répond aujourd'hui d'une logique juridique capable d'adopter des points de vue externes tels que l'exigence de compétitivité ou encore celle de démocratie sociale. Une gestion active de la diversité des risques, tout comme l'instauration de la loyauté comme socle d'organisation des rapports du travail, y concourent.

Si la nature exogène de la norme de droit promeut une telle démarche, rien ne sera possible sans engagement effectif des parties au contrat. Un nécessaire processus d'acculturation s'impose alors. Il s'agit de rendre équitable la subordination pour que ses parties prenantes l'envisagent moins comme un *état* que comme un *lien solidariste*. L'employeur doit alors promouvoir une subordination éthique¹⁰³³. C'est donc de manière endogène que la loyauté permettra de faciliter la convergence entre la réalité institutionnelle de l'entreprise et ses ambitions économiques.

Ainsi que le soutient le Pr. Alain Supiot, « *la rançon de l'autonomie concédée au professionnel, c'est l'engagement sans faille qui est exigé de lui, c'est une loyauté qui va bien au-delà des strictes obligations contractuelles* »¹⁰³⁴. Loin d'entraver, cette nouvelle pratique de la subordination inspirerait l'esprit de responsabilité. Elle focaliserait sa matérialité sur des valeurs qualitatives plus que quantitatives. La relation employé/employeur s'en trouverait réinventée. D'une subordination inopportune à une subordination renouvelée, il n'y a qu'un pas, celui de la volonté : un pacte de confiance doit être installé.

¹⁰³³ V. Soc., 24 janv. 2007, pourvoi n° 05-40.639 ; « *la décision de l'employeur informé depuis plusieurs mois de cette situation, de maintenir son affectation à Valenciennes, portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle* ».

¹⁰³⁴ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 105.

Chapitre 2

LE PACTE DE CONFIANCE

231 – Position du problème - Dans sa recherche de performance économique, l'entreprise reste un environnement inégalitaire au sein duquel la subordination reste structurante. Cela induit, de fait, l'organisation d'une relation verticale qui restera plus ou moins visible selon les délégations attribuées ou les organigrammes dessinés. Cependant, depuis les années de crise, les organisations et gouvernances évoluent pour s'efforcer de gérer au mieux les nouvelles complexités qui se posent à l'entreprise. Sont alors apparues les pratiques de management participatif, de polyvalence des postes, d'intelligence collective, de management par projet, etc. Toutes ces pratiques ont le même gène ; celui-ci dépend de la subjectivité des intéressés au contrat : la confiance ; celle-ci peut se définir comme la croyance en la bonne foi, la loyauté, la sincérité, la fidélité d'autrui (tiers, cocontractant) ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelles¹⁰³⁵.

La confiance s'analyse donc comme un élément du potentiel de performance de la firme : « *Le potentiel de mobilisation créative des équipes reste sous employé dans les structures inutilement et excessivement verticalisées, au sein desquelles l'excès de contrôle finit par produire l'inverse de son objet premier* »¹⁰³⁶. Elle permet de passer d'un modèle de verticalité à un modèle d'horizontalité. Certains vont plus loin encore en tenant compte de l'interpénétration des nouvelles normes sociales avec la vie de l'entreprise elle-même : la réflexion sur l'entreprise libérée¹⁰³⁷ se développe.

L'efficacité économique ne peut que s'inscrire dans la réalité sociale : les individus ont conquis de nouveaux espaces de libertés qu'ils doivent retrouver en entreprise. Il s'agit alors

¹⁰³⁵ CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000, p. 192.

¹⁰³⁶ FRANC (P.-E.), CALEF (M.), *Entreprise et bien commun, la performance et la vertu*, Éditions du Palio, 2017, p. 106.

¹⁰³⁷ V. GETZ I.), M. CARNEY (B.), *Quand la liberté des salariés fait le succès des entreprises*, Flammarion, 2012. Dans cet ouvrage, les auteurs indiquent que le changement doit commencer par le *leader* lui-même. Le secret est de considérer tous les salariés comme égaux (démantèlement des symboles de la hiérarchie). Le droit à la participation doit être consacré (le dirigeant doit écouter tous ses salariés et partager sa vision de l'entreprise avec eux), dans un environnement favorable à l'automotivation (l'autonomie, le développement des compétences notamment). L'organisation alors libérée permet d'atteindre une performance forte et soutenable.

de nourrir les aires d'autonomie individuelle et collective¹⁰³⁸ pour consacrer la civilisation au travail. C'est en tout cas ce que nécessite l'exigence de performance : grâce à la confiance, un pacte social nouveau pourra alors être construit.

Le processus croissant de subsidiarité de la loi permet d'évoluer vers ce modèle d'horizontalité. L'ordre public conventionnel permet alors de consacrer la voix des partenaires sociaux en général, des salariés en particulier (section 1). Mais au-delà, c'est bien un processus de promotion de la démocratie sociale dans lequel notre pays est engagé. Si celle-ci est instituée au travers du droit à la participation, elle doit désormais devenir une finalité (section 2).

Section 1 : La décentralisation du droit instituée

232 – Promotion de la décentralisation du droit - Depuis bientôt quatre décennies, l'évolution des sources du droit du travail permet de témoigner d'un renversement : celui d'un socle, l'ordre public de protection, ébranlé par plusieurs phases de ruptures que constituent les dérogations à la loi (1982) et les dérogations à l'accord collectif supérieur (2004) notamment. En renversant le principe de faveur, ces dérogations portent atteinte à un ordre public social devenu « peau de chagrin » au sens de Balzac. Dans sa *Critique du droit du travail*, le Pr. Alain Supiot souligne ce phénomène en évoquant une diversification qui s'exprime par un mouvement conjoint de décentralisation des sources du droit du travail et d'individualisation de la condition juridique des salariés¹⁰³⁹.

Afin de favoriser la compétitivité, le droit de l'emploi voit l'émergence de règles flexibles suppléer les règles perfectibles nées de l'ordre public. Certaines mêmes, en matière de durée du travail, leur sont déléguées¹⁰⁴⁰. A l'invitation manifeste d'une « *interprétation ouverte et dynamique* »¹⁰⁴¹ du Conseil constitutionnel, si le législateur se retrouve fondé à fixer les règles essentielles du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale¹⁰⁴², c'est bien une nouvelle articulation des sources du droit du travail au détriment de la hiérarchie des normes à laquelle on assiste. Elle n'est pas sans poser de nouveaux problèmes juridiques : l'effacement du rôle de la branche, la remise en cause (parfois contestée) du rôle de la loi, l'émergence des

¹⁰³⁸ Selon l'expression du Pr. Alain SUPIOT dans son ouvrage *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 153 s.

¹⁰³⁹ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 256.

¹⁰⁴⁰ Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, la délégation de la loi à l'accord est obligatoire en matière de taux de majoration des heures supplémentaires et de contingent annuel.

¹⁰⁴¹ RAY (J-E.), « *La place de la négociation collective en droit constitutionnel* », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, oct. 2014, p. 1.

¹⁰⁴² Constitution du 4 oct. 1958, art. 34.

clauses contractuelles¹⁰⁴³, l'effectivité du dialogue social, le risque de balkanisation des règles de droit ou encore le traitement des questions relatives à la primauté du statut collectif du contrat sur statut individuel. Ces difficultés, sont dans le même temps, la face visible d'une norme qui témoigne de sa capacité à embrasser un mouvement réaliste du droit du travail.

Qu'il s'agisse de la décentralisation du droit du travail ou de son individualisation, ce mouvement de diversification participe de la reconquête de la citoyenneté en entreprise. Il permet de revisiter la notion de liberté du travail : le travail réduit à la qualité de valeur d'échange ne permet ni l'émergence d'un droit à la participation, ni la possibilité pour le salarié de jouir d'un droit de regard sur l'objet de son travail. En cela, il est permis de faire évoluer la valeur travail : la notion de *travail abstrait* se transforme vers celle de *travail concret*. L'hypothèse de causalité étant portée par de nombreux auteurs¹⁰⁴⁴, cette évolution sert la restauration de la compétitivité de notre économie : « *Son redressement a été porté au premier rang des objectifs de la politique économique. Des mesures d'ampleur ont été mises en son nom. (...) Un rééquilibrage s'observe : nos parts de marché se sont stabilisées, le déficit commercial a diminué, l'écart de compétitivité-coût avec l'Allemagne, principal concurrent sur les marchés tiers, s'est réduit, et les entreprises reconstituent leurs marges* »¹⁰⁴⁵.

La loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017 ont renforcé l'opérationnalité et l'extension du champ de dialogue que portaient les évolutions législatives antérieures. Grâce à l'espace de convention que permet la loi sociale, c'est une approche structurelle du dialogue permanent entre les parties au contrat qui est institué : on y voit l'effectivité du pacte social. En permettant au système normatif d'être plus proche des préoccupations de terrain (I), en restaurant « la voix » par la promotion de la démocratie sociale (II), le droit du travail permet d'installer durablement la confiance entre les partenaires sociaux.

¹⁰⁴³ Dans un contexte économique sous tension, les employeurs ont tendance à exiger davantage de leurs salariés ; V. GRATTON (L.-K.), *Les clauses de variation du contrat de travail*, Thèse, Paris 1, 2009 ; GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011.

¹⁰⁴⁴ V. GETZ I.), M. CARNEY (B.), *Quand la liberté des salariés fait le succès des entreprises*, Flammarion, 2012 ; V. FRANC (P.-E.), CALEF (M.), *Entreprise et bien commun, la performance et la vertu*, Éditions du Palio, 2017 ; V. FERRACCI (M.), GUYOT (F.), *Dialogue social et performance économique*, Sciences PO. Les Presses, 2015 ; etc.

¹⁰⁴⁵ AUSSILLOUX (V.), SODE (A.), « *Compétitivité : que reste-t-il à faire ?* », dans *2017 2027 Enjeux pour une décennie*, sous la direction de PISANI-FERRY (J.) et LENGART (F.), France Stratégie, La documentation française, 2016.

§ I - La prévalence de la source de droit négocié

Au travers des lois sociales qu'il met en œuvre, le législateur permet l'adaptation de la norme à la diversité des contextes. Il sert donc indifféremment les intérêts économiques de l'entreprise et l'intérêt général (1) tout en permettant de promouvoir les aires d'autonomie collective dont bénéficient les salariés (2).

A) Une conventionnalisation du droit aux multiples atouts

L'autoréglementation conventionnelle répond d'un double dessein. L'adaptation de la norme à la diversité des contextes (1) permet de contribuer à l'intérêt général (2).

1) Le droit négocié permet l'adaptabilité de la norme

233 – Contestation de la norme générale - La loi est générale et abstraite. Parfois génératrice d'inégalités¹⁰⁴⁶, ces attributs nuisent doublement à son efficacité : économique d'une part, juridique d'autre part. Ensuite, le caractère obligatoire, s'il est uniforme, peut précariser la situation de certains salariés par rapport à d'autres : la loi peut donc aussi être pourvoyeuse d'inégalités.

En témoigne le dualisme dont fait l'objet le marché du travail en mettant en évidence deux types de travailleurs : les *insiders* et les *outsiders* ; elle est selon certains auteurs la conséquence d'une trop grande rigueur de la protection de l'emploi. Alors que les indicateurs de l'OCDE et des *employing workers du Doing Business* sont fondés sur des méthodes et un périmètre différents, « *leur usage économétrique converge sur l'affirmation d'effets pervers, du moins de limites économiques, d'un niveau élevé de protection : segmentation du marché du travail entre salariés en CDI et salariés précaires* »¹⁰⁴⁷ notamment. Celle-ci est une des conséquences issues des ordres sociaux fermés¹⁰⁴⁸ dont le droit légiféré ne fait que renforcer la rigueur.

¹⁰⁴⁶ PETIT (F.), « *La loi Macron au service du dialogue social dans l'entreprise* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 816-817.

¹⁰⁴⁷ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 103

¹⁰⁴⁸ *Ibidem* : North, Wallis et Weingast distinguent deux types d'ordres sociaux : fermés et ouverts. Les premiers assurent la stabilité sociale par la régulation (logique de recherche de rente) ; à l'inverse, les ordres ouverts, sont fondés sur les libertés économiques et politiques : ils sont des garde-fous à l'emprise de groupes d'intérêt sur le pouvoir politique, donc sur la réglementation.

L'expérience montre que le droit issu de normes étatiques aboutit à surprotéger les salariés bénéficiant d'un contrat stable au détriment des travailleurs précaires et en recherche d'emploi. En témoigne tout autant le traitement différencié dont font l'objet les salariés selon leur ancienneté ou selon la taille de leur entreprise¹⁰⁴⁹ aboutissant ainsi à moins bien protéger ceux issus de petites entreprises par rapport à ceux issus de structures plus importantes. Tout en étant parfois inégalitaire de fait, la loi ne peut plus régler l'ensemble des situations privées d'une sphère économique et sociale en mouvement permanent. L'environnement se complexifie. Les modèles économiques évoluent : « Avec l'ubérisation, un stade supplémentaire est franchi, puisque le cœur de l'activité productrice est pris en charge par un travailleur présumé indépendant qui accepte d'assumer une partie du risque entrepreneurial et de se constituer, par ses propres moyens, un régime de protection sociale »¹⁰⁵⁰ . Concomitamment, une diversification des formes d'emploi émerge¹⁰⁵¹ : il est observé un renouveau du travail à mi-chemin entre l'emploi salarié et le travail indépendant (portage salarial) quand la triangulation de la relation de travail vient modifier la relation de subordination traditionnelle. Ces mutations fragilisent certains salariés demandeurs de stabilité mais rencontrent dans le même temps les aspirations d'actifs en quête d'autonomie.

L'ensemble des acteurs participe d'un flux d'activités et d'innovations continu. Sauf à instituer des règles d'ordre public, une loi du travail promouvant une règle générale et obligatoire pour l'ensemble des salariés n'est plus viable. Alors même que certains des *insiders* sont ouvriers et dépendent d'une chaîne de production, d'autres s'emparent de la chaîne de production en y développant des compétences non mécanisables, communicationnelles et créatives. Dans le même temps, à la diversité des fonctions, s'ajoute une diversité des profils d'individus et de talents : quoi de commun, en terme de capital intellectuel et de potentiel au regard de la création de valeur, entre ces deux types de salariés ? Certains, que nous pourrions qualifier, *d'infra-insiders*, subissent et ont besoin d'être protégés, quand les autres, *supra-insiders*, sont aptes à négocier les conditions spécifiques d'emploi qui les lient à l'employeur.

Enfin, la *déferlante législative*¹⁰⁵² s'est traduite par une véritable instabilité de l'empire normatif. Elle crée des craintes chez beaucoup de chefs d'entreprise(s) tout en suscitant le rejet. Elle renforce l'insécurité juridique, tout en rendant les sujets de droit incapables

¹⁰⁴⁹ La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 prévoyait à son article 266, un encadrement du montant de l'indemnité prononcée par le Conseil de prud'hommes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

¹⁰⁵⁰ PETIT (F), « L'ubérisation et le contrat de travail », avr. 2017, à paraître

¹⁰⁵¹ V. JOLLY (C.), PROUET (E.), WISNIA-WEILL (V.), « Nouvelles formes du travail et de la protection des actifs », France Stratégie, mars 2016.

¹⁰⁵² Selon l'expression de Robert BADINTER et Antoine LYON-CAEN.

d'appréhender la quantité de ses règles, sa complexité et le sens qu'elle porte. Nombreux sont les acteurs du monde économique et doctrinal qui en appellent à une simplification du droit du travail. Leurs revendications nourrissent en continu un débat sur la législation qui revêt un caractère de « serpent de mer ». Cette « inflation normative » aura probablement contribué à voir en la règle une source de contraintes. C'est pourquoi les acteurs ont tenté de la rendre ineffective en la contournant¹⁰⁵³. MM. Antoine Lyon-Caen et Robert Badinter, en publiant en 2015 un ouvrage polémique « *Le travail et la loi* »¹⁰⁵⁴, ont à nouveau alimenté un débat qui aura probablement incité les autorités normatives à aller encore plus loin dans l'œuvre de simplification de notre droit. La presse nationale et la revue *Droit social*¹⁰⁵⁵ y auront ensuite consacré de nombreux articles, alors même que l'analyse économique du droit (AED) prône l'idonéité des ordres sociaux ouverts : l'incitation à la formation de capital physique et humain, l'encouragement aux libertés politiques et économiques, en tant que facteurs de croissance, ne peuvent être la conséquence que de systèmes juridiques éludant toute emprise de la réglementation¹⁰⁵⁶.

234 – Négociation dérogatoire - Nombreux sont ceux qui ont milité pour que la source principale du droit soit décentralisée et, « depuis la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, il faut admettre que le principe de l'ordre public social a perdu de son importance ; on observera un changement radical dans l'objet de la négociation : là où elle était exceptionnelle – laissant la primauté à la négociation d'addition -, la négociation dérogatoire pouvait devenir la règle. (...) Avec la loi El Khomri, l'idée de dérogation au moyen d'accords collectifs d'entreprise est désormais ancrée dans notre système juridique »¹⁰⁵⁷. Le droit de la durée du travail et des congés est depuis de nombreuses années un terrain d'expérimentation privilégié.

Plus proche des acteurs de terrain que sont les groupes, entreprises et établissements, le processus de conventionnalisation du droit du travail répond de ce dessein : « En effet, la négociation collective assure l'adaptation des normes aux besoins des salariés et des entreprises. Elle favorise la stabilité du droit, notamment quand elle se développe en articulation avec l'intervention du législateur et garantit ainsi l'adhésion des acteurs du monde du travail aux règles qui s'appliquent à eux. Elle permet enfin d'appréhender la diversité des situations dans les branches et les entreprises, débouchant sur une véritable

¹⁰⁵³ V. PETIT (F), préc.

¹⁰⁵⁴ BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.), *Le travail et la loi*, Fayard, juin 2015.

¹⁰⁵⁵ *Droit social* n° 10, oct. 2015. Nous y trouvons plusieurs articles aux titres évocateurs : « *La loi qui libère...* » de Jean-Emmanuel RAY, « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* » de Marc VÉRICEL, etc.

¹⁰⁵⁶ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 103.

¹⁰⁵⁷ PETIT (F.), *Droit du travail : les relations individuelles*, Gualino, 1^{ère} édition, 2017, p. 22.

décentralisation du droit du travail »¹⁰⁵⁸. Leur volonté aura été entendue puisque de nombreuses lois ont permis d'instituer, faciliter et développer le droit négocié. Les cinq ordonnances sociales du 22 septembre 2017 parachèvent les évolutions législatives récentes. L'article L. 2253-1 C. trav. dispose en particulier que « *la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés* », quand l'article L. 2253-3 précise que « *dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche s'applique* ».

235 – Émergence progressive du droit négocié - La négociation collective est née des luttes sociales qui ont émaillé l'histoire de notre pays au XX^e siècle. Depuis la loi du 25 mars 1919 qui a institué une nouvelle norme, la « convention collective de travail »¹⁰⁵⁹, le législateur a fondé au fil du temps une nouvelle architecture des normes dont le niveau de la négociation peut être national, régional ou local.

Progressivement la convention collective s'étoffe en permettant aux salariés d'une même branche professionnelle de bénéficier de mêmes droits sociaux. De là sont nés les conventions et accords collectifs selon l'étendue de la négociation. Des accords nationaux interprofessionnels (ANI) sont ensuite venus enrichir le processus de la production de la loi. Celle-ci en deviendra plus pertinente. L'ANI est conclu entre les représentants du patronat et les syndicats de salariés représentatifs, au terme de négociations pouvant durer plusieurs mois. Un ANI peut ouvrir de nouveaux droits aux salariés comme apporter plus de souplesse aux entreprises. Il peut aussi œuvrer à instaurer plus de justice sociale. Ces textes nationaux sont signés par les deux parties et font ensuite généralement l'objet d'une loi, le législateur formalisant dans les textes les modalités de l'accord obtenu. C'est ainsi que l'ANI du 11 janvier 2008 a posé le principe de la portabilité des garanties en matière de mutuelles en entreprise, permettant à d'anciens salariés devenus demandeurs d'emploi de continuer à bénéficier de droits qu'ils détenaient comme actifs. L'accord du 11 janvier 2013 a, quant à lui, modifié le compte personnel de formation, les droits rechargeables à l'assurance chômage, la présence des salariés dans l'organe de gouvernance, la généralisation de la complémentaire

¹⁰⁵⁸ DE VIRVILLE (M.), *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004, fiche n° 4, p. 15.

¹⁰⁵⁹ La loi du 25 mars 1919, complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919 introduit dans le livre 1^{er} du Code du travail, tel qu'il avait été codifié en 1910, un chapitre IV bis du titre II « De la convention collective de travail ».

santé minimale et l'encadrement des temps partiels. Les thématiques sont très larges et peuvent recouvrir tout domaine relatif à l'exécution du contrat de travail notamment. Mais c'est en terme de compétitivité que le droit négocié aura été probablement le plus fructueux, non sans risques d'ailleurs. Un des derniers actes a été posé par la loi du 8 août 2016 en renforçant le principe des accords dérogatoires et en institutionnalisant plus encore celui de délégation de la loi à l'accord. L'ordre public social perd de son importance alors que le principe de faveur s'étiole.

236 – Adaptation de la norme aux contextes - Les modalités visées aux articles L. 2232-30 et s. C. trav. permettent la création d'accords de groupe : « *La convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe* ». A l'inverse, « *les entreprises à établissements multiples sont confrontées à une dispersion de leurs salariés en plusieurs lieux. De fait, une meilleure représentation de ces salariés peut être organisée par accord collectif, en la prévoyant au niveau de chaque établissement distinct.* »¹⁰⁶⁰.

Si la représentation du personnel pouvait déjà s'organiser au niveau de chaque établissement distinct, de nouvelles possibilités d'aménagements conventionnels viennent faire du droit négocié un outil de régulation de proximité. La reconnaissance jurisprudentielle des multiples effets de l'unité économique et sociale (UES) est à ce titre porteuse de sens : « *Un accord collectif emportant reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place d'institutions représentatives du personnel* »¹⁰⁶¹. Compte tenu du contexte de développement des sociétés en réseaux, l'économiste Virgile Chassagnon propose même de l'instituer : « *Il faut sans doute étendre de fait ou plutôt, modifier, le statut jurisprudentiel de "l'unité économique et sociale" pour l'appliquer explicitement à ces firmes-réseaux multinationales* »¹⁰⁶². Outre une meilleure représentation du personnel, des avantages collectifs communs à tous les salariés peuvent alors être créés. Parce qu'elles auront retravaillé la question du pouvoir en entreprise, des entreprises devenues plus efficaces seront potentiellement plus enclines à créer des emplois et à garantir les droits sociaux de leurs salariés. Concomitamment, une législation du travail plus adaptée à la réalité sociale et économique, saura devenir un droit pragmatique : « *Le*

¹⁰⁶⁰ De BRIER (H.), « *Les aménagements conventionnels des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015* », Études, Revue de Droit du travail, oct. 2016, p. 93.

¹⁰⁶¹ Soc., 12 juil. 2006, pourvoi n° 04-40331, publié au bulletin.

¹⁰⁶² CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 39.

pragmatisme et le souci d'efficacité l'emportent ici sur les belles constructions juridiques »¹⁰⁶³.

En définissant sous l'absoluité des règles d'ordre public une règle de droit singulière, les acteurs sociaux se réapproprient la règle. Son application peut en devenir librement consentie. Il est ainsi attendu du droit décentralisé une capacité à mieux servir l'intérêt de l'unité économique dans son ensemble et, *in fine*, une amélioration présomptive de son efficacité. L'entreprise *Solvay*, chimiste français employant 6000 salariés, a ainsi créé en mars 2018 un comité social et économique central au sein d'une unité économique et sociale qui compte 20 établissements. L'accord organise en particulier la mise en place d'un comité social et économique (CSE) dans chacun de ceux de plus de 11 salariés. L'entreprise y voit une façon de renouveler le dialogue social au terme d'une dynamique qui avait déjà permis de regrouper les instances représentatives du personnel en application de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 dite loi Rebsamen¹⁰⁶⁴.

237 – Renouveau du droit romain - Permettre de déroger à une ou plusieurs dispositions du droit prescrit, ce n'est que consacrer l'influence multiséculaire du droit romain¹⁰⁶⁵, considéré comme l'un des premiers systèmes juridiques de l'histoire.

A cette époque, la *lex publica* déterminait principalement les rapports entre les citoyens et le pouvoir politique. En témoigne le fait qu'en un demi-millénaire on ne compte que quelques centaines de dispositions dont moins de 4 % concernaient le droit privé¹⁰⁶⁶. Le rôle de la loi était donc restreint au domaine public, tandis que les juristes développaient en dehors de tout *imperium* institutionnel, les règles régissant la vie sociale et économique. La jurisprudence a prévalu sur la législation et n'a jamais été véritablement codifiée, même si l'empereur en a eu quelques velléités : « *Les projets d'une codification systématique des leges romanae existantes était aussi éloigné d'eux [des Romains] que l'idée de Plotin de fonder la cité Platonopolis au cœur de la Campanie, dans laquelle le gouvernement entier serait gouverné conformément aux concepts philosophiques et aux lois de Platon. Vraisemblablement inspiré par des idéaux helléniques, Jules César a bien essayé, à la fin de sa vie, de codifier la*

¹⁰⁶³ FAVENNEC-HERY (F.), « *La négociation collective dans le droit de la durée du travail* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 896.

¹⁰⁶⁴ Liaisons sociales, quotidien, « *Solvay adapte son accord dur le dialogue social aux ordonnances Macron* », n° 17.467, 13 déc. 2017.

¹⁰⁶⁵ « *Corpus iuris civilis* » est le nom donné à l'œuvre législative de l'empereur Justinien. Elle rassemble différents textes de droit écrits à sa demande. Elle est une compilation de textes antérieurs menacés d'oubli et de nouveaux textes. Elle demeure l'une des sources les plus importantes pour l'étude du droit romain.

¹⁰⁶⁶ 30 dispositions de droit privé (*ius privatum*) sur 800 lois ; les 770 autres concernaient le droit public (*ius publicum*).

législation existante, mais sa mort interrompit la réalisation de ce projet. De l'époque des Douze Tables jusqu'à Justinien, il semble que cela ait été la seule tentative de ce genre »¹⁰⁶⁷.

On connaît aujourd'hui l'héritage du droit romain en Europe occidentale. Dans certains pays de tradition civiliste, tel l'Allemagne, il a prévalu jusqu'à Bismarck. De nombreux codes civils en ont été influencés, tout comme la richesse de la controversée *common law*¹⁰⁶⁸. Plus récemment, dans le cadre tracé par la loi du 24 juin 1936, se développe plus spécifiquement une « loi professionnelle » issue de la négociation entre les représentants des salariés regroupés en syndicats « les plus représentatifs » et les organisations d'employeurs. L'expansion fut fulgurante, puisque près de 6.000 conventions furent ainsi conclues jusqu'en janvier 1940¹⁰⁶⁹, sans compter l'introduction, nouvelle, de la procédure d'extension¹⁰⁷⁰. On y voit une validation de la *théorie du juste milieu* du Pr. Michel Villey¹⁰⁷¹ aboutissant à diluer l'héritage du modèle de droit civil, caractérisé par l'origine législative et réglementaire du droit. Sans pour autant permettre aux tribunaux de contribuer à la production du droit à l'instar des systèmes de *common law*, la place initialement ancillaire des partenaires sociaux se trouve enfin favorisée.

2) La réponse aux intérêts privés fait l'intérêt général

238 – La rationalité comme postulat - La révolution industrielle née au XVIII^e siècle¹⁰⁷² a consacré les théories du libéralisme économique comme fondements scientifiques du processus qui transforma une société à dominante agraire et artisanale vers une société commerciale et industrielle. Dans cette dernière, l'idéologie est fondée sur le principe de rationalité. Soutenue par les philosophes des Lumières qui postulent que l'individu est naturellement libre, l'homme ne doit pas être assujéti à des obligations auxquelles il n'a pas

¹⁰⁶⁷ Revue internationale des droits de l'Antiquité, 3^e série, tome XLVI, 1999, p. 132-133.

¹⁰⁶⁸ La règle du précédent ou *stare decisis* (rester sur la décision) est une règle de droit s'appliquant particulièrement dans les pays de *common law*. Cette règle veut que les tribunaux rendent des décisions conformes aux décisions antérieures. Bien que moins importante dans les pays de droits de tradition civiliste, la règle du précédent y existe aussi, sous la forme du respect de la jurisprudence établie. Selon la Cour suprême de Louisiane, un État dans lequel le droit est inspiré du Code napoléonien, la différence entre le *stare decisis* et la règle de la jurisprudence constante, résiderait dans le fait qu'une seule décision jurisprudentielle peut suffire à fonder la règle du *stare decisis*, tandis qu'il faudrait une série de décisions cohérentes pour fonder une règle de jurisprudence constante.

¹⁰⁶⁹ SÉNAT, annexe au procès-verbal de la séance du 28 janv. 2004, n° 179, n° c.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem* : la procédure d'extension permet de rendre applicables à l'ensemble d'une profession les conventions conclues par les organisations syndicales les plus représentatives.

¹⁰⁷¹ V. *supra*, n° 25 et 54.

¹⁰⁷² Les premiers espaces à s'être industrialisés sont la Grande-Bretagne à la fin du XVIII^e siècle, puis la Belgique, le nord de la France et la Suisse au début du XIX^e siècle (première vague) ; l'Allemagne et les États-Unis s'industrialisent ensuite (seconde vague) à partir du milieu du XIX^e, le Japon à partir de 1868, puis la Russie à la fin du XIX^e.

consenti. A l'inverse, toutes les obligations qu'il a voulues s'imposent à lui. De là naissent les actes juridiques dont les effets juridiques s'imposent aux parties signataires et qui sont la conséquence du concept d'autonomie de la volonté (liberté contractuelle dans la phase de formation du contrat, principe de force obligatoire et de l'effet relatif lors de son exécution)¹⁰⁷³. Permettre aux personnes juridiques ou à leurs représentants de contracter comme ils l'entendent est le meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et les plus utiles. Si une obligation prescrite peut être injuste (mais aussi inefficace) alors, par hypothèse, une obligation posée et librement consentie par l'individu ou ses représentants ne peut pas l'être¹⁰⁷⁴. De la théorie de l'utilité sociale naît aussi la légitimité de l'autonomie de la volonté, tout au moins de la liberté contractuelle¹⁰⁷⁵. Le libre jeu des initiatives assure ainsi prospérité et équilibre économique.

Tout comme la flexibilité des prix assure théoriquement l'adaptation de l'offre et de la demande, dans le domaine juridique, le droit conventionnel peut aussi assurer la production de la norme aux besoins des acteurs. On peut considérer que cet instrument de normativité est l'optimum normatif précédemment modélisé. En effet, une société développée ne peut aller à l'encontre du monde dans lequel elle évolue. Consacrer la loi comme socle normatif des relations individuelles et collectives du travail, c'est se décentrer de ce qui fait en partie son dynamisme : une part d'innovation née du monde de l'entreprise. Aujourd'hui, il s'agit autant d'outiller juridiquement l'entreprise que de favoriser le bon fonctionnement de l'économie dans son ensemble. L'efficacité du droit est à ce prix.

239 – L'intérêt général comme résultat – Tel que le souligne M. Adam Smith en parlant des échanges économiques : « *On n'a jamais vu d'animal chercher à faire entendre à un autre par sa voix ou ses gestes : ceci est à moi, cela est à toi ; je te donnerai l'un pour l'autre. Mais l'homme a presque continuellement besoin du secours de ses semblables, et c'est en vain qu'il l'attendrait de leur seule bienveillance. Il sera bien plus sûr de réussir, s'il s'adresse à leur intérêt personnel et s'il les persuade que leur propre avantage leur commande de faire ce qu'il souhaite d'eux. C'est ce que fait celui qui propose à un autre un marché quelconque ; le sens de sa proposition est ceci : Donnez-moi ce dont j'ai besoin, et vous aurez de moi ce dont vous avez besoin vous-même ; et la plus grande partie de ces bons offices qui nous sont*

¹⁰⁷³ V. PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, Les obligations 2018*, Dalloz, 10^e édition, p. 238 : le concept est fortement lié aux philosophies individualistes et au libéralisme économique.

¹⁰⁷⁴ Par hypothèse seulement, car on sait que la légitimité des organisations syndicales représentatives est parfois interrogée.

¹⁰⁷⁵ L'autonomie de la volonté entendue comme l'exercice d'un pouvoir souverain parallèle et concurrent à la loi semble incompatible avec l'état actuel du droit positif ; en revanche, une fois écartée la volonté des parties comme pouvoir souverain, rien interdit de reconnaître légitime, voire juste, l'autonomie contractuelle.

nécessaires s'obtiennent de cette façon. Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière et du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage... »¹⁰⁷⁶. Dans une société fondée sur la propriété privée des moyens de production, il convient alors de décentraliser la conception de la norme pour répondre au mieux aux intérêts des entités économiques.

Le législateur et le juge ont un rôle prégnant à jouer. Si l'État s'en tient à la détermination des principes fondamentaux du droit du travail visés à l'article 34 de la Constitution et, plus globalement, à la définition du cadre conceptuel normatif, si la jurisprudence fait confiance aux acteurs en favorisant le recul du contrôle judiciaire sur le droit conventionnel, il n'est pas à exclure que la performance de l'entreprise s'en trouvera renforcée. Le droit à la participation des salariés trouvera une nouvelle légitimité et toute la société dans son ensemble pourra y gagner. Selon la doctrine de l'individualisme méthodologique¹⁰⁷⁷, la somme de la satisfaction des intérêts particuliers ne peut conduire qu'à la composition de l'intérêt général. C'est en tout cas la conception anglo-saxonne de l'intérêt général. Si chaque entreprise peut exercer le principe de rationalité dans un cadre normatif qui répond spécifiquement à sa situation, il agit alors pour le bien de l'ensemble de la société. Le phénomène collectif d'engendrement tire son explication de combinaisons d'attitudes individuelles et de leurs interactions mutuelles. Adapté au droit du travail, on peut considérer que le bénéfice collectif est issu de choix rationnels individuels non prescrits (postulat de l'individualisme) que permet le sens porté par le réalisme de la norme (postulat de la compréhension de l'action des acteurs).

B) Une nouvelle voie pour consacrer la voix

240 – Pertinence - La conventionnalisation du droit permet aux partenaires de faire valoir collectivement leurs droits et leurs intérêts : la *négociation légiférante*¹⁰⁷⁸ en est le témoin manifeste¹⁰⁷⁹. Mieux adaptée à la réalité de l'entreprise, plus novatrice, la négociation

¹⁰⁷⁶ SMITH (A.), « *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* », 1776, Garnier Flammarion, page 84.

¹⁰⁷⁷ BOUDON (R.), « *Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique ?* », Revue du Mauss, vol. n° 24, n° 2, 2004, p. 282. L'expression d'individualisme méthodologique de Schumpeter s'est imposée face à celle d'atomisme de Menger. Elle témoigne du fait que l'individu opère sa rationalité dans un contexte d'institutions, de règles, de traditions, et qu'ils ont des profils différents. L'atomisme ignore ce contexte.

¹⁰⁷⁸ RAY (J.-E.), « *La place de la négociation collective en droit constitutionnel* », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, oct. 2014, p. 4.

¹⁰⁷⁹ C'est ce qu'a institué l'art. L 101-1 de la loi n° 2007-130 du 31 janv. 2007 de modernisation du dialogue social dite (Loi dite loi « Larcher ») : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les*

collective présente un atout supplémentaire : elle vise la sécurité juridique dans une période où l'instabilité de la norme instituée va croissante. Elle participe enfin de la lisibilité de la règle de droit. Plus largement, grâce à une nouvelle consécration du droit à la participation des salariés, elle renforce un principe essentiel du droit européen, celui de la confiance légitime.

Cette confiance est déterminante dans le processus de compétitivité. Le chercheur américain John Budd a mis en lumière que « *les problèmes difficiles dans les ressources humaines et les relations professionnelles (...) n'apparaissent pas lorsque l'efficacité, l'équité et la voix se soutiennent mutuellement : au contraire, les problèmes les plus difficiles surgissent lorsque ces objectifs entrent en conflit* »¹⁰⁸⁰. Si l'efficacité est souvent adossée à une vision quantitative de la performance, si l'équité renvoie à la question du rapport de forces entre les partenaires sociaux, « *la voix consiste à prendre en compte de façon générale la participation des salariés à la vie de l'entreprise* »¹⁰⁸¹. Outre la participation aux résultats de l'entreprise, le droit à la participation trouve une matérialité évidente avec la détermination collective des normes du travail.

241 – Large champ d'application – Au travers des conventions de branche¹⁰⁸² et des conventions d'entreprise le droit négocié permet de régir l'ensemble de la relation de travail. Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'ensemble des négociations prévues par le Code du travail au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve de certaines adaptations (C. trav. art. L. 2232-33).

L'obligation de négocier est fréquente et couvre des domaines larges. C'est ce que précisent les modalités visées à l'article L. 2242-1 C. trav. : « *Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans : 1° Une négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ; 2°*

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. A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence ».

¹⁰⁸⁰ FERRACCI (M.), GUYOT (Fl.), Dialogue social et performance économique, SciencesPO, Les Presses, 2015, p.

68.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*.

¹⁰⁸² Sauf disposition contraire, le terme *convention de branche* désigne la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches (V. art. L. 2232-5 C. trav.).

Une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail ». On note le modernisme d'une loi sociale qui prévoit que les partenaires sociaux doivent aborder les modalités d'exercice du droit à la déconnexion des salariés.

Le droit à la déconnexion vise à assurer le respect des temps de repos et de congé, ainsi que la vie personnelle et familiale. La protection de la santé des salariés est aussi visée. On y voit un lien patent avec l'obligation patronale de sécurité. C'est, par exemple, le cas de l'accord conclu chez *Orange* sur l'accompagnement de la transformation numérique, qui explique que l'enjeu est « *de garantir la bonne utilisation des outils numériques, tout en préservant la santé au travail pour garantir des conditions et un environnement de travail respectueux de tous [...]. Le respect de la vie privée et le droit à déconnexion sont donc considérés fondamentaux afin de protéger les salariés des pratiques intrusives potentielles provenant de leurs managers et/ou de leurs collègues et/ou d'eux-mêmes* ». Cette négociation a été rendue obligatoire par la loi du 8 août 2016 dite loi travail, dans le cadre de la négociation « *égalité professionnelle et qualité de vie au travail* »¹⁰⁸³.

242 – Consécration du Conseil constitutionnel - Le Conseil constitutionnel a accompagné la décentralisation du droit du travail. M. Olivier Dutheillet de Lamothe souligne ainsi que de la décision du Conseil constitutionnel du 29 avril 2004 à l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011, la norme négociée devient autonome. Pour l'auteur elle présente quatre atouts majeurs : elle est mieux adaptée à la réalité des entreprises, elle est souvent novatrice, elle est mieux appliquée, elle est plus stable que la norme légale ou réglementaire qui change avec chaque nouvelle majorité ; il s'agit d'un tout essentiel quand « *on sait que le principal reproche fait par les investisseurs à notre droit du travail est moins sa complexité, et même sa rigidité, que son instabilité et son imprévisibilité* »¹⁰⁸⁴.

Cette promotion du droit conventionnel s'est traduite en actes. Grâce à l'organisation de l'articulation des normes mais aussi à la faveur de la primauté réelle de l'accord d'entreprise¹⁰⁸⁵, le Conseil constitutionnel a consacré le « *renforcement de l'autorité de l'accord collectif de travail* »¹⁰⁸⁶. Il n'en reste pas moins que la promulgation de la loi n°

¹⁰⁸³ C. trav., art. 2242-1, al. 3.

¹⁰⁸⁴ DUTHEILLET de LAMOTHE (O.), « *Treize paradoxes du droit du travail* », Semaine sociale Lamy, Suppl. n° 1508, 10 oct. 2011.

¹⁰⁸⁵ Prévalence majoritaire de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, prévalence contenue de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail.

¹⁰⁸⁶ ODOUL-ASOREY (I.), « *La négociation collective, confortée par le principe de participation ?* », *Droit social*, déc. 2015, p. 989.

2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels n'aura pas complètement bouleversé le concept d'ordre public : « *l'ordre public social est toujours présent, le concept de dérogation à la loi est encore largement usité, celui de délégation est en légère progression* »¹⁰⁸⁷.

243 – Représentation - Un des principaux sujets d'inquiétude pour les salariés reste l'inversion de la pyramide des normes puisque « *l'accord collectif peut déroger non seulement à des normes conventionnelles, mais également à des normes étatiques d'ordre public* »¹⁰⁸⁸ ; de plus, le statut individuel du contrat peut être forcé : il résulte de l'article L. 2254-2 C. trav. (III) qu'afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi, les stipulations d'un accord d'entreprise « *se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ».

La prévalence des intérêts économiques de l'entreprise, tout comme le soutien au principe de flexicurité, imposent une évolution que d'aucuns regrettent. La question de la représentation des organes autorisés à négocier au nom et pour le compte des salariés aura alors toute son importance. Il s'agit ici, non pas d'une représentation d'intérêts personnels, ni même catégoriels, mais d'intérêts collectifs traduisant la cohésion et l'unification du collectif de travail de l'unité représentée. La réalisation de l'unité du personnel relève de la théorie de la démocratie participative. Cette explication peut traduire l'idée qu'un représentant syndical ou du conseil d'entreprise appelé à négocier « *se hausse à la fois au-dessus des seuls travailleurs qui l'ont élu, puisqu'il représente l'ensemble des salariés de l'unité de représentation où il a été désigné, et au-dessus des individus de cette dernière, puisqu'il va participer au fonctionnement d'une assemblée délibérante, laquelle représente, dans les positions communes qu'elle est amenée à prendre, une collectivité* »¹⁰⁸⁹. Dans une vision solidariste nourrissant celle de pacte social, la boussole qui guide alors le représentant élu devient celle de l'intérêt social.

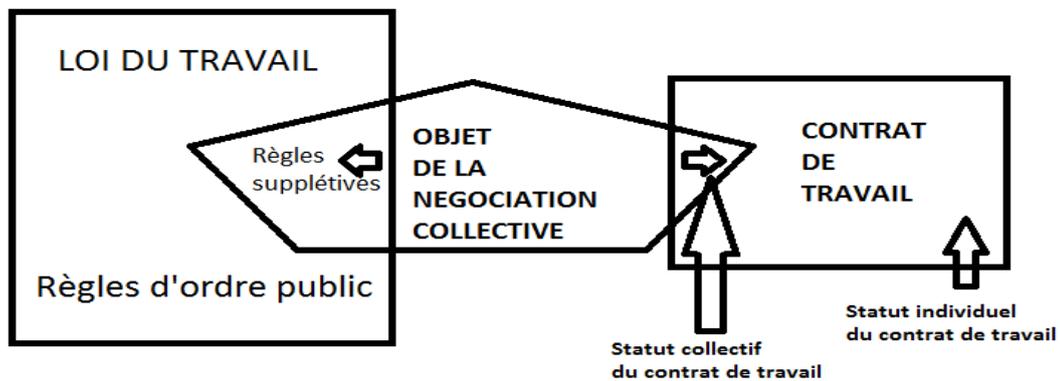
¹⁰⁸⁷ FAVENNEC-HERY (F.), « *La négociation collective dans le droit de la durée du travail* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 894.

¹⁰⁸⁸ ODOUL-ASOREY (I.), préc., *Droit social*, déc. 2015, p. 989.

¹⁰⁸⁹ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 103.

244 – Dégradation des conditions contractuelles – Par dérogation au principe posé par l'article L. 2254-1 C. trav.¹⁰⁹⁰ la loi autorise les parties à une convention d'entreprise à réduire ou à supprimer un avantage reconnu aux salariés.

Ainsi, par exemple en matière de temps de travail, la loi autorise les partenaires sociaux à conclure un accord dérogeant au principe posé par l'article L. 3121-18 du C. trav. selon lequel la durée quotidienne de travail effectif par salarié ne peut excéder dix heures. En cas d'activité accrue, ou pour des motifs liés à l'organisation de l'entreprise, le temps de travail quotidien de dix heures peut être dépassé. Comme pour l'article L. 2254-2 C. trav. qui autorise la dérogation au principe pour des « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise », on note la subjectivité attachée à la notion de « motifs liés à l'organisation de l'entreprise ». Il est probable que l'absence d'impériosité des notions nourrisse prochainement un fort contentieux. Alors même que la négociation collective cherche à renforcer le droit à la participation des salariés, leur *voix* s'en trouve ici bousculée. Au final, on peut schématiser ainsi le triptyque loi du travail, objet de négociation, contrat de travail, issus du processus de conventionnalisation du droit.



Un droit négocié expansif

245 – Remarque conclusive - Au soutien du pragmatisme et de l'efficacité économique, « La voix »¹⁰⁹¹, le droit à la participation des salariés à la vie de l'entreprise se trouve au demeurant consacré au point que certains auteurs s'interrogent sur la nécessité de « *constitutionnaliser la négociation légiférante* »¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰ C. trav. art. L. 2254-1 : « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ».

¹⁰⁹¹ V. FERRACCI (M.), GUYOT (Fl.), *Dialogue social et performance économique*, Sciences PO, Les Presses, 2015, p. 68.

¹⁰⁹² RAY (J.-E.), « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, oct. 2014, p. 4 et s.

§2 – La démocratie en chantier

Entre la loi du travail et le contrat, la norme conventionnelle s'instille. Elle présente des desseins précis : pertinence et sécurité juridique, technique d'organisation de l'entreprise, promotion du dialogue social et optimum normatif. De cette multitude d'objectifs se construit progressivement, de façon toujours plus aboutie, un droit négocié expansif qui se trouve porté par toutes les réformes successives instituées par les lois sociales. Chaque promulgation de loi majeure dans le domaine du travail en consacre l'expansion. Le Conseil d'État n'y voit pas de critique conventionnelle ou constitutionnelle. Le sujet fait cependant débat dans les positions doctrinales, notamment au travers des vertus supposées de la simplification¹⁰⁹³.

Si le processus de conventionnalisation présente des avantages certains en matière de flexicurité (A), sa promotion récente dans notre dispositif législatif voit naître un certain nombre d'obstacles qu'il convient de surmonter. C'est à ce prix qu'il pourra se révéler comme un réel instrument de démocratie sociale, au travers de sa capacité à organiser les rapports de travail en entreprise (B).

A) Le droit négocié comme instrument de flexicurité

246 – Extension du champ des possibles - Mr Edmond Malinvaud indique que toute politique structurelle doit concerner « *les cadres légaux et conventionnels* » ; celle-ci « *ouvre ou ferme les champs du possible pour les entreprises privées* ». Le droit conventionnel dispose désormais d'un champ d'application à la fois dense et simplifié, permettant de faire émerger un nouvel ordre : l'ordre public conventionnel.

Associé à l'ordre public fondamental, la conventionnalisation du droit instille un référentiel de règles de base sur lesquelles les partenaires sociaux peuvent s'appuyer pour aménager les normes qui tiendront compte des spécificités se posant à eux. Les accords les plus manifestes restent probablement ceux relatifs au temps de travail. Ainsi, l'avenant n° 19 du 29 septembre 2014 sur l'aménagement du temps de travail relatif à la convention collective nationale des hôtels, cafés et restaurants (HCR) a permis aux entreprises de la branche d'organiser le temps de travail sur une période supérieure à la semaine¹⁰⁹⁴. Selon ses signataires, cet avenant s'adresse « tout particulièrement » aux entreprises dépourvues d'institutions représentatives

¹⁰⁹³ VERICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, oct. 2015.

¹⁰⁹⁴ Liaisons sociales, quotidien, « *Les HCR obtiennent une extension partielle des avenants sur le forfait jours et la modulation* », n° 17.40, 15 mars 2016.

du personnel. Mais il a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises, qu'elles soient permanentes ou saisonnières. Il retient une durée du travail, pour définir le cadre de référence de la modulation, de 1 607 heures pour une année. Il permet de fortes variations de la durée hebdomadaire de travail dans le cadre retenu. Il fixe les taux des majorations pour heures supplémentaires (de 10 à 25 %) qui sont dues pour les heures effectuées au-delà de 1 607 heures (ou de la période de modulation retenue). Il est étendu, sous réserve du respect de la législation relative à la durée des congés payés et des dispositions légales et conventionnelles relatives aux jours fériés. On y reconnaît la rencontre d'intérêts initialement antagonistes, permettant de promouvoir la flexibilité de l'organisation du travail et plus particulièrement une flexibilité quantitative interne. L'intérêt social est alors érigé en valeur supérieure, sous couvert d'une entente, sinon d'un assentiment conventionnel.

Fortement marquée par le pragmatisme, la norme conventionnelle l'est aussi par une extension du pouvoir conventionnel (1) à dessein d'accroître les besoins de flexibilité des entreprises (2).

1) Un pouvoir conventionnel qui s'accroît

247 – Les modalités de la négociation comme objet - A côté des accords nationaux interprofessionnels (ANI) qui permettent de préparer la loi sociale, le droit conventionnel permet la négociation à tous les niveaux de structure d'entreprise (groupe, entreprise, établissement). Le domaine de négociation est aussi élargit. L'accord collectif en entreprise en particulier peut déterminer les thèmes des négociations obligatoires, la périodicité (sans dépasser quatre années) et le contenu de chaque thème, le calendrier et le lieu des réunions, la méthode permettant à la négociation de s'accomplir et la nature de l'information partagée, les modalités de suivi des engagements souscrits par les parties à la convention¹⁰⁹⁵. Le principe est donc que les modalités de la négociation collective relèvent elles-mêmes du droit négocié. La convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi¹⁰⁹⁶, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales¹⁰⁹⁷ quand l'accord collectif ne traite que d'un ou de plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble¹⁰⁹⁸. A défaut d'accord, les dispositions supplétives s'appliquent. L'ensemble des thématiques abordées affirme la place prépondérante de la convention d'entreprise par rapport aux autres normes du droit du travail.

¹⁰⁹⁵ C. trav., art. L. 2242-11.

¹⁰⁹⁶ V. art. L. 2242-15 C. trav. : rémunération, temps de travail, partage de la valeur ajoutée notamment.

¹⁰⁹⁷ C. trav., art. L. 2221-1.

¹⁰⁹⁸ C. trav., art. L. 2221-2.

La liste des thèmes de la négociation ne cesse d'ailleurs de s'étendre. La thématique de la qualité de vie au travail (QVT) illustre parfaitement ce cheminement évolutif autant qu'elle promeut l'objectif de performance de la firme. Même s'il était déjà en filigrane il y a près de quarante ans dans l'accord national interprofessionnel (ANI) du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, ce thème a véritablement émergé à la faveur d'un contexte nouveau, par le biais de la négociation collective. Ainsi, l'ANI du 19 juin 2013, intitulé « *Vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle* » en avait posé les jalons. Selon cet accord, la qualité de vie au travail peut se concevoir comme un *sentiment de bien-être perçu individuellement et collectivement*. La QVT désigne sous le même intitulé *les actions qui permettent de concilier l'amélioration des conditions de travail des salariés et la performance des entreprises*. Désormais, la qualité de vie au travail est l'objet d'une négociation annuelle obligatoire (art. L. 2242-13, 2°, C. trav.) et les entreprises qui ne négocieraient pas seraient soumises à pénalité à charge de l'employeur (1% maximum des rémunérations et gains). La négociation peut porter sur des thèmes éminents au regard des conséquences sur la performance : les mesures permettant de lutter contre les discriminations, celles relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ou encore celles relatives à l'exercice du droit à la déconnexion directe et collective des salariés sont emblématiques¹⁰⁹⁹.

248 – Une sécurité juridique renforcée – De la même manière que le champ de la norme s'étend, la sécurité de l'employeur se renforce. On peut la définir comme l'aptitude de la norme au sens large à le préserver du risque juridique¹¹⁰⁰. La prévention du risque, tout comme les garanties légales et réglementaires, y contribuent. Si la prévention du contentieux semble étroitement liée au respect de la loyauté entre les parties à la convention, on observe que les garanties légales et réglementaires permettent aussi de sécuriser les accords. Quatre dispositions en particulier y concourent.

249 – Convention ou accord de méthode - Afin de donner un cadre loyal à la négociation collective, les accords de méthode sont encouragés. Il est ainsi prévu qu'une convention ou accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle des parties (C. trav., art. L. 2222-3-1 al. 1).

¹⁰⁹⁹ V. C. trav., art. L. 2242-17.

¹¹⁰⁰ V. CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017, p. 953.

Cette convention ou cet accord précise la nature des informations partagées entre les négociateurs, définit les principales étapes du déroulement des négociations et peut prévoir des moyens supplémentaires ou spécifiques, notamment s'agissant du volume de crédits d'heures des représentants syndicaux ou des modalités de recours à l'expertise, afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou de plusieurs des négociations prévues. Il est important de noter que sauf si la convention ou l'accord en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties. Cet accord de méthode est pertinent au sens de l'économie du droit, dans la mesure où il permet de diminuer les coûts de transaction. En effet, la confiance que promet l'accord est de nature à contrecarrer le risque moral. Les parties à la convention sont en effet incitées à respecter leurs obligations, ce qui entraîne une diminution des coûts de surveillance qui peuvent être importants et qui font partie des coûts de transaction¹¹⁰¹. Leur éviction renforce l'effectivité et la performance de la convention d'entreprise.

250 – Réduction du délai de prescription de l'action en nullité – L'article L. 2262-14 C. trav. issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 dispose que « *toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter 1°) de la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ; 2°) de la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas* ». Ce nouveau délai de prescription s'applique aux accords conclus postérieurement à la date de publication de l'ordonnance. En cas d'instances introduites avant la publication de l'ordonnance, la loi ancienne reste applicable. Au-delà de deux mois, l'action en nullité sera éteinte.

251 – Modulation par le juge de l'effet de ses décisions dans le temps – L'article L. 2262-15 C. trav. issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 dispose qu' « *en cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps,*

¹¹⁰¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 184.

sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement ». Il est donc donné au juge de moduler les effets dans le temps de ses décisions d'annulation de tout ou partie d'un accord collectif. On pense ici au contentieux relatif aux accords portant sur le temps de travail, l'annulation de tels accords pouvant compromettre les intérêts financiers de la firme (rappels d'heures supplémentaires).

252 – Présomption simple de légalité des accords – L'article L. 2262-13 (*nouv.*) dispose qu'« *il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent* ». Cet article pose le principe d'une présomption légale réfragable qui peut être combattue par la preuve contraire. Il appartient donc à celui qui conteste la légalité d'un accord d'apporter la preuve qu'il n'est pas conforme à la loi. Il s'agit d'un rappel du Code de procédure civile selon lequel « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* »¹¹⁰².

253 – Présomption d'exceptionnalité des accords organisant le travail de nuit – L'article 32 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail introduit une présomption d'exceptionnalité au bénéfice des accords d'entreprise ou d'établissement organisant le travail de nuit et définissant notamment la période de travail quotidienne (C. trav., art. L. 3122-15 *nouv.*). Ainsi, ces accords sont présumés négociés et conclus conformément à la règle selon laquelle le recours au travail de nuit doit être exceptionnel et justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique (C. trav., art. L. 3122-1).

254 – Remarque conclusive - L'ensemble de ces dispositions permet de conclure à la sécurisation de l'intérêt social de l'entreprise. Si certains peuvent n'y voir que la protection des intérêts de l'employeur, d'autres y verront celui de l'intérêt social.

Cette dernière notion présente l'avantage du consensus. Elle peut se définir comme l'intérêt propre de l'institution qui transcende celui de ses parties prenantes. Cette prise en compte est déterminante lorsque l'on mesure les implications que pourrait avoir une nullité de tout ou partie d'une convention d'entreprise sur l'ensemble des parties prenantes à l'entreprise (créanciers, fournisseurs, clients, et propriétaires). Dans tous les cas, seule une négociation qui se réalise au travers du prisme de la loyauté peut permettre de se prémunir du recours à ces dispositions. La performance globale s'en trouvera alors renforcée.

¹¹⁰² CPC, art. 9.

2) Une flexibilité qui se renforce

255 – Une démarche de temps long profitable à la performance - Le droit conventionnel semble adapté au rapprochement des sphères économique et juridique. Il s'insère parfaitement dans les deux approches de la performance que défendent un certain nombre d'auteurs : « *La première consiste à distinguer les notions de performance de court terme et de long terme. (...) La seconde consiste à élargir les mécanismes par lesquels le dialogue social agit sur la société, dans le prolongement de la notion de capital social* »¹¹⁰³.

Sauf à venir enrichir un dispositif structurel, on a précédemment posé le principe d'inefficacité des stratégies conjoncturelles qui ne visent que des gains à court terme. Par-delà leur inefficacité, elles participent de l'insécurité juridique qui tétanise les entrepreneurs et nuit à l'emploi. Ces stratégies auraient pu, par exemple, nous amener à travailler sur les méthodes de manipulation de la communauté de travail. Celles-ci s'exercent souvent dans le cadre du conflit en lieu et place de la coopération. Elles minorent le dialogue social, limitent la capacité réformatrice d'une sphère syndicale souvent perçue par le milieu économique comme un facteur de résistance au changement. On a fait le choix d'inscrire la démarche de performance dans un temps long, ce que postulent d'ailleurs MM. Marc Ferracci et Florian Guyot quand ils nous indiquent que « *l'efficacité et la performance gagnent à être envisagées dans un temps long qui laisse la place à la négociation, à l'explication de la stratégie, à la coconstruction des décisions et à la conduite du changement* »¹¹⁰⁴. Vu ainsi, le processus de conventionnalisation du droit constitue un véritable instrument d'organisation de la compétitivité de l'entreprise, à même de développer la flexicurité.

256 - Accords de modulation du temps de travail – Ces accords témoignent de la capacité du droit négocié à servir la flexicurité. Ils se révèlent être un instrument d'efficacité de l'outil normatif car ils promeuvent la compétitivité-prix de l'entité économique. L'entreprise voit sa masse salariale stabilisée : les heures supplémentaires ne seront pas versées à un taux majoré ; le chômage partiel n'aura pas à être financé.

La réglementation prévoit tout d'abord que les heures supplémentaires sont les heures de travail effectuées au-delà de la durée légale du travail fixée à 35 heures hebdomadaires (ou de la durée considérée comme équivalente dans certaines professions). Surtout, il est prévu

¹¹⁰³ FERRACCI (M.), GUYOT (F.), Dialogue social et performance économique, Sciences PO, Les Presses, 2015, p. 69.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*.

qu'elles se décomptent par semaine civile. Aussi, en cas de variation à la hausse d'activité, même temporaire, l'entreprise peut avoir à rémunérer des heures supplémentaires, pondérées dans leur taux. Sans autorisation d'une convention ou accord collectif, le coût des charges de personnel sera ainsi supérieur à celui que l'entreprise aura à supporter grâce à un accord d'aménagement ou de répartition du temps de travail sur une plus longue période. Lorsqu'un accord collectif organise une variation de la durée de travail hebdomadaire sur tout ou partie de l'année ou lorsqu'il est fait application de la possibilité de calculer la durée du travail sur une période de quatre semaines prévue par l'article D. 3122-7-1 C. trav., ne constituent des heures supplémentaires que celles effectuées au-delà de la moyenne de 35 heures calculée sur la période de référence fixée par l'accord. Ensuite, en matière de chômage partiel, même si l'entreprise reçoit un cofinancement de l'État et de l'Unédic *via* le versement d'une allocation d'activité partielle, les salariés touchés par une perte de salaire en raison de la réduction de leur temps de travail doivent être indemnisés. L'indemnité d'activité partielle est versée par l'employeur. Son coût sera supérieur à ce qu'il reçoit comme allocation¹¹⁰⁵. En outre, les conventions d'entreprise permettent aux salariés de voir leur rémunération se départir des flux d'activité de l'entreprise ; ceci réduit l'exposition au risque de la voir diminuer au gré de la fluctuation des commandes, du caractère saisonnier de l'activité, et plus généralement, de l'irrégularité de l'activité de l'entreprise. Au final, les accords de modulation de travail participent à l'accroissement de la flexibilité tout en permettant de conforter la rentabilité financière de l'entreprise. Salariés et employeurs en sortent sécurisés. Stratégiquement, les décisions sont construites collectivement, et surtout acceptées, comprises par les organisations syndicales signataires. Les partenaires sociaux sont capables de prendre en compte le changement.

Nonobstant ces avantages financiers, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 permet, plus encore, l'adaptation de la norme aux réalités du terrain. En matière de temps de travail, la prévalence de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche est instituée. La règle se généralise : majoration des heures supplémentaires, périodes de décompte, dérogation aux durées minimales de repos et aux durées maximales de travail, jours chômés, mise en place du temps partiel intermittent, etc. La loi simplifie¹¹⁰⁶, permet de favoriser la flexibilité, tout en

¹¹⁰⁵ L'allocation peut s'avérer, selon la catégorie de personnel et la durée du chômage partiel, bien insuffisante. L'employeur peut percevoir l'allocation d'activité partielle dans la limite d'un contingent annuel d'heures indemnisables fixé à 1 000 heures par an et par salarié quelle que soit la branche professionnelle. Cependant, si la mise en activité partielle des salariés est due à des travaux de modernisation des installations et des bâtiments de l'entreprise, ce contingent est limité à 100 heures. L'allocation est, par heure chômée, fixée à 7,74 € dans les entreprises employant jusqu'à 250 salariés, 7,23 € dans les entreprises à partir de 251 salariés. Service-public.fr, chiffres 2015.

¹¹⁰⁶ La notion de simplification fait débat dans la doctrine.

n'organisant pas un système généralisé de supplétivité des règles légales, mais aussi de suspension et de substitution des clauses contractuelles. Cette simplification doit être encadrée. Le Doyen Marc Véricel précise : « *Il convient (cependant) que les négociations s'insèrent dans le cadre de bornes imposées par le droit légiféré ou réglementaire et instaurant une protection minimale véritable* »¹¹⁰⁷. Le risque de distorsion de concurrence entre entreprises d'une même branche, le risque de balkanisation des règles de droit pour les salariés, en sont les conséquences néfastes minimales.

Ce risque est renforcé par l'hypothèse de prévalence de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail : l'article L. 2254-2 C. trav. vient désormais s'ajouter aux dispositions¹¹⁰⁸ qui disqualifient légalement la solution jurisprudentielle selon laquelle un accord collectif ne peut avoir pour effet de modifier les contrats individuels de travail ; « *Cette disposition, reprise d'une proposition du rapport Combexelle, ne règle pas de manière générale l'articulation entre accord collectif et contrat de travail. Mais elle apporte une réponse ferme dans l'hypothèse des accords de préservation de l'emploi* »¹¹⁰⁹. La modification apportée par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 vient y rajouter la réponse aux *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise*. On perçoit toute l'ambiguïté du terme.

257 – Un objet de négociation collective à réinventer - Au double bénéfice (théorique) de l'entreprise et des salariés concernés, la flexicurité reste donc partiellement garantie. Le volet « sécurité » ne pâtit pas clairement de l'objectif de « flexibilité ». Le Pr. Marc Véricel souligne à ce titre que l'effort de simplification du droit du travail ne doit pas confondre simplification technique et subsidiarité généralisée des dispositions légales : « *C'est là une question de respect des justifiables, lesquels ont droit à la clarté des propositions formulées pour réformer les différents volets du droit qui leur est applicable* »¹¹¹⁰. Cette simplification revient à nourrir une version restrictive de la flexicurité, qui avantage l'employeur tout en dégradant la sécurité des salariés.

Une solution peut se révéler dans l'émergence de nouveaux domaines de négociation : « *Les marchés transitionnels veulent être un complément ou un substitut aux marchés internes*

¹¹⁰⁷ VERICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, oct. 2015, p.836.

¹¹⁰⁸ L'article L. 1222-7 C. trav. dispose que « *La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail* ».

¹¹⁰⁹ FAVENNEC-HERY (F.), « *La négociation collective dans le droit de la durée du travail* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 895.

¹¹¹⁰ VERICEL (M.), préc.

défaillants »¹¹¹¹. Le Pr. Bernard Gazier prend acte du fait que « *les transitions et passerelles sont devenues inévitables* »¹¹¹² et qu'il convient désormais de préciser, dans la conception d'une nouvelle définition de la flexicurité¹¹¹³, de définir un (nouveau) rôle que pourraient jouer « *les partenaires sociaux, les firmes et les territoires dans l'aménagement de mobilités protégées et de noyaux de stabilité* ».

B) La réussite du dialogue social institué

La mise en pratique des lois de l'honneur et de la probité se révèlent déterminantes pour réussir à installer un dialogue social de qualité. Si la loi du travail a permis d'instituer la primauté de la négociation collective dans de nombreux domaines, l'aspect qualitatif de la mise en oeuvre de la négociation se révèle avec acuité (1). Des obstacles viennent cependant tempérer la réussite du processus de conventionnalisation (2).

1) Un cadre de négociation exigeant

258 – La bonne foi comme ressort d'une cohérence - Toutes les avancées que permet la promotion de la norme conventionnelle ne peuvent être efficaces que si elles sont soutenues par une intériorisation, au cœur même de l'action de l'employeur, de la dimension loyale de son action. En particulier l'aire d'autonomie collective que constitue le champ du droit négocié implique une attitude mâtinée de bonne foi de la part des acteurs à la négociation. La méconnaissance de celle-ci entraîne inévitablement une remise en cause des libertés collectives.

Cette responsabilité majeure est prise en compte dans plusieurs articles du Code du travail. En particulier l'article L. 2262-4 C. trav. dispose que « *les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à compromettre l'exécution loyale. Ils ne sont garants de cette exécution que dans la mesure déterminée par la convention ou l'accord* »¹¹¹⁴. Les partenaires à l'accord ou à la convention sont tenus de ne rien faire de fallacieux, de spécieux, qui soit de nature à compromettre l'exécution loyale de l'accord collectif ou de la convention. A défaut, les personnes lésées peuvent obtenir en

¹¹¹¹ GAZIER (B.), « *Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative* », Travail et Emploi, 113, mars 2008, p. 117.

¹¹¹² *Idem*, p. 118.

¹¹¹³ *Idem*, p. 121.

¹¹¹⁴ Art. L. 2262-4 C. trav., ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

justice des dommages et intérêts tel que le précise l'article L. 2262-11 C. trav. : « *Les organisations ou groupements ayant la capacité d'agir en justice, liés par une convention ou un accord, peuvent intenter en leur nom propre toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres organisations ou groupements, leurs propres membres ou toute personne liée par la convention ou l'accord* ». Par l'action dite de substitution, la loi reconnaît au syndicat la faculté de prendre la place du salarié face au juge, ce qui peut être le cas en matière de négociation collective. La jurisprudence reconnaît aussi au syndicat la possibilité d'ester en justice même si un intérêt particulier n'est pas en jeu. Il suffit que l'intérêt de la profession¹¹¹⁵ coïncide avec celui d'une personne ou d'un groupe de personnes injustement lésés, que la victime soit ou non adhérente au syndicat.

Eviter le contentieux reste cependant préférable. Avec les accords de méthode, le Pr. Franck Petit pose ainsi les termes de *loyauté négociée*. Ces accords permettent d'aller au-delà de la présomption de loyauté. Cet aménagement facultatif reste particulièrement utile. Il est tout d'abord de nature à formaliser l'exigence de bonne foi. Il permet, ensuite, de préciser les règles qui s'imposent à la partie demanderesse, c'est-à-dire à celle qui a la charge de la preuve aux fins de démontrer la déloyauté de la partie patronale : « *Il apparaît essentiel pour les organisations syndicales qui négocient de se pré-constituer tout au long du processus de négociation, des éléments de preuve qui soient de nature à établir, soit l'existence de négociation séparées, (...) soit l'impossibilité pour l'une d'elles de discuter du contenu du projet d'accord* »¹¹¹⁶. L'institution de la loyauté permet alors de poser « *un socle de vertus sur lequel la performance se construit de manière plus durable* »¹¹¹⁷.

259 - L'exigence de syndicats unis - Ce caractère fait traditionnellement défaut en France ; ceci explique que les accords négociés ont eu du mal à se développer sur notre territoire. La culture de l'opposition transcende souvent celle de la concertation.

Notre droit du travail progresse par à-coups, empiriquement, sans s'être conceptuellement construit sur le principe d'un véritable droit de la négociation comme cela a pu être le cas aux Etats-Unis ou dans les pays d'Europe du Nord. A côté de cette question culturelle, le paysage

¹¹¹⁵ Soc, 22 janv. 2014, pourvoi n° 12-27.478, publié au bulletin : « *Le seul fait que les salariés soient consentants pour travailler le dimanche est sans incidence sur le droit d'agir* ».

¹¹¹⁶ BIED-CHARRETON (M-F), « *Les obligations de loyauté dans la négociation d'une convention ou d'un accord collectif* », Le Droit Ouvrier, juillet 2017, n° 828, p. 419.

¹¹¹⁷ FRANC (P.-E.), CALEF (M.), *Entreprise et bien commun, la performance et la vertu*, Éditions du Palio, 2017, p. 141.

syndical français se caractérise par un fort émiettement, ce que d'aucuns regrettent¹¹¹⁸. Certains syndicats promeuvent l'anarchisme et le mouvement révolutionnaire (CNT-F). D'autres mettent en avant la lutte des classes et l'indépendance par rapport aux partis politiques (CGT et FO) mais dans le refus de l'inféodation au communisme et au cléricisme (FO). D'aucuns encore refusent de choisir entre deux entités qui se divisent (CGT et FO en 1948) et se regroupent (l'union syndicale solidaires, SUD, créée en 1981, regroupe dix syndicats autonomes). Issus de la scission de la CGT, la FSU n'existe que dans certaines corporations. L'indépendance au pouvoir n'est pas érigée en Graal par tous : certains syndicats sont les partenaires privilégiés du gouvernement : ils prônent par exemple la cogestion en lieu et place de la grève ; parmi eux, figurent des laïcs (CFDT) qui ne se retrouvent pas dans le syndicalisme chrétien (CFTC). Minoritaires, les syndicats de cadres, techniciens et agents de maîtrise restent enfin très corporatistes. Cependant, cet émiettement du paysage syndical n'est pas le seul problème. La question de leur représentativité se pose.

260 – L'exigence de syndicats représentatifs - La notion de représentativité peut s'appréhender de deux manières. Du point de vue de la *qualité juridique* exigée d'une organisation syndicale pour l'exercice de ses prérogatives tout d'abord ; du point de vue de la *capacité à refléter* la population des salariés ensuite.

La question de la *qualité juridique* permet l'accès à la négociation. Elle a été traitée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; celle-ci a transposé dans le Code du travail les règles définies par les partenaires sociaux dans l'accord national interprofessionnel (ANI) du 9 avril 2008. Trois points clés ont caractérisé cette réforme ; tout d'abord, celui de la prise en compte dans la représentativité de l'audience des syndicats aux élections professionnelles : l'article 11 de la loi évoque ainsi la notion de « représentativité présumée » jusqu'aux résultats des élections. Elle donne ensuite une possibilité nouvelle aux syndicats n'ayant pas encore fait la preuve de leur représentativité mais remplissant certains critères pour s'implanter dans les entreprises, avec un libre accès au premier tour des élections professionnelles et la désignation possible d'un représentant de la section syndicale. Elle confère enfin une légitimité plus grande aux conventions d'entreprise avec le renforcement du principe majoritaire.

La question de la *capacité à refléter* la population des salariés confère la légitimité. On constate que le taux de syndicalisation est, en France, un des plus faibles des pays de l'OCDE. Si, en 1949, ce taux avoisinait les 30%, il n'est plus que de 11,2% en 2013. Pire encore, dans

¹¹¹⁸ V. Le Monde, « Une impossible unité syndicale », 23 oct. 2017.

la sphère privée, lieu privilégiée de développement de la norme négociée, ce taux n'est que de 8,7%, avec une sous représentation dans les entreprises de moins de 50 salariés (seulement 5% sont syndiqués, alors que 14,4% le sont dans les entreprises de plus de 200 salariés)¹¹¹⁹. C'est à compter de 1973, date du premier choc pétrolier, que le taux a fortement chuté. Depuis, celui-ci a été divisé par deux alors qu'il ne cessait d'augmenter depuis 1957. De 20% en 1973, il s'est établi à 11.2% en 2013. La crise aux répercussions mondiales, qui a vu quadrupler le coût de l'énergie pétrolière¹¹²⁰, a eu aussi comme conséquence de voir doubler le nombre de chômeurs. Si la première conséquence de cette aggravation s'est traduite par l'émergence d'un *second marché du travail*¹¹²¹, la deuxième s'est traduite par un faible taux de syndicalisation ; des travailleurs fragilisés, victimes d'une conception purement quantitative du travail, ne sont pas naturellement amenés à se syndiquer. Leur (première) ambition réside plus dans l'accès à l'emploi que dans la libération du travail. C'est ce que souligne la Dares qui indique que « *la stabilité de l'emploi, l'insertion dans un collectif de travail, la connaissance de son environnement professionnel sont des facteurs propices à l'adhésion syndicale* »¹¹²².

Travailler à temps partiel, être employé en contrat à durée déterminée ou en intérim, constituent des freins à la syndicalisation. Tous secteurs confondus, les salariés à temps complet sont sensiblement plus syndiqués que ceux à temps partiel. L'écart est plus important dans la fonction publique (22 % contre 13%) que dans le secteur marchand et associatif (9 % contre 7 %). Un salarié à plein temps a 1,4 fois plus de chances d'être syndiqué qu'un salarié travaillant à temps partiel à secteur d'activité, ou famille de métier, taille d'établissement, sexe, âge et durée de travail comparables. De même, les modalités d'emploi et, en particulier, les types de contrats de travail (à durée déterminée ou saisonniers) constituent des freins objectifs à l'adhésion syndicale. Ainsi, 10 % des salariés en CDI contre 2 % des salariés en CDD ou des travailleurs saisonniers, et 1 % des intérimaires sont syndiqués dans le secteur marchand et associatif. Un travailleur intérimaire a quatre fois moins de chances de se syndiquer qu'un salarié en CDD. La probabilité qu'un salarié en CDI soit syndiqué est presque deux fois et demie plus élevée que pour un salarié en CDD. Dans la fonction publique, 5 % des salariés en contrat à durée limitée (CDD, vacation, stage rémunéré ou contrat aidé) sont syndiqués, contre 23 % des fonctionnaires et des salariés en contrat à durée

¹¹¹⁹ DARES analyses, « *La syndicalisation en France* », n° 025, mai 2016, p. 3.

¹¹²⁰ Le prix du baril de pétrole est passé de 3 à 12 dollars en moins d'un an suite à la déclaration d'embargo de l'OPEP, dans le contexte de la guerre du Kippour aussi appelée « guerre d'Oct. » ou « guerre israélo-arabe ».

¹¹²¹ V. SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993, p. 719. : la liberté du travail ne profite qu'à une partie du monde du travail, tandis que l'autre se trouve renvoyée sur le second marché du travail ; on retrouve la dualité que certains traduisent avec les conceptions d'*insiders* et d'*outsiders*.

¹¹²² Le Monde, « *Le défi de la syndicalisation* », 30 mai 2016.

indéterminée. Pour ces derniers, la chance d'adhérer à une organisation syndicale est presque trois fois supérieure, à famille de métier, taille d'établissement, sexe, âge et durée de travail comparables. L'ancienneté dans l'établissement joue également positivement sur la propension des salariés à se syndiquer, surtout dans le secteur marchand et associatif. Les syndiqués sont d'ailleurs un peu plus âgés que la moyenne : seuls 4 % des salariés de moins de 30 ans sont syndiqués »¹¹²³. Au final, les caractéristiques actuelles de notre marché du travail qui voit l'insécurité professionnelle s'accroître, nuisent à l'obtention de statut d'emploi stable (contrat à durée indéterminée, à temps plein) et au sentiment d'appartenir à un vrai collectif de travail. Concomitamment, le taux de syndicalisation étant une fonction décroissante de la montée des instabilités, il n'est pas étonnant d'en arriver à 8.7% de taux de syndicalisation dans la sphère privée. Par là même, on comprend aisément qu'à côté de l'émiettement syndical, qui touche à la fois le nombre et la culture des syndicats, ceux-ci ne peuvent être forts et unis pour aboutir à développer un droit négocié qui ait du sens, basé sur la confiance et sur une vraie représentativité des parties en présence.

261 – Le socle de la démocratie sociale - Dans un contexte de renversement de la hiérarchie des normes, le référendum d'entreprise est venu compenser la faible légitimité de syndicats dits représentatifs. Constitutionnellement reconnu¹¹²⁴, ses conditions de mise en oeuvre se révèlent cependant déterminantes : à défaut, le renforcement de la démocratie ne saurait être que présumé.

Vecteur de démocratie *réelle*, la validité d'un accord d'entreprise est subordonnée à une majorité d'engagement. On peut y voir un renforcement de la liberté des salariés *dans* le travail¹¹²⁵ tout comme la validation du concept posnérien selon lequel un droit matérialiste « *a ses origines dans les normes sociales* »¹¹²⁶. La signature, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, est ainsi nécessaire pour valider l'accord ; en l'absence de délégués syndicaux, il s'agira de la majorité des membres mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de la délégation du personnel du comité social et économique¹¹²⁷. Pour les accords qui n'atteignent pas les 50 % mais qui dépassent 30 % des suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs, une possibilité de validation est prévue par la voie de la consultation des salariés: à défaut, « l'accord

¹¹²³ DARES analyses, « La syndicalisation en France », n° 025, mai 2016, p. 7.

¹¹²⁴ L'article 3 de la Constitution du 4 oct. 1958, *al.* 1, paraît ouvrir la porte du référendum « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ».

¹¹²⁵ V. SUPIOT (A.), préc.

¹¹²⁶ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *Posner : l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003, p. 21.

¹¹²⁷ C. trav., art. L. 2232-24 et L. 2232-23-1.-I-2°.

imparfait »¹¹²⁸ sera réputé non écrit. On observe même qu'afin de favoriser les conditions de mise en oeuvre de la négociation collective, le référendum en entreprise devient le principe de droit commun dans les entreprises de moins de onze salariés. L'article L. 2232-21 dispose ainsi que « *l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code. La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord* ». La majorité d'engagement est renforcée, l'accord ne pouvant être ratifié qu'à la majorité des deux tiers du personnel¹¹²⁹.

Vecteur de démocratie *présumée*, la consultation des salariés souffre de certaines faiblesses. Son initiative tout d'abord : si l'objectif était de revitaliser la démocratie, il aurait été préférable de continuer à n'accorder qu'aux salariés l'initiative du référendum. Il ressort pourtant de l'article L. 2232-12 C. trav. qu'au terme du délai d'un mois dont disposent les organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages, « *l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble des organisations* ». Cette façon d'opérer s'apparente à un *forçage du consentement* des syndicats représentatifs qui se retrouvent dans un conflit cornélien : ne pas signer les expose à dégrader les relations sociales avec l'employeur et les salariés qui auraient validé les propositions de l'employeur dans l'accord imparfait ; signer, contre leur gré, s'avère être un *forçage de fait* de leur consentement. L'employeur peut aussi faire preuve de manipulation voire de division du collectif de travail si, dans sa façon de poser les questions, il ne recourt qu'à une *seule* relevant de plusieurs thématiques. Ses effets en terme de dialogue social, ensuite : « *Il devient accord par assimilation ; l'expression accord d'entreprise équivaut à celle d'accord collectif d'entreprise alors qu'il n'a pas été négocié au sens propre du terme* »¹¹³⁰. On est donc plus en présence d'un « outil » que d'une « technologie » de promotion du dialogue social (avec toutes les synergies qu'elle porterait). Au final, on peut voir dans cet émiettement du collectif, un délitement du climat social dans la mesure où il est utilisé « *une technique individualiste s'insérant dans un mode de gestion du social par nature holiste* »¹¹³¹. Comme effet, l'intérêt

¹¹²⁸ Selon l'expression de M. Franck PETIT ; V. « *Le référendum en entreprise comme voie de secours* », *Droit social*, n° 11, nov. 2016.

¹¹²⁹ C. trav., art. L. 2232-22.

¹¹³⁰ BUGADA (A.), colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », intervention « *Le contentieux du référendum* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

¹¹³¹ THOLOZAN (O.), colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », intervention « *Le référendum d'entreprise : regards de l'historien du droit* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

collectif peut en devenir sacrifié puisque le postulat reste la prévalence des intérêts individuels.

Cette démocratie sociale *présumée* n'est pas vraiment valide pour l'économiste. Tout d'abord, le Pr. Virgile Chassagnon souligne combien l'équilibre et le mode d'exercice des pouvoirs est important dans l'évolution de l'économie de marché : « *Le dialogue social joue un rôle essentiel dans la création de nouvelles règles, de nouvelles institutions capables de porter une éthique humaniste au service de la création de richesses* »¹¹³². L'auteur conteste en particulier la médiocrité (incontestée) du dialogue social en France ; dans le rapport « dialogue social » remis à Madame la Ministre du Travail en février 2018, les auteurs indiquent : « *Il est d'autant plus pertinent de s'attacher aux conditions de succès de cette ambition que nous savons bien que là est le point faible de notre pays lorsque l'on parle de dialogue social : la France reste en effet encore marquée par une culture de « lutte des classes » et par une pratique des relations sociales souvent davantage empreinte de confrontation entre acteurs sociaux, de méfiance réciproque et d'affrontement que d'une logique de dialogue raisonné entre des partenaires à la recherche de convergences et de compromis* »¹¹³³.

Ensuite, le juge et Pr. Richard A. Posner souligne que si la vérité objectiviste du droit n'existe pas, celle des urnes ne peut être perçue comme telle ; pour lui, « *la notion de consensus est la seule forme opérationnelle de vérité disponible* »¹¹³⁴. On souligne ensuite que l'efficacité d'un système de droit suppose, sur un critère de maximisation de la richesse qui relève d'une double acception¹¹³⁵, l'accroissement de la richesse monétaire tout d'abord, qui semble validée pour l'employeur et la partie pleinement consentante des salariés dans le cas de l'accord imparfait, le consentement des individus ensuite, à bien vouloir se déposséder de ce qu'ils ont antérieurement au changement d'état : là encore, il est permis de douter de la validation de cette hypothèse en matière de référendum. Les accords donnant-donnant qui vont croissant en témoignent : le maintien de l'emploi contre une perte d'avantages dans l'emploi traduit plutôt la fragilité du consentement collectif. L'indicateur d'agrégation du bonheur de *tous* les individus n'est pas satisfait puisque la justice distributive reste supposée,

¹¹³² CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 38.

¹¹³³ SIMONPOLI (J-D), GATEAU (G.), « *Accompagner la dynamique du dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques* », Rapport remis à Muriel Pénicaud, Ministre du Travail, fév. 2018, p. 4.

¹¹³⁴ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *Posner : l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003, p. 14.

¹¹³⁵ V. HARNAY (S.), MARCIANO (A.), préc., pp. 70-71.

sinon relative avec le référendum ; en effet, « *le surplus de plaisir par rapport à la peine* »¹¹³⁶ n'est pas satisfait pour les salariés qui étaient contre ou dont le consentement a été forcé. Cela constitue une *limite morale* au référendum d'entreprise puisque l'utilitarisme est susceptible de conduire à la remise en cause, voire à la négation, des droits de certains individus¹¹³⁷. Seul le bonheur du groupe dans son ensemble est envisagé.

262 - La loyauté comme valeur transcendante – Alors que le contexte de droit positiviste s'érode peu à peu et que le principe de faveur s'avère remis en cause, la conclusion d'accords « donnant-donnant »¹¹³⁸ bouscule le principe du consentement. Pourtant, le pacte social entre partenaires sociaux ne peut être construit que sur le cadre et la trame de la loyauté. En cela, au regard du critère de performance, toute action normative ne peut trouver son origine qu'au travers du prisme de la bonne foi¹¹³⁹.

La confiance doit alors transcender la (nécessaire) rationalité des différents partenaires. Avec la confiance, des mesures difficiles peuvent par ailleurs être négociées car l'intérêt collectif et le consensus sont pris en compte. C'est là que se trouve un des contenus éthiques du critère posnérien de maximisation de la richesse ; l'auteur écrit d'ailleurs comme titre de l'un de ses articles que « *l'économie du droit est morale* »¹¹⁴⁰.

Si le principe de confiance peut prêter à sourire dans le contexte d'une économie mondialisée, il est permis de s'interroger sur son antonyme, la défiance. Cette trame de l'exercice du pouvoir est-elle à moyen ou à long terme un vecteur de performance et de progrès social ? A un niveau systémique, l'académicien Alain Peyrefite souligne : « *C'est la connaissance du tiers-monde qui m'a convaincu que le Capital et le Travail, considérés par les théoriciens du libéralisme traditionnel ainsi que par ceux du socialisme, comme les facteurs du développement économique, étaient en réalité des facteurs secondaires ; et que le facteur principal, qui affectait d'un signe plus ou d'un signe moins, ces deux facteurs classiques, était un troisième facteur, que j'ai appelé, il y a vingt ans, « le tiers facteur immatériel », autrement dit le facteur culturel* »¹¹⁴¹. Ce facteur est la confiance. C'est celui qui conditionne la mise en œuvre de rapports loyaux entre partenaires sociaux.

¹¹³⁶ *Idem*, p. 73 ; Posner considère cependant que « *le principe de maximisation de la richesse est supérieur à l'utilitarisme* ».

¹¹³⁷ *Idem*, p. 76.

¹¹³⁸ Les accords prévoyant une modulation salariale en contrepartie d'engagements de sauvegarde de l'emploi s'avèrent très différents des accords d'addition, conférant de nouveaux avantages aux salariés.

¹¹³⁹ *V. supra*, n° 188.

¹¹⁴⁰ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), préc., p. 75

¹¹⁴¹ PEYREFITE (A.), *La société de confiance*, éd. Odile Jacob, oct. 1995.

2) L'exigence de négociation

263 – La majorité d'engagement comme limite – Si la majorité d'engagement a été instituée, elle n'est pas atteignable aisément. Le Pr. Franck Petit précise que le fait d'élever le seuil électoral qui conditionne la validité d'un accord collectif ne peut vouloir dire qu'on favorise la négociation. Cette condition risque selon lui d'entraîner une diminution du nombre de conventions d'entreprises puisqu'il devient beaucoup plus difficile d'obtenir une ou des signatures efficaces pour donner pleine efficacité à un accord collectif. Selon l'auteur, « *on peut aussi douter de voir, dans l'objectif consistant à réduire considérablement le nombre de branches professionnelles, un paramètre facilitant la négociation ; ce que de grandes branches ont consenti comme amélioration de la loi aux salariés n'est pas forcément à la portée de plus petites branches* »¹¹⁴². Ce doute est renforcé par l'importance du taux : « *Ce seuil est si élevé qu'on doute qu'il servira souvent. Il n'est d'ailleurs nullement adapté aux autres domaines auxquels il échappe heureusement (négociation de branche, négociation nationale et interprofessionnelle). On peine à reconnaître, en France, les entreprises où les syndicats représentatifs cumulant plus de 50 % des voix exprimées seront prêts à s'unir pour donner naissance à un texte avant-gardiste. Il est même à craindre qu'un seuil si élevé ne vienne freiner le développement attendu de la négociation collective. Le résultat serait alors contre-productif : ce qui était conçu comme un contrôle, une barrière aux accords audacieux aurait pour résultat de tarir la négociation collective d'entreprise* »¹¹⁴³. Ainsi, pour éviter les écueils que pourrait entraîner cette majorité d'engagement, il reste nécessaire de trouver un optimum qui permette de concilier la légitimité fondée sur la majorité d'engagement à la subsidiarité nécessaire du référendum¹¹⁴⁴.

264 – La discussion comme solution – Le principe posnérien de richesse globale implique la notion de consensus. Celle-ci semble être une conséquence de la capacité des parties au contrat à devenir *partenaires* sociaux ; la négociation implique donc la *discussion*. L'article L. 1112 C. civ. (nouv.) dispose ainsi que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu* ». On y perçoit l'importance d'une loyale concertation. En matière de

¹¹⁴² PETIT (F.), « *Le référendum d'entreprise comme voie de secours* », Droit social, n° 11, nov. 2016.

¹¹⁴³ *Ibidem*.

¹¹⁴⁴ PETIT (F), préc. : « *La doctrine s'accorde sur un point : le recours à un référendum n'est pas une technique alternative à la négociation collective ; par nature, il est subsidiaire. Il ne saurait remplacer la phase de dialogue entre l'employeur et les syndicats, même lorsqu'il est préalable à la signature d'un accord* ».

négociation, on perçoit cependant l'ambition de la conclusion d'un accord voire les efforts déployés en vue du règlement d'un différend.

La discussion est une *norme sociale* de la négociation. Puisque l'accord relève de la rencontre de deux volontés et de l'assentiment donné à une proposition¹¹⁴⁵, il exclut donc toute situation de rapport(s) de forces. L'accord ne peut être que le résultat d'une entente engageant les parties à y concourir de bonne foi. A défaut, un accord qui serait conclu sur la base fragile du consentement forcé relèverait d'une présomption d'assentiment, « *d'un nihilisme dans lequel le plus grand des pouvoirs s'accouple avec le plus grand vide* »¹¹⁴⁶. C'est alors le *vide éthique* qu'évoque le philosophe Hans Jonas qui l'habiterait.

Il est à ce titre juste de considérer la technique de la consultation du personnel dite référendum comme imparfaite. Si, déjà, elle pose des problèmes de légitimité dans la mesure où l'accord devient collectif « par assimilation », elle semble relever d'un « aboutissement » alors qu'elle ne pourrait être qu'une « étape ». L'ordre public social étant remis en cause, un accord collectif socialement difficile doit être légitime par immanence. Le critère de majorité d'engagement étant élevé, il peut bloquer tout accord négocié. En se soustrayant à tout dialogue, la consultation directe du personnel vient alors renchérir son illégitimité, même si elle permet de se soustraire de la paralysie sociale ; c'est pourquoi le Pr. Jean-Emmanuel Ray considère que le référendum nie la légitimité démocratique. Selon l'auteur, « *à l'instar de la démocratie politique, on ne gouverne pas une entreprise par référendum* »¹¹⁴⁷.

Alors que le Doyen Petit rappelle le caractère indivisible de l'acte¹¹⁴⁸, l'entreprise qui voudrait voir réellement avancer le dialogue social pourrait le diviser en différentes thématiques de négociation, plutôt que de le soumettre globalement. Certaines seraient adoptées, d'autres non. Les thèmes validés, rassemblés, constitueraient un premier accord référendaire, alors que les thèmes invalidés redeviendraient des sujets de discussion visant à promouvoir un nouvel accord « par affirmation ». Ce second accord retrouverait une légitimité naturelle par la création du consensus qu'il autorise : il en serait d'autant plus valide pour l'analyse économique du droit. La consultation des salariés apparaîtrait ainsi comme une *étape* et non un *aboutissement* dans l'oeuvre de démocratie sociale.

¹¹⁴⁵ CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017, p. 13 : accord, al. 1 et 2.

¹¹⁴⁶ JONAS (H.), *Le principe responsabilité*, Flammarion, 2014, p. 60.

¹¹⁴⁷ RAY (J.-E.), « *Un accord d'entreprise peut-il être légitime ?* », Le Monde, 14 mars 2016, www.lemonde.fr.

¹¹⁴⁸ PETIT (F.), colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », intervention « *Les conditions d'organisation du référendum dans l'entreprise* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

La discussion est une *norme morale* de la négociation. Les organes de direction doivent s'imposer d'exercer un pouvoir responsable. Cherchant à lutter au quotidien contre les effets d'opportunisme liés à l'incomplétude du contrat de travail, ils doivent eux mêmes témoigner de leur esprit de responsabilité : « *L'honneur fortifie les qualités qui requièrent une lutte contre ses tendances, ses tentations, ses lâchetés* »¹¹⁴⁹.

La discussion est le *bien commun* de la négociation. C'est alors qu'elle s'érige en *valeur* face au(x) rapport(s) de forces. La négociation collective implique ainsi l'exercice effectif du droit à la participation. La discussion permet alors aux salariés de mobiliser leurs préoccupations et de prendre en compte celles de l'employeur ; le consensus qui peut en naître révèle alors l'émergence d'un accord conventionnel. Pour l'économiste Robert Salais, la convention complète ainsi la mécanique contractuelle de l'économie orthodoxe parce qu'elle permet la coordination : « *Le langage est conventionnel au sein de la communauté qui l'emploie* »¹¹⁵⁰. Seule la discussion permet l'émergence d'un certain altruisme au cœur du contrat, ce que révèle parfaitement la pensée solidariste. La discussion est donc le bien commun du contrat de travail car elle donne accès à la coordination.

La discussion (collective) comme *légitime dilution de l'autonomie* du contrat : les rapports entre conventions d'entreprise et contrat de travail sont conflictuels en raison de la prévalence croissante de son statut collectif, sur la dévaluation forcée de son statut individuel. Cette primauté dont témoigne parfaitement l'article L. 2254-2 C. trav. (*nouv.*) ne peut devenir légitime que si collectivement elle emporte avec elle une absence de suspicion dans l'autonomie *collective* de la volonté. On pourra y voir alors, la restauration d'une possible libération du travail qu'appelle de ses vœux le Pr. Alain Supiot¹¹⁵¹, tout comme un réel facteur d'efficience du contrat au sens du critère de Kaldor-Hicks¹¹⁵².

¹¹⁴⁹ LACROIX (M.), *Le courage réinventé*, Marabout, 2011, p. 123.

¹¹⁵⁰ SALAIS (R.), « *Conventions de travail, mondes de production et institutions : un parcours de recherche* », L'Homme et la société, avr. 2008, n° 170-171, p. 153.

¹¹⁵¹ SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993.

¹¹⁵² KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 64 : « *Si les gains du premier permettent d'assurer une compensation des pertes du second, le changement est efficient. Mais ce critère revient aussi à considérer que l'important n'est pas que la compensation soit effectivement assurée : elle peut demeurer hypothétique* ».

Section 2 : La représentation de la collectivité de travail restaurée

265 – Position du problème – L’optimum normatif requiert l’effectivité du dialogue social. Cependant, on observe que « *les récentes réformes du droit du travail évoquent le dialogue social dans sa globalité, comprenant tant la négociation collective que les rapports entre l’employeur et les institutions représentatives du personnel* »¹¹⁵³. Il convient donc d’élaborer une réflexion qui vise à réfléchir aux moyens de dépasser les difficultés que pose la démocratie instituée au regard du besoin de dialogue pour promouvoir la performance.

La problématique part du constat que le capitalisme évolue et que les attentes culturelles des salariés ont changé ; ainsi, c’est parce que les valeurs se modifient, que la démocratie d’adhésion (aux représentants) doit évoluer vers une démocratie de participation (aux décisions). La révolution numérique, l’acculturation croissante de nos démocraties à de nouvelles émancipations¹¹⁵⁴, l’avènement d’une nouvelle ère de l’individualisme¹¹⁵⁵ ont transformé les espérances des citoyens en entreprise. Ce n’est plus l’exercice d’une démocratie de représentation, apparente et intermittente, que les salariés-citoyens appellent de leurs vœux. La représentation relève de la prise en compte de la diversité des situations individuelles : les questions de souveraineté des représentants, mais aussi de capacité à représenter sont posées. En effet, les décisions de gestion ont des conséquences sur tous les « salariés-histoire », dont la singularité supplante désormais les « salariés-condition »¹¹⁵⁶. Cette conception de la démocratie sociale se pose avec d’autant plus d’acuité dans un contexte de remise en cause de l’intangibilité du contrat.

La démocratie sociale se doit donc d’être réelle, prenant en compte les idées et jugements de tous les salariés ; c’est à ce prix qu’ils ne se considéreront plus comme des anonymes oubliés de la société et de sa démocratie représentative. Les anciens organes de représentation ont pu amener la collectivité du travail à être invisible, et ce malgré l’existence du suffrage, qui traduisait pourtant l’exercice d’une portion de souveraineté. De cette (piètre) souveraineté que la *représentativité présumée*¹¹⁵⁷ alimentait, un parlement de facteurs sans humanité était né.

¹¹⁵³ De Brier (H.), « *Les aménagements conventionnels des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015* », Revue de Droit du Travail, oct. 2016, p 91.

¹¹⁵⁴ ROSANVALLON (P.), préc., p. 21 : « *Les individus sont dorénavant autant déterminés par leur histoire personnelle que par leur condition sociale* ».

¹¹⁵⁵ *Ibidem* : « *L’individualisme de singularité* ».

¹¹⁵⁶ En référence aux définitions que Pierre ROSANVALLON donne à « l’individu-histoire » et à « l’individu-condition ».

¹¹⁵⁷ D’après l’expression consacrée par M. Franck PETIT.

La communauté des salariés en devenait inapparente, qualifiée par le Pr. Pierre-Yves Verkindt de *belle inconnue*¹¹⁵⁸.

L'invisibilité de la collectivité de travail pose un certain nombre de problèmes qu'il convient de surmonter (§1) afin de permettre à la démocratie sociale de devenir réalité (§2).

§1 – L'émergence de difficultés

Le modèle de représentation bute sur des obstacles de nature économique (A), sociologique (B), institutionnelle (C).

A) Obstacle économique

266 – Relation duale entre voix et innovation – M. Pierre Rosanvallon fait de l'innovation « *le principal facteur de production* ». Si le capitalisme était auparavant fortement marqué par la division du travail, il l'est aujourd'hui par sa nature immatérielle. Si, dans le passé l'innovation ne pouvait éclore que dans de grands groupes dotés de centres de recherche et de développement, elle a aujourd'hui basculé : « *elle passe de la verticalité à l'horizontalité. Les jeunes les plus créatifs ou les plus inventifs (...) se tournent aujourd'hui naturellement vers l'entrepreneuriat* »¹¹⁵⁹. Cela témoigne de l'incapacité des entreprises à prendre en compte la voix de ces salariés : « *L'attitude de notre jeunesse se comprend parfaitement : les structures pyramidales ne leur permettent pas de s'épanouir, leur voix n'y est pas entendue* »¹¹⁶⁰.

L'histoire récente nous montre combien la norme sociale évolue pour se départir de l'invisibilité des salariés de l'ère du capitalisme d'organisation : « *La vérité est qu'on ne peut pas continuer comme ça. La vérité est que les start-up et les grands groupes ne peuvent pas vivre les uns sans les autres. La vérité est que, demain et dès aujourd'hui, pour innover il faut apprendre à combiner les deux approches* »¹¹⁶¹. Les groupes de sociétés doivent ainsi continuer à séduire les jeunes les plus talentueux et les plus créatifs car la performance est leur dogme : « *Les grandes entreprises restent au cœur du jeu pour transformer le monde, aujourd'hui plus encore qu'hier* »¹¹⁶².

¹¹⁵⁸ V. VERKINDT (P.-Y.), « *La collectivité de travail* », Droit social, n° 11-12, déc. 2012.

¹¹⁵⁹ FOURNIER. (P.-F.), « *Les grands groupes doivent développer une stratégie d'acquisitions de start-up* », Le Monde, 24 nov. 2016.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹¹⁶¹ *Ibidem*.

¹¹⁶² FRANC (P.-E.), CALEF (M.), *Entreprise et bien commun, la performance et la vertu*, Éditions du Palio, 2017, p. 93.

L'absence d'encadrement juridique des choix économiques peut donc nuire à l'innovation dans son ensemble. Comme en témoigne la société de réseaux, si l'univers économique sait s'autoréguler grâce au comportement rationnel des acteurs, les tensions récurrentes avec le droit peuvent le desservir, en tout cas sur le territoire national. Le démantèlement du statut protecteur du droit du travail doit alors être compensé, au cœur de l'exécution du contrat, par sa capacité à promouvoir une forme de rétribution de la performance économique et sociale

La performance peut notamment être promue par la capacité du contrat de travail à développer la citoyenneté du salarié. Le statut de contrat incomplet, associé au principe de bonne foi y contribuent. L'objectif est alors de « *renouer avec la racine morale de l'économie* »¹¹⁶³. Le lien de subordination doit ainsi devenir subsidiaire pour laisser la place à un autre socle contractuel et conventionnel : la bonne foi. C'est une vision renouvelée du droit du travail qui permettra de conjuguer son utilité avec les performances économiques. Le Pr. Gérard Lyon-Caen postule que « *la liberté (du salarié) est le principe, et le pouvoir de direction ne peut que lui apporter certaines restrictions, étroitement finalisées et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise* »¹¹⁶⁴. Ce principe brille de sa matérialité avec la *bonne foi* renforcée.

La loyauté de l'employeur dans la restauration de la citoyenneté est un déterminant intangible de l'engagement du salarié : l'impact sur la productivité peut être, selon les contextes, important. Une synthèse de soixante-treize études conduites sur le lien entre syndicalisme et productivité montre que l'impact est variable : « *Les syndicats ont, au mieux, un effet légèrement positif sur la productivité* »¹¹⁶⁵, le gain moyen sur la productivité étant évalué à 1%¹¹⁶⁶ environ. Cependant, on sait que les moyennes cachent parfois une forte disparité, les écarts-types pouvant être importants. L'analyse témoigne de ce que « *la qualité des relations sociales est un adjuvant nécessaire* »¹¹⁶⁷ à la croissance économique. La contingence de l'impact relève surtout de la structure de marché dans laquelle les entreprises évoluent ; plus la pression concurrentielle est forte, moins grande est la rentabilité.

¹¹⁶³ EYMARD-DUVERNAY (F.), « *Calculer ou débattre* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p.96.

¹¹⁶⁴ *Idem*, p. 97 ; l'auteur cite le rapport établi au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle de 1992, *Les libertés publiques et l'emploi*, p. 155.

¹¹⁶⁵ FERRACCI (M.), GUYOT (Fl.), *Dialogue social et performance économique*, Sciences PO. Les Presses, 2015, p. 53.

¹¹⁶⁶ RAY (J-E.), « *La place de la négociation collective en droit constitutionnel* », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, oct. 2014.

¹¹⁶⁷ FERRACCI (M.), GUYOT (Fl.), *préc.*, p 55.

Le salarié ne pourra donner le plein épanouissement de ses ressources que s'il existe comme citoyen au cœur de la collectivité de travail. Le droit du travail doit lui permettre d'exercer ses libertés d'une triple manière : liberté *dans* le travail (droit à la participation, autonomie, droit de regard sur l'objet de son travail, etc.), liberté *du* travail désintéressé (lui permettant d'exercer ses capacités en dehors de l'emploi subordonné), liberté *de* changer de travail (d'où la nécessité d'investir les marchés transitionnels du travail)¹¹⁶⁸.

267 – Validation des sciences connexes - L'hypothèse de dualité est valide au sens des sciences de gestion et de l'économie du droit.

Le Pr. Jean-Marie Peretti souligne tout d'abord l'importance des systèmes de participation : « *Pour stimuler les suggestions, les entreprises ont raccourci les délais de traitement des idées, valorisé leurs auteurs par des signes de reconnaissance et veillé à la mise en oeuvre effective des suggestions les plus efficaces* »¹¹⁶⁹. L'employeur active ainsi les émotions et concomitamment, l'impact des incitations non monétaires sur la motivation : « *Cela conditionne la confiance entre employeurs et salariés, à la base de la construction de contrats relationnels* »¹¹⁷⁰. En rendant le pouvoir de direction subsidiaire, en consacrant la voix collective des salariés grâce au dialogue social, les employeurs contribuent directement à la performance de l'institution.

Le Pr. Ejan Mackaay souligne enfin que « *l'effort du créateur n'est déployé que si les fruits qui en résultent lui reviennent, pour partie au moins* »¹¹⁷¹. En l'absence de détention de la propriété intellectuelle pour l'innovateur salarié, la perspective de l'effectivité d'une rémunération conséquente associée à une libération du travail au sens de M. Alain Supiot, permettent de considérer la relation duale voix-innovation comme valide : les règles qui encadrent la relation de travail apparaissent alors centrales dans les modalités de coordination entre employeur et salarié(s)¹¹⁷².

¹¹⁶⁸ V. SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993, pp. 719-720.

¹¹⁶⁹ PERETTI (J-M), *Gestion des ressources humaines*, Vuibert, 2016, p. 219.

¹¹⁷⁰ VILLEVAL (M. C.), *L'économie comportementale du marché du travail*, Sciences Po, SÉCURISER L'EMPLOI, nov. 2016, p. 94.

¹¹⁷¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 149.

¹¹⁷² V. DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, p. 264.

B) Obstacle sociologique

268 – Position du problème – Notre histoire économique récente relève de deux cycles : une phase d'expansion économique (les Trente Glorieuses¹¹⁷³) continue et exceptionnelle, ainsi qu'une phase de récession depuis la crise de 1973. Les historiens estiment que le mode de vie des français a plus évolué durant les Trente Glorieuses que durant les deux siècles précédents, et que le niveau de vie a été multiplié par cinq de 1945 à 1975, ce qui correspond à une croissance annuelle moyenne d'environ 5,9%.

Alors que la valeur ajoutée produite était massivement distribuée au facteur travail, la question de l'efficacité de la démocratie de représentation n'était pas essentielle ; le dialogue social qu'elle implique, aujourd'hui déterminant, comme la confiance nécessaire, étaient masqués par la distribution continue des fruits de la croissance : « *Cette prospérité nous avait permis de trouver un compromis social pérenne entre le travail et le capital : la fameux compromis fordiste qui s'associait à une forme de régulation protectrice du salariat. Le progrès s'appréciait sur un horizon infini* »¹¹⁷⁴.

Avant les lois sociales de 1982, l'essentiel de la négociation collective était une « négociation d'acquisition quantitative », financée par une croissance économique sans précédent. Juridiquement, l'ordre public social a été investi par un principe de faveur qui n'avait aucune raison d'être remis en cause. Le droit du travail à cette époque n'était pas encore devenu un droit de l'emploi. C'est à partir du moment où les avantages acquis sont devenus des contreparties (« accords donnant-donnant ») que les questions de démocratie sociale se sont posées. Depuis que le régime de représentation et de protection des délégués a été institué, l'entreprise et la société ont évolué. Des amendements ont successivement été apportés par les différentes lois sociales pour tenter de lever un certain nombre de difficultés. Pourtant, la démocratie reste en chantier.

269 – Faiblesse du taux de syndicalisation - L'enquête Dares de 2016¹¹⁷⁵ précise que si le taux de syndicalisation est de 19,4% dans le secteur public, il n'est que de 8,5% dans le secteur privé. Ce taux tombe à 5% dans les entreprises de moins de 50 salariés. Elle précise

¹¹⁷³ Selon l'expression de M. Jean FOURASTIÉ dans son ouvrage *Les Trente glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, publié en 1979. L'auteur a fait référence aux *Trois Glorieuses*, journées révolutionnaires des 27, 28 et 29 juillet 1830.

¹¹⁷⁴ CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 6.

¹¹⁷⁵ DARES analyses, « *La syndicalisation en France* », Mai 2016, n°25.

aussi que, quel que soit le secteur, une analyse « toutes choses égales par ailleurs » confirme le lien entre la taille de l'établissement et l'adhésion syndicale¹¹⁷⁶.

Ce taux interroge, surtout lorsqu'on le compare à l'ensemble des pays européens où il est en moyenne de 23%, les pays les plus syndiqués dépassant les 70%¹¹⁷⁷. La France est la moins syndiquée d'Europe, avec l'Estonie et la Lituanie. L'éclatement des raisons identifiées par la Dares ne plaide pas en la faveur d'un retournement de tendance ; elle cite : « *Au-delà des explications propres à chaque pays, les transformations du monde du travail, notamment le déclin de l'activité industrielle et d'une culture ouvrière partagée dans tous les pays européens, qui constituait la base de l'action collective, a laissé la place à de nouvelles identités sociales, d'autant plus fragmentées que le travail est irrégulier, l'emploi atypique, les parcours professionnels discontinus. L'importance du chômage, l'intensification du travail, les nouvelles formes d'organisation du travail et de management de plus en plus individualisées, constituent autant d'obstacles à l'engagement syndical et représentent des enjeux communs à l'ensemble du monde syndical* »¹¹⁷⁸. Le déclin de l'activité industrielle est continu. Il touche des fleurons de l'industrie française (par exemple, Florange en 2012, Alstom en 2016) et se manifeste clairement dans les chiffres ; en dix ans, le nombre d'emplois industriels a décliné de 14% de façon continue et quasi-constante¹¹⁷⁹ ce qui le porte à environ 11% de la population active. Si l'enquête pointe la fin du capitalisme industriel, elle insiste sur les changements culturels comme sur les conséquences de la faiblesse du modèle industriel qui emporte avec lui de nombreuses conséquences : la création d'un second marché du travail, la triangulation des relations de travail ou encore la multiplication des transitions.

270 – « Stratification » accentuée et faiblesse du modèle de représentation - La représentativité qui s'est construite depuis la révolution industrielle et jusque dans les années 1970 l'a été sur le modèle industriel qui est à la base du système capitaliste traditionnel. Qu'il s'agisse des délégués-ouvriers des accords Matignon ou des délégués syndicaux des accords de Grenelle, c'est bien sur la base de ce modèle qu'ils ont été institués. Cependant, depuis les années 70, on assiste à une évolution du capitalisme.

Il est évoqué celui basé sur son financement (capitalisme financier), celui basé sur l'origine de la création de valeur (capitalisme immatériel), celui basé sur son organisation (modèle

¹¹⁷⁶ *Idem*, p. 3.

¹¹⁷⁷ Suède et Finlande.

¹¹⁷⁸ DARES analyses, préc., p. 8.

¹¹⁷⁹ 3600 milliers d'emplois industriels en 2007, 3250 en 2012, 3100 en 2016 ; Source Insee, Le Monde, 17 déc. 2016.

réticulaire de l'économie) où ressort en particulier la relation déterminante avec le consommateur. En l'occurrence, le développement d'une économie de services diversifie les façons de produire, marquant une différence patente avec le modèle industriel. Le lieu de travail ayant changé, la production est éparse, ce dont témoigne la société de réseaux ou le modèle réticulaire. Cette évolution aboutit à un changement de rapports de forces entre le capital et le travail. Ce changement a été, au cours des années 80, un facteur favorable à la constitution d'un puissant capitalisme financier ; il met en jeu des forces sociales qui continuent de se cristalliser dans les organisations productives mais en changeant la place et le pouvoir. Elles interrogent alors sur le sens de l'action des institutions représentatives du personnel (IRP) traditionnelles dont la crise du modèle de représentation ne semble pas favorable à l'efficacité. La « stratification » des représentations joue contre l'unité de représentation¹¹⁸⁰, quand le sens de l'expression de *l'intérêt collectif* se perd avec la faiblesse du taux de syndicalisation¹¹⁸¹.

271 – L'individualisme de singularité - Les déterminants du modèle de choix rationnel peuvent avoir une nature irrationnelle : ce sont souvent les forces psychologiques qui expliquent les plus grandes évolutions. On prend comme appui le développement construit par MM. George Akerlof et Robert Shiller en publiant en 2009, « *Les esprits animaux. Comment les forces psychologiques mènent la finance et l'économie ?* ». Les auteurs expliquent qu'environ trois quart des décisions économiques ont une origine autre que la rationalité : la confiance, l'équité, la corruption, l'illusion monétaire, le consensus commun. Par déduction-induction, on en tire comme conséquence que le changement de nature du capitalisme seul ne peut expliquer la désaffection pour les syndicats.

Il est probable que des phénomènes sociologiques expliquent la faiblesse du taux de syndicalisation ; Mr Franck Petit et Mme Evelyn Bledniak précisent d'ailleurs que « *l'individualisation des situations salariales dans l'entreprise et la vie sociale, la désagrégation des réseaux de solidarité seraient également explicatifs de l'éclatement du collectif* »¹¹⁸². L'éparpillement des modes de production accentue mécaniquement le

¹¹⁸⁰ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J, 2000, p. 3 ; la pluralité des représentations résulte de la succession d'interventions législatives au fil des événements politiques et des crises sociales. La stratification a conduit la jurisprudence et les auteurs à distinguer les moyens, les prérogatives et l'unité de représentation (c'est-à-dire le cadre de représentation).

¹¹⁸¹ *Idem*, p. 5 ; de la même façon que la représentation politique permet l'expression de l'intérêt général, cette représentativité syndicale permet l'expression de l'intérêt collectif, notamment dans l'exercice du droit à la négociation collective.

¹¹⁸² BLEDNIAK (E.), PETIT (F.), *Délégué du personnel délégué syndical institutions voisines*, 15^e éd., « Encyclopédie Delmas », Dalloz, 2017-2018, p. 14.

phénomène. Il s'associe parfaitement à « *l'entrée dans un nouvel âge de l'individualisme : l'individualisme de singularité. (...) Les individus sont dorénavant autant déterminés par leur histoire personnelle que par leur condition sociale* »¹¹⁸³. La crise des solidarités et de l'engagement en sont probablement les conséquences manifestes ; elles entraînent une désaffection pour un militantisme syndical qui permettait avant tout l'expression de l'intérêt collectif. Il contribue à voir se déliter son acception française, qui, dépassant chaque individu, serait l'émanation de la volonté collective. C'est alors un rapprochement avec la conception anglo-saxonne, consacrée par Adam Smith qui se renforce : « *Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière et du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts* »¹¹⁸⁴. L'intérêt général serait ainsi formé de l'ensemble des intérêts particuliers : si chaque partie prenante recherche son propre bénéfice, elle agit ainsi, inconsciemment, à son insu, pour le bien de l'ensemble de la société.

C) Obstacle institutionnel

272 – Position du problème - La question se pose de savoir si notre modèle de représentation n'est pas devenu inadapté à l'évolution du fonctionnement de notre capitalisme. Le cas échéant, alors que le dialogue social est un déterminant de la valeur créée en entreprise, il en serait la première victime.

273 – Absence de droit de l'entreprise – Le droit qui régit les relations dans l'entreprise est « stratifié » ; qu'il s'agisse du Code du travail, du Code du commerce ou du Code pénal, le vide juridique gouverne l'entreprise. Ainsi, les dirigeants sociaux tirent leurs pouvoirs de la théorie de l'institution et des constructions jurisprudentielles de la chambre sociale. Mais en tant qu'organe de direction, ils sont des mandataires sociaux qui bénéficient d'attributions obtenues des dispositions du Code du commerce. Le mandat social étant révocable à tout moment, cela en dit long sur la rationalité pouvant animer des mandataires sociaux soumis à la domination des porteurs de titres. L'absence de droit de l'entreprise lui est préjudiciable ; celui-ci serait avant tout organisé autour de la question de l'intérêt social, et par extension, de ses parties prenantes. « *Ce vide juridique indique les chantiers à ouvrir pour restaurer l'entreprise et favoriser les projets de création collective. Il s'agit de fournir aux acteurs un modèle positif de l'entreprise, afin qu'ils puissent adopter des règles cohérentes avec leur*

¹¹⁸³ ROSANVALLON (P.), *Le parlement des invisibles*, Seuil, 2014, p. 21.

¹¹⁸⁴ SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, trad. G. Garnier et A. Blanqui, Livre Premier, Chapitre 2 : "Du principe qui donne lieu à la division du travail", coll. GF, Flammarion, Paris, 1991, p. 81-82.

projet social. De ce point de vue, un droit de l'entreprise est un préalable nécessaire »¹¹⁸⁵.
Le dialogue social n'est donc pas objet de droit.

274 – Dilution de la théorie unitaire de la notion de représentation – La stratification des sources de droit en entreprise tout comme celle des modèles de représentation, ajoutent aux conséquences de l'éclatement des modes de production. Cela conduit à la conclusion selon laquelle la consultation du collectif de travail s'avère imparfaite¹¹⁸⁶. La relation duale entre voix et innovation est malmenée par le modèle traditionnel de représentation et par la division juridique des entreprises.

De longue date, l'opposition entre représentants élus et représentants syndicaux n'a pas servi le dialogue social, ce qu'indique en substance M. Franck Petit quand il souligne que « *l'éparpillement des institutions représentatives du personnel (IRP) n'a pas été favorable à leur efficacité* »¹¹⁸⁷. Ensuite, s'il n'est pas sûr que les élus agissent au nom des salariés, les seconds sont aussi présentés comme les mandataires d'une personne juridique extérieure à l'entreprise¹¹⁸⁸. Enfin, le rôle des élus est altéré à la fois par leur segmentation et la réalité de la taille des entreprises françaises. Pour M. Franck Petit, une distinction peut être faite entre l'élu agissant à titre individuel (le délégué du personnel) et les institutions collégiales assurant une expression collective des salariés¹¹⁸⁹. Si les délégués sont les mandataires des salariés rattachés à l'établissement où ils sont implantés, le cloisonnement de leur mission les conduit à ne représenter que les intérêts du personnel qui appartient au cadre de l'élection (et non de l'ensemble du personnel). Toute autre est la situation du représentant de l'expression unitaire des salariés de la société que représente le comité d'entreprise. Dans les deux cas, leur action est entravée par la croissance du nombre de petites entreprises : en 2011, l'Insee a relevé que 99,8% des entreprises sont des TPE et PME. Une très grande majorité d'entre elles (96%) sont des microentreprises.

275 – Émergence de nouveaux périmètres de représentation – Comme interrogation relative à la loyauté de l'employeur, l'arrêt fondateur du 23 avril 1970¹¹⁹⁰ a indiqué qu'il incombe aux juges correctionnels de « *rechercher si la substitution d'une société*

¹¹⁸⁵ SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », La République des Idées de Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011.

¹¹⁸⁶ Par analogie à la terminologie d'*accords imparfaits* de M. Franck PETIT.

¹¹⁸⁷ PETIT (F.), « *Une représentation du personnel à la carte* », Droit Social, n° 6, juin 2016, p. 1.

¹¹⁸⁸ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J, 2000, p. 5.

¹¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹¹⁹⁰ Crim., 23 avril 1970, pourvoi n° 68-91.333, publié au bulletin.

commerciale à une autre n'a pas dissimulé la continuation d'une même entreprise et si le changement de forme juridique apporté à cette entreprise n'a pas été utilisé, en fraude de la loi, pour faire échec à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ». La Cour de cassation montre ainsi que la représentation du personnel ne doit pas être altérée par la division juridique des entreprises. Ensuite, la chambre sociale a reconnu aux partenaires sociaux la possibilité de décider conventionnellement d'attribuer des droits collectifs aux unités économiques et sociales (UES). Par l'arrêt du 12 juillet 2006, elle indique : « *Un accord collectif emportant reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place d'institutions représentatives du personnel* »¹¹⁹¹. Cet arrêt a ensuite fait jurisprudence¹¹⁹².

Cela fait dire à Mme Laurence Pécaut-Rivolier que la jurisprudence sur l'UES n'est autre qu'une recherche permanente des juges pour parvenir à un équilibre entre le pouvoir de gestion de l'employeur et les droits des salariés¹¹⁹³. On y voit une compensation de la dilution de la théorie unitaire de représentation propre, *a minima*, à lutter contre les abus de l'employeur, et dans l'idéal, à promouvoir le dialogue comme source de démocratie sociale dans l'entreprise.

§ II – Le dialogue social recomposé

A l'invitation d'une approche doctrinale riche et des organisations d'employeurs, le juge et le législateur ont permis l'émergence de nouvelles formes de représentation (A) dont le dessein est de donner plus de matérialité aux perspectives d'une libération du travail en entreprise (B).

A) Les nouvelles formes de représentation

276 – Position du problème – La norme évolue pour lever les obstacles à la représentation. Bien au-delà des questions d'exercice du droit négocié, les salariés voient se dessiner un « *droit à la participation* ». Ce droit, à valeur constitutionnelle, fait voler en éclats leur (injuste) qualité de « *simples tiers contractants de la société* »¹¹⁹⁴ à l'instar des partenaires économiques que sont clients et fournisseurs. Si une première forme de participation permet

¹¹⁹¹ Soc., 12 juil. 2006, pourvoi n° 04-40.331, publié au bulletin.

¹¹⁹² V. Soc., 23 sept. 2009, pourvoi n° 07-44.200, publié au bulletin (incidence de la mobilité au sein d'un groupe ou d'une unité économique et sociale).

¹¹⁹³ PECAUT-RIVOLIER (L.), « *L'unité économique et sociale, quel avenir ?* », Droit social, n° 11-12, nov.-déc 2012, p. 978.

¹¹⁹⁴ LIEUTIER (J.-P.), « *La participation des salariés au capital et à la gestion à travers quelques aspects de droit des sociétés* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 1012.

la « négociation légiférante », l'exercice de ce droit est aussi la conséquence d'un « système mixte » qui permet au personnel de participer aux décisions de gestion et au capital. Dans tous les cas, ce droit consacre l'ambition de la représentation d'une « belle inconnue »¹¹⁹⁵, l'insaisissable collectivité de travail. Certaines formes de représentation se révèlent singulières, au regard de la représentation traditionnelle des salariés en entreprise.

277 – Fusion des institutions représentatives du personnel (IRP) – Au sein de l'entreprise, le regroupement conventionnel des IRP a été permis dans les entreprises de plus de 300 salariés et dans les groupes de sociétés. Ce regroupement est une volonté institutionnelle ancienne puisqu'elle avait déjà été émise en 1982 dans le rapport Auroux : « *Dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, un accord peut prévoir le regroupement des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de deux de ces institutions représentatives au sein d'une instance exerçant l'ensemble des attributions des institutions faisant l'objet du regroupement. L'instance est dotée de la personnalité civile et gère, le cas échéant, son patrimoine. (...)* »¹¹⁹⁶. Cette réunification est porteuse d'efficacité, dans le sens où elle permet d'éluder les obstacles institutionnels évoqués précédemment. On y voit un soutien effectif à représentation des intérêts du personnel.

C'est l'enjeu de la démocratie de délégation qui est aussi porté par cette évolution. Il semble en effet important de s'assurer que l'ensemble de la collectivité du personnel se reconnaisse dans ses modèles de représentation. Au soutien de l'affirmation du Pr. Franck PETIT qui précise que « *le consentement prend tout son sens dans la construction de la représentation du personnel* »¹¹⁹⁷, le regroupement permet enfin de tempérer le forçage du consentement collectif.

Si les salariés peuvent avoir à y gagner, ils ne sont pas les seuls : l'intérêt de l'employeur est aussi porté par ce regroupement : de vingt-huit réunions annuelles, il peut passer à six !¹¹⁹⁸ Lorsque les I.R.P. sont habilitées à investir le champ de la négociation collective, c'est alors l'exercice de la subordination qui peut aider l'employeur à défendre ses intérêts.

¹¹⁹⁵ Selon l'expression du Pr. Pierre-Yves VERKINDT dans « *La collectivité de travail* », Droit social, n°11-12, déc. 2012.

¹¹⁹⁶ C. trav. art L. 2391-1.

¹¹⁹⁷ PETIT (F.), « *Une représentation du personnel à la carte* », Droit Social, n° 6, juin 2016, p.1.

¹¹⁹⁸ Dans les entreprises de plus de 300 salariés ce sont 28 réunions annuelles minimum qui ont lieu (12 réunions du CE, 12 réunions des DP et 4 réunions du CHSCT). Avec la DUP, *a minima*, une réunion tous les deux mois est prévue.

278 – Conseil d’entreprise – La démocratie sociale semble confortée par l’institution d’une nouvelle forme de représentation. Le conseil d’entreprise peut être institué en lieu et place du comité social et économique dans les entreprises avec ou sans délégué syndical, ainsi que dans les entreprises appartenant à une unité économique et sociale. A la différence du comité social et économique (CSE)¹¹⁹⁹ qui ne fait qu’assurer l’expression collective de l’intérêt des salariés, le conseil d’entreprise est le seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions d’entreprise¹²⁰⁰. C’est l’évolution portée par l’ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l’entreprise, et favorisant l’exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

Le conseil d’entreprise assure une fonction de représentation du personnel. Dans les entreprises de 11 à 49 salariés, le CSE exerce les missions générales actuellement dévolues au délégué du personnel (présentation des réclamations individuelles ou collectives, pouvoir de saisine de l’inspection du travail) et certaines du C.H.S.C.T. (contribuer à promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail dans l’entreprise, réalisation d’enquêtes en cas d’AT-MP). Comme les délégués du personnel, il est également consulté en cas de projet de licenciement collectif pour motif économique. En revanche, contrairement aux délégués du personnel, le CSE ne dispose plus du droit d’alerte en cas d’atteinte aux droits des personnes. Il ne sera ainsi plus informé ou consulté sur l’utilisation du CICE (crédit d’impôt pour la compétitivité et l’emploi) et n’exercera plus les missions du comité d’entreprise en matière de formation professionnelle. Enfin, il n’est plus prévu qu’il puisse accompagner l’inspecteur du travail lors de ses visites. Toutes ces compétences sont désormais dévolues aux CSE des entreprises d’au moins 50 salariés.

Le conseil d’entreprise assure une fonction de représentation des intérêts. L’article L. 2321-1 C. trav. dispose que ledit conseil est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d’entreprise ou d’établissement. On assiste alors à une confusion entre les missions de représentation du personnel et de représentation syndicale ; il appartient alors au représentant d’assurer, dans l’accomplissement de sa mission personnelle (c’est-à-dire exercée en son nom), un double équilibre. Le premier résulte de celui de la représentation des intérêts individuels et collectifs des salariés. Le second venant de la représentation de l’intérêt du personnel de l’entreprise et de l’intérêt collectif de la profession : la représentation des salariés par le syndicat est, en effet, conçue comme « *un titre de légitimité de l’intervention du*

¹¹⁹⁹ C. trav., art. L. 2311-2. al. 1 : « *Un comité social et économique est mis en place dans les entreprises d’au moins onze salariés* ».

¹²⁰⁰ C. trav., art. L. 2321-1.

syndicat, dans et hors de l'entreprise »¹²⁰¹. Il est permis d'y voir une forme d'indépendance face à l'exercice de la subordination de l'employeur. Déjà, après l'entrée en guerre, le mandat des délégués ouvriers avait été suspendu « *pour éliminer l'influence des communistes suspects* »¹²⁰², et avait été remplacé par des délégués désignés par les syndicats.

279 – Origines patronales et productiviste des nouvelles formes de représentation -

Comme lors de la création des délégués ouvriers lors des accords Matignon du 7 juin 1936, le patronat a été à l'origine du conseil d'entreprise.

Dans un document envoyé aux syndicats lors de la négociation sur le dialogue social le 30 octobre 2014, il avait proposé la création d'un conseil d'entreprise comme instance unique de représentation du personnel¹²⁰³. Il est permis d'y voir un soutien aux intérêts économiques de l'employeur ; déjà, en 1917, alors que la menace de la grève était inquiétante pour la production vitale des munitions, un décret du 17 janvier 1917 allait jeter les bases de la mise en place de délégués dans les usines de guerre, dans un but pacificateur et productiviste. Cela permet d'éviter de n'avoir que le syndicat comme interlocuteur, tout « *en contrôlant étroitement les délégués* » du personnel¹²⁰⁴ grâce à au pouvoir de subordination.

Aujourd'hui, si la force du capitalisme financier sert de contrepoids aux menaces de conflits sociaux, c'est sans nul doute l'enjeu du dialogue social comme vecteur d'innovation qui relève de cette proposition. On y voit une concrétisation de la nature socioproductive de la firme où le capital humain est un élément-clé dans le processus de création de valeur : « *Si la raison d'être de la firme est de créer continuellement des connaissances, c'est au travers de leurs interactions, au travers du groupe, que les connaissances se développent et se régénèrent* »¹²⁰⁵.

280 – Représentation du périmètre social de l'entreprise - Au-delà des divisions juridiques de l'entreprise, il semble prégnant de s'interroger sur l'insaisissable collectif d'individus qui

¹²⁰¹ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 5.

¹²⁰² OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 119.

¹²⁰³ Liaisons sociales, quotidien, « *Négociation sur le dialogue social : la patronat propose la création d'un conseil d'entreprise* », n° 16.702, 30 oct. 2014.

¹²⁰⁴ OLSZAK (N.), préc., p. 118.

¹²⁰⁵ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 64.

constitue les ressources de l'entreprise : « *Si le terme démocratie signifie le gouvernement par le demos, le peuple, qui peut prétendre être le peuple dans l'entreprise ?* »¹²⁰⁶.

Nombreux sont les auteurs qui s'interrogent sur le périmètre social de l'entreprise. Le choix de gestion que constitue la division juridique des entreprises¹²⁰⁷, la triangulation de la relation de travail¹²⁰⁸, la montée en puissance de la société en réseaux¹²⁰⁹, l'approche globale et dynamique du travail et de l'emploi avec l'émergence de marchés transitionnels du travail¹²¹⁰, portent atteinte aux modèles classiques de représentation du personnel. Ils viennent même poser une limite aux modèles nouveaux que constituent le comité économique et social et le conseil d'entreprise, puisque ceux-ci ne s'exercent le plus qu'au cœur de l'entreprise en tant qu'institution. La collectivité du travail se dessine de manière diffuse comme la trame d'un réseau rassemblant à la fois plusieurs lieux d'exercice des missions (la notion d'établissement distinct en témoigne) et la convergence d'indices factuels (proximité spatiale) ou juridiques (prêt de main d'oeuvre, gestion centralisée du personnel, identité de statut collectif). Cela fait dire au Pr. Pierre-Yves Verkindt que parce qu'insaisissable, il convient de la reconstituer au sein de l'entreprise et de l'envisager au-delà de celle-ci¹²¹¹. C'est alors la prévalence de la réalité sociale et économique sur l'organisation juridique apparente qui en devient consacrée.

Au soutien de cette démarche, la constatation conventionnelle ou judiciaire de l'unité économique et sociale tout d'abord. Elle a pour finalité la mise en place d'institutions représentatives du personnel appropriées. La reconnaissance judiciaire, de nature subsidiaire, vient sanctionner en l'occurrence l'absence d'accord entre les partenaires sociaux. La volonté de représentation de la réalité sociale reste cependant entière, puisque « *la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale (UES) ne peut être demandée par une personne étrangère à la collectivité de travail dont il s'agit d'assurer la représentation* ». Elle relève donc de l'initiative de l'employeur ou d'une organisation syndicale. La question se pose cependant sur la demande qui serait formulée par un salarié agissant individuellement¹²¹².

¹²⁰⁶ FADEUILHE (P.), « *La démocratie dans l'entreprise* », dans *Questions de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2000, p. 359.

¹²⁰⁷ V. PECAUT-RIVOLIER (L.), « *L'unité économique et sociale, quel avenir ?* », *Droit social*, n° 11-12, nov.-déc 2012.

¹²⁰⁸ V. HAVARD (Ch.), RORIVE (B.), SOBCZAK (A.), « *Client, employeur et salarié : cartographie d'une triangulation complexe* », *Economies et Sociétés (Série Socio-Economie du Travail)*, 2006, (27), p. 1229-1258.

¹²⁰⁹ CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2003.

¹²¹⁰ GAZIER (B.), « *Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative* », *Travail et Emploi*, 113, mars 2008.

¹²¹¹ VERKINDT (P.-Y.), « *La collectivité de travail* », *Droit social*, n° 11-12, déc. 2012, p.p. 1009-1010.

¹²¹² PECAUT-RIVOLIER (L.), préc., p. 977.

La question de la reconnaissance de la collectivité de travail au sein du groupe est plus incertaine. En effet, si l'existence d'intérêts communs semble patente, ce dont témoigne la notion de coemployeur¹²¹³, le Pr. Pierre-Yves Verkindt met en évidence la dilution des indices factuels, juridiques et sociologiques¹²¹⁴. Dans ce cadre « *il apparaît qu'il n'y a collectivité de travail que là où sont constatées à la fois une proximité spatiale et une iner/action* »¹²¹⁵. Ainsi, selon l'auteur, un cybernaute fera partie d'une communauté de travail quand un télétravailleur pourra difficilement y être rattaché. Bien qu'insaisissable, la reconnaissance de la collectivité de travail semble profitable à la performance de la firme. De nombreux groupes se sont emparés de la possibilité de reconnaissance conventionnelle de cette entité. Par un accord du 24 mars 2015, Renault a renforcé le rôle du comité de groupe, instance unique de représentation de tous les salariés de Renault au niveau mondial¹²¹⁶. La Poste a fait de même par la signature d'un accord majoritaire du 21 juin 2017, en instituant un comité de dialogue stratégique de groupe. Il concerne La Poste et toutes ses filiales¹²¹⁷.

Les enjeux de la représentation de la collectivité de travail sont prégnants. En l'absence de personnalité morale, qui, selon la thèse de la réalité, pourrait légitimement être reconnue puisqu'elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une expression collective, pour la défense d'intérêts dignes et licites¹²¹⁸, la reconnaissance d'une collectivité de travail permet d'assurer les fonctions de représentation, d'expression et de protection propres au droit social¹²¹⁹.

B) Les voies d'une libération

281 – La négociation légiférante - Au niveau national, la participation des syndicats à l'élaboration de la Loi nous paraît déterminante, tout au moins emblématique, de ce qu'elle permet aux organisations représentatives « *de prendre la main sur des questions à propos desquelles les pouvoirs publics estiment devoir légiférer* »¹²²⁰.

¹²¹³ V. GAURIAU (B.), « *Le co-employeur* », Droit social, n° 11-12, nov.-déc. 2012.

¹²¹⁴ VERKINDT (P.-Y.), préc., p. 1011.

¹²¹⁵ *Ibidem* ; ainsi, selon l'auteur, un cybernaute fera partie d'une communauté de travail quand un télétravailleur pourra difficilement être rattaché à une collectivité de travail.

¹²¹⁶ Liaisons sociales, quotidien, n° 16.833, 13 mai 2015.

¹²¹⁷ Liaisons sociales, quotidien, n° 17.356, 29 juin 2017.

¹²¹⁸ Arrêt du 28 janvier 1954 (54-07.081) – Cour de cassation – chambre civile 2.

¹²¹⁹ VERKINDT (P.-Y.), préc., p. 1012.

¹²²⁰ VERKINDT (P.-Y.), « *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 958.

L'Europe a tout d'abord montré l'exemple, en associant les organisations patronales et syndicales à la préparation des accords, et ce, avec deux actes majeurs. A travers l'Acte unique européen de 1986 tout d'abord, acte prégnant en ce qu'il a amendé plusieurs dispositions du Traité de Rome et a introduit une nouvelle forme de coopération en matière de politique étrangère, puis avec le Traité sur l'Union européenne de 1992, dit « Traité de Maastricht ». Le droit communautaire a ainsi démontré la capacité à pouvoir travailler avec les partenaires sociaux sur des sujets déterminants. L'Accord sur la politique sociale a été annexé au protocole sur la politique sociale du Traité de Maastricht. Cela a fait des émules, puisque « *la priorité ainsi reconnue à la négociation par rapport à la voie législative a donné des idées à des organisations professionnelles et syndicales françaises, puis à certains politiques* »¹²²¹.

De ces actes de démocratie, a été affirmée la résolution des partenaires sociaux à œuvrer pour que l'ANI devienne le « *moteur du système des relations professionnelles* »¹²²². Il était nécessaire de réconcilier l'ordre normatif aux exigences économiques : la dépression fut de 0,6% en 1993, seconde année de croissance négative depuis l'après-guerre. Cette baisse du Produit Intérieur Brut (PIB) a conduit l'État à diversifier les solutions pour lutter contre le chômage. Ainsi, l'article 39¹²²³ de la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993, a mis en place le premier mécanisme de subventionnement d'une réduction du temps de travail afin de développer ou préserver l'emploi. Le débat relatif au partage du travail battait son plein. Le législateur a permis l'accès à des allègements de cotisations sociales par le biais de mécanismes alors accessibles par la négociation collective.

Les partenaires sociaux ont amplifié la tendance en brisant deux tabous dans les deux accords nationaux interprofessionnels signés le 31 octobre 1995. Le premier a abouti à ce que les interlocuteurs sociaux saisis par le gouvernement puissent s'associer à l'élaboration de la loi. Dans le second, la possibilité est pour la première fois ouverte, dans la foulée d'une jurisprudence de la Cour de cassation¹²²⁴, de négocier dans les entreprises dépourvues de

¹²²¹ JEAMMAUD (A.), MASSE-DESSEN (H.), « *Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ?* », Semaine sociale Lamy, 18 avr. 2006, n° 1257, p. 8.

¹²²² *Ibidem*.

¹²²³ Art. 39, loi n° 93-1313 quinquennale du 20 déc. 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle : « *Il est institué une incitation à la réduction collective du temps de travail dont bénéficient les entreprises ou établissements dans lesquels, sous réserve des dispositions du II, un nouvel horaire collectif ayant pour effet de réduire la durée initiale de travail d'au moins 10 p. 100 est fixé soit par application d'une convention ou d'un accord de branche étendu, soit par un accord d'entreprise ou d'établissement, ayant pour objet un aménagement du temps de travail* ».

¹²²⁴ Cass. Soc. 25 janv. 1995, *Dame Charre c/ Comité français contre la faim*.

délégués syndicaux : ce sera la naissance de la technique du salarié mandaté¹²²⁵. Elément de consécration du dialogue social aux niveaux européen et national, cette participation des partenaires témoigne de la valeur qu'accordent nos représentants politiques, issus de la souveraineté populaire, au concept de représentation.

De nombreux textes¹²²⁶ sont nés de cette double légitimité. Une des plus récents a abouti à l'élaboration de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, qui a fait suite à l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés. En témoigne un changement important qui est intervenu dans chaque entreprise le 1^{er} janvier 2016. Tout employeur a eu l'obligation légale de proposer à ses salariés une complémentaire santé ou une mutuelle d'entreprise. Ce nouveau dispositif a été signé par les partenaires sociaux dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013. Un des éléments¹²²⁷ sur lesquels portait ce large accord concernait la complémentaire santé.

282 – Tempéraments - Au-delà de ce qui semble être une consécration de la volonté de dialogue social, l'ANI pose un certain nombre de questions. Issu d'un dialogue entre les partenaires sociaux, l'ANI est adopté lorsque la majorité représentative des syndicats et du patronat accepte les modalités du texte. Les thématiques abordées sont négociées entre les parties ou proposées par le gouvernement ; elles portent sur des points précis du droit du travail comme le temps de présence, les flexibilités horaires possibles, les minima salariaux, les droits au chômage, la complémentaire santé, etc. Tout ce qui est transversal à la plupart des contrats de travail signés en France est susceptible d'être concerné par un ANI.

¹²²⁵ C. trav., art. L. 2232-24 : « Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical lorsque, à l'issue de la procédure définie à l'article L. 2232-23-1, aucun élu n'a manifesté son souhait de négocier, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel. A cet effet, une même organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié. Les organisations syndicales représentatives dans la branche de laquelle relève l'entreprise ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations. Le présent article s'applique de droit dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dans lesquelles un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel ainsi que dans les entreprises de moins de onze salariés ».

¹²²⁶ L'Accord national interprofessionnel du 21 février 1968 sur l'indemnisation du chômage partiel, l'ANI du 23 nov. 1989 sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, l'ANI du 3 juillet 1991 relatif à la formation professionnelle, l'ANI du 13 nov. 2003 relatif aux retraites complémentaires Agirc et Arrco, l'ANI du 5 avril 2005 relatif à la convention de reclassement personnalisé.

¹²²⁷ Cet ANI a notamment modifié le CPF, les droits rechargeables à l'assurance chômage, la présence des salariés dans l'organe de gouvernance, la généralisation de la complémentaire santé minimale et l'encadrement des temps partiels.

L'adoption de nouvelles dispositions peut modifier les droits acquis des salariés mais aussi, donner plus de flexibilité ou de marges de manœuvre au patronat. Ces textes nationaux sont ensuite généralement recueillis par la loi, le législateur formalisant des mesures censées être d'autant plus légitimes qu'elles sont issues de la double représentativité : syndicale et nationale. Si les ANI renforcent manifestement la légitimité des lois, puisqu'ils vont au-delà de la simple « *administration consultative* »¹²²⁸, ils posent cependant un certain nombre de questions, ce dont témoigne la doctrine.

Tout d'abord, la question de « *l'inversion du pouvoir de création des normes* »¹²²⁹ est posée par M. Pierre-Yves Verkindt. En substance, elle montre que la légitimité des représentants syndicaux reste interrogée, dans un contexte d'érosion du positivisme dogmatique. Ensuite, même si le taux de couverture des accords est important, le faible taux de syndicalisation en France, qui va d'ailleurs décroissant, milite en ce sens. S'il était d'environ 20% en France lorsque le principe des ANI a été institué en 1971, il s'élève désormais à 8 % environ. A l'inverse, la refonte des règles de représentativité en 2008 pour les syndicats de salariés, et en 2014 pour les syndicats patronaux, participent d'un processus de légitimation des interlocuteurs sociaux. Seule une dimension constitutionnelle pourra probablement clore le débat, ce qui ne semble pas être d'actualité, puisque « *le projet de loi constitutionnelle tendant à insérer dans la Constitution un nouvel article constitutionnalisant un dialogue social préalable à la loi est toujours au point mort et pour l'instant reporté sine die* »¹²³⁰. Dès 1998¹²³¹ le Conseil constitutionnel lui-même « *a rappelé qu'aucune norme constitutionnelle n'obligeait le gouvernement à faire précéder la présentation des projets de lois concernant le droit du travail d'une négociation entre ces partenaires sociaux* »¹²³².

Cela poserait de nouvelles difficultés. Tout d'abord, les rythmes de la décision politique, des besoins de flexibilité des entreprises et de la négociation collective peuvent grandement diverger. Ensuite, constitutionnaliser la négociation légiférante poserait problème en l'absence d'accord : syndicats de salariés ou patronat pourraient ainsi jouer de leur droit de *veto* en évitant qu'un accord soit conclu pour bloquer le processus politique. Enfin, la question de la représentativité réelle des partenaires sociaux qui négocient reste posée ; entre les structures nationales fédérales et confédérales avec la base syndicale d'une part, mais aussi celle de la

¹²²⁸ VERKINDT (P.-Y.), « L'association des syndicats à l'élaboration de la loi », *Droit social*, n° 12, déc. 2015, p. 958.

¹²²⁹ *Ibidem*.

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ Cons. const., 10 juin 1998, n°98-401, DC, RFD const. 1998, p. 640, obs L. Favoreu.

¹²³² JEAMMAUD (A.), MASSE-DESSEN (H.), « *Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ?* », *Semaine sociale Lamy*, 18 avr. 2006, n° 1257, p. 8.

représentativité de la base syndicale, d'autre part, vis-à-vis la communauté des salariés, syndiqués ou non.

282 – La question démocratique en entreprise doit relever d'une ambition - Il ne suffit pas que soient instituées de nouvelles formes de représentation pour que l'exercice de la démocratie sociale relève effectivement du dialogue social. Le dialogue social est en effet, une notion incertaine. Sous une vision réductive, il relève du simple *fonctionnement* des organes institués. Sous une vision extensive, il relève du sens que l'employeur voudra bien donner au mot *dialogue*.

Le dialogue sera dévitalisé chaque fois qu'il y aura une dépréciation de la pensée politique de l'institution révélée par l'entreprise. C'est alors que l'employeur n'aura en face de lui qu'un collectif de travailleurs désintéressé à la cause économique qu'il porte. Le dialogue doit ainsi relever du *dictum* : les instances étant renouvelées, conventionnellement ou judiciairement instituées, elles doivent désormais réellement fonctionner. Pour ce faire, l'employeur et le conseil d'entreprise doivent œuvrer dans l'intelligence de l'intérêt social. Par delà les effets de la subordination, cette prise de conscience relève de l'élévation des travailleurs au rang de sujets de droit. Si en théorie, la subordination prive le salarié de sa liberté, en pratique, la promotion du dialogue social rétablira un équilibre avec la situation de l'employeur.

283 – Incitation à la responsabilité sociale - Au final, c'est la problématique de la responsabilité sociale de l'entreprise qui est interrogée. Les nouvelles possibilités de représentation de la collectivité du personnel doivent s'analyser comme des incitations (au sens de l'économie du droit) au profit de la performance de l'entreprise. Le bénéfice qu'en tireront les parties prenantes relève de la *récompense*, au sens de la *théorie des incitatifs juridiques* portée par l'analyse économique du droit. Les nouvelles institutions sociales de l'entreprise sont alors censées changer la conduite du choix rationnel. Elles sont « *des incitatifs juridiques qui ont pour objectif d'influencer le décideur intelligent* »¹²³³.

Comme indiqué précédemment, la question démocratique relève alors d'une ambition partagée. Un changement dans la structure incitative ne règlera pas entièrement la question du dialogue social. Il n'aura qu'un effet marginal. Seuls les employeurs les plus sensibles aux incitatifs décideront de faire évoluer leur comportement. D'autres continueront toujours à se comporter de manière indésirable en niant la question de la civilisation en entreprise. Si les

¹²³³ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, 36.

premiers en récolteront prioritairement les fruits, les seconds ne feront probablement évoluer leur comportement social qu'au terme de la résolution d'une nouvelle équation. L'apprentissage de la responsabilité sociale supposera alors qu'une boucle de rétroaction soit introduite dans le modèle traditionnel de rationalité : « *C'est à partir d'une analyse critique de ses résultats qu'une entreprise peut puiser la volonté de progresser* »¹²³⁴.

284 – Remarque conclusive - Les voies d'une libération du travail relèvent alors de la *volonté* de faire vivre une liberté partagée réciproque, la responsabilité sociale devant amener l'employeur à s'engager préalablement à ses salariés. C'est à ce prix que les parties au contrat de travail pourront alors devenir de vrais *partenaires* sociaux. Si tel n'est pas le cas, l'employeur doit être convaincu que la démocratie participative est dotée de belles qualités : « *Sa vertu est de pouvoir rendre concrètes des décisions sur des problèmes eux-mêmes concrets, revitaliser l'esprit de communauté, solidarité et responsabilité, là où fermentent tant de bonnes volontés sous-employées* »¹²³⁵.

¹²³⁴ GOND (J-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd., 2016, p. 110.

¹²³⁵ MORIN (E.), *La Voie*, Fayard, 2011, p. 68.

Conclusion du chapitre 2

Le pacte de confiance peut être restauré grâce au processus expansif de décentralisation des règles de droit. Il en devient un véritable outil de flexicurité. Associé à une collectivité de travail et à des partenaires sociaux mieux représentés et formés, à une éthique de management, mais aussi à des politiques publiques qui sauront installer dans le temps les conditions de la soutenabilité du modèle, il n'est pas exclu que la France puisse résorber son déficit de compétitivité-prix tout en renforçant sa compétitivité structurelle. L'ensemble de ces mesures traduira une modernisation du tissu productif dans toutes ses composantes. Même si le législateur a désormais installé la plupart des incitatifs juridiques qui permettront aux entreprises de pouvoir efficacement s'autoréglementer, l'adjuvant de la réussite que représente le pacte de confiance ne se décrète pas. Installer le dialogue social relève de la volonté d'innovation : comme toute nouvelle acculturation, cela prendra du temps.

Le Pr. Paul-Henri Antonmattei souligne qu'« *il est temps de changer de rythme et d'utiliser plus fortement les espaces de liberté élargis. L'urgence est à l'accompagnement des négociateurs* »¹²³⁶. Des chantiers restent ouverts si le législateur ne désire pas que l'évolution du droit social installe, au final, un « froid social ». Malgré le succès relatif que représentent les 29 000 accords et avenants signés par les délégués syndicaux en 2015, ne pas accompagner le mouvement de réforme pourrait nourrir le traditionnel clivage, entre des postures d'employeurs et de représentants de la collectivité des travailleurs marquées de douce indifférence. Ainsi que le souligne M. Antonmattei, la formation continue est une ressource qui permettra de professionnaliser les acteurs sociaux, et notamment les négociateurs subsidiaires. Il n'est pas impossible cependant que le législateur veuille aller plus loin en limitant les clauses de verrouillage, en restructurant plus encore les branches, en élargissant toujours plus les conditions d'accès au référendum d'entreprise, en déqualifiant légalement et globalement le statut individuel du contrat vis-à-vis de son statut collectif ou à l'inverse, en promouvant plus encore, l'ordre contractuel.

Ce renversement répondrait alors d'un échec des mesures instituées de démocratie sociale, en renforçant, plus encore une vision autonomiste qui déliterait toutes les avancées conduites grâce au modèle de démocratie sociale. Le *pacte* qui lui est attaché volerait en éclats, le droit du travail embrassant alors pleinement un mouvement réaliste du droit, au profit de la performance économique de court terme.

¹²³⁶ ANTONMATTEI (P-H), « *Peut mieux faire* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 877.

PARTIE II

POUR UNE PERFORMANCE MAITRISEE PAR LE DROIT DU TRAVAIL

285 – Position du problème - A ce stade de la réflexion, on a pu constater que le maillage des normes économiques et juridiques était possible. Scientifiquement motivé, le rapprochement ne peut se produire qu'au prix de la mise en œuvre d'actes essentiellement structurels. Ceux-ci n'ont d'autre objet que de recourir à l'intelligence collective, qu'il s'agisse, par exemple, de gérer les risques, de promouvoir une subordination juridique respectueuse de la partie faible au contrat, ou de rendre équitables les rapports de force qui s'exercent dans le cadre des relations collectives du travail. Le recours à la contractualisation du droit du travail contribue tout particulièrement à la valorisation de la norme conventionnelle par rapport au contrat d'une part, et face à la norme étatique d'autre part.

Ce droit « expansif » voit sa pertinence croître ; il ne cesse « *de puiser son contenu dans des règles d'origine professionnelle dont il organise en partie l'édiction. En partie seulement, car le régime de la relation de travail est celui du droit commun des obligations* »¹²³⁷. Il participe, presque incongrûment, à la légitimation des lois sociales, générales et abstraites, destinées à tous les partenaires sociaux. Réciproquement, il permet la prise en compte de la diversité des situations économiques et sociales, en devenant un véritable outil d'organisation des objets qu'il structure : branches d'activités, entreprises, établissements¹²³⁸. Cette évolution est tout à fait compatible avec celle que posait déjà Coase¹²³⁹ dans son célèbre théorème¹²⁴⁰. Selon ce théorème, et par opposition à la solution pigouvienn¹²⁴¹, « *à la solution autoritaire, arbitraire et à somme nulle proposée, s'oppose une solution spontanée, contractuelle et donc*

¹²³⁷ DUQUESNE (F.), *Droit du travail*, Gualino, 10^{ème} édition, 2015, p. 27.

¹²³⁸ Depuis 2004 notamment, avec la promulgation de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. Cette loi a grandement marqué les règles de la négociation collective. La volonté de dialogue et de négociation entre les partenaires sociaux prend une place prépondérante pour déterminer les règles applicables au niveau interprofessionnel, dans la branche ou au niveau de l'entreprise. De nouvelles règles de négociation naissent, tout comme un élargissement des thèmes confiés à la négociation.

¹²³⁹ Depuis la publication d'un article de 1960 « *The Problem of Social Cost* » in *Journal of Law and Economics*, Ronald COASE est considéré comme le père fondateur de la « théorie des coûts de transaction ». Né en 1910, l'économiste britannique a obtenu le Prix Nobel en 1991. Il est décédé à Chicago en 2013.

¹²⁴⁰ Selon l'expression de l'économiste américain George STIGLER.

¹²⁴¹ Cette solution est celle de l'arbitraire, où l'un des cocontractants gagne quand l'autre perd. Elle propose le recours à l'Etat. Arthur Cecil PIGOU influença grandement John Maynard KEYNES, dont il fut le professeur. Il a introduit la notion d'externalité et a travaillé sur l'économie du bien-être. Il publia en 1920 « *The Economics of Welfare* ».

à somme positive. Jusqu'à Coase, personne n'avait jamais posé cette question pourtant si simple, mais si fondamentale : et si les parties arrivaient à trouver un accord ? »¹²⁴². Le contrat collectif du travail intervient alors en complément de la contractualisation du rapport de travail pour renforcer la capacité des parties au contrat à en aménager l'exécution tout en gérant les risques encourus¹²⁴³. Parfois même, la contractualisation, individuelle ou collective, permet d'organiser la fin du contrat. Ce processus repose sur le socle de la bonne foi, sans lequel l'entente devient impossible.

286 – Limites de la norme conventionnelle - Au cours des quatre dernières décennies, tous les observateurs éclairés ont constaté l'expansion manifeste de la norme conventionnelle. A chaque loi sociale, elle-même issue de plus en plus fréquemment d'accords nationaux interprofessionnels, le législateur aura su imposer les sources de droit secrétées par le milieu professionnel comme vecteur d'aménagement de l'exécution du contrat. Si leur légitimité ne semble pas interrogée, leur pertinence en toutes circonstances le devient : tous les partenaires sociaux n'y voient pas les mêmes avantages. Le recours à la norme négociée peut révéler des difficultés de mise en œuvre dans les très petites entreprises. Quand, dans les institutions plus grandes, des situations de forçage collectif du consentement pourront être usitées. C'est alors l'autonomie de la volonté collective qui en sera entachée.

La négociation collective a changé de nature. D'une négociation quantitative, permettant d'acquérir de nouveaux droits et avantages, financée par la richesse produite durant les Trente Glorieuses, nous sommes passés, depuis 1982, à une négociation de crise, où les avantages obtenus par les salariés sont essentiellement devenus des contreparties aux besoins de flexibilité des entreprises. Les accords dérogatoires, les dispositions de l'article L. 2254 C. trav. tout comme le renversement de la hiérarchie des normes, témoignent de la capacité de la norme collective à soutenir le besoin de flexibilité ; dans le même temps, ce qui peut parfois être perçu comme une incitation entache la sécurité des salariés dans l'emploi.

L'exemple des accords de modulation du temps de travail est révélateur. Venant infirmer la position jurisprudentielle selon laquelle « l'instauration d'une modulation du temps de travail

¹²⁴² SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 181.

¹²⁴³ Le droit des obligations a fait en 2016 l'objet d'une réforme qui pourrait bien bousculer dans l'avenir certains grands principes jurisprudentiels. On pense à la question du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats. Le prix n'ayant pas à être déterminé, non plus que déterminable, au moment de la conclusion de la convention, cela pourrait bousculer la règle selon laquelle la rémunération fait partie du socle contractuel, et dans un premier temps, la rémunération variable. Plus globalement, cela pourrait modifier le partage des risques entre employeur et salarié, en défaveur de ce dernier.

constitue une modification du contrat de travail »¹²⁴⁴, il devient possible à l'employeur de comptabiliser le temps de travail sur une période supérieure à une semaine en modifiant simplement les conditions de travail. Cette possibilité déroge aux dispositions de l'article L. 3121-29 du Code du travail qui précise que « *les heures supplémentaires se décomptent par semaine* ». Durant cette période, et en fonction des commandes prévisionnelles, peuvent se succéder des phases de haute et basse activité. Cela sécurise *in fine* l'emploi, mais dégrade la rémunération immédiate des salariés et leurs libertés dans le travail. Ce système de sécurisation de l'emploi est par là même un outil de maintien de la compétitivité-prix de l'entreprise. Il témoigne d'une dérogation manifeste aux dispositions ordinaires du Code du travail¹²⁴⁵ par l'instauration légale d'une prévalence¹²⁴⁶ d'accords de type donnant-donnant où des contreparties réciproques sont envisagées.

287 – Place normative du contrat individuel de travail – De nombreuses questions continuent de se poser : en l'absence de *dialogue* social, comment organiser l'exécution du contrat ? Les intérêts des cocontractants peuvent-ils devenir convergents ? Toutes les catégories professionnelles doivent-elles être traitées selon la même norme ? Avec le renouveau du travail indépendant, tous les salariés relèvent-ils d'une norme collective ? La confiance que suscite le renouveau des libertés au travail est-elle applicable en tous contextes ? La jurisprudence est-elle une ressource ou un facteur de résistance ? A ce stade de notre réflexion, et au-delà du statut collectif du contrat de travail, il semble essentiel de restaurer, au regard du souci de performance, le contenu négociable du contrat de travail¹²⁴⁶. Ainsi, les clauses de rendement constituent une incitation conventionnelle au dépassement, à l'action, et de manière plus globale à la performance¹²⁴⁷ : si la norme collective peut prévoir la coordination, la norme contractuelle peut organiser la coopération. Elle peut constituer, pour l'économie du droit, un élément de la *théorie des incitatifs* apparaissant avec le double objectif de produire des effets de droit, mais aussi de permettre au contrat de produire de tels effets sur la durée : « *L'efficacité attendue ne saurait être cantonnée au strict cadre contractuel, mais oblige à réintégrer le contrat dans son environnement économique* »¹²⁴⁸. Les clauses de non-concurrence, de rendement ou de mobilité intègrent parfaitement cette réalité.

¹²⁴⁴ Soc., 28 sept. 2010, pourvoi n° 08-43.161.

¹²⁴⁵ Dérogation sur la durée contractuelle hebdomadaire, dérogation sur les délais de prévenance par exemple.

¹²⁴⁶ Ne sont pas négociables à la conclusion du contrat certains de ses éléments : le devoir d'obéissance par exemple, tout comme la partie de son statut composé, pour l'essentiel, de conventions et d'accords auxquels le salarié n'a pas été partie prenante (le statut collectif).

¹²⁴⁷ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 13.

¹²⁴⁸ *Idem*, pp. 14-15.

288 – Double triangulation des relations de travail - Les mutations de l'environnement s'accroissent. Le pouvoir des porteurs de titres s'accroît avec la mondialisation du capitalisme financier : les propriétaires de la firme jouent de leurs prérogatives pour influencer la relation de travail. L'union de l'usus et du fructus crée une boucle de rétroaction qui influence le mandat des dirigeants sociaux : « *Les individus sont incités à faire de leur ressource l'usage qui leur procure le maximum de fruits* »¹²⁴⁹ ; c'est l'effet incitatif de la ressource. La possibilité de transférer l'ensemble des droits vers une autre personne juridique « *renforce l'incitation à produire plus et mieux* »¹²⁵⁰. La propriété joue un rôle indirect mais essentiel sur les rapports de travail. Il est ensuite observé un certain renouveau du travail indépendant et, depuis peu, l'émergence des plates-formes numériques qui conduisent à une diversification des formes d'emploi¹²⁵¹. La relation de travail traditionnelle se voit malmenée par l'intrusion de tiers qui bouscule la relation duale, ou restaure plus encore, l'autonomie de la volonté.

Les évolutions structurelles engagées ces dernières années ne seront pas suffisantes si elles ne prennent pas en compte la réalité du fonctionnement des entreprises ; de nombreuses forces s'y confrontent : employeur et salariés, employeurs et détenteurs du capital, représentants du personnel et représentants syndicaux, représentants de la collectivité de travail et actionnaires. L'entreprise, certes, ne constitue qu'un maillon dans la capacité du droit du travail à devenir un incitatif ; mais un maillon essentiel, car c'est en son sein que sont conclus les contrats de travail et que se joue désormais l'essentiel des relations collectives qui y sont attachées. Au cœur de la gouvernance de l'entreprise, les théoriciens du management ont envisagé diverses manières d'organiser les relations entre propriétaires et dirigeants sociaux. Dans la relation de travail, la norme, dans toute sa pluralité, joue le même rôle. Au-delà du principe de rationalité qui cadre ses différentes relations, l'idéal ne serait-il pas que la gestion des rapports se fasse tout simplement dans l'harmonie ? En s'appuyant sur l'analyse de nombreux auteurs, et notamment Weber, l'académicien Alain Peyrefitte s'interroge : « *Et si les mentalités et les comportements constituaient le principal facteur du développement ?* »¹²⁵² Le prisme de l'intérêt social peut probablement devenir le déterminant essentiel de la rationalité des diverses parties prenantes.

¹²⁴⁹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 137.

¹²⁵⁰ *Idem*, p. 138.

¹²⁵¹ JOLLY (C.), PROUET (E.), WISNIA-WEILL (V.), « *Nouvelles formes du travail et de la protection des actifs* », France Stratégie, mars 2016, p. 1.

¹²⁵² PEYREFITTE (A.), *La société de confiance*, Odile Jacob, oct. 1995, 4^{ème} de couverture.

Aussi, envisagerons-nous de travailler aux questions relatives à l'engagement contractuel des parties au contrat (Titre I) avant de traiter de la question de la performance au travers de la réalité sociale et économique de l'entreprise contemporaine (Titre II).

TITRE I

ENGAGEMENT DES PARTIES AU CONTRAT

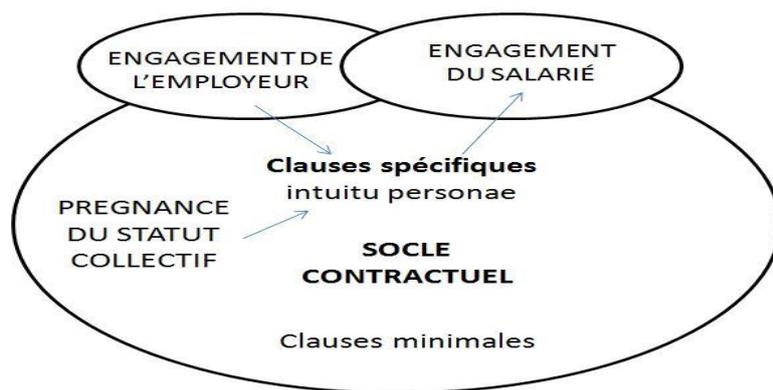
289 – Dégradation relative de la relation de travail - Les rapports entre employeurs et salariés sont rarement mâtinés de confiance. Le journal *Les Echos* a publié en novembre 2009 un sondage¹²⁵³ relatif aux rapports entre salariés et employeurs. L'étude dénonce une crise de confiance : 60% des salariés se méfient de leurs dirigeants sociaux, 44% des personnes interrogées estimant même que leur situation s'est dégradée au cours des années précédant l'enquête. La défiance touche toutes les catégories de salariés, aussi bien les cadres que les employés.

Ce manque d'unité ne trouve pas son origine exclusivement dans la Grande Récession dans laquelle sont entrés la plupart des pays industrialisés à la suite du krach de l'automne 2008, lui-même consécutif de la crise des *subprimes*¹²⁵⁴ de 2006-2007. En effet, plus de 70% des salariés disent avoir confiance en la solidité de leur entreprise. La crise a tout d'abord conduit le patronat à recourir aux restructurations, celles-ci négligeant souvent l'aspect humain. Ensuite, dans un contexte qui s'est durci, les salariés contestent les choix stratégiques de leur direction, dénoncent les écarts de rémunération et affirment souffrir du manque de reconnaissance. Enfin, il est extrêmement grave de constater que les salariés n'ont plus confiance dans leurs représentants syndicaux. Ces derniers n'apparaissent plus comme « le défenseur ultime » : leur fonction de représentation en devient interrogée. Face à cette dégradation, il apparaît que les petites entreprises sont moins touchées que les structures plus grandes. Ensuite, un peu plus d'un tiers des sondés considèrent que les intérêts des directions et ceux des salariés vont dans le même sens. Parmi ceux qui ont été sondés dans les très petites entreprises, deux tiers se déclarent satisfaits de leur situation, et 36% déclarent faire confiance à leur employeur, contre 21% seulement dans les grandes entreprises. Ainsi, dans les entreprises de moins de 10 salariés, la relation employeur-employé est plutôt vécue comme positive.

¹²⁵³ Sondage réalisé par TNS Sofres auprès d'un échantillon représentatif de 1005 salariés du privé, d'entreprises publiques et d'administrations, du 14 au 23 oct. 2009.

¹²⁵⁴ Le *krack* fut la conséquence de la crise des *subprimes* qui, conjuguée au phénomène de la titrisation des créances, de la chute des fonds d'investissement qui ont eux-mêmes acheté les créances titrisées, et de la mondialisation des marchés financiers, ont rendu cette crise mondiale.

290 - Statut économique du CDI - Aussi, puisque le droit social doit être source d'innovation et de compétitivité, des questions essentielles se posent. Comment contribuer à organiser des intérêts parfois divergents entre employeurs et salariés ? Ceux-ci peuvent-ils devenir convergents ? Si l'on part du postulat selon lequel « *le droit est l'arbitre des intérêts rivaux* »¹²⁵⁵, il semble alors essentiel d'envisager le contenu négociable du contrat. S'il doit bien sûr produire des effets de droit, on veut aussi le voir produire des effets sur son exécution successive, en organisant la coopération, dans la durée, au profit de l'intérêt social. C'est donc dans le cadre du contrat de travail de droit commun que l'ambition de la performance doit être envisagée. Le contrat à durée indéterminée (CDI) sera le cadre de la réflexion. Majoritairement conclu dans l'entreprise privée, désiré par 80% des salariés en contrat court, le CDI offre à la fois l'opportunité de l'engagement et la sécurité nécessaire au bon développement de la productivité du travail. Les clauses statutaires permettent ainsi d'adapter son « intangibilité » à la « réalité économique ». A l'instar du statut collectif du contrat, ses clauses individuelles peuvent contribuer à le faire devenir source de flexibilité en engageant plus encore, ses signataires. Si le contrat de travail qu'est le CDI devient un outil juridique permettant d'être vecteur de valeur ajoutée, il n'est pas inopportun d'imaginer qu'il pourrait, à terme, être plus facilement perçu comme une opportunité et non comme une contrainte par les entreprises. Il semble alors important de réfléchir à renforcer, plus encore, l'équité des conditions de travail, en le « dynamisant » tout en le « moralisant ». On étudiera alors dans un premier temps les questions juridiques relatives à la responsabilité des salariés (chapitre 1) avant d'envisager celles relatives à la responsabilité de l'employeur (chapitre 2).



Développer la performance par le volontarisme contractuel

¹²⁵⁵ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 45. Les deux auteurs tirent cette conclusion de la définition du droit posée par M. Daniel VILLEY, titulaire d'une chaire de philosophie économique et selon laquelle « *le droit, c'est, pour l'économiste, la règle du jeu des intérêts* ».

Chapitre 1

ENGAGER LA RESPONSABILITE DU SALARIÉ

291 – Position du problème - Il convient de s'interroger sur l'équité des conditions de travail en *sécurisant* et *dynamisant* le contrat. Au soutien de cette nécessité, on rappelle que la dimension personnelle du contrat est venue dépasser sa simple dimension patrimoniale. Le Pr. Alain Supiot précise ainsi qu'au lieu « *d'être appréhendé comme une chose, une marchandise, le travail se trouve alors saisi comme l'expression de la personne du salarié, c'est-à-dire comme une œuvre* »¹²⁵⁶. Le contrat devient l'expression de l'identité du salarié. Les hypothèses de travail sur lequel se fonde le « management paradoxal » en témoignent parfaitement ; M. Olivier Zara soutient ainsi que « *l'union des savoirs fait la force, permettant de prendre des décisions plus intelligentes* »¹²⁵⁷. Si le contrat de travail se trouve réduit à de simples obligations contractuelles négociées *a minima*, il témoigne alors d'une « *mise hors contrat de l'objet du travail* »¹²⁵⁸. C'est pourtant l'objet du contrat qui construit son statut économique.

Si le management a depuis longtemps compris l'intérêt de la prise en compte du caractère *intuitu personae* du contrat, le droit du travail n'est venu que progressivement en reconnaître l'identité. Le renforcement du concept de bonne foi en témoigne : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* »¹²⁵⁹ ; il touche à la qualité de l'engagement contractuel. Ainsi, la jurisprudence considère-t-elle que le salarié qui exerce, durant un arrêt de travail pour maladie, une activité professionnelle pour le compte d'une société concurrente, cause nécessairement un préjudice à l'employeur. Ce manquement à l'obligation de loyauté rend impossible son maintien dans l'entreprise¹²⁶⁰. Inversement, la possibilité pour les salariés d'obtenir une rémunération supplémentaire en tant qu'auteur d'une invention que s'approprierait l'entreprise est institutionnellement reconnue : « *La convention de branche conclue au niveau national contient obligatoirement, pour pouvoir être étendue, (...) les*

¹²⁵⁶ SUPIOT (A.), *Critique de droit du travail*, PUF, 2015, p. 98.

¹²⁵⁷ ZARA (O.), « *L'Ère du mangement paradoxal* », 21 déc. 2012, IAE de Paris.

¹²⁵⁸ SUPIOT (A.), préc., p. 98.

¹²⁵⁹ C. trav., art. L. 1222-1.

¹²⁶⁰ Soc., 28 janv. 2015, pourvoi n° 13-18354.

conditions dans lesquelles le ou les salariés, auteurs d'une invention dévolue à l'employeur (...) bénéficient d'une rémunération supplémentaire »¹²⁶¹.

La thèse défendue est celle d'une recherche *d'efficience accrue du contrat* de travail. L'élément de contexte, de modélisation, est celui du contrat de droit commun, le contrat à durée indéterminée (CDI) à temps plein. Conséquence naturelle de l'autonomie concédée par l'employeur au professionnel salarié, c'est à travers le CDI que peut idéalement se traduire l'inféodation du salarié aux objectifs de l'entreprise.

292 – Manifestation du consentement – Le consentement a un double intérêt. Comme condition primaire du contrat, il témoigne de la qualité de salarié en tant qu'élément fondamental, permettant la naissance de toutes formes d'associations : à l'employeur, à la collectivité de travail. En tant qu'ingrédient secondaire, le consentement traduit la volonté d'une association individualisée (ou collective) à la performance de l'entreprise. La promotion de l'intérêt social finit par découler du consentement plein et entier : « *L'entreprise naît de ce qu'un employeur contracte avec un salarié. Le droit organise leur relation* »¹²⁶².

C'est pourquoi, si le consentement est tout d'abord présumé, celui ou celle qui accepte de travailler dans le cadre d'une relation de travail doit, *de facto*, y souscrire : au moment de la formation du contrat ou de ses avenants ultérieurs, le consentement doit être libre, exempt de toute pression ; il doit aussi être éclairé, donné en toute connaissance de cause. L'article L. 1130 C. civ. (*nouv.*) dispose que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». Si les deux premiers vices du consentement portent atteinte au caractère éclairé, la violence porte atteinte à sa liberté.

L'effectivité du consentement est essentielle, puisque de nombreux cas de forçage subsistent ou se développent¹²⁶³. Si leur caractère déterminant doit s'apprécier *in concreto* (C. civ. art. 1130 *al.* 2), à l'aune des sanctions du non-respect des conditions du contrat (nullité relative ou absolue, dommages et intérêts) les conséquences sur son statut économique sont à prendre en considération. L'article L. 1143 C. civ. dispose : « *Il y a également violence lorsqu'une partie,*

¹²⁶¹ C. trav., art. L. 133-5, *al.* 12, f.

¹²⁶² DUCHANGE (G.), *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, 2014, p. 19, n° 28.

¹²⁶³ V. FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », *Le Droit Ouvrier*, juil. 2012, n° 768.

abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». La violence doit être présente au jour de la conclusion du contrat, doit avoir été déterminante, grave et illégitime. L'article L. 1141 C. civ. (nouv.) codifie le principe jurisprudentiel selon lequel la menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence, sauf lorsque celle-ci est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif¹²⁶⁴. Ainsi en est-il, lorsque salarié et employeur ont signé un accord sous la menace d'un licenciement ou d'un conflit social. Quel que soit le cas, le consentement donné en situation de dépendance n'est pas libre et ne pourra pas profiter à l'économie du contrat. Il n'y aura donc pas de comportement coopératif.

En l'absence de vices, l'association des parties peut être matérialisée par des stipulations précises, notamment si le contrat de travail veut traduire des devoirs qui iront au-delà du simple contenu obligationnel. C'est alors l'adhésion réelle du salarié au profit de la performance du contrat qui est envisagée : « *Elle suppose, pour accéder à la vie juridique, un acte organisant un groupement de personnes impliquant une union d'efforts vers un but qui est le but de l'association même* »¹²⁶⁵.

293 – Pertinence des stipulations contractuelles comme incitatif économique - Certains auteurs de la doctrine juridique défendent la promotion du statut économique du contrat : « *Aujourd'hui, l'efficacité est devenue un impératif et un enjeu majeur qui devrait conduire, à terme, à repenser et à réformer les modes de production des règles* »¹²⁶⁶ précise le Pr. Frédéric Rouvillois. Le Doyen Carbonnier lui-même « *reconnaissait le mariage universitaire des sciences économiques et juridiques (...) et leur complémentarité nécessaire* »¹²⁶⁷ ; c'est ce à quoi semble aboutir l'insertion de clauses de rendement dans le contrat de travail : il ressort que ces dernières « *constituent de véritables outils au service de l'efficacité contractuelle, d'une part en sauvegardant l'utilité économique du contrat et, d'autre part, en assurant son efficacité* »¹²⁶⁸. Des économistes du droit y voient même la raison d'être : en matière de droit contractuel, « *toute entente qui promet un gain de Pareto devrait compter comme un contrat*

¹²⁶⁴ Civ. 3^e, 17 janv. 1984, pourvoi n° 82-15.753, publié au bulletin.

¹²⁶⁵ LALAND (P.), *L'association financière des salariés à la performance de l'entreprise*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016, p. 38.

¹²⁶⁶ ROUVILLOIS (F.), « *La règle de droit entre efficacité et légitimité* », FIP, juin 2005, La Lettre, n°13, p. 2.

¹²⁶⁷ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 135.

¹²⁶⁸ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 175.

valide »¹²⁶⁹. On peut donc conclure que c'est dans sa *propension à agir* que l'autorité du contrat trouvera toute sa pertinence¹²⁷⁰.

Les clauses qui seraient imposées et non négociées peuvent cependant devenir abusives : l'intervention du juge viendra alors sanctionner l'abus, la non-conformité, ou tout simplement l'inexécution du contrat. C'est ce que soutient en substance M. Bertrand Louvel lorsqu'il souligne qu'« *il revient au juge, gardien des droits et libertés individuels, le devoir d'assurer, en fonction des circonstances, l'équilibre juste dans un contexte donné grâce au levier que lui fournit le contrôle de proportionnalité* »¹²⁷¹. C'est ce qu'indique aussi Mme Maud Gautier lorsqu'elle souligne que « *pour la chambre sociale, le constat de l'inexécution de la clause de résultat ne saurait priver le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse* »¹²⁷² de licenciement. Ce que d'aucuns contestent : « *Nous sommes restés, en France, à une construction prétorienne de la chambre sociale de la Cour de cassation qui s'impose en dehors de tout débat démocratique pour des enjeux relevant du pouvoir législatif* »¹²⁷³.

Cette possibilité d'immixtion du juge renforce l'insécurité juridique. Afin de la tempérer, l'insertion au contrat de clauses qui répondent à des conditions strictes permet de transformer l'insécurité juridique en éléments de stabilité.

294 – Pertinence des clauses contractuelles pour organiser la défiance - La mise à disposition du consentement, voire de l'allégeance, se fait parfois dans la douleur. *Via* le contrat, l'employeur renforce l'état de dépendance du salarié¹²⁷⁴ : « *L'échange est, par nature,*

¹²⁶⁹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 166.

¹²⁷⁰ La clause de rémunération variable permet aux parties au contrat de prévoir que la rémunération du salarié variera en fonction de données objectives prédéfinies ; elle incite donc le salarié à se mobiliser. Cette clause, licite, est souvent utilisée pour les commerciaux en fixant des objectifs à atteindre. Mais on trouve parfois des clauses atypiques allant à contre-courant du dépassement initialement espéré : « *Attendu que M. X... a été embauché par la société Nuances, aux droits de laquelle se trouve la société Doc The Original, le 4 février 1992 en qualité de VRP multiscartes ; que, les 24 et 25 août 1994, la société a réuni l'ensemble des commerciaux pour négocier et fixer de nouveaux objectifs, compte tenu des contraintes de fabrication, de la forte demande et de l'impossibilité d'y faire face ; que, par note du 13 septembre 1994, elle a fixé les objectifs de chiffre d'affaires à ne pas dépasser pour ses VRP* » ; V. Soc. 18 juil. 2000, pourvoi n° 98-41.222.

¹²⁷¹ LOUVEL (B.), « *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* », Journal spécial des Sociétés, n° 22, mars 2017, p. 3.

¹²⁷² GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 121-122.

¹²⁷³ FROMONT (Y.), « *L'avenir des clauses de mobilité géographique* », Droit social n° 9/10, sept.-oct. 2011, p. 921.

¹²⁷⁴ L'Etat de subordination juridique, mais aussi, comme indice complémentaire de subordination, la dépendance économique. V. DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », Droit social, n° 5, mai 2011.

inégal, injuste et douloureux. (...) La guerre est le nerf du commerce »¹²⁷⁵. A priori, ce qui est perdu par les salariés est gagné par leur employeur, et inversement. Cela fait peser des risques juridiques et économiques sur les contractants.

Dans la mesure où le contrat de travail est un contrat à exécution successive qui ne peut détailler l'ensemble des événements qui s'y dérouleront, l'hypothèse d'incomplétude explique les comportements de rationalité limitée des agents. Par le biais de clauses spécifiques, le droit du travail apparaît comme un moyen de répondre à l'incertitude née de l'asymétrie d'information. C'est alors « *le contrat complet hypothétique* »¹²⁷⁶ qui, en tant que fiction utile, orientera la négociation entre les parties ; elle permettra d'investir le principe de liberté contractuelle, lui-même encadré par l'ordre public de protection : « *Cet ordre public a connu une évolution importante, particulièrement en matière économique et sociale. Il agit dans un souci de rétablissement de l'équilibre contractuel, pour protéger une partie préjugée plus vulnérable* »¹²⁷⁷.

Les contractants, sur la base de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat, peuvent vouloir délimiter le pouvoir du juge et rendre plus prévisible son intervention. Le risque juridique est alors atténué, tout comme la prévisibilité accentuée. Mais la liberté contractuelle ne permet pas tout ; la volonté de préconstituer un motif de licenciement ou celle de mettre l'accent, en général, sur la défaillance du salarié est exclue. En témoigne l'arrêt du 12 février 2014 selon lequel aucune clause contractuelle ne peut valablement décider que la suspension ou le retrait du permis de conduire constitueront en eux-mêmes une clause de licenciement. Cette solution doit ainsi conduire l'entreprise à motiver précisément la lettre de licenciement, tout particulièrement lorsque le retrait de permis est intervenu en dehors du temps de travail. Si l'employeur se trouve contraint de procéder à la rupture, la Cour de cassation a fixé les règles à suivre : seul est envisageable un *licenciement de droit commun fondé sur le trouble objectif* au fonctionnement de l'entreprise (Soc., 5 fév. 2014, pourvoi n° 12-28.897). La clause contractuelle ne peut ainsi envisager de rupture automatique.

Les clauses contractuelles apparaissent comme un moyen de sécuriser la relation de travail (section 1) tout autant que d'accentuer sa capacité à organiser une coopération fructueuse entre les cocontractants (section 2).

¹²⁷⁵ PEYREFITTE (A.), *La société de confiance*, Odile Jacob, oct. 1995, p. 213.

¹²⁷⁶ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 170.

¹²⁷⁷ LOUVEL (B.), « *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* », Journal spécial des Sociétés, n° 22, mars 2017, p. 3.

Section 1 - Négociier pour diminuer le risque juridique

295 – Coût du contentieux - L'ensemble de la vie du contrat est sujette à évolution. De son exécution à sa modification, il peut générer un contentieux qui ne sera que rarement profitable aux parties. Les succès ne seront que chèrement acquis ; ils peuvent s'interpréter comme des victoires à la Pyrrhus : la durée moyenne des affaires par un arrêt de chambre sociale, en augmentation, est de 17,7 mois¹²⁷⁸ alors même que le contentieux en matière d'élections professionnelles pourrait croître avec la conventionnalisation du droit. Les justiciables sont plus généralement confrontés au fonctionnement defectueux de la justice prud'homale : le chef de déni de justice a été retenu contre l'Etat en raison des délais de jugement extrêmement longs¹²⁷⁹. En témoigne l'importante disparité dans le temps de traitement d'un jugement au fond, entre 5 mois et 21 mois selon les Conseils de prud'hommes(CPH), pour un taux moyen de 14,7 mois en 2016. Le taux d'appel reste élevé (67,8%), excédant largement celui des autres types de contentieux¹²⁸⁰. Cela témoigne concomitamment d'une absence de légitimité de la décision judiciaire au CPH. Si la partie faible au contrat est naturellement la plus impactée par ce dysfonctionnement, l'intérêt social de l'entreprise est aussi en jeu¹²⁸¹. Sauf cas particuliers de nature stratégique, le contentieux ne peut servir la performance du contrat de travail. On doit donc envisager le contrat comme une alternative au risque juridique. Il convient, en premier lieu, de rédiger le contrat (§ 1) pour ensuite envisager les conditions de son exécution (§2).

§1 : Nécessité de rédiger le contrat de travail

Porté par le principe du consensualisme que renforce l'article L. 1172 al. C. civ. (*nouv.*)¹²⁸², le contrat de travail à durée indéterminée (CDI) est parfait par le simple échange des consentements, aucune forme n'étant nécessaire à sa validité. Pourtant, rédiger le CDI permet de se prémunir contre les accusations de travail illégal ainsi que du contentieux né de certaines modalités particulières de son exécution ; ce qui est inexprimé, informulé, sous-entendu, est potentiellement source de dissensions. Cette nécessité permet de faire passer le consentement du statut de présomption à celui de réalité : « *Les vertus du consensualisme se*

¹²⁷⁸ Liaisons sociales, quotidien, « *Cour de cassation : bilan d'activité 2016* », n° 17.364, 11 juillet 2017.

¹²⁷⁹ Liaisons sociales, quotidien, « *Délais aux prud'hommes : l'Etat condamné pour fonctionnement defectueux de la justice* », n° 17.058, 11 avr. 2016.

¹²⁸⁰ Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2017*.

¹²⁸¹ Aux USA, Mac Donald's a payé en 2016 3,7 millions de dollars pour mettre un terme à des plaintes d'employés pour violation du Code du travail : « *Le groupe a simplement conclu cet accord pour éviter les coûts et les perturbations liés à un long contentieux* » ; Liaisons sociales, quotidien, n° 17.194, 4 nov. 2016.

¹²⁸² C. civ., art. L. 1172 al. 1 (*nouv.*) : « *Les contrats sont par principe consensuels* ».

sont révélées incertaines dans un contexte d'inégalité économique des contractants »¹²⁸³. La rédaction du CDI apparaît alors comme un moyen de protection propice à la performance du contrat.

296 – Négocier le principe même du contrat - Il s'agit d'un facteur de sécurité juridique. Cela évitera des litiges ultérieurs sur les conditions d'emploi : le principe même du travail salarié, le temps de travail et la rémunération notamment. L'écrit est d'ailleurs obligatoire pour toutes les formes de contrats autres qu'un contrat à durée indéterminée (CDI). On peut donc s'interroger sur une transposition *a minima* dans notre ordre juridique interne, de la Directive 91/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991. Celle-ci est relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Le texte avait pourtant un dessein, celui de fixer entre autres « *les conditions de travail de tout salarié de la Communauté européenne* »¹²⁸⁴, mais aussi de « *mieux protéger les travailleurs salariés contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits et à offrir une plus grande transparence sur le marché du travail* ». Outre ces objectifs, la conclusion – *obligatoire*- d'un contrat *ex ante* aurait permis de moins marquer la domination de l'employeur et de rétablir le salarié dans sa légitimité, comme individu, sujet de droits contractuels.

Par ailleurs, certaines clauses ne peuvent pas être prévues oralement, ne serait-ce que les clauses de période d'essai¹²⁸⁵. Si le contrat n'est pas écrit, il ne peut y avoir de période d'essai. Ensuite, « *les salariés et les entreprises ont besoin, dans le cours de leurs relations contractuelles, de lisibilité et de sécurité, en particulier, lorsque le parcours professionnel du salarié est amené à évoluer* ». Par ailleurs, « *le contrat de travail doit déterminer ceux de ses éléments qui ne pourront être modifiés sans l'accord du salarié* » et « *qui doivent toujours être considérés comme contractuels* »¹²⁸⁶. « *S'agissant en particulier, du personnel d'encadrement, les contrats de travail devront préciser les conditions de mise en œuvre des clauses de non-concurrence, des clauses de mobilité, ainsi que, lorsqu'elles existent, des*

¹²⁸³ PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, Les obligations 2018*, Dalloz, 10^e édition, p. 150.

¹²⁸⁴ Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 oct. 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

¹²⁸⁵ Il ressort des dispositions de l'article L. 1221-19 C. trav. que « *le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est :*

- 1° *Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ;*
- 2° *Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ;*
- 3° *Pour les cadres, de quatre mois ».*

¹²⁸⁶ ANI du 11 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail, art. 11.

délégations de pouvoir »¹²⁸⁷. Placé en état de subordination, l'absence d'écrit sera inopposable au salarié.

297 – Éviter les poursuites pour travail illégal - L'employeur peut se retrouver dans une réelle insécurité juridique s'il est accusé de travail illégal. Le délit est d'ailleurs déterminé par la loi. Deux hypothèses sont essentiellement dégagées : le travail dissimulé par dissimulation d'activité (article L. 8221-3 C. trav.) et le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (article L. 8221-5 C. trav.). Dans ce dernier cas, six types d'infractions sont répertoriées par le Code : le travail dissimulé, le marchandage, le prêt illicite de main-d'œuvre, l'emploi d'un étranger démuné de titre de travail, les cumuls irréguliers d'emplois, les fraudes et fausses déclarations concernant les revenus de remplacement. L'insécurité pour l'employeur est réelle, puisqu'il s'expose à des sanctions pénales, au remboursement d'aides publiques, à la fermeture administrative, ou encore à la publication en ligne sur le site du Ministère du Travail. Il s'expose aussi à devoir verser aux salariés concernés d'importantes sommes à titre d'indemnité pour travail dissimulé. Comme en témoigne une jurisprudence constante¹²⁸⁸, cette insécurité est marquée par sa fréquence. Par un arrêt rendu le 9 avril 2015¹²⁸⁹ la chambre sociale a ainsi caractérisé une minoration de rémunération comme du travail dissimulé. En l'espèce, l'employeur versait à son salarié une indemnité pour frais kilométriques alors qu'il s'agissait, en réalité, d'un complément de rémunération soumis à cotisations sociales. Le salarié ayant saisi les tribunaux en contestation de son licenciement, avait demandé le versement d'une indemnité au titre du délit de travail dissimulé. La Cour a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt attaqué en validant la solution retenue par la Cour d'appel. Cependant, cette reconnaissance de travail dissimulé en cas de modification de rémunération n'est pas systématique, notamment en dehors de toute modification du socle contractuel. Par un arrêt rendu le 1^{er} décembre 2016 la chambre sociale a ainsi jugé que ne caractérisait pas à lui seul l'élément intentionnel du travail dissimulé, la mise en place d'un « *système de forfait en jours sans qu'ait été conclue de convention individuelle* »¹²⁹⁰.

298 – Rédiger pour conforter les droits fondamentaux – Le Code du travail exige que les contrats de travail établis par écrit soient rédigés en français¹²⁹¹ ; il ne sanctionne cependant

¹²⁸⁷ *Idem*, art. 10.

¹²⁸⁸ Soc., 9 avr. 2008, n° 07-41.340 ; Soc., 20 juin 2013, n° 10-20.507 ; Soc., 9 avr. 2015, n° 13-26.817.

¹²⁸⁹ Soc., 9 avr. 2015, n° 13-26.817.

¹²⁹⁰ Soc., 1^{er} déc. 2016, pourvoi n° 15-21.609.

¹²⁹¹ C. trav., art. L. 1221-3 : « *Le contrat de travail établi par écrit est rédigé en français. Lorsque l'emploi qui fait l'objet du contrat ne peut être désigné que par un terme étranger sans correspondant en français, le contrat de travail comporte une explication en français du terme étranger. Lorsque le salarié est étranger et le contrat constaté par écrit, une traduction du contrat est rédigée, à la demande du salarié, dans la langue de ce dernier.*

pas de nullité les contrats qui ne le seraient pas. Par ailleurs, il prévoit que lorsque le salarié est étranger, ce dernier peut demander une traduction du contrat dans sa langue, les deux textes faisant alors foi. Dans son arrêt du 16 avril 2013¹²⁹², la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'un décret qui impose l'utilisation d'une langue unique pour la rédaction d'un contrat de travail à caractère transfrontalier enfreint la liberté de circulation des travailleurs. Un contrat qui serait rédigé en anglais alors que la langue nationale ou celle du salarié est autre entraîne un effet dissuasif en ce qu'elle constitue une atteinte à la libre circulation des travailleurs.

§2 : Nécessité de prévoir les stipulations contractuelles

299 – Position du problème - Les stipulations contractuelles permettent de personnaliser le contrat de travail. L'intérêt pour l'entreprise est pluriel : ces clauses permettent de témoigner de l'accord du salarié sur les conditions d'emploi, voire même de tenter de préconstituer des motifs de rupture du contrat, dès sa conclusion. Au final, les stipulations rendent possible une meilleure exécution du contrat (A) y compris sa rupture (B).

A) Organiser l'exécution du contrat

L'intérêt social requiert un engagement réel du salarié. Cet engagement doit se mettre en place sur des bases stables : constituées de diverses clauses contractuelles, elles permettent de personnaliser le contrat et d'organiser la sécurité juridique.

1) Manifester l'accord des parties

300 – Intérêt de la manifestation du consentement - L'employeur a toujours intérêt à démontrer que le salarié avait accepté les clauses ou les modifications ultérieures du contrat : cette acceptation en devient opposable aux parties, en raison du caractère exprès de la formation du contrat et des effets de droit qu'elle produit sur la durée de celui-ci ; le Pr. Emmanuel Putman énonce ainsi que « *le temps, en droit, se fixe dans l'instant, se prolonge dans la durée et s'évade dans l'infini* »¹²⁹³ alors que le Pr. François Collart-Dutilleul précise que le contrat désigne « *un accord de volontés que la loi et/ou le juge reconnaissent*

Les deux textes font également foi en justice. En cas de discordance entre les deux textes, seul le texte rédigé dans la langue du salarié étranger peut être invoqué contre ce dernier. L'employeur ne peut se prévaloir à l'encontre du salarié auquel elles feraient grief des clauses d'un contrat de travail conclu en méconnaissance du présent article ».

¹²⁹² Cour de justice de l'Union européenne, Grande Chambre, arrêt du 16 avr. 2013, affaire n° C-202/11.

¹²⁹³ PUTMAN (E.), *Le temps et le droit*, Dr. et pat., 2000, p. 44.

autoritairement comme tel et qu'ils soumettent au droit des contrats »¹²⁹⁴. En témoignent les deux arrêts suivants relatifs à des éléments phares de la relation contractuelle : la rémunération et le temps de travail.

Dans un premier arrêt, la chambre sociale précise que « *ne vaut pas acceptation de la modification du contrat le fait que le salarié ait pris acte de la modification sans l'accepter ; que la seule signature du salarié sur un plan de commissionnement ne vaut pas acceptation de la modification du contrat de travail ; qu'en statuant autrement, et en se fondant sur cette seule signature, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* »¹²⁹⁵. Dans ce cas d'espèce, estimant ne pas avoir été rempli de ses droits en matière de commissionnement, un salarié démissionnaire avait saisi la juridiction prud'homale. L'employeur invoquait l'absence de toute contestation de sa part durant une dizaine d'années. La chambre sociale a rejeté cette argumentation.

Dans un deuxième arrêt, la chambre sociale précise « *qu'ayant retenu que l'employeur avait décidé de substituer, à compter du 27 juin 2011, un horaire de travail variable à un horaire de travail fixe, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que cette décision constituait une modification du contrat de travail, qui ne pouvait être imposée à la salariée ; qu'elle a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision* »¹²⁹⁶. Le passage d'un horaire de travail variable à un horaire fixe constitue une modification du contrat de travail qui ne peut être imposée au salarié. Ayant refusé de respecter les nouveaux horaires de travail décidés par l'employeur, une salariée avait été licenciée pour faute grave. Devant le Conseil des prud'hommes, elle contestait son licenciement et réclamait diverses indemnités. Pour la chambre sociale, le fait de substituer un horaire de travail variable à un horaire de travail fixe constituait une modification du contrat de travail.

Dans un but de sécurité juridique, et pour le cas des salariés non protégés, l'employeur a intérêt à établir que les modifications ont été acceptées de façon expresse. En cas de refus de la modification par le salarié, il devra alors choisir entre renoncer à la modification, ou bien engager une procédure de licenciement de droit commun.

301 – Influence du consentement sur la pérennité contractuelle – Si le contrat de travail est voué à s'exécuter dans la durée, la pérennité contractuelle couvre un champ plus étendu

¹²⁹⁴ COLLART-DUTILLEUL (F.), « *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?* », dans La nouvelle crise du contrat, Colloque tenu à Lille en mai 2001, Dalloz 2003, n° 3.

¹²⁹⁵ Soc., 24 sept. 2014, pourvoi n° 13-13.893.

¹²⁹⁶ Soc., 24 sept. 2014, pourvoi n° 13-17.379.

que sa durée. L'insertion de clauses acceptées par le salarié permet ainsi de témoigner d'un esprit coopératif dans l'intérêt commun des parties : « *Ce trait essentiel confère au jeu de coopération un caractère stratégique. Il s'agit d'éviter la défection unilatérale ou généralisée, génératrice de conflits* »¹²⁹⁷. Certaines clauses s'expliquent pour témoigner d'une volonté de collaboration d'une forme de loyauté réciproque ; on peut ainsi convenir de se communiquer mutuellement toute amélioration et perfectionnement découverts en cours d'exécution du contrat. L'obligation de coopération reflète au final « *la traduction juridique du principe selon lequel exécuter de bonne foi, c'est exécuter utilement* »¹²⁹⁸. Le devoir de collaboration s'inscrit alors dans un impératif de pérennité contractuelle. Il élude dans le même temps les sources de contentieux.

Le consentement permet par ailleurs de limiter l'impact de circonstances susceptibles d'atteindre l'équilibre du contrat : la gestion du risque lié à l'imprévision est visée. L'imprévision s'analyse comme la survenance d'une rupture de l'équilibre des prestations, alors qu'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants et imprévisible lors de la conclusion, finit par rendre l'exécution trop onéreuse : elle risque de ruiner l'un des contractants ou de créer un déséquilibre dans l'économie du contrat¹²⁹⁹. A la différence de la lésion¹³⁰⁰, l'événement intervient en cours d'exécution.

La rédaction de clauses contractuelles définissant le cadre général de la relation de travail et les modalités de renégociation, permet alors de limiter les risques liés à l'incomplétude du contrat. Celles-ci « *ne déterminent ni l'ensemble des événements susceptibles de survenir, ni le détail des droits et obligations des parties dans tous les états de la nature envisageables dans un environnement complexe et incertain* »¹³⁰¹ ; elles permettent cependant de renforcer la pérennité du contrat car elles luttent contre le risque d'altération de son efficience. En cas de maintien sans modification du contrat, la pérennité contractuelle s'en trouvera renforcée. A défaut de mise en œuvre desdites clauses, en l'absence de rupture du contrat, en situation d'échec ou de refus de renégociation¹³⁰², la révision « *dépendra du pouvoir souverain du juge*

¹²⁹⁷ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 53.

¹²⁹⁸ PICOD (Y.), « *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat* », dans *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, n° 10, p. 65.

¹²⁹⁹ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017, p. 527.

¹³⁰⁰ PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, Les obligations 2018*, Dalloz, 10^e édition, p. 126 : « *La lésion est source d'un défaut d'équivalence entre les objets des obligations réciproques, causant un préjudice économique à l'une des parties* ».

¹³⁰¹ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, p. 64.

¹³⁰² V. C. civ. art. 1195 (*nouv.*)

quant à la révision de la convention s'il estime que le contrat a la capacité de revêtir un caractère stable et efficace »¹³⁰³. Cette solution a été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 puisque l'article L. 1195 C. civ. (nouv.) a codifié le projet Terré qui, avant la réforme, faisait preuve « d'audace » en proposant d'autoriser le juge à adapter le contrat en dehors de l'accord des parties¹³⁰⁴. En tant que stipulations contractuelles, et en l'absence de clauses de révision¹³⁰⁵, les clauses de rendement ont, en l'espèce, un rôle à jouer dans la mesure où elles rééquilibrent « naturellement » les prestations contractuelles. En toute circonstance, il conviendra d'être vigilant à la mise en œuvre rigoureuse des formalités prévues à l'article L. 1222-6 C. trav.¹³⁰⁶ L'inobservation de ces prescriptions empêche l'employeur de se prévaloir d'un refus ou d'une acceptation de la modification contractuelle par le salarié¹³⁰⁷, notamment en cas de modification économique du contrat.

2) Traiter différemment les salariés.

302 – Exposé - Tous les salariés n'exercent pas les mêmes missions. Quoi de comparable entre un ouvrier qualifié affecté à des tâches purement techniques, un ingénieur en bureau d'études centré sur des missions innovantes, ou un cadre supérieur qui participe à l'élaboration de stratégie de l'entreprise ? Dans tous les cas, la rémunération doit être la contrepartie d'un travail effectif. Cependant, selon les situations, ce travail effectif résulte pour certains, d'un temps de présence, alors que pour d'autres, il dépend d'un résultat attendu. Ainsi, les conditions d'exécution du contrat de travail ne sont pas les mêmes pour tous les salariés. La norme contractuelle doit permettre de prendre en compte cette réalité.

Les conventions individuelles de forfait permettent de concilier l'exigence générale de performance à celle de sécurité juridique. Elles sont adaptées à certains métiers où le contrôle

¹³⁰³ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 384.

¹³⁰⁴ PORCHY-SIMON (S.), préc., p. 209.

¹³⁰⁵ Idem, p. 211 : les clauses de révision, non prévues par le droit codifié, reposent sur le principe de la liberté contractuelle ; les parties s'engagent à renégocier le contenu de la convention en cas de changement des circonstances, postérieurement à sa conclusion.

¹³⁰⁶ C. trav. art. L. 1222-6 : « Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

¹³⁰⁷ Soc., 25 janv. 2005, pourvoi n° 02-41.819, publié au bulletin ; V. Soc., 13 sept. 2017, pourvoi n° 15-28.569, publié au bulletin.

du temps de présence ne fait guère sens. Elles constituent dans le même temps une incitation à la performance.

Tout d'abord, ils ressort des dispositions de l'article L. 3121-43 C. trav. que seuls « *peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif prévu à l'article L. 3121-39 : 1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; 2° Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiée* ». Ces conventions répondent aux besoins de salariés autonomes dans leur travail. Elles répondent aussi aux besoins d'entreprises qui auront moins à exercer le pouvoir de contrôle sur certains de leurs salariés ; en outre, c'est la prévisibilité des dépenses budgétaires qui s'en trouve renforcée. Enfin, elles permettent d'éviter tout risque de contentieux relatif à la répartition du temps ou de la charge de travail.

La rédaction et l'acceptation de telles clauses requièrent le consentement du salarié. Par un arrêt du 28 février 2012¹³⁰⁸, la Cour de cassation a confirmé la condamnation d'un employeur à verser l'indemnité forfaitaire de six mois de salaire prévue en cas de travail dissimulé, pour avoir soumis un cadre au système du forfait-jours sans qu'ait été conclue la convention individuelle de forfait imposée par le Code du travail. L'instauration du forfait annuel en jours suppose à la fois un accord collectif autorisant le recours à ce dispositif (art. L. 3121-39 C. trav.) et une convention individuelle constatant l'accord du salarié (art. L. 3121-40 C. trav.). La Cour de cassation insiste sur la nécessité de rédiger ladite convention, le seul renvoi général fait dans le contrat de travail à l'accord collectif n'étant pas suffisant¹³⁰⁹.

La promotion et l'acceptation de telles clauses impliquent un comportement loyal de l'employeur. Dans un arrêt du 17 décembre 2014¹³¹⁰, la Cour de cassation a indiqué que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail. Sur le fond, la cour d'appel de Nîmes avait, quant à elle, considéré que le refus manifeste et constant d'un

¹³⁰⁸ Soc., 28 fév. 2012, pourvoi n° 10-27.839.

¹³⁰⁹ Soc., 31 janv. 2012, pourvoi n° 10-17.593, publié au bulletin.

¹³¹⁰ Soc., 17 déc. 2014, pourvoi n° 13-23.645.

salarié de se soumettre à une demande légitime de la part de son employeur constituait un acte d'insubordination qui justifiait alors la rupture immédiate du contrat de travail. La décision de la Cour de cassation est dans le même temps conforme aux exigences que pose la cohérence d'ensemble de la gestion des ressources humaines. On ne peut promouvoir la loyauté réciproque en tant que valeur, l'engagement et l'esprit de responsabilité, si le corollaire est l'exercice zélé du pouvoir de contrôle ; un employeur « *devra avant toute chose bâtir la confiance de son équipe, pour pouvoir gagner l'adhésion de la majorité et asseoir sa légitimité* »¹³¹¹.

3) Réduire la responsabilité de l'employeur

303 – Clauses de responsabilité pécuniaire du salarié - Fortement marqué par l'incomplétude liée à son exécution successive ainsi que par l'asymétrie d'information dont il fait l'objet, le contrat de travail génère, lors de son exécution, de nombreux risques. Il est donc tentant de négocier, dès sa conclusion, des clauses qui visent à réduire la responsabilité de l'employeur.

Il reste cependant impossible de faire supporter au salarié le risque économique propre à l'employeur. Diminuer la part variable de la rémunération d'un salarié qui n'aurait pas atteint ses objectifs pour atténuer le risque économique de l'employeur, ou encore, convenir avec un chauffeur salarié que le coût de la réparation d'un véhicule de l'entreprise sera retenu sur son salaire s'avèrent impossible. La Cour de cassation soutient que « *la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde ; que la faute lourde suppose l'intention de nuire* »¹³¹² et que « *les amendes et autres sanctions pécuniaires sont interdites* »¹³¹³. Aussi, les clauses qui viseraient à faire supporter au salarié une partie du risque économique doivent être manipulées avec prudence.

La doctrine y voit une certaine légitimité. Le Pr. Alain Supiot considère que le contrat de travail est générateur d'un *lien* entre les contractants, qui va au-delà du simple échange de quantités (salaire contre temps de travail). La renonciation à une partie de sa liberté par le lien de subordination, justifie que le salarié se voie reconnaître une certaine sécurité : « *C'est ce lien, fait de dépendance et de sécurité qui définit l'emploi* »¹³¹⁴. On peut aussi y voir une appréciation juste de la répartition des dommages, en économie du droit du travail ; partant de

¹³¹¹ BENAYOUNN (A.), *L'entreprise à visage humain: utopie ou réalité ?*, Auteurs Du Monde, 2014, p. 64.

¹³¹² Soc., 30 sept. 2014, pourvoi n° 13-20.082.

¹³¹³ *Ibidem*.

¹³¹⁴ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2016, p. 116.

la *théorie du niveau juste des dommages*, selon laquelle « *il importe de bien mesurer les dommages, dans toutes ses composantes, pour envoyer les signaux optimaux aux acteurs de la responsabilité civile* »¹³¹⁵, l'attribution d'une responsabilité excessive au salarié conduirait dans un premier temps, à renforcer l'efficacité économique du contrat, mais entraînerait dans un second temps un désengagement. Cela réduirait la force du principe de loyauté réciproque, l'engagement dans le travail devenant alors « hors de prix » pour le salarié.

304 – Clauses de transfert de responsabilité - L'employeur peut chercher à transférer une partie de la responsabilité du dirigeant social sur certains de ses salariés. Ainsi, la négociation de clauses contractuelles peut permettre de libérer de leur responsabilité pénale des employeurs qui ne voudraient pas avoir à assumer certaines responsabilités. Il peut s'agir en l'occurrence du manque de diligence dans l'obligation personnelle « *de prudence et de sécurité* »¹³¹⁶, si une infraction était commise par un de leurs préposés.

Sur le principe, le cumul des responsabilités de la personne morale et de celle de son ou ses dirigeants est prévu par la loi¹³¹⁷. Ainsi, la personne morale est responsable pénalement des infractions commises, pour son compte, par une personne physique la représentant. La mise en œuvre du régime cumulatif peut avoir deux origines ; le chef d'entreprise ou le cadre dirigeant engage sa responsabilité pénale quand il se rend coupable d'une faute personnelle et qu'il est lui-même auteur de l'infraction¹³¹⁸, mais aussi pour les infractions commises par ses préposés. En effet, les juges, en dérogation au caractère intentionnel posé par l'alinéa 1 de l'article L. 121-3 du Code pénal, rendent les dirigeants responsables des infractions commises par leurs salariés. Aussi, pour éluder ce risque, il peut être utile de prévoir une stipulation contractuelle déléguant tout ou partie du pouvoir que détient l'employeur, à l'un ou l'autre de ses salariés. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi retenu que « *sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* »¹³¹⁹.

¹³¹⁵ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 162.

¹³¹⁶ Prévue à l'article L. 121-3 du Code pénal.

¹³¹⁷ CP, art. L. 121-2 : « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. (...) La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3* ».

¹³¹⁸ CP, art. L 121-3, al. 1 « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ».

¹³¹⁹ Crim., 11 mars 1993, n° de pourvoi: 91-80.598, publié au bulletin.

Les conditions de validité des délégations de pouvoir sont nombreuses et leur régime juridique a été fixé par de nombreux arrêts¹³²⁰. La délégation de pouvoir¹³²¹ doit être certaine. Elle doit donc résulter d'éléments clairs et précis et le délégataire doit être identifié comme tel dans l'entreprise. Ensuite, la délégation doit être limitée dans son étendue et ne doit pas apparaître comme un abandon total des responsabilités du dirigeant. La durée devra être, par contre, suffisamment longue pour permettre au délégataire d'accomplir normalement sa mission. Au final, le délégataire, salarié de l'entreprise, doit être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour assurer sa mission. Concomitamment, la délégation doit être limitée, précise et revêtir un certain degré de permanence¹³²². Dans tous les cas, il appartient au juge d'identifier un responsable ; le cas des accidents du travail est révélateur.

305 – Responsabilité d'un accident du travail - En cas d'accident du travail ayant entraîné le décès du salarié, la responsabilité pénale de la personne morale peut être recherchée (en application des dispositions de l'article L. 121-2 C. pén. en cas d'infraction aux règles de sécurité commise pour son compte par l'un de ses organes ou représentants. Le juge du fond doit identifier un responsable.

Dans l'espèce relative à l'arrêt du 31 octobre 2017¹³²³, un salarié a trouvé la mort sur son lieu de travail. Les juges du fond ont constaté l'existence d'une infraction aux règles de maintenance des équipements de travail. Ils ont toutefois décidé de ne pas retenir la responsabilité pénale de la personne morale au motif que cette faute n'était pas le fait d'un organe ou d'un représentant de celle-ci : aucun salarié ne disposait d'une délégation pour assurer la sécurité sur le site concerné. De plus, au moment de l'accident, le dirigeant social ne travaillait pas sur le site et ne pouvait donc être considéré comme ayant commis une faute. La Cour de cassation a censuré ce raisonnement expliquant qu'à partir du moment où l'infraction a été constatée, le juge doit chercher à identifier celui des organes ou représentants de la personne morale dont la faute est à l'origine du dommage. Si aucun salarié n'a reçu de délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, c'est alors le représentant légal de la personne morale qui sera susceptible d'être considéré comme ayant commis une faute à l'origine du dommage au motif qu'il doit veiller lui-même à la

¹³²⁰ Crim., 8 sept. 2015, n° de pourvoi : 14-83.053 ; Crim., 30 avr. 2002, pourvoi n° 01-84.405 ; Crim., 2 oct. 2001, pourvoi n° 00-87.075 ; Crim., 22 mars 1995, pourvoi n° 94-80.117 ; Crim., 2 mars 1988, pourvoi n° 87-81.528 ; etc.

¹³²¹ Il convient de ne pas confondre la délégation *de pouvoirs* et la délégation *de signature*. Dans cette dernière les décisions prises par le délégataire sont confondues avec les propres décisions du délégant. Il ne peut donc y avoir transfert de la responsabilité pénale.

¹³²² Liaisons sociales, Les thématiques, « *La responsabilité pénale et civile de l'employeur* », n° 55, janv. 2018.

¹³²³ Crim., 31 oct. 2017, pourvoi n° 16-83.683, publié au bulletin.

stricte et constante mise en œuvre des dispositions destinées à assurer la sécurité des travailleurs, peu importe qu'il soit physiquement présent ou non sur le site.

306 – Remarque conclusive - Au regard du transfert de la responsabilité relevant des dirigeants, les délégations de pouvoir peuvent apparaître *a priori* injustes pour les délégataires. Il convient cependant de noter que l'autonomie dont fait preuve une personne « *pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* »¹³²⁴ renforcée de surcroît par une rémunération qui tiendra compte du transfert de risque, revient à en tempérer l'appréciation.

Mais il est un champ de la responsabilité que la délégation n'atteindra point. C'est celui de la responsabilité civile. Le transfert de risque ne sera donc que partiel puisque le délégant reste civilement responsable : « *L'employeur est civilement responsable des condamnations prononcées contre ses directeurs, gérants ou préposés* »¹³²⁵. L'action en responsabilité civile est ouverte à toute victime pour assurer la réparation d'un préjudice, dont il convient cependant de prouver la réalité¹³²⁶. Celle-ci relève (en toutes circonstances désormais) du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Ainsi, la jurisprudence selon laquelle « *une cour d'appel apprécie souverainement le montant du préjudice dont elle justifie l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, sans être tenue d'en préciser les divers éléments* »¹³²⁷ se renforce.

B) Organiser la rupture du contrat

Si la liberté contractuelle permet d'organiser l'exécution du contrat, il est opportun d'envisager dès sa conclusion les éventuelles conditions de sa rupture. Aussi, l'insertion de clauses organisant par anticipation la rupture s'avère pertinente (1) même si leur effet est aujourd'hui grandement atténué par la jurisprudence (2).

¹³²⁴ Crim., 8 sept. 2015, pourvoi n° 14-83.053.

¹³²⁵ C. trav., art. L. 4741-7.

¹³²⁶ Soc., 13 avr. 2016, pourvoi n° 14-28.293, publié au bulletin : dans cet arrêt, la Cour de cassation revient sur la notion de « préjudice nécessaire », et donc sur la question du préjudice nécessairement causé à un salarié (non remise de bulletins de paie et de documents en fin de contrat, par exemple). Elle retient au contraire que l'existence d'un préjudice, et son évaluation, relèvent du juge du fond.

¹³²⁷ Soc., 6 sept. 2002, pourvoi n° 98-22.981, publié au bulletin.

1) Préconstituer un motif de rupture

307 – Exposé - Au-delà de l'exécution même du contrat, la sécurité juridique peut être renforcée si la rupture est envisagée dès sa conclusion. Si la doctrine et la jurisprudence font primer les stipulations contractuelles sur le contrôle judiciaire du licenciement, il s'agit alors d'un instrument juridique particulièrement favorable à l'employeur.

Ainsi, dans le passé, la mise en place de clauses de rendement a permis de préconstituer un juste motif de licenciement. La clause de rendement inscrite au contrat se caractérise alors par son idonéité : elle est financièrement profitable à l'employeur qui pourrait envisager vouloir se séparer d'un salarié à l'insuffisance professionnelle avérée ou qui n'aurait tout simplement pas atteint ses objectifs. Les parties s'accordent alors pour déterminer librement les conséquences des risques.

308 - la règle *res perit debitori* - Pour parvenir à imputer le risque, le Code civil retient la règle *res perit debitori*¹³²⁸ : les risques de la chose sont supportés par le débiteur de l'obligation. L'inexécution de l'obligation du salarié doit emporter la libération des obligations de l'employeur. Dans cette hypothèse, c'est le salarié, débiteur de l'obligation inexécutée qui va pâtir de la perte, car il ne pourra rien obtenir de son cocontractant : les risques du contrat sont pour lui. Par un arrêt de cassation du 18 mars 1986, la Cour de cassation a jugé que « *l'insuffisance des résultats obtenus par un salarié chargé de commercialiser les produits de l'entreprise par rapport aux quotas prévus à son contrat constitue, sauf fraude de la part de l'employeur non alléguée en l'espèce, une cause réelle et sérieuse de licenciement, peu important que cette insuffisance soit liée à l'état du marché et que la situation économique rende souhaitable la recherche par l'employeur de moyens de vente plus efficaces* »¹³²⁹. Cette décision est conforme à la règle civiliste exposée précédemment. La capacité du contrat à renforcer la flexicurité s'en trouve renforcée, tout comme l'incitation manifeste du débiteur à exécuter pleinement ses obligations. Dans cette optique, la clause de résultat se présente à la fois comme une catégorie particulière de rupture du contrat tout comme une incitation à sa performance. Avec des contractants de bonne foi, il est probable que la pérennité du contrat l'emporte sur sa résiliation.

¹³²⁸ *Res perit domino* comme exception ; s'il est considéré que l'impossibilité d'exécution d'une obligation en raison de la force majeure notamment, n'empêche pas que l'obligation de l'autre partie (l'employeur) soit exécutée, le débiteur (le salarié) se trouve alors libéré de ses obligations (le rendement) tandis que le créancier reste tenu de la sienne (le versement de la rémunération, ou le maintien du contrat de travail).

¹³²⁹ Soc., 18 mars 1986, pourvoi n° 83-42191.

Puisque la rémunération constitue un élément du socle contractuel, cette règle est applicable uniquement en présence du consentement du salarié, notamment si la variabilité concerne sa partie complémentaire. De la même manière, si l'employeur a la capacité de fixer unilatéralement les objectifs de vente avec une rémunération correspondante, il se doit d'obtenir le consentement du salarié, si pour des raisons infondées il en arrête le versement¹³³⁰.

309 – Clause de rupture automatique – Les clauses de rupture automatique n'ont cependant aucune valeur juridique. Le juge est hostile à toute préconstitution de cause automatique de licenciement.

Selon l'arrêt du 12 février 2014, « *la lettre de licenciement fixe les limites du litige, et aucune clause du contrat ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera en elle-même une cause de licenciement* »¹³³¹. En l'espèce, une clause du contrat de travail prévoyait qu'en cas de retrait de permis de conduire le salarié verrait le contrat de travail rompu. Il s'agit-là d'une jurisprudence constante. Déjà, la Cour de cassation avait statué dans le même sens en précisant qu'il « *appartient au juge, dans l'exercice du pouvoir qu'il tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail d'apprécier si la non-réalisation des objectifs constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement* »¹³³².

2) Privilégier la sécurité économique

310 - Position du problème - La Cour invalide le raisonnement qui consisterait à faire prévaloir en toutes circonstances l'exécution des stipulations contractuelles sur le contrôle judiciaire. Elle en revient à opposer à l'analyse civiliste et contractuelle de la relation de travail¹³³³ un principe général de « *sécurité par le travail* »¹³³⁴.

311 – Justification - Afin d'éviter au travailleur-salarié de perdre son emploi ou de lui permettre d'en tirer des moyens de subsistance suffisants, il est désormais fait consensus de ne

¹³³⁰ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 276.

¹³³¹ Soc., 12 fév. 2014, pourvoi n° 12-11.554, publié au bulletin.

¹³³² Soc., 14 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.371, publié au bulletin.

¹³³³ SUPIOT (A.), dans l'analyse civiliste « *la personne est envisagée comme volonté désincarnée* », *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 74-75. Il y a une « séparation formelle entre la personne et la prestation de travail ». La situation juridique du travailleur est alors fragilisée, dans le sens où, le « louage de service » qui a prévalu jusqu'à la loi du 13 juillet 1973, restait sous les règles de la liberté ; de la même manière, en matière de vente, l'article L. 1591 C. civ. dispose que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* » : le juge ne saurait donc s'immiscer.

¹³³⁴ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 74.

pas lui imputer les risques économiques de l'entreprise. Sur le plan éthique tout d'abord, puisque le salarié est sous subordination¹³³⁵ et qu'il ne profite pas des bénéfices que tire l'entrepreneur de son activité, il n'a légitimement pas à en supporter les pertes. Le salarié est un individu qui n'apporte pas que sa force de travail. Il engage sa personne, sa subsistance et celle de sa famille. Il s'agit là de reconnaître qu'il apporte à l'entreprise une prestation humaine de travail. Juridiquement ensuite, et au regard du croisement avec le Code civil, il est utile de noter que le statut de salarié ne doit pas être confondu avec celui d'associé ou d'actionnaire : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* »¹³³⁶. C'est donc au porteur de titres de supporter le risque économique. L'analyse économique des conventions de travail explique enfin que la relation de travail doit échapper au marché ; en effet, le produit du travail n'existe pas lors de la conclusion du contrat et ne sera valorisé qu'au moment de sa cession.

L'employeur verse des salaires fixes qui résultent d'une avancée sociale récente : « *Les conventions collectives ont ainsi été à l'origine de la mensualisation des ouvriers dont la plupart étaient payés par quinzaine selon un salaire horaire, tandis que les employés et cadres avaient des salaires mensuels qui leur offraient le paiement des jours fériés et bien souvent le maintien de la rémunération en cas d'absence de courte durée pour maladie* »¹³³⁷. L'abandon de la variabilité de la rémunération s'est fait par la volonté d'égaliser les conditions de travail entre différentes catégories de salariés. Il n'en reste pas moins que généralement « *la firme verse des salaires inférieurs à l'optimum, mais assure les salariés contre les petites fluctuations de la demande* »¹³³⁸. Le salaire fixe versé est alors inférieur « *à un salaire aléatoire d'espérance plus élevée* »¹³³⁹. Ensuite, découlant de ce premier principe, les « *conventions de productivité et de chômage* » ont permis de « *socialiser l'aléa* »¹³⁴⁰ au travers de la reconnaissance de la responsabilité sociale de l'entrepreneur perçu comme personne morale. Cette conception de la responsabilité propose de faire partager le risque économique entre l'employeur et la collectivité. Le risque économique doit donc être

¹³³⁵ Il n'observe pas la demande et n'a pas *a priori* d'influence sur elle, ni sur la stratégie d'entreprise.

¹³³⁶ C. civ., art. L. 1832.

¹³³⁷ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 83.

¹³³⁸ SALAIS (R.), « *L'analyse économique des conventions de travail* », *Revue économique*, volume 40, n° 2, 1989, p. 206.

¹³³⁹ *Ibidem*.

¹³⁴⁰ *Idem*, p. 221.

concrètement transféré à l'employeur ou aux institutions (organismes sociaux, collectivités territoriales).

312 – Tempérament : la clause de non-concurrence - Si le risque d'entreprise ne peut être porté par le salarié, il n'en demeure pas moins que la performance du contrat sera grandement améliorée par la négociation de clauses contractuelles dont l'absence sera toujours opposable à l'employeur. Afin de pouvoir être opposables au salarié, les stipulations devront être systématiquement négociées et acceptées.

D'origine prétorienne, la clause de non-concurrence répond de cet objectif. En vertu de l'obligation de loyauté du salarié, elle prévoit une garantie financière l'indemnisant si, après rupture du contrat de travail, il est tenu d'une obligation qui limite sa liberté professionnelle. Son appellation importe peu¹³⁴¹. Elle peut être prévue dès l'embauche par une mention dans le contrat de travail, ou ultérieurement, par avenant. Dans ce dernier cas l'accord du salarié est requis. En effet, la stipulation d'une clause de non-concurrence dans un contrat n'en comportant pas constitue une modification contractuelle. Le salarié a le droit de refuser cette modification, sans que son refus puisse constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement¹³⁴². Caractérisent également une modification du contrat, le fait de vouloir la supprimer¹³⁴³, ainsi que le fait de la modifier, en y insérant une contrepartie pécuniaire¹³⁴⁴.

Si la sécurité juridique (voire financière) peut être favorisée par la rédaction du contrat ou de ses avenants, il convient désormais de s'interroger sur la présence de clauses qui permettront d'améliorer cette fois-ci la coopération dans la relation de travail, autrement dit, la productivité du travail salarié.

Section 2 – Négocier pour dynamiser la relation de travail

313 – Exposé du problème - Dans le cadre juridique actuel, deux méthodes permettent au contrat d'être un levier de performance pour l'entreprise. La première est de faciliter sa rupture : ce n'est pas celle qui motive notre pensée. La seconde, plus éthique, vise à rendre le contrat plus efficient. C'est dans ce cadre que portera l'objet de notre réflexion. Il s'agit d'une vision où la quantité d'emploi n'est pas une variable d'ajustement et où le contrat est vecteur de performance. Le postulat de performance est posé par MM. Serge Schweitzer et Loïc

¹³⁴¹ Soc., 9 juin 2015, pourvoi n° 13-19.327.

¹³⁴² Soc., 1^{er} fév. 2000, pourvoi n° 98-40.738.

¹³⁴³ Soc., 30 mars 1993, pourvoi n° 90-41-772.

¹³⁴⁴ Soc., 25 mai 1989, pourvoi n° 86-45.642.

Floury : « *Le contrat, en tant que modalité de l'échange, apparaît économiquement comme un gain (c'est-à-dire sa finalité), mais également comme un moyen de s'assurer de la réalisation de ce même gain* »¹³⁴⁵. L'insertion de clauses contractuelles permet alors de stipuler les modalités d'un comportement coopératif à double effet : il permet un « échange gagnant-gagnant » tout en s'assurant de la réalisation effective de ce même gain. Le système juridique a vocation à s'assurer de l'application effective de l'efficacité. Le droit des contrats doit ainsi inciter les parties à la coopération en prévoyant, pour l'analyse économique du droit, des dommages et intérêts en cas de non respect des termes du contrat.

La négociation de clauses contractuelles ou conventionnelles peut permettre de nourrir le concept émergent de flexicurité¹³⁴⁶. Un contenu organisationnel et obligationnel va ainsi naître entre le salarié et l'employeur, lequel aura pour objet de matérialiser la performance attendue. Les clauses contractuelles sont directement issues des pratiques de flexibilité interne destinées à faire évoluer les conditions liées à l'emploi¹³⁴⁷. En cela, elles se révèlent être une alternative à l'incomplétude prévisionnelle, dont l'objet sert « *à favoriser le contrat sans l'entraver. L'idée est de Friedrich Hayek : le droit doit avoir pour but de préserver l'ordre des anticipations* »¹³⁴⁸. L'exécution du contrat de travail est propice à voir émerger un ensemble de situations dans lesquelles les contractants arrivent à anticiper, à former des prévisions qui ont de bonnes chances de se réaliser.

Au regard de la performance, et dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, ces clauses créent un « système d'attentes réciproques » : l'individualisation du contrat peut permettre de favoriser la mobilité des salariés ou de conclure avec eux une convention de productivité. La force obligatoire du contrat intervient alors pour sécuriser des transactions économiques qui induisent naturellement la loyauté réciproque des contractants. Dans une perspective de dynamisation de la relation contractuelle, les clauses de mobilité (§1) et de rendement (§2) s'avèrent alors indispensables pour renforcer la pérennité de la relation contractuelle.

¹³⁴⁵ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 189.

¹³⁴⁶ Concept émergent à la définition non stabilisée. On pourrait le définir comme le développement de la capacité de l'entreprise à renforcer la flexibilité interne ou externe, tout en renforçant, sinon en sécurisant les droits issus de la relation de travail.

¹³⁴⁷ Temps de travail, modalités de rémunération, lieu de son exercice, etc.

¹³⁴⁸ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 194.

§1) La mobilité géographique du salarié

314 – Palier l’intangibilité du contrat - L’idée des clauses de mobilité a d’abord été évoquée lors des discussions engagées dans le cadre de l’accord national interprofessionnel (ANI) sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 : « *Les partenaires sociaux étaient certainement inspirés par la législation de pays voisins, notamment l’Allemagne, qui a créé un véritable droit du licenciement modificateur* »¹³⁴⁹. Ainsi, le droit français de la mobilité relève du droit de la modification du contrat de travail.

Cela pose la délicate question de la confrontation entre les contraintes de l’entreprise et des droits subjectifs nés de la rédaction du contrat. Les droits subjectifs tout d’abord constituent des prérogatives qui permettent à leur titulaire de faire, d’exiger ou d’interdire quelque chose dans leur intérêt personnel, ou dans l’intérêt d’autrui. Ainsi, le dirigeant social ou celui qui en porte l’autorité, peut œuvrer pour créer des prérogatives juridiques dont l’entreprise, sujet de droit, sera *in fine* le bénéficiaire. Les nécessités de l’entreprise ensuite, qui invitent à la mise en œuvre du principe de rationalité, viennent buter sur l’intangibilité du contrat. Il existe alors deux voies pour rendre plus souple l’existence de la matière : celle de rendre la nature même du contrat marquée par le sceau de la flexibilité, celle de pénétrer le contrat et de le rendre davantage perfectible au regard de la performance qui en est attendue. Pour cela, il s’agit de recontextualiser juridiquement et économiquement la matière.

Dans une vision dynamique du droit, les droits subjectifs nés du contrat de travail répondent aux nécessités économiques qu’impose le quotidien les entreprises : « *Le contrat n’est-il pas un objet juridique à vocation économique ? En effet, si le contrat n’est que la représentation juridique de l’échange, l’échange est justement le cœur de l’économique. Quel meilleur terrain d’entente donc, entre les juristes et les économistes ?* »¹³⁵⁰. Les entreprises butent trop souvent sur des conditions de travail considérées par les entrepreneurs comme trop figées. C’est la conclusion à laquelle aboutissent deux auteurs : « *Une législation trop protectrice de l’emploi (...) réduit le processus de réallocation de main d’œuvre entre les secteurs et les régions* »¹³⁵¹. Le mot clé est ici « réallocation ». Ainsi, la « *clause d’un contrat de travail par laquelle le salarié accepte par avance une mutation géographique (le plus souvent) ou professionnelle qui, sans cette clause, serait susceptible de constituer une modification du*

¹³⁴⁹ FROMONT (Y.), « *L’avenir des clauses de mobilité géographique* », Droit social n° 9/10, sept.-oct. 2011, p. 921.

¹³⁵⁰ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d’histoire analytique*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 169. Les auteurs citent Bruno DEFFAINS et Eric LANGLAIS, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 187.

¹³⁵¹ *Idem*, préc., p. 270.

contrat et ne pourrait en ce cas être imposée unilatéralement »¹³⁵², participe de cette volonté. Le changement des conditions dans lesquelles le salarié exerce son emploi vient alors caractériser la notion de « réallocation ».

315 – Pallier l’incertitude du contrat : « *Le contrat apparaît comme le moyen juridique d’encadrer le processus économique, mais pas de s’assurer de sa réalisation selon un modèle prédéterminé* »¹³⁵³. C’est le cœur de la théorie autrichienne du droit : les règles encadrent un processus de découverte. La sécurité juridique s’en trouve dans le même temps améliorée. Il est permis d’imaginer, d’ores et déjà, que l’abus pourrait limiter la possibilité d’extension des clauses contractuelles, d’autant qu’il existe en droit un grand principe de distinction du droit et de la morale. Cependant, notre réflexion portera sur une interpénétration de ces deux entités : il existe des règles à la fois juridiques et morales parce que leurs frontières sont poreuses.

Si les avantages juridiques et économiques sont d’importance, c’est parce que l’intangibilité du contrat fait du secteur géographique un élément de son socle (A). L’insertion de clauses de mobilité permet alors d’en renforcer l’efficacité économique (B) alors même qu’il peut être envisagé d’en faire un objet de négociation collective (C).

A) Le secteur géographique comme élément contractuel

316 – La mobilité comme « flexibilité encadrée » – Le concept de mobilité se rattache habituellement aux clauses géographiques et fonctionnelles. Les premières répondent à la nécessité d’obtenir préalablement l’accord du salarié pour permettre à l’entreprise de l’affecter dans une zone géographique autre que celle où il a débuté son contrat de travail. Elles permettent en outre de garantir la sécurité juridique de l’employeur. En cas de refus de mutation de la part du salarié, et si l’employeur maintient son invitation à la mobilité, la rupture du contrat pourra être envisagée : il s’agira alors d’une rupture pour cause réelle et sérieuse¹³⁵⁴. Les secondes permettent à l’employeur d’insérer dans le contrat de travail une stipulation par laquelle le salarié accepte, par avance, d’être affecté à un autre poste de travail que celui prévu à l’origine. Cette inclusion participe de la volonté de sécuriser juridiquement l’exécution même du contrat, puisque celui-ci n’aura pas à être renégocié en cas de mutation

¹³⁵² Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

¹³⁵³ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), préc., p. 194.

¹³⁵⁴ La jurisprudence est partagée sur la qualification du refus comme « faute grave » ; dans le prolongement d’un arrêt publié le 11 juillet 2002, le nouveau régime émergent de « cadre habituel de l’activité » sert de référence au juge.

hors du secteur initial. Le cas échant, les conséquences de la rupture seront *a priori* plus favorables à l'employeur.

Pour autant, parce qu'elles peuvent précariser les droits des salariés concernés, porter atteinte à leur vie privée, à leurs qualifications tout en étant parfois abusives, la jurisprudence a permis une mise à l'écart du droit des contrats par une accentuation du contrôle judiciaire des clauses. C'est ce que dit en substance la Cour de cassation lorsqu'elle décide que le licenciement est prononcé sans cause réelle et sérieuse, au motif que la clause de mobilité « *doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et qu'elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* »¹³⁵⁵. Aussi a-t-elle défini des conditions de validité et de mise en œuvre strictes, que l'employeur devra suivre avec rigueur s'il ne veut pas voir le juge venir les frapper de nullité¹³⁵⁶. Ainsi, les licenciements motivés par le refus du salarié d'accepter la mutation qui lui était imposée pourront être jugés « sans cause réelle et sérieuse » et donner lieu au paiement de dommages intérêts particulièrement importants.

317 – Définition du secteur géographique – La notion relève du droit prétorien : le « secteur géographique » est une notion issue de plusieurs arrêts de la chambre sociale.

Dans l'arrêt Tisserand, la Cour précise que « *le fait d'affecter un salarié, qui travaillait sur des chantiers, à un atelier fixe, situé dans le même secteur géographique, n'entraîne pas modification du lieu de travail et constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur* »¹³⁵⁷ ; il a ensuite été jugé le 4 mai 1999 que « *le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si le lieu de travail auquel était affecté M. X... était situé dans un secteur géographique différent de celui où il travaillait précédemment et si, dès lors, le déménagement constituait une modification du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »¹³⁵⁸. Depuis ces arrêts de principe, la Cour de Cassation utilise régulièrement la notion pour homogénéiser la matière, et ce, dès lors que la modification du lieu d'exécution de la prestation de travail intervient en l'absence de clause contractuelle de mobilité. Mais la notion reste incertaine : les dispositions prévues à l'article

¹³⁵⁵ Soc., 7 juin 2006, n° pourvoi n° 04-45.846, Soc. 12 juil. 2006, pourvoi n° 04-45.396, publiés au bulletin.

¹³⁵⁶ Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, publié au bulletin.

¹³⁵⁷ Soc., 16 déc. 1998, pourvoi n° 96-40.227, publié au bulletin.

¹³⁵⁸ Soc., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-40.576, publié au bulletin.

L. 2242-22 al. 1 C. trav. issu de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 parlent quant à elles de « zone géographique d'emploi »¹³⁵⁹.

318 – Incitation à la flexibilité du contrat - Juridiquement, la mention du lieu de travail initial n'a qu'un caractère informatif. C'est ce qu'a indiqué la chambre sociale par un arrêt rendu le 21 janvier 2004. C'est le principe, à moins qu'une valeur d'exclusivité soit attachée au lieu de travail initial par la rédaction d'une clause contractuelle claire et précise. Ainsi, a-t-il été jugé que « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* »¹³⁶⁰. Il est permis d'analyser cette norme comme une *incitation juridique* au service de la flexibilité qui s'impose à l'employeur. Elle contribue de surcroît à l'objectivité de la notion de « secteur géographique » tout comme à la sécurité juridique : « *La Cour de cassation pouvait en déduire que les salariés n'avaient aucun droit à se placer sur le terrain de la modification de leur contrat de travail et à demander l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi* »¹³⁶¹. Ainsi, sauf clause contractuelle expresse précisant de façon non équivoque le lieu d'exécution du travail, c'est bien le secteur géographique dans lequel se situe le lieu de travail qui est contractualisé.

A dessein de servir les intérêts économiques de l'employeur, il est utile de préciser que le secteur géographique n'est pas un butoir absolu. Par exception, et selon le statut du salarié, on peut momentanément y déroger. Dans l'arrêt *Société travaux hydrauliques et bâtiments* du 22 janvier 2003, la chambre sociale a considéré que « *le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique* »¹³⁶². Le salarié concerné était chef de chantier, promu chef de chantier principal puis maître compagnon, ayant obtenu le statut de cadre.

¹³⁵⁹ C. trav. art. L. 2242-22 al. 1 : « *L'accord issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 comporte notamment : 1° Les limites imposées à cette mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié, elle-même précisée par l'accord, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié conformément à l'article L. 1121-1* ».

¹³⁶⁰ Soc., 21 janv. 2004, pourvoi n° 02-12.712, publié au bulletin.

¹³⁶¹ PETIT (F.), (sous la dir.), « *Les clauses et accords de mobilité* », La négociation de la force de travail, 2014, Editions Universitaires d'Avignon, p. 83 et s.

¹³⁶² Soc., 22 janv. 2003, pourvoi n° 00-43.826, publié au bulletin.

Dans la continuité de l'arrêt du 10 juillet 1996¹³⁶³, la mobilité au sein du secteur géographique relève d'un simple changement dans les conditions de travail et non pas de la modification contractuelle. La nuance est d'importance, puisqu'elle renforce le pouvoir de direction de l'employeur. Le juge conclut ainsi : « *Le refus par un salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement. A défaut d'un tel licenciement, le contrat n'a pas été rompu, de sorte que le salarié ne peut réclamer aucune indemnité* ». On peut rappeler que le Doyen Waquet définit les conditions de travail comme « *la partie mobile de la sphère contractuelle qui varie en fonction de la gestion choisie par l'employeur* »¹³⁶⁴. L'employeur éclairé¹³⁶⁵ pourra donc user de ce principe doctrinal et prétorien pour flexibiliser la gestion interne de ses ressources humaines, sans se voir opposer de limite juridique à l'exercice du pouvoir de direction.

319 – Remarque conclusive - On conclut que la clause informative du lieu de travail est un élément contractuel de performance qui relève du pouvoir de direction discrétionnaire de l'employeur.

En tant qu'outil de performance, il devra être utilisé au travers du prisme de la bonne foi ; face à l'uniformité de la définition donnée par le juge, le principe d'une prise en compte *intuitu personae* doit s'imposer. On y voit l'exercice d'une *liberté partagée* entre employeur et salarié : pouvoir de direction contre liberté du travailleur. La fragilité éventuelle du salarié ne doit pas en sortir accentuée¹³⁶⁶. C'est ce que posent en substance les alinéas 2 et 3 de l'article L. 2242-22 du Code du travail¹³⁶⁷.

¹³⁶³ Soc., 10 juil. 1996, pourvoi n° 93-40.966, publié au bulletin.

¹³⁶⁴ WAQUET (Ph.), « *Le renouveau du contrat de travail* », RJS, mai 1999, p. 383.

¹³⁶⁵ Dans leur ouvrage de 2005 *La gestion des ressources humaines*, Mmes Anne DIETRICH et Frédérique PIGEYRE précisent après enquête, que près de 90 % des entreprises, soit 50 % des salariés, confient la fonction « ressources humaines », en gestion, à une personne ayant principalement d'autres responsabilités. Tous les responsables des ressources humaines ne sont donc pas forcément des « employeurs éclairés ». Juridiquement parlant, l'employeur devra y être vigilant.

¹³⁶⁶ V. Soc., 18 mai 1999, pourvoi n° 96-44315, publié au bulletin.

¹³⁶⁷ C. trav., art. L. 2242-22 al. 1 : « 2° Les mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé ; 3° Les mesures d'accompagnement à la mobilité, en particulier les actions de formation ainsi que les aides à la mobilité géographique, qui comprennent notamment la participation de l'employeur à la compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat et aux frais de transport. Les stipulations de l'accord collectif conclu au titre de l'article L. 2242-21 et du présent article ne peuvent avoir pour effet d'entraîner une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle ».

B) La validité et la mise en œuvre des clauses et accords de mobilité

320 – Prédétermination du consentement du salarié - S'il reste un espace incertain pour le salarié, le secteur géographique est (désormais) une notion juridiquement stable pour devenir un outil d'organisation des intérêts de l'entreprise. L'employeur éclairé peut prévoir, dès la conclusion du contrat, la nécessité de muter le salarié en dehors du secteur géographique propre au lieu de travail initial. Dans un arrêt du 2 avril 1998, le juge précise que « *la cour d'appel a estimé que le contrat produit au débat n'étant pas signé par l'intéressé, la clause de mobilité qui y était inscrite ne lui était pas opposable* »¹³⁶⁸. Aussi, aux fins de renforcer la sécurité juridique, il convient de s'assurer du consentement préalable du salarié en proposant d'inclure, dès la formation du contrat, une clause spécifique qui stabilisera son consentement. De la même manière, il semble déterminant d'engager, à l'échelle de l'institution concernée, les négociations prévues à l'article L. 2242-21 C. trav.¹³⁶⁹. L'enjeu est réel, puisque « *dans la majorité des cas, les salariés respectent loyalement ce qu'ils ont signé* » et « *ne sont pas des plaideurs en puissance* »¹³⁷⁰. Le contrat apparaît alors comme un acte de prévision en capacité de prendre en compte une incertitude prévisible.

En cas d'inclusion d'une clause de mobilité, la zone géographique d'application devra être définie de façon précise¹³⁷¹ ; tel n'est pas le cas d'une stipulation se bornant à indiquer que « *les évolutions dans l'organisation de l'entreprise pourront amener cette dernière à modifier tant l'établissement que le bureau de rattachement* »¹³⁷². Par ailleurs, si la clause apparaît en cours d'exécution du contrat de travail, il conviendra de s'assurer qu'elle a été expressément acceptée par la signature d'un avenant. Enfin, il est utile d'indiquer que si la clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application, « *elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* »¹³⁷³.

¹³⁶⁸ Soc., 2 avr. 1998, pourvoi n° 95-43.541, publié au bulletin.

¹³⁶⁹ C. trav. art. L 2242-21, « *L'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs. Dans les entreprises et les groupes d'entreprises mentionnés à l'article L. 2242-15, les modalités de cette mobilité interne à l'entreprise s'inscrivent dans le cadre de la négociation prévue au même article. Dans les autres entreprises et groupes d'entreprises, la négociation prévue au présent article porte également sur les évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences et sur les mesures susceptibles de les accompagner* ».

¹³⁷⁰ FROMONT (Y.), « *L'avenir des clauses de mobilité géographique* », Droit social n° 9/10, sept.-oct. 2011, p. 921.

¹³⁷¹ Soc., 12 juil. 2006, pourvoi n° 04-45.396, publié au bulletin.

¹³⁷² *Ibidem*.

¹³⁷³ PETIT (F.), (sous la dir.), « *Les clauses et accords de mobilité* », La négociation de la force de travail, 2014, Editions Universitaires d'Avignon, p. 83 et s.

Le cas des accords de mobilité relève du même principe. Le Doyen Petit précise qu' « *une fois conclu, l'accord de mobilité doit être porté à la connaissance de chacun des salariés concernés, sans quoi il deviendrait inopposable aux salariés. En indiquant que les stipulations de cet accord sont applicables au contrat de travail, le Code du travail lui donne un caractère impératif* »¹³⁷⁴. Il s'agit d'une situation de dérogation au principe d'intangibilité du contrat qui pourrait être qualifiable de *forçage* du consentement individuel, dans la mesure où il est permis d'y voir tant une atteinte à la notion de contrat qu'une amplification de son contenu contractuel.

Malgré l'étendue du pouvoir de direction de l'employeur, deux types de difficultés peuvent venir en entacher la mise en œuvre. S'il veut servir la performance de son entreprise, l'employeur devra y être vigilant. La première concerne l'absence de « bonne foi » dans la demande formulée par l'employeur au salarié. L'employeur devra veiller à ne pas fragiliser la situation sociale ou économique de ses salariés. La seconde tient à l'interprétation qui doit être faite des dispositions prévues dans les conventions et accords collectifs, puisque celles-ci peuvent déqualifier la clause contractuelle fixant le lieu de travail en clause informative ne liant pas l'employeur¹³⁷⁵. En cas de concours entre les clauses contractuelles et les dispositions collectives « obscures », le contrôle approfondi de la chambre sociale conduit à rechercher le but poursuivi par ses signataires, à la lumière de l'état du droit au moment de sa conclusion.

321 – Modération dans l'exercice des droits - Le consentement obtenu, les obligations devront être exécutées. La résistance du salarié sera « *assimilée à un acte d'insubordination* »¹³⁷⁶. On peut y voir une conséquence de la règle constitutionnelle *pacta sunt servanda*¹³⁷⁷ qui trouve traduction en matière de droit des obligations par l'effectivité de l'article L. 1103 (*nouv.*) C. trav. : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

La Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi formé par un demandeur qui « *avait depuis le 4 octobre 2010, en violation de la clause de mobilité prévue à son contrat et malgré plusieurs lettres de mise en demeure, refusé de rejoindre successivement deux nouvelles affectations* » ;

¹³⁷⁴ PETIT (F.), préc.

¹³⁷⁵ La rédaction des dispositions des conventions collectives est parfois obscure, la formulation pouvant apparaître pour certains auteurs, comme « *une stratégie de la part des partenaires sociaux* ». M. Jean-Yves FROUIN, « *L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail* », RJS 1996.

¹³⁷⁶ PETIT (F.), préc.

¹³⁷⁷ La règle *Pacta sunt servanda* implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; décision du Conseil Constitutionnel du 9 avril 1992 (n° 92-308 DC), extrait de l'article 7.

elle a ainsi jugé que résultait de la bonne application de la loi la décision de la Cour d'appel qui « *a pu décider qu'un tel refus, sans aucune justification légitime, caractérisait une faute grave rendant impossible la poursuite du contrat de travail* »¹³⁷⁸. Ainsi, le juge contrôle la mise en œuvre de la clause de mobilité¹³⁷⁹.

A l'inverse, il a été admis qu'une sanction ne pouvait être retenue à l'encontre d'une salariée dans la mesure où « *la cour d'appel, qui n'a pas méconnu l'obligation du salarié de se conformer à la clause de mobilité, a relevé que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, avait fait un usage abusif de cette clause en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés* »¹³⁸⁰. Cet arrêt a fait jurisprudence¹³⁸¹ et conforte le principe selon lequel tout droit subjectif trouve sa limite dans l'exercice abusif qui en est fait¹³⁸² : « *Dans une telle conception, le droit est source d'irresponsabilité* »¹³⁸³. Le recul généralisé de l'égalité contractuelle, associé à la multiplication des droits subjectifs pourrait amener le juge à devoir arbitrer, plus encore, en matière d'abus de droit : « *Ce mouvement serait en définitive la réaction aux excès d'individualisme dans une société où chacun tend égoïstement à tirer le meilleur profit de son droit* »¹³⁸⁴. Il n'en reste pas moins que si le refus par le salarié de sa mutation n'est pas fautif, son licenciement éventuel n'en sera pas pour autant dénué de cause réelle et sérieuse.

322 – Rupture du contrat de travail - Le conseiller-rapporteur Depommier indique : « *C'est par un arrêt du 23 février 2005 que la chambre sociale a précisé que le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave* »¹³⁸⁵. En l'espèce, la mise en œuvre de ladite clause doit être « *conforme à l'intérêt de l'entreprise* »¹³⁸⁶. Si le salarié s'estime lésé, il lui incombera de démontrer que la décision de l'employeur a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt économique de l'entreprise¹³⁸⁷. L'absence de cause réelle et

¹³⁷⁸ Soc., 12 janv. 2016, pourvoi n° 14-23.290, publié au bulletin.

¹³⁷⁹ PETIT (F.), préc.

¹³⁸⁰ Soc., 18 mai 1999, pourvoi n° 96-44315, publié au bulletin.

¹³⁸¹ V. Soc., 14 oct. 2008, pourvoi n° 07-43071.

¹³⁸² « *Le droit cesse où l'abus commence* », citation du Pr. PLANIOL, figurant dans son ouvrage de 1899 intitulé *Traité élémentaire de droit civil*.

¹³⁸³ MINGAM (C.), DUVAL (A.), « *L'abus de droit, état du droit positif* », dans *Revue juridique de l'Ouest*, avr. 1998, p. 543.

¹³⁸⁴ *Idem*, p. 568.

¹³⁸⁵ Ass. plén., 9 oct. 2015, pourvoi n° 13-25.279, publié au bulletin.

¹³⁸⁶ Soc., 14 oct. 2008, pourvoi n° 07-43.071.

¹³⁸⁷ Dans un arrêt du 12 janv. 2016, le demandeur « *avait indiqué que son départ du site de France télévisions publicité au sein duquel il travaillait depuis six années constituait une sanction déguisée en raison de son arrêt*

sérieuse de licenciement pourra alors entraîner une indemnisation pour défaut de motif et pour préjudices complémentaires, et plus rarement la nullité de la rupture. Dans tous les cas, le contrôle de la mise en œuvre de la mobilité semble tout-à-fait justifié dans la mesure où le contrat de travail est, dans les faits, un contrat déséquilibré : « *Le droit subjectif est la consécration de l'inégalité, celui qui courbe (...) l'ouvrier devant le patron* »¹³⁸⁸. Les rapports de défiance entre employeurs et salariés en deviennent à juste titre logiquement bornés. La bonne foi permettra de garantir la sécurité juridique de l'employeur.

La faute grave relève, quant à elle, du « *refus de déplacement s'inscrivant dans le cadre habituel de l'activité* »¹³⁸⁹ ; c'est ce dont témoigne la lecture de la jurisprudence récente, qui permet de proposer une typologie d'arrêts retenant ou non l'existence d'une faute grave : ceux qui excluent la faute grave indiquent que les fonctions des salariés concernés n'impliquent pas une particulière mobilité¹³⁹⁰ ; à l'inverse, ceux qui constatent la faute grave témoignent de refus de déplacement dans le cadre habituel des activités¹³⁹¹.

323 – Statut individuel et collectif du contrat - Les dispositions collectives sont parfois obscures et les demandeurs aux pourvois peuvent s'en prévaloir pour refuser l'application d'un texte conventionnel.

Dans un arrêt de rejet du 23 octobre 2015, la Cour de cassation a ainsi jugé que la décision attaquée résultait de la bonne application de la loi. Sur le moyen unique du pourvoi, les salariés estimaient que leur mutation dans un nouveau lieu de travail¹³⁹² était une modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail qui ne pouvait leur être imposé sans leur accord. La stipulation conventionnelle précisait que « *toute modification de caractère individuel apportée à un des éléments ci-dessus*¹³⁹³ *fera préalablement l'objet d'une nouvelle notification écrite* »¹³⁹⁴. Certes, la rédaction de la stipulation conventionnelle peut être interprétée comme imprécise : la notification écrite requiert-elle ou non l'accord des salariés ? La lecture de l'avenant montre qu'il n'est nullement prévu que le salarié ait à donner son

pour maladie, en ne recherchant pas si l'application de la clause de mobilité avait été motivée par des raisons objectives dictées par l'intérêt de l'entreprise », Soc. 12 janv. 2016, n° pourvoi 14-23.290, publié au bulletin.

¹³⁸⁸ MINGAM (C.), DUVAL (A.), préc., p. 543.

¹³⁸⁹ Ass. plén., 9 oct. 2015, pourvoi n° 13-25.279, publié au bulletin.

¹³⁹⁰ Soc., 23 janv. 2008, pourvoi n° 07-40.522, publié au bulletin et Soc., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-10.408, publié au bulletin.

¹³⁹¹ Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-28.916.

¹³⁹² Situé à moins de vingt kilomètres du lieu défini au contrat de travail.

¹³⁹³ Emploi, niveau et échelon ; taux garanti du niveau et de l'échelon ; rémunération réelle ; établissement dans lequel l'emploi doit-être exercé.

¹³⁹⁴ Convention collective des industries métallurgiques, mécaniques et connexes de la région parisienne, art. 3 de l'avenant « mensuels » du 2 mai 1979.

accord à la modification du lieu de travail. Aussi, a-t-il été jugé « *qu'en cas de non acceptation par le salarié de la modification envisagée du lieu de travail, l'employeur qui n'entend pas renoncer à la modification doit prendre l'initiative de la rupture du contrat de travail en engageant une procédure de licenciement. (...) la cour d'appel a pu décider qu'un tel refus, pour la justification duquel aucune raison légitime n'était avancée, caractérisait une faute grave rendant impossible la poursuite de leur relation contractuelle de travail* ». On note que le principe de prévalence du statut collectif du contrat avait déjà, avant sa consécration (partielle) avec l'article L. 2254-2 C. trav., été initié par le juge.

324 – Licenciement pour motif économique - La construction prétorienne consacre le pouvoir de direction de l'employeur. Sauf clause spécifique, la mention du lieu de travail dans le contrat de travail n'a qu'une valeur d'information.

Une mobilité décidée au sein du secteur géographique n'est donc pas une modification d'un « élément essentiel du contrat »¹³⁹⁵. Une même mobilité, refusée par le salarié réfractaire et maintenue par l'employeur, entraîne une rupture individuelle pour motif économique puisque « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité* »¹³⁹⁶. La question se pose alors de savoir, selon la taille de l'entreprise et selon le nombre de salariés concernés, si un plan de sauvegarde de l'emploi doit être mis en place. Les clauses de mobilité géographiques, censées dynamiser le contrat, pourraient alors nuire à la performance de l'entreprise. La productivité du travail et la réputation peuvent être altérées.

En l'espèce, on observera que si les licenciements de nature économique opérés concernent moins de dix salariés sur une période de trente jours, ou bien dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'initiative de cette rupture du contrat de travail par l'employeur ne pose pas de problème juridique. À l'inverse, toute entreprise d'au moins 50 salariés qui procède au licenciement pour motif économique d'au moins 10 salariés sur 30 jours doit élaborer un plan

¹³⁹⁵ La loi du 18 janv. 2005 a consacré la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'abandon du caractère « substantiel » de la modification ; au premier *alinéa* de l'article L. 1233-3 du C. trav., les mots « *d'une modification substantielle du contrat de travail* » sont remplacés par les mots « *d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail* ».

¹³⁹⁶ C. trav., art. L. 1233-3 *al.* 3.

de sauvegarde de l'emploi (PSE). Celui-ci devra être ambitieux, même s'il est coûteux pour l'entreprise et ce, dans plusieurs domaines¹³⁹⁷.

Dans le domaine financier tout d'abord, les directeurs des ressources humaines l'évaluent à environ trente mille euros par salarié concerné. Outre le reclassement externe, le PSE peut prévoir des reclassements internes comme des créations d'activités nouvelles ; dans le cadre des transitions, un soutien des salariés à la création ou la reprise d'activités et des actions de formation à la reconversion¹³⁹⁸ peuvent venir compléter des « primes extra-légales » considérées aujourd'hui comme cruciales dans les négociations¹³⁹⁹.

Dans le domaine juridique ensuite, le contentieux né de ces ruptures reste important¹⁴⁰⁰ ; par ailleurs, les salariés, par application des dispositions prévues à l'article L.1471-1 C. trav. peuvent faire valoir leurs droits devant le Conseil de prud'hommes dans les douze mois à compter du jour où ils ont connaissance de la rupture¹⁴⁰¹. Même si en matière de rupture de contrat la prescription a été réduite par deux, l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, le contentieux peut obérer de manière conséquente le coût financier initial, en octroyant aux salariés de nombreux mois de salaires supplémentaires au titre des préjudices complémentaires.

Les coûts cachés peuvent enfin venir alourdir les conséquences financières et juridiques qui viennent d'être précisées. Ceux-ci peuvent entacher la performance future de la firme. Résilier des contrats de travail revient à perdre en compétences ; c'est ensuite démobiliser les salariés concernés pendant la procédure et limiter la productivité du travail de ceux qui ne sont pas directement concernés. La loyauté vis-à-vis de l'entreprise peut se détériorer notamment en présence d'un conflit social. La détérioration du climat social participe de la dégradation de

¹³⁹⁷ GERMAIN (S.), « Réorganisation : comment éviter le coût élevé d'un plan social ? », Les Echos, supplément management, 30 mars 2010.

¹³⁹⁸ Liste non exhaustive.

¹³⁹⁹ BARTNIK (M.), « comment sont calculées les indemnités de licenciement ? », Le Figaro, 4 fév. 2014, « le montant de la prime extra-légale est un élément crucial de la négociation ; sous l'effet de la judiciarisation des plans sociaux, leur montant tend à augmenter. Leur montant moyen s'est élevé à 27.000 euros par salarié en 2009, selon les derniers chiffres disponibles. Mais elles peuvent atteindre 70.000 euros, et parfois bien au-delà, souvent à la suite d'un conflit social se traduisant par des procédures judiciaires ou des menaces de procédures ». Chez Goodyear Amiens Nord, les syndicats ont par exemple obtenu, après un long conflit avec la direction, que les indemnités varient de 20.000 euros à 102.000 euros par salarié selon leur ancienneté ».

¹⁴⁰⁰ Dans 95 % des affaires prud'homales, la demande est liée à la rupture du contrat de travail ; huit fois sur dix le litige porte à titre principal sur la contestation du motif personnel de la rupture du contrat de travail. La contestation du motif économique est rare, mais on sait qu'elle cache parfois des motifs personnels.

¹⁴⁰¹ Sur la prescription de l'action, V. C. trav. art. L. 1471-1 (nouv.) : « Toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit. Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par douze mois à compter de la notification de la rupture ».

l'image de l'entreprise en cas de médiatisation. La *stakeholders theory* nous enseigne qu'il est important d'harmoniser les intérêts des différents acteurs, la ressource réputationnelle donnant indéniablement un avantage concurrentiel à l'entreprise¹⁴⁰².

C) L'accord de mobilité au service de la compétitivité

325 – Prévalence prétorienne et légale du statut collectif - Un auteur précise que « *les accords de mobilité interne parachèvent le processus de destruction de la jurisprudence Framatome-Majorette* »¹⁴⁰³. Dans la logique de cet arrêt, les employeurs qui projetaient d'effectuer un licenciement économique étaient tenus, outre la consultation du comité d'entreprise, d'établir et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter ou limiter le nombre des licenciements. L'auteur invite à ce que les accords de mobilité précisent qu'ils s'appliqueront « *en dehors de toute suppression de postes* ».

Cette fragilisation de la protection des salariés peut s'expliquer par l'émergence « *de ce qu'il est convenu d'appeler la flexisécurité à la française* »¹⁴⁰⁴. Ce principe est d'ailleurs soutenu par la jurisprudence de la chambre sociale qui « *admet, à certaines conditions, qu'une clause de mobilité puisse être imposée aux salariés par la norme conventionnelle* »¹⁴⁰⁵. Le nouvel article L. 2254-2 en précise désormais les conditions : « *Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ».

Cette consécration de l'absence d'autonomie individuelle des salariés sur des éléments essentiels de leur contrat pose un nouveau problème de légitimité : la représentation des volontés individuelles par la volonté collective est conclue « à froid », alors même que la problématique peut ne pas se poser immédiatement. Les enjeux n'en sont alors pas suffisamment mesurés par les représentants amenés à négocier. L'absence naît cependant d'une volonté *présumée* consensuelle : elle résulte tout d'abord de la liberté d'action issue du mandat représentatif qui « *permet d'investir un représentant d'une mission qui n'est pas directement soumise à l'autorité hiérarchique des salariés* »¹⁴⁰⁶ ; elle produit ensuite des effets de droit en raison de la signature d'un accord majoritaire. Pour M. Jean-Denis

¹⁴⁰² BOISTEL (Ph.), « *La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise* », Management et Avenir, mars 2008, n° 17, p. 9-25.

¹⁴⁰³ KRIVINE (J.), « *Les accords de mobilité interne, nouvel échappatoire au PSE ?* », Semaine sociale Lamy, 8 juil. 2013, n° 1592.

¹⁴⁰⁴ AUZERO (G.), WURTZ (E.), « *Accords de mobilité et accords de maintien dans l'emploi* », Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 807, 15 sept. 2014, p. 28

¹⁴⁰⁵ AUZERO (G.), WURTZ (E.), préc.

¹⁴⁰⁶ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J, 2000, p. 213.

Combrexelle, « *la signature des syndicats semble être la première garantie pour les salariés* »¹⁴⁰⁷, le contrôle judiciaire ne doit intervenir qu'à titre subsidiaire : « *Il y a des enjeux qui sont très importants et la seule garantie ne peut pas être le juge, même si son rôle est réel* ».

D'autres auteurs s'interrogent sur la possibilité « *qu'un syndicat n'ayant pas signé l'accord demande au juge la nullité de l'accord conclu* »¹⁴⁰⁸. Cette demande peut s'avérer motivée par une appréciation incertaine des « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » (C. trav. art. L. 2254-2 *al.* 1), les syndicats minoritaires invoquant alors le non respect du domaine d'application. La réponse de principe, au demeurant lacunaire, apportée par M. Jean-Denis Combrexelle, ne lèvera pas le voile sur la subjectivité de l'appréciation économique de la situation. Nul doute que dans l'avenir, la Cour de cassation aura à se positionner pour éclairer la question posée par le Doyen Véricel¹⁴⁰⁹ : la condition liée au champ d'application relève-t-elle de l'employeur ou des partenaires sociaux ?

326 – Conditions d'efficience – L'efficience est certaine si le *dialogue* social existe. Si « *l'efficacité et la performance gagnent à être envisagées dans un temps long, qui laisse la place à la négociation, à l'explication de la stratégie, à la coconstruction des décisions et à la conduite du changement* »¹⁴¹⁰, il sera aisé d'affirmer que les accords de mobilité, en tant que « *contrat collectif spéciaux* »¹⁴¹¹ sont des incitations juridiques utiles au développement de la performance. Ils nourrissent alors le lien de confiance entre les parties à la convention. Tout l'enjeu consiste en effet à trouver un consensus, un équilibre partagé, qui puisse convenir au plus grand nombre.

L'efficience est aussi de fait, si la mobilité géographique encourage la libération du travail salarié¹⁴¹². La lecture des textes de doctrine, tout comme des solutions de jurisprudence, pourraient nous amener à penser que la mobilité soit toujours perçue comme une contrainte imposée au salarié : « *Que ce soit dans un cadre national ou international, la mobilité est*

¹⁴⁰⁷ AUZERO (G.), COMBEXELLE (J-D), LOKIEC (P.), LYON-CAEN (A.), MASSE-DESSEN (H.), MOIZARD (N.), PÉCAULT-RIVOLIER (L), VERICEL (M.), « *Accords de mobilité* », Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 807, 15 sept. 2014, p. 40.

¹⁴⁰⁸ *Ibid* ; l'auteur qui s'interroge est M. Marc VERICEL.

¹⁴⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁴¹⁰ FERRACCI (M.), GUYOT (Fl.), *Dialogue social et performance économique*, Sciences PO, Les Presses, 2015, p. 69.

¹⁴¹¹ Selon la terminologie utilisée par le Pr. Antoine LYON-CAEN dans l'article précité.

¹⁴¹² V. SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993.

souvent liée à une promotion professionnelle et assortie d'un gain salarial »¹⁴¹³. Dans ces cas-là, notamment si la mobilité concerne un cadre ou un agent de maîtrise, souvent en capacité de négocier, elle servira la pérennité du contrat de travail. En application d'une prescription du juge du 25 février 1992, « *le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à leur emploi* »¹⁴¹⁴ en sera tout autant facilité.

§2) Le rendement du salarié

327 – Position du problème - Le contrat de travail a désormais une propension particulière à servir d'outil juridique incitatif à la flexibilité. Le législateur et le juge permettent aujourd'hui d'adapter, sans explosion contentieuse, le contrat de travail aux évolutions rendues nécessaires par l'évolution de la demande ou l'absence de prévisibilité. Du côté des salariés, on a de la peine à trouver une longue liste d'avantages, sauf à borner, grâce à la théorie de l'abus de droit ou aux constructions jurisprudentielles, le pouvoir de direction de l'employeur. L'optimum normatif n'est pas atteint car il n'y a pas réellement convergence des intérêts.

Cela semble ne pas être l'essentiel pour la doctrine économique : « *Le contrat ne saurait viser un optimum quelconque, mais plutôt favoriser la découverte et les ajustements nécessaires dans un monde changeant* »¹⁴¹⁵. Le contrat n'est là que pour inciter les parties à la coopération et pallier l'incertitude de son exécution. Il doit en partie réduire les coûts de transaction¹⁴¹⁶.

Les modes de gouvernance traditionnels du contrat ont des limites ; ils tiennent essentiellement de leur caractère exogène. La gouvernance du contrat relève en effet de deux visions extérieures, totalement opposées : celle du marché¹⁴¹⁷ et celle de la loi. En réalité, ces limites sont le fruit d'un même substrat : l'incompréhension au cœur du contrat. Aussi, semble-t-il nécessaire de continuer à dynamiser le contrat pour tenter de l'atténuer.

¹⁴¹³ FROMONT (Y.), « *L'avenir des clauses de mobilité géographique* », Droit social n° 9/10, sept.-oct. 2011, p. 922.

¹⁴¹⁴ Soc., 25 fév. 1992, Bull. civ. V, n° 122.

¹⁴¹⁵ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 194.

¹⁴¹⁶ Le contrat de travail est un contrat à exécution successive. Il ne peut prévoir l'ensemble des occurrences possibles permettant d'en faire un contrat parfait dit « complet ». Si les parties cherchent cependant à s'en approcher, ils vont engager des coûts importants : coût de recherche d'information, mise en place des sûretés qui pourraient être engagées, exercice du pouvoir de contrôle, etc.

¹⁴¹⁷ On y verra le contexte concurrentiel évidemment, mais aussi le marché du financement de l'entreprise matérialisé dans le contrat de travail par le pouvoir absolutiste des actionnaires.

Il s'agira tout d'abord de travailler sur deux logiques : d'une part, convaincre employeurs et salariés qu'une rationalité limitée est préférable à une rationalité absolue. Ensuite, œuvrer pour que des clauses contractuelles transforment des logiques de coordination en logiques de coopération. Au travers des clauses de rendement, des repères convergents peuvent être négociés (A). Il s'agira ensuite d'en étudier l'encadrement juridique en l'incluant dans la dynamique de conventionnalisation du droit (B).

A) La pertinence des clauses de rendement

328 – Discussion – Des stipulations contractuelles fixant des objectifs au salarié peuvent choquer le juriste travailliste. Il ne fait nul doute que leur accueil circonspect ait pour origine un objectif de protection de la partie faible au contrat ; ensuite, leur insertion vient bousculer la traditionnelle frontière entre les divers statuts du travailleur : la clause d'objectifs résulte-t-elle de l'activité indépendante ou peut-elle concerner le travail salarié ? En cela, elles seraient contraires à l'objet même du travail car le contrat a pour objet la mise à disposition d'une force sous subordination et non la réalisation d'une activité réalisée de façon indépendante¹⁴¹⁸.

On observe cependant une érosion de la frontière entre les deux statuts. Si le portage salarial vient aujourd'hui en consacrer l'hypothèse, la question de l'inaliénabilité des droits de la propriété intellectuelle du salarié en consacre une autre réalité : par principe, et hors clauses de cession, la conclusion d'un contrat de travail n'altère en rien la titularité des droits par le salarié, puisque « *sont protégées par les droits d'auteur les œuvres de l'esprit, quels que soient le genre, le mérite ou la destination, à la condition que ces œuvres présentent un caractère original* »¹⁴¹⁹.

Il n'en reste pas moins que l'exigence de performance doit inciter l'employeur à prendre l'initiative d'organiser la mise en œuvre de clauses de coopération. Ces stipulations contractuelles (voire conventionnelles) permettent alors de protéger les anticipations légitimes de l'employeur au regard de la productivité du salarié lors de l'embauche tout en favorisant le travail coopératif entre salariés¹⁴²⁰. Juridiquement elles permettent de mieux déterminer

¹⁴¹⁸ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, pp. 119-120.

¹⁴¹⁹ Soc., 7 janv. 2015, pourvoi n° 13-20.224.

¹⁴²⁰ Liaisons sociales, quotidien, « *Invivo harmonise et généralise l'intéressement au niveau du groupe* », n° 16.525, 7 fév. 2014 ; *Invivo*, groupe coopératif agricole qui compte plus de 3 000 salariés en France, a harmonisé ses dispositifs d'épargne salariale grâce à la conclusion de deux accords sur la participation et l'intéressement, tous les deux signés le 31 décembre 2013. Le calcul est construit sur trois niveaux : le groupe, l'activité, l'entité juridique de rattachement. Une « clause de revoyure » permet d'ajuster annuellement les objectifs.

certaines rémunérations tout en justifiant des licenciements pour insuffisance de résultats. A l'inverse des clauses et accords de mobilité, elles vont au-delà de la coordination des parties au contrat quand la mobilité est imposée au salarié : la coopération est visée. Ainsi que le souligne Mme Maud Gautier, « *le droit n'est jamais une fin en soi : il est un moyen au service d'un objectif qui n'est pas nécessairement d'ordre juridique. La pleine mesure de cette conception du droit, appréhendée comme une technique d'organisation, influence alors tant le comportement du juriste que le droit lui-même* »¹⁴²¹. Cette conception économique du droit est partagée par une partie de la doctrine juridique¹⁴²². On pourra enfin prendre appui sur la définition que donne M. Jacques Barthélémy du concept d'ingénierie juridique ; il précise que « *ce matériau est indispensable, car il garantit la solidité de l'édifice et contribue à sa pérennité, la vocation du droit étant la promotion de l'équité et la défense des libertés* »¹⁴²³.

329– La rationalité au cœur du contrat - L'insertion de clauses de rendement permet d'accompagner le processus d'exécution du contrat, en le favorisant sans pour autant l'entraver : « *il y a ici un lien entre l'économie et le droit ; on peut étudier quelle règle juridique correspond à la solution que l'économiste considère optimale* »¹⁴²⁴. L'utilisation des clauses permet alors d'appréhender le contrat de travail comme une technique d'organisation : le droit n'est plus une réalité externe pour l'économiste mais peut être étudié avec ses outils. La clause de rendement consacre ainsi le *théorème de Coase* en permettant d'opérer le choix rationnel tout en améliorant l'intérêt commun des parties au contrat.

Si l'employeur « *offre un contrat avec une rémunération fixe, indépendante de l'état de la nature, l'agent fournira le niveau d'effort le plus faible* »¹⁴²⁵ ; la négociation d'une clause permettra de déterminer « *le profil de rémunération qui incite l'agent à se conformer aux objectifs de l'organisation, c'est-à-dire à maximiser son effort* »¹⁴²⁶. La clause permet enfin de dépasser les oppositions de principe des parties au contrat, l'employeur désirant par nature

¹⁴²¹ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 11.

¹⁴²² L'avocat et professeur associé Jacques BARTHELEMY le pense comme une *technique d'organisation de l'entreprise*, quand la Pr. Sophie SCHILLER considère que *le droit doit faire preuve de délicatesse. Il le fait en dépassant les oppositions et en mettant en place des instruments destinés aux entreprises et aux juges. Les textes se sont tournés vers les entreprises pour les impliquer.* Le Pr. Bernard TEYSSIE quant à lui défend un *principe de compétitivité* comme mode de gouvernance de l'application et de l'interprétation des dispositions du droit du travail. D'autres auteurs tels MM. Serge SWEHWETZER et Loïc FLOURY, économistes, nourrissent *l'espoir modeste d'aider à initier un dialogue.*

¹⁴²³ BARTHELEMY (J.), « *L'ingénierie juridique : un concept* », JCP, E, 1993, suppl., n° 2, p. 1 et s.

¹⁴²⁴ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 123.

¹⁴²⁵ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 164.

¹⁴²⁶ *Ibidem.*

minorer le risque d'opportunisme et donc la rémunération, quand le salarié souhaite la sécuriser tout en la maximisant. Elle permet ainsi de résoudre l'incertitude propre au contrat de travail, son incomplétude, en accompagnant l'émergence d'une forme d'équité.

Au final, les clauses participent de la pérennité du contrat (1) tout en servant la compétitivité structurelle (2).

1) Clauses et approche conventionnaliste

330 – Les vertus, coordination et coopération - L'approche conventionnaliste¹⁴²⁷ éclaire sur la logique de cette démarche. L'analyse des publications du Pr. Robert Salais permet de soutenir que la « convention » peut assurer un compromis entre des logiques *a priori* opposées.

On pose tout d'abord le postulat selon lequel le contrat de travail est fortement marqué par l'imprévisibilité. Il est un contrat à exécution successive, caractérisé par son incomplétude et par un système d'influence interne et externe¹⁴²⁸ qui fait peser sur sa rentabilité une grande part d'incertitude. M. Robert Salais soutient que « *la possibilité qui s'offre à l'entrepreneur dans certains modes d'organisation, notamment les modes tayloriens, de disposer de mesures de la productivité de son personnel ne supprime pas cette incertitude* »¹⁴²⁹. Ces mesures permettent seulement de transformer l'incertitude en risque évaluable.

La thèse défendue est celle selon laquelle la variabilité de la rémunération peut pallier l'incomplétude propre au risque évaluable ; en incitant à la performance tout en servant les intérêts financiers des cocontractants, elle permet de combler l'absence de rendement suffisant du contrat. De la même manière, elle fixe un repère cognitif permettant aux contractants de coordonner leurs actions autonomes tout en incitant à des comportements responsables. Cette clause est une « convention » au sens du mouvement de *l'économie des conventions* car elle crée une modalité de convergence au sein de la gouvernance de la relation de travail.

¹⁴²⁷ Nous n'envisageons pas ici la logique juridique conventionnelle, mais le raisonnement propre à l'économie des conventions, en tant que mouvement de recherche. M. Robert SALAIS tout comme M. Olivier FAVEREAU sont parmi les fondateurs les plus connus du mouvement.

¹⁴²⁸ Il peut s'agir du « bloc d'opportunités » évoqué *supra* n° 23.

¹⁴²⁹ SALAIS (R.), « *L'analyse économique des conventions de travail* », Revue économique, vol. 40, n° 2, 1989, p. 203.

Si elle fixe *a minima* un repère cognitif permettant la coordination, la clause régule, après négociation, la relation de travail vers un objectif coopératif. Les conflits sont érudés alors que l'économie du contrat en bénéfice largement ; c'est ce dont témoigne la *théorie du système de coopération* de M. Masahiko Aoki en 1984. L'auteur propose d'étudier la firme dans une vision partenariale, c'est-à-dire « à la fois comme un lieu de coopération entre différentes parties prenantes, et comme un lieu de management et de distribution de la quasi-rente organisationnelle issue du jeu coopératif »¹⁴³⁰. L'auteur y voit, de la manière, un « investissement » favorable aux gains des actionnaires et de leurs salariés.

331 – Une rationalité pragmatique visée - La relation traditionnelle de travail est en général gouvernée de deux manières opposées : l'une par la force que porte la loi du travail en général, l'autre par la diversité que permet la liberté contractuelle. Ces logiques de gouvernance sont souvent liées à l'essence même des systèmes normatifs. Le caractère historiquement protecteur du droit du travail français « découle directement de la nature fondamentalement déséquilibrée de la relation qui s'établit entre celui qui fournit l'activité et celui qui met à disposition sa force de travail »¹⁴³¹. Ceci explique que la loi ait été jusqu'à une époque récente, extrêmement intrusive dans la relation de travail. Elle opérait une substitution de la rationalité parfaite et absolue par une « rationalité instituée ». A l'inverse, afin de nourrir une vision réaliste du droit du travail, les tentations sont grandes de le balkaniser en faisant prévaloir la thèse autonomiste selon laquelle les cocontractants sont seuls juges de l'opportunité et du contenu du contrat.

De cette seconde logique de gouvernance peuvent naître de nombreux abus liés à la position dominante de l'employeur. L'analyse économique des conventions de travail met en évidence que pour combler l'aversion pour le risque de l'employeur, celui-ci peut aussi user de l'asymétrie d'information pour mentir et fixer une rémunération inférieure à l'optimum : « C'est le problème du hasard moral et de la tricherie »¹⁴³². C'est ce dont témoigne, dans son article « *Le droit du travail bradé sur le marché des normes* », M. Alain Supiot en précisant que « l'ancien secrétaire d'État au travail du président Clinton observe que depuis le début des années 70 le produit national par personne a cru aux États-Unis de 75%, tandis qu'en dollars constants le salaire moyen des travailleurs masculins est passé de 15,24\$ en 1973 à 15,26\$ en 2004 »¹⁴³³. Les États-Unis restent un pays dans lequel les conventions sont toujours

¹⁴³⁰ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 70.

¹⁴³¹ DUQUESNE (F.), *Droit du travail*, Gualino, 10^{ème} édition, 2015, 21.

¹⁴³² SALAIS (R.), « *L'analyse économique des conventions de travail* », *Revue économique*, vol. 40, n° 2, 1989, p. 208.

¹⁴³³ SUPIOT (A.), « *Le droit du travail bradé sur le marché des normes* », *Droit social*, n° 12, déc. 2005, p. 11.

régies par le sacro-saint principe de liberté contractuelle ; ils rejettent l'interventionnisme d'un État « inquisiteur », au nom de la liberté d'entreprendre et de l'efficacité économique.

La convention de travail a pour mission de susciter, *a minima*, la coordination entre les parties ; elle permettra alors de créer un système d'attentes mutuelles qui s'analysera comme un compromis entre l'institution de la norme générale issue de la loi et celle de la liberté contractuelle absolue. On y voit alors une capacité du contrat valablement formé à s'exécuter efficacement dans la durée, en s'adaptant notamment à son environnement économique et social¹⁴³⁴ : sa dimension qualitative est visée. C'est alors une forme de permanence du contrat que permettent les clauses de rendement qui « *ont pour vertu d'asseoir et de rendre stable une situation économique en incitant à l'action et au dépassement* »¹⁴³⁵ : de là naît un esprit de coopération.

On proposera alors une nouvelle lecture des formes de rationalité que nous avons étudiées dans cette thèse et qui peuvent naître de la relation de travail.

Type de rationalité entre l'employeur et le salarié	Forme de régulation
Instituée	loi du travail
Équilibrée – Partagée	négociation collective
Pragmatique	convention de travail contrat de travail coopératif
Absolue	contrat de travail

Une rationalité qui dépend du type de régulation de la relation de travail

332 – Performance plurielle du contrat incomplet – La relation de travail s'inscrit désormais dans l'hypothèse d'un « contrat incomplet » et non plus « incertain ». L'incertitude initiale va se tempérer grâce à la mise en place d'un système d'attentes réciproques accompagnant l'incomplétude. La clause de rendement permet ainsi de compenser l'incertitude née de l'exécution du travail.

En prévoyant une incitation conventionnelle au dépassement, elle rassemble employeur et salarié autour d'un objectif commun : « *C'est alors l'activité dynamique des parties au sein*

¹⁴³⁴ LAFEFVE LABORDERIE (A.-S.), *La pérennité contractuelle*, thèse, LGDJ, 2005, pp. 140-141.

¹⁴³⁵ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 376.

de l'exécution durable de leur convention qui permettra d'une part de déterminer le cadre moral de leurs relations contractuelles et d'autre part, de les pérenniser »¹⁴³⁶. La fonction du contrat est alors d'aménager une « flexibilité » qui est garantie par le Conseil constitutionnel : lorsqu'il « parle » des contrats, le Conseil considère qu'il n'est pas juge *du* contrat mais juge *du droit* des contrats, c'est-à-dire de la législation en la matière. Son contrôle se résumera alors presque toujours à la question de savoir si telle ou telle loi régissant une convention est bien conforme à une liberté garantie par la Constitution.

En l'occurrence, le Conseil considère que la liberté contractuelle doit être rattachée à la liberté d'entreprendre : « *Au fil du temps, le Conseil a pu isoler une liberté propre aux contrats et pour laquelle il a forgé une jurisprudence particulière : la liberté contractuelle. En d'autres termes, la jurisprudence constitutionnelle relative aux contrats, dans son immense majorité, est avant tout une jurisprudence de la liberté contractuelle* »¹⁴³⁷. Au travers de sa jurisprudence, il a fini par rejeter toute atteinte à cette liberté, tant au niveau de la formation du contrat que de son exécution. Le législateur ne peut ainsi déjouer les prévisions des cocontractants en appliquant de nouvelles dispositions aux situations contractuelles déjà formées. A défaut, il porterait atteinte à l'économie de la convention légalement conclue. Cette position se justifie par l'argument selon lequel la liberté contractuelle renvoie exclusivement à la formation du contrat, c'est-à-dire à l'échange des consentements.

La clause de rendement contribue à la bonne foi : « *Certains arrêts consacrent l'exigence de se comporter de bonne foi en présence d'une partie assujettie à une clause de rendement* »¹⁴³⁸. Cette attitude du juge développe alors la moralisation contractuelle, car une attention particulière est portée au comportement des contractants. Dans un esprit de convention, la bonne foi nourrit alors le comportement coopératif. La collaboration qui en découle reflète « *la traduction juridique du principe selon lequel exécuter de bonne foi, c'est exécuter utilement* »¹⁴³⁹.

L'attitude positive qu'implique la bonne foi liée à la clause permet, dans le même temps, de contribuer à l'équité du contrat puisque les gains liés à la productivité marginale du travail seront alors partagés. Ces gains sont de deux types : ils concernent tout d'abord la répartition du bénéfice supplémentaire lié à la productivité du travail salarié, mais ils peuvent aussi

¹⁴³⁶ GAUTIER (M.), préc., p. 376.

¹⁴³⁷ GAHDOUN (P.-Y.), « *Le Conseil constitutionnel et le contrat* », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31, mars 2011.

¹⁴³⁸ GAUTIER (M.), préc., p. 377.

¹⁴³⁹ PICOD (Y.), « *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du travail* », dans *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, n° 10, p. 65.

concerner la juste répartition du risque marginal. On sait pourtant que le salarié ne doit pas supporter le risque d'entreprise ; cela bouscule l'esprit général du contrat en ce que sa conclusion est avant tout un échange de liberté contre sécurité. Il y a ainsi un lien entre l'état de subordination propre à la qualification de la convention et la protection des risques économiques, effet du contrat. Cependant, la validité des clauses de rendement, attachée à une croissance dans la confusion des statuts de salarié et de travailleur indépendant ou à la validité d'accords de compétitivité¹⁴⁴⁰, invite à créer une nouvelle association ; à l'échange de liberté contre protection, se rajoute un lien de cause à effet entre protection et imputation des risques. Cela paraît légitime dans la mesure où la liberté contractuelle a validé cette économie voulue par les parties. La Cour de cassation ne dit pas autre chose lorsqu'elle indique qu'il appartient à l'employeur d'établir que la différence de rémunération constatée entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale doit être justifiée par des éléments objectifs et pertinents que le juge contrôle¹⁴⁴¹.

Le contrat de travail devient finalement une convention de productivité ; celle-ci naît de la « technologie » de coordination que représente la clause, autrement dit d'un repère collectif progressivement mis en place par les acteurs pour parvenir à se coordonner. La norme juridique ainsi établie devient une ressource pour l'exécution du contrat. Cela semble conforme à l'analyse que fait M. Alain Supiot lorsqu'il souligne que « *l'efficacité économique du droit du travail tient dans la mise en place de règles encourageant l'esprit de négociation entre employeurs et salariés* »¹⁴⁴². En développant la « *dimension personnelle du travail* »¹⁴⁴³, la clause de rendement développe l'esprit de responsabilité chez les contractants : « *Le vrai professionnel est par définition un homme responsable* »¹⁴⁴⁴.

2) Clauses et compétitivité structurelle

333 – Position du problème - L'entrepreneur supporte déjà le risque d'entreprise : faire de l'exécution du contrat un facteur d'incertitude supplémentaire serait un non-sens économique. Certes, si l'exécution du contrat ne doit pas amener le salarié à supporter l'intégralité du risque économique, le droit du travail doit pouvoir conduire l'employeur à diminuer

¹⁴⁴⁰ Soc., 11 janv. 2006, pourvoi n° 04-46.201, publié au bulletin ; Soc., 21 nov. 2006, pourvoi n° 05-40.656, publié au bulletin : la Cour de cassation admet que l'employeur puisse anticiper les difficultés économiques. Il devra toutefois démontrer l'existence d'une menace à moyen ou à long terme sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité auquel elle appartient et la nécessité de prévenir des conséquences sur l'emploi.

¹⁴⁴¹ Soc., 30 avr. 2009, pourvoi n° 07-40.527, publié au bulletin.

¹⁴⁴² LEROY (Y.), préc., p. 420-421.

¹⁴⁴³ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 98.

¹⁴⁴⁴ *Idem*, p. 104.

l'incomplétude propre au contrat. L'encouragement au développement d'une économie du droit du travail vient même du juge, puisque « *le premier président de la Cour de cassation estime que celle-ci doit être capable d'intégrer l'analyse économique dans la raisonnement juridique* »¹⁴⁴⁵.

La communauté scientifique publie, depuis de nombreuses années, une forte densité d'articles relatifs à la performance, sinon à la compétitivité. Dès juillet 2012, suite à l'élection du Président François Hollande, le Premier Ministre a commandé à Louis Gallois, alors Commissaire général à l'investissement, un rapport visant à faire des « *propositions sur différentes mesures structurelles susceptibles de porter notre industrie aux meilleurs niveaux mondiaux* »¹⁴⁴⁶. Dans celui-ci, Louis Gallois fait le constat que « *le dialogue social est insuffisamment productif* »¹⁴⁴⁷, que les rapports d'opposition et de posture « *l'emportent sur l'écoute réciproque (...). Les pays qui réussissent sont ceux où le dialogue social est porteur de dynamiques favorables à l'entreprise et à ses salariés* »¹⁴⁴⁸.

334 – Piètre compétitivité des secteurs d'activités - Sur le plan macro-économique, il est tout d'abord fait le constat que la désindustrialisation est une menace, tout au moins une réalité préoccupante allant croissant. La perte des gains de productivité dans ce secteur n'est pas compensée par ceux créés dans le développement du secteur tertiaire. Le phénomène de désindustrialisation « *touche l'ensemble des économies développées, en raison des gains de productivité plus élevés du secteur industriel et de la déformation de la structure de la demande au profit des activités de services* »¹⁴⁴⁹. Cette réalité nuit à notre balance commerciale¹⁴⁵⁰ en accroissant le déficit extérieur. Celui-ci reste à des niveaux très importants¹⁴⁵¹, même s'il a décliné depuis 2011. Si quantitativement l'effet d'une

¹⁴⁴⁵ JEAMMAUD (A.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 33.

¹⁴⁴⁶ Lettre du Premier Ministre à Louis Gallois, 11 juil. 2012.

¹⁴⁴⁷ GALLOIS (L.), *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Rapport au Premier ministre, 5 nov. 2012, p. 13.

¹⁴⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁴⁹ FERRERO (G.), GAZANIOL (A.), LALANNE (G.), « *L'industrie : quels défis pour l'économie française ?* », Lettre Trésor-Éco n° 124, fév. 2014, p. 1.

¹⁴⁵⁰ D'après le Précis d'économie, La balance commerciale est un « *compte récapitulant les importations et les exportations d'un pays au cours d'une période donnée, pour en faire apparaître le solde* ». Elle concerne essentiellement les marchandises (biens de consommation, biens de capital), les services et revenus étant quant à eux (transport, assurances, voyages, intérêts et dividendes, etc.) comptabilisés dans la « balance des invisibles ».

¹⁴⁵¹ 1974 : déficit de -2,6 milliards d'euros (contrecoup du premier choc pétrolier) – 1982 : déficit de -14,3 milliards d'euros - 1997 : excédent de +23,1 milliards d'euros - 2008 : déficit de -56,2 milliards d'euros – 2011 : déficit de -74,5 milliards d'euros – 2016 : déficit de -47,3 milliards d'euros d'après la Direction générale des douanes et droits indirects, Département des statistiques et des études économiques, « *Données de cadrage, janv. 2017* ».

désindustrialisation ne peut que difficilement être positif, il reste à interroger la performance du tissu industriel restant. Or, la Direction générale du Trésor fait le constat que « *les insuffisantes performances de l'industrie française conduisent à un déséquilibre de la balance commerciale* »¹⁴⁵². La situation ne serait pas une menace si les gains de productivité faits dans les autres secteurs compensaient la dégradation de l'industrie.

L'économiste Colin Clark a défini trois secteurs. Si le secteur primaire n'est pas une réelle force en France et que le secteur secondaire est en phase de déclin, il reste à voir si le tertiaire qui regroupe les « industries du service »¹⁴⁵³, contribue suffisamment à la compétitivité de la France. En l'espèce, même si l'excédent commercial des services est positif et qu'il finance 46% du déficit de la balance commerciale en 2012¹⁴⁵⁴, on note « *l'absence de gains de productivité dans les services* ». La désindustrialisation est une partie du cœur du problème, car l'industrie, par le multiplicateur de valeur ajoutée, opère un effet d'entraînement sur le reste de l'économie *via* les consommations intermédiaires¹⁴⁵⁵.

335 – Cœur de la performance des firmes - Sur le plan micro-économique, on notera les apports de la théorie des ressources de Wernerfelt. Dans son article de 1984, l'auteur pose une question centrale : « *Qu'est-ce qui fait qu'une firme est plus performante que d'autres sur longue période ?* ». Il met en évidence que la performance n'est liée ni au secteur d'activité, ni à la position de l'entreprise sur le marché ou aux produits qu'elle développe : « *Il met en avant un facteur de performance durable qui se trouve au sein même de la firme et a donc recours à la notion de ressource : chaque firme s'efforce de créer et de développer des ressources qui lui assurent un avantage persistant sur ses concurrentes* »¹⁴⁵⁶. Cette affirmation confirme l'hypothèse selon laquelle les personnels de l'entreprise sont considérés comme ayant des ressources qu'il faut mobiliser et sur lesquelles il faut investir¹⁴⁵⁷. Dans ce contexte, il convient de permettre au droit du travail de promouvoir le potentiel que recèlent les ressources humaines.

¹⁴⁵² FERRERO (G.), GAZANIOL (A.), LALANNE (G.), « L'industrie : quels défis pour l'économie française ? », Lettre Trésor-Éco n° 124, fév. 2014, p. 2.

¹⁴⁵³ Services aux particuliers et aux entreprises, formation, recherche, brevets, grande distribution, tourisme, etc. On distingue le secteur tertiaire marchand du secteur tertiaire non marchand. Ce dernier comprend la production de services non échangeables (justice par exemple).

¹⁴⁵⁴ FERRERO (G.), GAZANIOL (A.), LALANNE (G.), préc., p. 2.

¹⁴⁵⁵ *Ibidem* ; par exemple, lorsque le secteur aéronautique génère directement une unité de valeur ajoutée (VA), il génère 4,8 unités de VA. Ce multiplicateur de VA tombe à 1,5 pour le secteur du commerce et des services. Par ailleurs l'industrie réalise environ 77% de la dépense intérieure en recherche et développement, dépenses qui contribuent aux gains de productivité et à la croissance économique.

¹⁴⁵⁶ DEPEYRE (C.), « *Retour sur la théorie des ressources* », Le Libellio d'Aegis, n° 1, nov. 2005, p. ii.

¹⁴⁵⁷ PERETTI (J.-M.), *Gestion des ressources humaines*, Vuibert, 2016, p. 248.

Le positionnement du capital humain est au centre de « l'arbre de valeur »¹⁴⁵⁸, en tant que composante essentielle du « capital intellectuel » à côté du « capital structurel »¹⁴⁵⁹. La nouveauté de cette analyse est que les « *ressources humaines (...) sont positionnées au cœur du dispositif de création de valeur* »¹⁴⁶⁰. Empiriquement, des auteurs, dont Edmond Malinvaud, ont réussi à démontrer dans les années 70 que sur un taux de croissance de 5% le facteur travail a contribué à hauteur de 1%, le facteur capital à hauteur de 1,5%¹⁴⁶¹.

336 – Condition de validité économique du contrat - La doctrine, en matière de droit du travail, ne peut s'exonérer de ces analyses. La norme ne peut rester centrée sur une relative « neutralité du contrat » en tant qu'outil juridique au service de son intangibilité. Le contrat a l'impérieuse nécessité de créer de la valeur pour l'entreprise : dans sa conception économique, la mission du contrat est de procurer un gain à toutes les parties signataires ; il s'agit de sa « raison d'être », de sa « mission »¹⁴⁶².

337 – Mission du contrat de travail - Le contrat de travail possède au final un objectif double, prospectif : celui d'organiser la coordination et la coopération. Cette ambition explique le principe fondateur de l'autonomie de la volonté. La liberté de contracter et le consensualisme rejoignent ainsi l'objectif de coordination porté par l'économie du droit. Les parties ne s'engageront que si le contrat permet, dans leurs rapports, une collaboration qui diminue les coûts de transactions. Les parties peuvent ensuite déterminer le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public et les bonnes mœurs. En l'espèce, les clauses contractuelles permettront, au-delà de la coordination, de promouvoir la coopération. Afin de créer de la valeur profitable à l'entreprise, l'insertion d'un contenu négocié et organisationnel au contrat permet de dynamiser l'économie de la convention ; les personnes au travail coopèrent selon un système d'attentes mutuelles : « *Entre ces personnes et l'employeur, se développent des conventions relatives à une juste*

¹⁴⁵⁸ L'arbre de valeur a été théorisé en 1997 par Roos et Edvinsson ; le capital intellectuel tient une place essentielle dans la performance sociétale de la firme.

¹⁴⁵⁹ Le capital structurel est composé du capital client et du capital organisationnel (innovation et processus).

¹⁴⁶⁰ GERMAIN (C.), TRÉBUCQ (S.), « *La performance globale de l'entreprise et son pilotage : quelques réflexions* », Semaine sociale Lamy, 18 oct. 2004, n° 1186, p. 39.

¹⁴⁶¹ Archer 58 Research, « *Compétitivité hors-prix et externalités* », LesEchos.fr, 28 oct. 2012, p. 2. Archer 58 Research est une société fondée en 2012 a pour fonction d'être le laboratoire d'idées des recherches menées par Jean-Yves Archer ainsi que la détentrice des droits de propriété intellectuelle liés aux travaux soumis à publication. Les 2,5% sont le facteur dit résiduel, c'est-à-dire la partie inexplicée de la croissance.

¹⁴⁶² MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 166.

répartition des résultats »¹⁴⁶³. Les clauses de mobilité ou de rendement participent éminemment de ces nécessités. L'expérience séculaire montre cependant que cette ambition prospective peut déraiper et a besoin d'être contrôlée. Avant de concerner le juge, le contrôle de la convention relève de la responsabilité des parties.

338 - Le rôle de l'employeur – Il incombe aux parties de structurer le rapport de travail en effectuant un calcul de prévention. L'employeur peut alors prévoir, consensuellement, la mise en place de mesures dont le coût est inférieur à la réduction du risque qu'elle promet. Ainsi, s'il lui est loisible de faire bénéficier à un salarié d'une qualification *supérieure* à celle qui correspond réellement aux fonctions qu'il exerce¹⁴⁶⁴, cette incitation à la coopération relève d'un calcul de prévention de l'opportunisme. Pour l'économie du droit, cette hypothèse est valide car toutes les mesures qui sont économiquement justifiées doivent être prises¹⁴⁶⁵.

L'employeur peut enfin prendre l'initiative d'organiser le contrat de telle sorte que les gains nets dudit contrat permettent d'absorber le reste des coûts de transaction : ces coûts relèvent du « risque résiduel » ; l'intangibilité du contrat peut alors être remise en cause par la signature d'avenants. Enfin, la simple modification des conditions de travail ou des objectifs assignés au salarié relève de sa hiérarchie ; dans un arrêt du 2 avril 2014, il a ainsi été jugé que « *les objectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, de sorte qu'il importe peu que le salarié les ait ou non acceptés* »¹⁴⁶⁶. Plus généralement, on rappelle le principe de coordination selon lequel la modification de la cadence de travail, sans répercussion sur la rémunération ou le temps de travail d'un salarié, constitue un simple changement de ses conditions de travail¹⁴⁶⁷.

339 – Tempérament : la fiction du contrat complet - Les initiatives de l'employeur butent sur la fiction du contrat complet. L'ensemble des éventualités touchant à la relation de travail ne peut être rationnellement prévu : « *Le législateur lui-même convient que les parties ne peuvent tout prévoir* »¹⁴⁶⁸. Cela est compatible avec l'hypothèse de rationalité limitée pour deux raisons : puisque l'éventail des possibles est vaste, la connaissance des situations

¹⁴⁶³ SALAIS (R.), « Conventions de travail, mondes de production et institutions : un parcours de recherche », *L'Homme et la société*, avr. 2008, n° 170-171, n° 30.

¹⁴⁶⁴ Soc., 12 janv. 2010, pourvoi n° 08-42.835, publié au bulletin.

¹⁴⁶⁵ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 167.

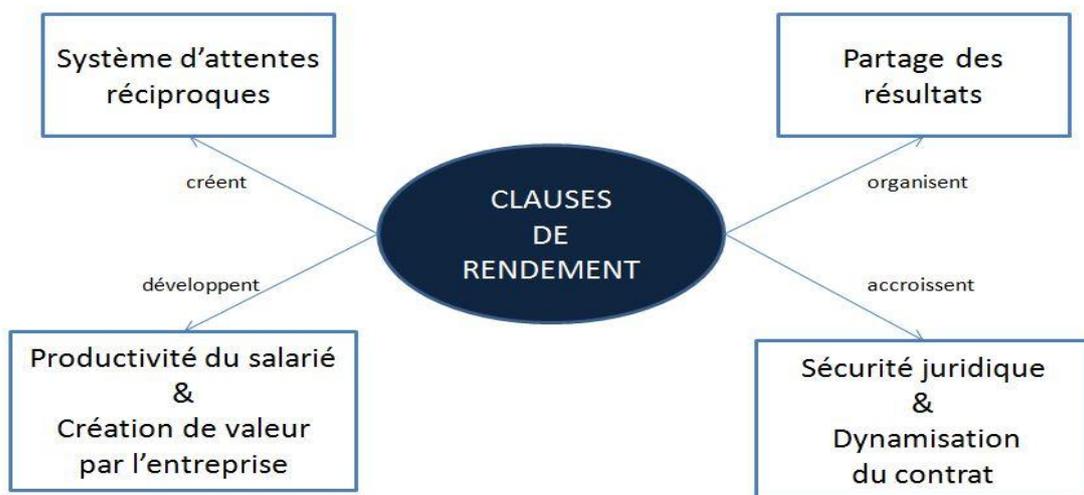
¹⁴⁶⁶ Soc., 2 avr. 2014, pourvoi n° 12-29.381.

¹⁴⁶⁷ Soc., 20 oct. 2010, pourvois n° 08-594 à 08-44.596, publié au bulletin.

¹⁴⁶⁸ ROUVIERE (F.), « *La remise en cause du contrat par le juge* », *L'efficacité du contrat*, juin 2010, Aix-en-Provence, France, Dalloz, n° 3 : l'auteur précise que la remise en cause du contrat par le juge se réalise notamment au profit de l'opération contractuelle, c'est-à-dire au profit de l'utilité spécifique que les parties ont recherché.

complexes est fragmentaire et incomplète ; ensuite, l'anticipation de la réalisation de toutes les hypothèses est impossible : c'est le principe d'imprévisibilité¹⁴⁶⁹.

La complétude recherchée du contrat par l'insertion de clauses peut même contrer l'ambition de libération du travail¹⁴⁷⁰ ; à l'ère du capitalisme immatériel, celle-ci a du sens pour le salarié car on peut poser que plus la liberté dont il bénéficie dans son travail est grande, meilleure sera sa productivité. Au travers de ses règles supplétives¹⁴⁷¹, le droit a alors accès à des rendements d'échelle pour gérer le risque d'imprévisibilité.



Les clauses de rendement : un gisement d'intérêts

B) Un modèle normatif évolutif

340 – Position du problème – Si la présence de clauses contractuelles permet de développer le statut économique du contrat, il s'agit « *de faire échapper à la liberté contractuelle des rapports, qui, par principe, ne sauraient être égaux* »¹⁴⁷². Le cas échéant, c'est la performance globale du contrat qui s'en trouvera améliorée. Outre le droit positif, le juge joue en la matière un rôle déterminant.

¹⁴⁶⁹ Selon CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017, l'imprévisibilité est le « *caractère de ce qui ne peut être prévu par un individu raisonnable* ».

¹⁴⁷⁰ SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993, p. 719.

¹⁴⁷¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 169 : « *Les règles supplétives fournissent un cadre contractuel de base qui dispense les parties de négocier à la pièce* ».

¹⁴⁷² SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 160.

Lorsqu'on observe les définitions que donne la doctrine du contrat de travail, on s'aperçoit que seule la naissance des obligations est envisagée. Pour les uns, il s'agit d'un « *contrat synallagmatique à titre onéreux caractérisé par la fourniture d'un travail en contrepartie du paiement d'une rémunération et par l'existence, dans l'exécution du travail, d'un lien de subordination juridique, du travailleur à l'employeur* »¹⁴⁷³. Pour d'autres, tel le Pr. Gérard Couturier, « *il y a contrat quand une personne s'engage à travailler pour une autre, et sous la subordination d'une autre, moyennant rémunération* »¹⁴⁷⁴. Ces définitions sont semblables et ne voient émerger, sur le fond, que peu d'évolution depuis que l'expression de « louage de services »¹⁴⁷⁵ a disparu. Le Pr Alain Supiot y aurait ainsi préféré l'expression de « contrat de louage de travail » elle-même empruntée au langage moins précis des économistes¹⁴⁷⁶. Ces locutions ont en commun de s'intéresser à l'objet du contrat et non à la nature des obligations. Elles consacrent, dans le même temps, le rapport de subordination de l'employeur et, concomitamment, l'absence d'égalité de fait qui le caractérise souvent. Le Pr. Emmanuel Dockès définit d'ailleurs l'état de subordination comme « *l'état de faiblesse du salarié vis-à-vis de son employeur, cet état étant composé de dépendance et d'obéissance dans l'exécution ou l'organisation du travail* »¹⁴⁷⁷.

L'insertion de clauses contractuelles permet d'investir le champ de l'objet des obligations : « *Elles sont au service du contrat dont elles aménagent les obligations, prolongent les effets et précisent les sanctions* »¹⁴⁷⁸. Tout en dynamisant la relation de travail elles déclinent l'objet, dans le même temps, de voir leur statut évoluer (2).

1) Un encadrement juridique stabilisé

341 – Obligation de diligence du salarié - Si l'initiateur des clauses d'objectifs est souvent l'employeur, force est de constater que leur présence bénéficie aux salariés, même non performants. Une simple obligation de moyens naît de la stipulation au contrat, alors qu'elle

¹⁴⁷³ Selon CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017, p. 262.

¹⁴⁷⁴ COUTURIER (G.), *Droit du travail in Libertés et droits fondamentaux*, Tome I, Les relations individuelles du travail, 3^{ème} éd., 1996, PUF, n° 44.

¹⁴⁷⁵ Le louage de travail ou de service porte sur une prestation de travail et son indemnisation. Du point de vue de l'histoire sociale, l'une de ses formes les plus intéressantes est le louage lié au placement sous l'égide de l'assistance. Les personnes concernées étaient le plus souvent des pauvres qui ne pouvaient ni être logés dans leur propre famille ni admis dans une institution. Les responsables les plaçaient dans des familles d'accueil qui recevaient en contrepartie une indemnité et bénéficiaient d'une force de travail peu coûteuse. Cette pratique s'appliquait à des gens âgés et infirmes, mais aussi à des mineurs.

¹⁴⁷⁶ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 52.

¹⁴⁷⁷ DOCKÈS (E.), « *Notion de contrat de travail* », *Droit social*, n° 5, mai 2011, p. 557.

¹⁴⁷⁸ GRAS (N.), *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand I, 2014, p. 5.

aurait pu faire craindre au salarié une obligation de résultats. Depuis l'arrêt Raquin où la chambre sociale proclamait la force obligatoire du contrat, de nombreuses solutions jurisprudentielles en ont tempéré le principe en instillant un contrôle judiciaire des conventions. La Cour de cassation a ainsi contribué à réduire le risque de préconstitution d'un motif de licenciement, tout en consacrant le principe selon lequel la rémunération fait partie du socle contractuel.

a) La clause de résultats, dynamisation et sécurité pour l'employeur

342 – Problème juridique - Tout comme le secteur géographique, la rémunération est considérée comme un élément constitutif du contrat de travail. Longtemps considérée comme élément substantiel, elle fait désormais partie intégrante du socle contractuel¹⁴⁷⁹. La question se pose de savoir si elle relève du pouvoir de direction de l'employeur, notamment en ce qui concerne les clauses de rendement. Plus précisément, la question est de savoir de quelle marge de manœuvre dispose l'employeur sur les éléments suivants : le premier tient au principe même de détermination d'objectifs au salarié ; il s'agit d'engager sa responsabilité. Le second tient au mode de détermination de ces objectifs : peuvent-ils être fixés unilatéralement ? Le troisième tient à la préconstitution d'un motif de licenciement, afin de rendre l'inexécution des clauses opposable au salarié.

La question est d'importance puisque, pour certains auteurs, le droit du travail se réduit à savoir « *comment s'établira le taux de rémunération du travail ? Le droit du travail dans sa totalité est construit autour de la question du salaire* »¹⁴⁸⁰. L'analyse est des plus pertinentes lorsque l'on constate que 20% des contrats de travail comportent une part variable et font reposer celle-ci sur la performance individuelle ; 90% des clauses salariales contiennent des primes qui complètent la rémunération¹⁴⁸¹. La plupart d'entre elles sont des primes qui reposent sur la performance (prime selon l'apport d'affaires à l'entreprise ou le chiffre de vente du salarié)¹⁴⁸². Elles constituent avec l'association des salariés au capital de la société,

¹⁴⁷⁹ Par différents arrêts, et notamment les arrêts GAN-Vie du 10 juil. 1996, pourvoi n° 93-41.137 et SOCOREM du 10 juil. 1996, pourvoi n° 93-40.966, la chambre sociale a abandonné la distinction entre « modification substantielle » et « non substantielle » du contrat de travail pour préférer la différenciation entre « modification du contrat de travail » et « changement des conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction ».

¹⁴⁸⁰ RODIERE (P.), « *Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen* », *Droit social*, n° 1, janv. 2011, p. 6.

¹⁴⁸¹ BENARDI (M.), BESSY (C.), CHASERANT (C.), EYMARD-DUVERNAY (F.), MARCHAL (E.), *Stratégies contractuelles et gestion de la relation de travail*, Rapport de recherche, Centre d'Études de l'Emploi, juillet 2003, p. 72.

¹⁴⁸² *Ibidem*.

une des modalités de variation de la rémunération, qui a pour effet de voir « *la liberté contractuelle s'épanouir* »¹⁴⁸³.

343 – Principe d'endogénéisation de la couverture du risque - Déterminer des objectifs contractualisés permet d'organiser une répartition des risques liée au manque de diligence dans l'exécution contractuelle. En matérialisant son *calcul de prévention*¹⁴⁸⁴, l'employeur va évaluer l'ampleur des risques et chercher à réduire le coût de l'inexécution des obligations nées du contrat.

Par la contractualisation d'une clause de rendement, l'employeur peut chercher à lutter contre le comportement opportuniste résultant de l'asymétrie informationnelle post-contractuelle. Celle-ci est potentiellement importante dans un capitalisme qui change de nature : son volet industriel décroît au profit d'une nature immatérielle qui confère à l'autonomie des salariés un caractère essentiel. L'employeur préfère alors un modeste coût certain de négociation au risque d'opportunisme qui, selon les situations, se révèle fréquent. La fonction de la clause de résultat est alors d'assurer l'employeur contre le risque d'inexécution. L'assurance devient endogène au contrat.

344 – Fixation et opposabilité des objectifs - Il convient de s'interroger sur la manière dont les objectifs vont être fixés. La chambre sociale admet que des objectifs puissent être définis unilatéralement par l'employeur¹⁴⁸⁵ même si une clause ne saurait lui conférer le pouvoir discrétionnaire d'en définir unilatéralement les modalités de calcul (rémunération ou une simple part de celle-ci¹⁴⁸⁶). La stipulation d'une condition est, en revanche, concevable. Pour exister elle doit rester aléatoire¹⁴⁸⁷ (elle ne peut donc être purement protestative¹⁴⁸⁸). En effet, là où règne l'arbitraire d'un seul, il n'est plus d'aléa¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸³ LALAND (P.), *L'association financière des salariés à la performance de l'entreprise*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016, p. 257.

¹⁴⁸⁴ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 167.

¹⁴⁸⁵ Soc., 14 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.371 ; dans cet arrêt, la chambre sociale prend pour motif le fait qu'il appartenait aux juges du fond d'apprécier si les objectifs, fussent-ils définis au contrat, étaient réalistes.

¹⁴⁸⁶ MARTINON (A.), « *Le salaire* » dans *Les notions fondamentales du droit du travail* (dir. B. Teyssié) : éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 169.

¹⁴⁸⁷ LALAND (P.), *L'association financière des salariés à la performance de l'entreprise*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016, pp. 64-65.

¹⁴⁸⁸ L'ancien article L. 1170 C. civ. disposait que « *la condition protestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* ».

¹⁴⁸⁹ MORVAN (P.), *La détermination de la rémunération variable* : JCP S 2008, 1180.

La portée de l'arrêt *Affichage Giraudy* est essentielle, d'autant qu'il a été confirmé par l'arrêt rendu le 22 mai 2001 ; la Cour de cassation considère en effet que « *les objectifs fixés au salarié lors de l'accomplissement de sa prestation de travail peuvent être définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction* »¹⁴⁹⁰. De plus, le changement d'une tâche décidé par l'employeur entrant dans le cadre de la qualification du salarié, peut être considéré comme un simple changement de conditions de travail. Le refus du salarié d'une telle décision, constituerait « une faute » qui pourrait être sanctionnée : « *Justifie sa décision la cour d'appel qui, après avoir vérifié que les objectifs ainsi définis étaient réalistes et constaté qu'en dépit d'une mise en garde puis d'un avertissement les résultats du salarié n'avaient cessé de se dégrader sans que l'intéressé puisse imputer cette baisse à des causes extérieures, en déduit l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement* »¹⁴⁹¹.

La jurisprudence semble pouvoir s'appliquer à tous les types de contrats de travail. En l'occurrence, la modification des conditions de travail que le salarié ne saurait refuser a récemment fait l'objet d'un revirement en matière de contrat à durée déterminée (CDD). Dans un arrêt du 20 novembre 2013¹⁴⁹², la chambre sociale a estimé 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, d'autre part, que le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail ne constitue pas à lui seul une faute grave* ».

Des limites bornent toutefois le pouvoir de direction. La principale relève de l'exécution de bonne foi du contrat de la part de l'employeur : les objectifs doivent « être réalistes »¹⁴⁹³. Ensuite, si l'employeur veut rendre l'objectif opposable au salarié, il ne peut le faire autrement qu'en contractualisant la clause. C'est ce que précise le juge lorsqu'il indique que « *la fixation unilatérale par l'employeur d'un rendement horaire ne s'analyse pas en un objectif contractuel liant le salarié* »¹⁴⁹⁴. En d'autres termes, l'absence de négociation sera toujours opposable à l'employeur.

Par ailleurs, les clauses purement protestatives sont annulables, alors que les clauses mixtes restent valables. L'article L. 1304-2 (*nouv.*) dispose : « *Est nulle l'obligation contractée sous*

¹⁴⁹⁰ Soc., 22 mai 2001, pourvois n° 99-41.838 et 99-41.970.

¹⁴⁹¹ *Ibidem*.

¹⁴⁹² Soc., 20 nov. 2013, pourvoi n° 12-16.370.

¹⁴⁹³ Sont considérés comme réalisables des objectifs fixés en comparaison de la productivité moyenne des autres salariés. C'est ce que précise la Cour dans un arrêt du 28 nov. 2000, pourvoi n° 98-43.765. « (...) *au vu des rapports de productivité des salariés de la société, que l'insuffisance de résultat reprochée au demandeur était fondée* ».

¹⁴⁹⁴ Soc., 18 janv. 2000, pourvoi n° 97-44.093. Dans cet arrêt de rejet du pourvoi de l'employeur, l'insuffisance constante du rendement d'une cueilleuse de champignons n'a pas été reconnu.

une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause »¹⁴⁹⁵. Cependant, des clauses imprécises, évasives ou arbitraires ne peuvent être admises. Ce serait le cas de clauses subordonnant le paiement d'un complément de rémunération à l'évolution du secteur d'activité ou du marché, sans autres précisions. Les conditions mixtes dépendent tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers, ce qui justifie leur licéité. Elles peuvent prendre la forme de clauses de « vente menée à bonne fin » ou de clauses d'objectifs. Les clauses de vente menée à bonne fin ne sont pas purement potestatives dès lors que leur application dépend d'éléments qui sont, pour partie, étrangers à la volonté de l'employeur¹⁴⁹⁶.

345 – Portée limitée de l'opposabilité d'une clause contractuelle - Il convient enfin de s'interroger sur la portée de l'opposabilité de l'insuffisance de résultats au salarié. La question est de savoir notamment si elle permet de préconstituer un motif de licenciement.

On mesure ici la différence d'une analyse qui s'intéresse à l'objet du contrat par rapport à celle qui s'intéresse à la portée des obligations nées dudit contrat. Dans le premier cas, le salarié continue de mettre à disposition sa force de travail ; il exécute son obligation principale née du contrat. Dans le second, même s'il met sa force de travail à disposition, c'est sa productivité qui est interrogée. L'employeur (notamment)¹⁴⁹⁷ peut avoir intérêt à utiliser l'insuffisance potentielle de résultats pour en faire une faute. Cela reviendrait à préconstituer un motif de licenciement et aurait pour conséquence d'amoindrir le coût de la rupture. Cette situation équivaldrait à faire prévaloir les stipulations contractuelles sur le contrôle judiciaire du licenciement. Elle reviendrait aussi à transférer le risque d'entreprise au salarié qu'il n'a théoriquement pas à supporter dans la mesure où il est sous la subordination de l'employeur. La Cour a ainsi énoncé que cette solution n'est plus d'actualité et « *a invalidé les raisonnements tendant à faire des clauses de rendement des clauses de résiliation automatique de la convention* »¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁵ La nullité évoquée par l'article L. 1304-2 C. civ. figurait déjà à l'article L. 1174 (*anc.*). La nullité porte sur l'obligation contractée et non sur l'ensemble du contrat, sauf si elle est essentielle.

¹⁴⁹⁶ LALAND (P.), *L'association financière des salariés à la performance de l'entreprise*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016, p. 70.

¹⁴⁹⁷ On peut imaginer que le salarié puisse vouloir prendre l'initiative de la rupture, sans qu'elle lui soit reprochée par la suite. Il pourrait s'agir d'un salarié dont le départ coûterait à l'entreprise en tant que perte de ressource, de potentiel.

¹⁴⁹⁸ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 122.

La Cour de cassation a ainsi jugé qu'aucune clause du contrat ne peut valablement décider que la suspension ou le retrait du permis de conduire constituera en elle-même une cause de licenciement¹⁴⁹⁹. Cette solution doit conduire l'employeur à motiver précisément la lettre de licenciement, seule étant envisageable une rupture de droit commun fondée sur le trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise¹⁵⁰⁰. Plus généralement, aucune clause du contrat ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera en elle-même une cause de licenciement. Il s'agit d'une solution conforme à celles adoptées en matière de clauses de rendement, prévoyant un licenciement à défaut de réalisation¹⁵⁰¹.

Au final, on conclura que la mise en place de clauses contractuelles de rendement ne donne à l'employeur que peu de marges de manœuvre juridiques. Tout au plus, la contractualisation permet d'éviter l'inopposabilité au salarié de ses éventuelles insuffisances. Dans tous les cas, ce type de clause ne lie pas le juge qui conserve, en cas de litige, le pouvoir d'apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement (C. trav. L. 1235-1).

346 – Invalidation pour l'analyse économique du droit – Les effets limités de l'opposabilité pour l'employeur rendent la rupture inefficace pour l'économie du droit. En effet, selon la *thèse de la rupture efficiente*, « si une partie contractante peut réaliser un gain en contractant avec un tiers, en rupture du contrat initialement conclu, tout en dédommageant intégralement le contractant frustré, cette inexécution est souhaitable et mérite le soutien des tribunaux »¹⁵⁰². La position de la jurisprudence est alors, au sens de l'économie du droit, contestable. Elle renchérit le coût de la rupture éventuelle, en alourdissant l'indemnisation ; si le salarié n'est pas licencié, elle renforce les coûts de transaction dans le sens où l'employeur aura à supporter un coût d'opportunité lié au manque de diligence du salarié. On rappelle que « le contrat ne devrait aller de l'avant que s'il procure, du moins prospectivement, un gain à toutes les parties contractantes »¹⁵⁰³.

La seule validation que pourrait faire l'analyse économique du droit, concerne la reconnaissance par le juge de la licéité de la *clause de bonne fin*. La Cour de cassation a ainsi jugé que les commissions sur la part du chiffre d'affaires encaissée après la rupture ne sont pas dues au salarié en présence d'une clause contractuelle de bonne fin, y compris si le

¹⁴⁹⁹ Soc., 12 fév. 2014, pourvoi n° 12-11.554, publié au bulletin.

¹⁵⁰⁰ Soc., 5 fév. 2014, pourvoi n° 12-28.897 ; Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464, publié au bulletin.

¹⁵⁰¹ Soc., 14 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.371, publié au bulletin.

¹⁵⁰² MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 178.

¹⁵⁰³ *Idem*, p. 180.

licenciement est déclaré sans cause réelle et sérieuse¹⁵⁰⁴. On peut y voir une atteinte à la liberté du travail¹⁵⁰⁵ dans la mesure où les salariés se voient privés de toute commission éventuelle sur un chiffre d'affaires qu'ils ont permis d'encaisser postérieurement à la rupture.

b) La clause de résultats, dynamisation et sécurité pour le salarié

347 –Le salarié ne doit pas supporter les risques d'entreprise - Les clauses d'objectifs ont deux finalités : rendre variable une partie du salaire sinon de la rémunération¹⁵⁰⁶, mais aussi poser les bases d'une préconstitution d'un motif de licenciement pour insuffisance de résultats. A ce titre, l'employeur cherche, au nom de la performance du contrat, à rendre variables ses effets au cours de l'exécution ou de la rupture. Ses desseins viennent cependant buter sur le principe de sécurité économique par le travail¹⁵⁰⁷. Le contrat a simplement pour objet la simple « mise à disposition d'une activité professionnelle à la disposition et sous la subordination d'une autre personne, l'employeur, qui lui verse en contrepartie une rémunération »¹⁵⁰⁸. L'objet de l'obligation, la « réalisation d'un travail fini de façon indépendante »¹⁵⁰⁹, n'est quant à elle, pas envisagée par la doctrine.

Il est utile de poser que la variabilité de la rémunération ne doit pas conduire à faire peser le risque d'entreprise sur le salarié. Conformément à la solution adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Fidal* du 2 juillet 2002, « une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, qu'elle ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels »¹⁵¹⁰. Cette condition n'est que la contrepartie de la répartition des responsabilités et du sens de la fonction de chacun des organes de l'entreprise sociétaire notamment. Autrement dit, les porteurs de titres doivent seuls supporter le risque d'entreprise car ils bénéficient des gains de son activité. Les salariés doivent en être protégés, car ils sont sous la direction des organes de direction, eux-mêmes mandatés par les détenteurs du capital. Il apparaît donc cohérent que le salarié ne soit pas, dans ce cadre, exposé. Comme effet de ce principe constant, les clauses de révision de tout mécanisme d'association individualisée à la

¹⁵⁰⁴ Soc., 30 nov. 2011, pourvoi n° 09-43.183, publié au bulletin.

¹⁵⁰⁵ V. SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993, p. 719.

¹⁵⁰⁶ Dans son ouvrage de 1967, *Les salaires*, M. Gérard LYON-CAEN différenciait déjà les notions de « salaire » et de « rémunération » en donnant à cette dernière une vision plus extensive. On se préoccupe alors plus des besoins du travailleur et moins de la valeur du travail qu'il fournit.

¹⁵⁰⁷ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 74-75.

¹⁵⁰⁸ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

¹⁵⁰⁹ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 120.

¹⁵¹⁰ Soc., 2 juil. 2002, pourvoi n° 00-13.111.

performance de l'entreprise n'échappent pas au principe d'intangibilité contractuelle : « *Une modification du contrat de travail ne peut être réalisée sans l'accord du salarié, peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail* »¹⁵¹¹.

Il ressort clairement du code du travail et des solutions jurisprudentielles que la responsabilité pécuniaire du salarié ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde. Tout d'abord l'article L.1331-2 C. trav. dispose que « *les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite* ». Ensuite la solution retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 septembre 2014 exclut encore la responsabilité du salarié, sauf en cas de faute lourde. En l'espèce, à la suite d'une erreur de conduite, et malgré l'aide proposée par son supérieur hiérarchique présent dans le véhicule, un chauffeur poids lourds avait endommagé le camion confié par l'entreprise. Les parties avaient convenu, sur la proposition du salarié, que le coût de la réparation serait retenu sur le salaire. Licencié, le salarié avait formé, devant la juridiction prud'homale, diverses demandes de nature salariale dont le remboursement des sommes prélevées au titre de la réparation du véhicule de l'entreprise. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que « *la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde ; que la faute lourde suppose l'intention de nuire* »¹⁵¹². Elle a rappelé que « *les amendes et autres sanctions pécuniaires sont interdites* » et condamné l'employeur à rembourser la somme qui avait été demandée au chauffeur.

348 – L'employeur ne peut modifier unilatéralement la rémunération contractuelle - La Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 27 février 2007, que « *la clause qui permettait à l'employeur de modifier le secteur géographique du salarié, lequel exerçant des fonctions de conseiller chargé de prospecter et de recruter des adhérents, était rémunéré exclusivement par des commissions, entraînait nécessairement des conséquences sur sa rémunération, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur avait réduit le secteur de prospection de l'intéressé, en a à bon droit déduit que le contrat de travail avait été unilatéralement modifié* »¹⁵¹³. Ainsi, si la rémunération peut dépendre de l'atteinte graduée des objectifs, ses éléments de calcul doivent rester indépendants de la volonté de l'employeur. La Cour de cassation a énoncé que toute clause permettant à l'employeur de modifier seul les éléments de la rémunération variable est alors nulle : « *Une clause du contrat ne peut permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié* »¹⁵¹⁴.

¹⁵¹¹ Soc., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-42.248, publié au bulletin.

¹⁵¹² Soc., 30 sept. 2014, pourvoi n° 13-20.082.

¹⁵¹³ Soc., 27 fév. 2007, pourvoi n° 05-44.106.

¹⁵¹⁴ Soc., 27 fév. 2007, pourvoi n° 05-44.106.

Conformément à la généralité de cette règle, la Cour de cassation a jugé que si l'entreprise de presse a l'obligation de fournir un travail régulier au journaliste pigiste, elle n'est pas tenue de lui fournir un volume de travail constant. Corrélativement, le journaliste pigiste n'a pas droit au maintien de sa rémunération. La baisse de la rémunération à l'initiative de l'employeur ne constitue donc pas une modification du contrat de travail du salarié¹⁵¹⁵.

349 – Préconstitution inopposable d'un motif de licenciement - Concernant la rupture du contrat de travail, la question se pose de savoir si l'insuffisance de résultats, inhérente ou non à la personne du salarié, peut préconstituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'article L. 1232-1 C. trav. dispose tout d'abord que tout licenciement pour motif personnel est justifié par une cause réelle et sérieuse. L'article L. 1233-2 C. trav. dispose quant à lui que tout licenciement pour motif économique¹⁵¹⁶ est, lui aussi, justifié par une cause réelle et sérieuse. Dans les deux cas, le licenciement est motivé par un fait ou une situation qui n'est pas nécessairement une faute du salarié. A ce titre, outre la volonté de voir augmentée la productivité du salarié, il est nécessaire de mesurer le risque que fait peser l'insertion d'une clause d'objectif en tant que motif préconstitué de résiliation du contrat de travail.

Cette solution est illicite. C'est ce qu'a énoncé la Cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 2003 en indiquant que « *l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement* »¹⁵¹⁷. Justifiée par le fait que les résultats sont parfois indépendants de la volonté du salarié, de telles clauses n'ont pas à être translatives de risques à l'endroit du salarié. En cela « *l'insuffisance de résultats ne peut, en elle-même, constituer le fait générateur de la cause de licenciement* »¹⁵¹⁸. Le salarié agit en effet sous la subordination de l'employeur qui, même de bonne foi, subit parfois le contexte économique¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁵ Soc., 29 sept. 2009, pourvoi n° 08-43.487.

¹⁵¹⁶ La cause réelle et sérieuse peut reposer sur un fait économique, c'est-à-dire pour le législateur une situation non inhérente à la personne du salarié.

¹⁵¹⁷ Soc., 22 janv. 2003, pourvoi n° 01-40.713. La Cour d'appel avait statué en relevant que M. X n'avait réalisé que 39 % de son chiffre d'affaires alors que certains autres VRP avaient atteint 50 %, que son successeur avait réalisé un chiffre d'affaires en quatre mois égal à celui réalisé par M. X. ».

¹⁵¹⁸ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 145.

¹⁵¹⁹ Comme par exemple une perte de marché ; il ressort de l'arrêt Soc. 13 juin 2007 pourvoi n° 06.41574 « *qu'à la suite de difficultés commerciales entre la société et son fournisseur Philips Systèmes Médicaux, le contrat entre ces deux sociétés a été rompu le 5 déc. 2002 ; que le salarié a donné sa démission le 14 février 2003, indiquant que ce choix lui était dicté par cette rupture de contrat ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale le 21 août 2003 d'une demande en requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse de cette démission, arguant des conséquences financières négatives, sur son travail et sa rémunération, des difficultés commerciales de la société avec son fournisseur Philips systèmes médicaux* ».

350 – Exercice nécessaire du pouvoir de direction - La subordination implique l'exercice effectif du pouvoir de direction. Il a été jugé dans un arrêt du 2 avril 2014 que « *les objectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, de sorte qu'il importe peu que le salarié les ait ou non acceptés* »¹⁵²⁰ ; il avait auparavant été jugé « *qu'il appartient au juge d'apprécier, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail*¹⁵²¹, *si les faits invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement peuvent caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement* »¹⁵²². Au final, la Cour admet que la détermination des objectifs ne dépende pas uniquement du contrat de travail. M. Franck Petit précise « *qu'à partir du moment où les objectifs sont clairs et réalisables, que le salarié a reçu les moyens de les atteindre, on ne voit pas pourquoi ils devraient être négociés entre les parties* »¹⁵²³. Il ajoute même qu'il souhaitable que ce soit l'employeur qui décide des objectifs à réaliser.

351 – L'insuffisance professionnelle peut justifier le licenciement - La jurisprudence ne reconnaît actuellement que l'insuffisance professionnelle comme constitutive de la cause de la rupture : « *L'insuffisance de résultats ne serait qu'un élément aggravant la force du motif* »¹⁵²⁴. L'insuffisance professionnelle se situerait entre l'insuffisance de résultats et la faute, en ce que cette dernière serait consciente, voire volontaire. L'insuffisance professionnelle ne devient une faute que si elle est la conséquence d'une volonté délibérée. Dans l'arrêt du 22 janvier 2003¹⁵²⁵, après avoir affirmé que « *l'insuffisance de résultats ne peut, en elle-même, constituer le fait générateur de la cause de licenciement* », la Cour de cassation indique, « *qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si la baisse des résultats de M. X... sur son secteur procédait soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une faute imputable au salarié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Le juge insiste donc sur la nécessité de rechercher la cause de l'insuffisance de résultats. Cette solution est confirmée dans plusieurs arrêts, dont celui du 2 décembre 2009 où la chambre sociale précise « *qu'il appartient au juge saisi d'un litige portant sur la légitimité d'un licenciement prononcé pour insuffisance de résultats de vérifier si une insuffisance professionnelle ou une faute du salarié est à l'origine de l'insuffisance de résultats invoquée*

¹⁵²⁰ Soc., 2 avr. 2014, pourvoi n° 12-29.381.

¹⁵²¹ C. trav. art. L. 122-14-3, « *En cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

¹⁵²² Soc., 14 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.371.

¹⁵²³ PETIT (F.), « *Une clause d'objectifs non tenue peut-elle justifier un licenciement ?* », JCP E, n° 13, 29 mars 2001, p. 574.

¹⁵²⁴ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 145.

¹⁵²⁵ Soc., 22 janv. 2003, pourvoi n° 01-40.713.

par l'employeur pour licencier le salarié »¹⁵²⁶. Cette solution paraît logique ; dans le cadre de l'exécution contractuelle, le salarié est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence. Son inexécution relève de l'insuffisance professionnelle.

352 – Sauvegarde de l'intérêt de l'entreprise - Dans le contexte où le droit du travail doit servir les intérêts économiques¹⁵²⁷, la doctrine pourrait étudier de façon approfondie les conditions de validité de l'insuffisance de résultats, afin de pouvoir l'appréhender comme une clause résolutoire. Exclure définitivement cette opportunité pourrait être une erreur et rendre toujours plus divergents le droit et l'économie¹⁵²⁸. Comme conséquence de la *thèse de la rupture efficiente*, rompre le contrat à l'initiative de l'employeur dans des conditions financières acceptables pour le salarié, notamment s'il est manifestement responsable de ses insuffisances de résultats, devrait pouvoir être possible, surtout s'il a consenti à l'acceptation des clauses.

Cette position est aussi motivée par la sauvegarde de l'intérêt de l'entreprise : « *Le pouvoir de licencier s'exerce non dans l'intérêt exclusif de l'employeur, mais dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, qualifié d'intérêt de l'entreprise. On ajoutera que ce pouvoir de licencier procède du contrat de travail* »¹⁵²⁹. Cet « intérêt de l'entreprise » est fréquemment utilisé par la chambre sociale pour valider, confirmer, censurer, légitimer un certain nombre d'actes juridiques par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction¹⁵³⁰. Il suscite cependant une forte division doctrinale, ce qui rend sa définition incertaine, sauf peut-être à convenir qu'il a « *un contenu en grande partie tributaire du contexte dans lequel on l'invoque* »¹⁵³¹.

¹⁵²⁶ Soc., 2 déc. 2009, pourvoi n° 08-42.659.

¹⁵²⁷ SACHS (T.), « *Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 1020

¹⁵²⁸ Le Pr. Philippe BONFILS, dans la préface de l'ouvrage *Droit et économie : un essai d'histoire analytique de Serge SCHWEITZER et Loïc FLOURY*, parle d'une « histoire d'amour contrariée ».

¹⁵²⁹ AUZERO (G.), « *L'exercice du pouvoir de licencier* », Droit social, n° 3, mars 2010, p. 289.

¹⁵³⁰ Soc., 23 fév. 2005, pourvoi 03-42.018 : « *Attendu, ensuite, que la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise* » ; Soc., 12 janv. 2016, pourvoi n° 14-23290 : « *que la clause de mobilité doit être appliquée de bonne foi pour des raisons objectives dictées par l'intérêt de l'entreprise* » ; Soc., 13 juil. 2016, pourvoi n° 15-12.430, « *Mais attendu que la cour d'appel, qui, après avoir examiné chacun des griefs visés dans la lettre de licenciement, a relevé que les propos indéliçables du salarié exprimant un sentiment d'insatisfaction plutôt qu'une volonté de porter atteinte aux intérêts de l'entreprise* » ; etc.

¹⁵³¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017, p. 605.

2) Une émergence possible d'accords de résultat

353 – Hypothèse - Au regard des évolutions récentes en matière de conventionnalisation du droit du travail, mais aussi de la nécessité de promouvoir le travail coopératif au sein d'une entreprise perçue comme un lieu de fabrication de biens communs¹⁵³², il semble opportun de poser l'hypothèse selon laquelle les accords de résultats pourraient compléter, sinon se substituer aux clauses individuelles de rendement. Le cas échéant, c'est alors un nouveau régime juridique favorable à la dynamisation du contrat qui émergerait.

a) Des motivations plurielles

354 – Exposé – Les motivations sont diverses ; elles relèvent autant de l'évolution du droit positif que des sciences de gestion ou de l'analyse économique du droit. La performance étant visée, on fait le choix de décliner celles relatives à l'économie du droit.

355 – La théorie des jeux au soutien de la coopération - Si les salariés agissent en général de manière rationnelle, on peut s'interroger sur les effets de leur interaction. Dans la meilleure des circonstances, les salariés ayant accepté des clauses de résultat réussissent à coordonner l'exécution de leur travail et à atteindre un gain pour tout un chacun. Cependant, la vie professionnelle offre parfois des scénarios moins séduisants, où l'action de l'un lui apporte un gain, mais brime celle des autres qui en subissent des pertes. Ainsi, le commercial d'une concession automobile extrêmement performant pourrait emporter la grande majorité des ventes au détriment de ses collègues. Dans une situation extrême, l'ensemble des salariés pourrait y perdre.

Il n'est pas possible pour l'employeur d'accepter de tels risques. La *théorie des jeux* permet alors d'étudier le déroulement des interactions humaines sur le marché du travail. Le jeu peut s'analyser comme le champ de l'exécution du contrat. Au travers de cet espace, le droit du travail a pour mission de proposer des règles qui permettent aux salariés de coordonner leurs actions de manière non violente : « *La théorie des jeux, qui permet d'étudier en quelles circonstances les interactions humaines évoluent vers une solution gagnante pour tous, paraît donc comme un outil prometteur pour la théorie du droit* »¹⁵³³.

¹⁵³² EYMARD-DUVERNAY (F.), *Économie politique de l'entreprise*, 2004, Repères, La Découverte.

¹⁵³³ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 50.

En l'occurrence, la logique de concurrence issue de clauses contractuelles pose problème. Selon les circonstances et les secteurs d'activité, il semble plus efficace d'envisager une action normative collective ; celle-ci profiterait à l'ensemble des salariés d'un établissement ou d'une unité économique et sociale et ne pourrait se réaliser qu'avec la coopération de tous. Elle permettrait dans le même temps à l'employeur d'économiser des coûts de transactions, dans la mesure où la surveillance de la contribution de chacun peut s'avérer coûteuse et donc imparfaite. On peut analyser la mise en place d'accords de résultats comme solution à un dilemme de prisonnier joué à plusieurs salariés.

356 – L'action collective finalisée comme technique de management - Le monde économique est marqué par l'émergence de nouvelles formes d'organisation du travail. Ces innovations répondent à de nouvelles aspirations sociales, certes, mais aussi et surtout à la nécessité d'augmenter la productivité du travail. Ainsi, « *la compétitivité des entreprises dépend plus que jamais de leur capacité à développer et exploiter des relations coopératives non seulement avec l'externe mais aussi en interne* »¹⁵³⁴. Quel que soit l'esprit¹⁵³⁵ qui anime le dessein de la relation coopérative, une finalité partagée est érigée en Graal de l'action conjointe. On peut en mesurer l'idonéité dans les domaines qui relèvent du capitalisme immatériel.

Les coopérations, ou « *actions collectives finalisées* »¹⁵³⁶ sont légion notamment dans l'informatique contemporaine à travers le *workflow ad hoc*¹⁵³⁷, les systèmes de construction collective et de partage des connaissances, les collecticiels¹⁵³⁸, etc. Elles sont aussi au cœur des démarches de « *management paradoxal* »¹⁵³⁹ ; en l'occurrence, le postulat est celui de l'union des savoirs et des intelligences comme générateur de décisions plus efficaces. Une logique qualifiée de *chaordique* s'instille pour prendre la place de celle qualifiée de

¹⁵³⁴ DAMERON (St.), « *La dualité du travail coopératif* », Revue française de gestion, mai 2005, n° 158, p. 105.

¹⁵³⁵ L'auteure met en évidence deux relations de conceptions coopératives : la première qualifiée de « *coopération complémentaire* » repose sur le calcul et l'opportunisme, la seconde qualifiée de « *coopération communautaire* » s'appuie sur le besoin d'appartenance à un groupe.

¹⁵³⁶ Selon la définition de Mme Stéphanie DAMERON.

¹⁵³⁷ Un outil de gestion de *workflow* permet de modéliser et d'automatiser les flux d'informations dans l'entreprise. Il permet par exemple de préciser les circuits de cheminement de documents en identifiant les intervenants concernés, les actions à réaliser et les délais. Dans un souci de flexibilité et afin de parer plus efficacement aux imprévus, le, au contraire du plus verrouillé, autorise les utilisateurs à intervenir dynamiquement sur le cheminement.

¹⁵³⁸ Les collecticiels sont des logiciels de groupe qui permettent de partager des documents à distance afin de favoriser le travail collaboratif. Leur production révèle un changement du paradigme de l'interaction homme-machine, vers la communication homme-homme au travers de l'ordinateur. On distingue classiquement les logiciels d'édition collaborative très axés sur la collaboration, les logiciels de partage plus axés sur la coordination, et les clients de visioconférence favorisent quant à eux la communication. Parmi les plus connus, Dropbox, Outlook, Microsoft Skype, etc.

¹⁵³⁹ ZARA (O.), formateur à l'IAE de Paris, 2012.

« hiérarchique », plus conventionnelle. Dans cette logique, le chaos est moteur d'agilité ; il reste toutefois organisé en ce qu'il permet de structurer la connexion des intelligences. L'organisation du travail en devient paradoxale par opposition à l'organisation hiérarchique traditionnelle. On retrouve cette forme d'organisation managériale dans les entreprises de l'internet, des nouvelles technologies ou les *start-up*. La source de la création de valeur est la coordination, la création et le consensus : l'auteur la nomme *intelligence collective*. Le groupe est au cœur de l'efficacité.

Mme Eve Chiapello et M. Luc Boltanski érigent le concept de « cité par projets » comme nouvel esprit du capitalisme¹⁵⁴⁰. Pour répondre à la fois aux critiques artiste et sociale qui lui sont faites, les deux sociologues estiment que le capitalisme peut se justifier en terme de *bien commun*. Il est en effet doté d'une capacité de régénération. L'activité viserait à générer des projets qui font vivre des réseaux. A l'instar des possibilités de dissolution d'une société pour extinction de leur objet¹⁵⁴¹, les projets s'éteignent et se succèdent. Ils n'ont point de sens hors l'activité collaborative. Ils ne peuvent aboutir et se succéder que si les parties prenantes apprennent à se faire confiance et s'engagent au sein d'une communauté d'intérêts qui les transcende. Dans le même temps, la Commission européenne en appelle à l'équité dans les relations de travail¹⁵⁴².

357 - Le droit négocié comme force d'engagement - La Commission européenne soutient que les salaires doivent évoluer parallèlement à la productivité, dans le cadre d'une consultation des partenaires sociaux, et en accord avec les pratiques nationales¹⁵⁴³. Cette affirmation peut découler de deux postulats : le premier est de nature économique, celui de maintenir à un niveau convenable la compétitivité-prix des économies de la zone euro ; le second est de nature juridique, celui de faire appel aux partenaires sociaux qui, depuis la loi du 20 août 2008¹⁵⁴⁴, ont vu leur représentativité devoir être *prouvée*. Celle-ci n'est de surcroît pas figée, en ce qu'elle est adaptée à la réalité du collectif de travail. Le Pr. Franck Petit précise que « *la représentativité est évolutive, ce qui implique pour un syndicat de tout faire*

¹⁵⁴⁰ BOLTANSKI (L.), CHIAPELLO (E.), *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999.

¹⁵⁴¹ Com., 30 mars 2016, pourvoi n° 14-13.729 ; il a été jugé qu'une société propriétaire d'un fonds de commerce de supermarché et locataire-gérante d'un fonds de commerce de station-service dépendant du même ensemble immobilier doit cesser l'exploitation de ce premier fonds à la suite d'un congé avec refus de renouvellement délivré par le bailleur des locaux. En effet, il y a extinction de l'objet lorsque l'activité pour laquelle la société a été constituée est devenue impossible.

¹⁵⁴² COMMISSION EUROPEENNE, Première ébauche préliminaire de socle européen des droits sociaux, 8 mars 2016, annexe 1, p. 10.

¹⁵⁴³ *Ibidem*.

¹⁵⁴⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

pour répondre aux sept critères légaux, sans quoi il sera menacé de la perdre ou de ne jamais l'atteindre »¹⁵⁴⁵. On sait combien aussi, les processus atypiques de négociation collective en entreprise sont venus compléter le rôle des délégués syndicaux. L'éminente et actuelle question des processus référendaires est là pour le prouver. Dans tous les cas, c'est bien la participation des travailleurs qui s'en trouve renforcée.

Dans le même temps, la loi encourage, à tous les niveaux de négociation, le recours à l'accord de méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties (principales étapes de la négociation, nature des informations partagées, etc.). Si un accord de méthode est conclu au niveau de l'entreprise, ses stipulations se substituent à celles de l'éventuel accord de branche. Tout accord collectif contient ensuite un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu. Il définit ses conditions de suivi et comporte des clauses de rendez-vous. La sécurité juridique est garantie pour l'entreprise, dans la mesure où la méconnaissance de ces dispositions n'entraîne pas la nullité de l'accord. Enfin, sauf stipulation particulière ou accord conclu pour une durée indéterminée, la durée des accords collectifs est fixée à cinq ans. Lorsqu'il arrive à échéance, l'accord cesse de produire ses effets. La norme négociée s'avère finalement adaptée à la réalité sociale et économique de l'entreprise.

La norme négociée présente aujourd'hui un double avantage : dans une vision défensive, elle permet à l'employeur de comprimer ses coûts en forçant l'intangibilité du socle contractuel. Il peut ainsi avoir recours à un accord majoritaire portant sur les rémunérations. Le nouvel article L. 2254-2 permet cette situation de forçage du consentement ; il dispose : « *I. – Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord d'entreprise peut aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ; aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect du salaire minimum interprofessionnel de croissance et des salaires minima conventionnels mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 ; déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». Dans une vision offensive, il peut prévoir la mise en place d'une rémunération collective complémentaire liée aux résultats du collectif qu'il concerne. Dernièrement, les partenaires sociaux de LCL ont ainsi signé un nouvel accord d'intéressement des salariés aux performances de l'entreprise. L'accord définit une rémunération variable collective des salariés de la banque (9,7% du résultat d'exploitation avant impôts) et inclut un abondement exceptionnel, sous condition

¹⁵⁴⁵ PETIT (F.), *Droits syndicaux dans l'entreprise*, chap. la survivance temporaire de la représentativité présumée, collection « Etudes de la Documentation française », avr. 2014, p. 130.

spécifique de résultats, avec versement au plan d'épargne d'entreprise. Le versement de l'intéressement ne peut intervenir que si le résultat d'exploitation annuel est supérieur à 530 millions d'euros¹⁵⁴⁶.

b) Des effets variés

358 – Renforcement de la compétitivité – La mise en place d'accords de résultats permet de renforcer la compétitivité de la firme et ce quel que soit le secteur d'activité. Les entreprises qui relèvent du capitalisme industriel ont probablement intérêt à voir une partie de leur masse salariale être déterminée collectivement par les partenaires sociaux. S'il s'agit d'une résultante logique de l'activité coopérative, cette démarche relève de la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise. Il ne s'agit pas d'une incongruité économique dans le sens où cela permet de faire évoluer la rémunération parallèlement à la productivité de l'entreprise.

Si tel est le cas, cela peut permettre d'éviter de mettre en place des licenciements économiques. L'ensemble des salariés peut alors en bénéficier, puisque la flexibilité du prix du travail vient se substituer à la flexibilité de la quantité de travail. A l'inverse, si l'entreprise parvient à mobiliser efficacement ses ressources pour fabriquer et vendre sa production, les gains obtenus permettent de dégager un surplus de richesse qui pourra être partagé entre les diverses parties prenantes à la production : hausse des salaires (facteur travail), hausse des profits et de l'investissement (facteur capital), baisse des prix (clientèle), renforcement de la capacité à obtenir de nouveaux financements (créanciers). Quelles que soient ses composantes, la compétitivité peut donc se trouver renforcée par les accords de résultats : ils relèvent d'une *incitation* à mieux produire, en étant plus coopératif et innovant. L'ensemble des acteurs de la firme, ou qui sont impactés par son fonctionnement, ont à y gagner.

359 – Renforcement de la performance sociale - La négociation d'une convention d'entreprise relative aux résultats permet de renforcer le dialogue social sur un sujet d'importance, puisqu'il relève du socle contractuel. Le contrat de travail devient, grâce à son statut collectif, une source de dialogue entre employeur et salariés. La force de la représentation permet, dans le même temps, de restaurer un équilibre dans la négociation puisque le consentement collectif prend le pas sur le consentement individuel.

¹⁵⁴⁶ V. Liaisons sociales, quotidien, « LCL garde sa politique de rémunération variable collective grâce à un nouvel accord d'intéressement », n° 17.170, 29 sept. 2016.

360 – Efficience au sens de l'analyse économique du droit - Les accords de résultats bénéficient à l'entreprise, mais aussi aux salariés. Dans la logique offensive, leur instauration apparaît comme Pareto-efficente, dans la mesure où l'augmentation de l'utilité des salariés ne dégrade pas celle de l'employeur. Dans la logique défensive, leur instauration protège les salariés contre le risque de licenciement, tout en préservant l'intérêt de l'entreprise. Même si la rémunération diminue, la sécurisation *de* l'emploi apparaît comme une indemnité compensant la perte subie. L'entreprise gagne en compétitivité-coût, sans que les salariés ne perdent leur emploi. La situation reste un optimum de Pareto¹⁵⁴⁷.

¹⁵⁴⁷ V. MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., pp. 64 et s.

Conclusion du chapitre 1

La dynamisation du contrat répond d'une double nécessité. Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'idée est de déterminer de quelle autonomie dispose l'employeur pour organiser le contenu du contrat. D'un point de vue économique, l'insertion de clauses contractuelles ou conventionnelles rend le contrat compatible avec la réalité de son environnement. Les formes de travail contemporaines laissant une certaine autonomie aux salariés, il convient alors de l'accompagner en exerçant différemment la subordination.

Dans la plupart des relations de travail, le cadre normatif est donné par le contrat. Pour M. Richard Posner, « *le contrat individuel est bien la seule source de régulation économiquement et socialement acceptable* »¹⁵⁴⁸. Afin de protéger les salariés contre les abus dont ils pourraient être victimes, le juge vient réguler la liberté contractuelle. La négociation peut aussi être collective. La promotion du statut collectif du contrat restaure alors un équilibre dans la négociation. Cette prévalence émergente du droit négocié semble valide pour l'économie du droit. De toute manière, l'analyse comparée du contrat de travail nous y invite¹⁵⁴⁹, le contrat devenant un « *instrument largement accessoire* »¹⁵⁵⁰ de la relation de travail.

On constate cependant que cette dynamisation relève surtout de l'implication des salariés : au travers des conventions de forfait, le salarié adapte son volume de travail au volume de production de l'entreprise. Le salarié peut se rendre ensuite mobile géographiquement, le lieu de travail n'ayant qu'une « valeur indicative ». Enfin, comme effet du contrat, le salarié doit offrir plus que son travail : il doit offrir de la productivité.

Cette dynamisation ne semble possible que « *si l'on donne au respect des droits une place centrale dans l'analyse économique, comme condition de l'engagement* »¹⁵⁵¹. Elle l'est tout autant, si elle est réversible. Le salarié ne doit pas être le seul à s'engager. L'employeur est aussi concerné.

¹⁵⁴⁸ JEAMMAUD (A.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 147.

¹⁵⁴⁹ Le contenu du contrat de travail de droit allemand dépend, le cas échéant, des dispositions de l'accord collectif applicable. Le droit de se coaliser « *a non seulement été interprété, dans un sens classique, comme une protection des activités syndicales, mais aussi comme une règle reconnaissant la primauté des contrats collectifs* » ; JEAMMAUD (A.), préc., p. 147.

¹⁵⁵⁰ SIMITIS (S.), « *Un débat international* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 149.

¹⁵⁵¹ JEAMMAUD (A.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 99.

Chapitre 2

ENGAGER LA RESPONSABILITE DE L'EMPLOYEUR

361 – Position du problème - S'il est utile d'interroger l'objet du travail, et en l'espèce, la question de la productivité attachée au travail salarié, l'employeur ne doit pas pour autant en oublier qu'il a aussi des obligations qui s'exercent à travers le prisme de la subordination. Celles-ci sont le corollaire de la pluralité des pouvoirs qu'il détient. En situation de chômage de masse, et même s'il prend un risque lors de la conclusion du contrat¹⁵⁵², il a le pouvoir d'embaucher. Effet du contrat conclu avec le salarié, il détermine ensuite les conditions du travail au sein d'un service organisé. Plus largement, il exerce un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction sur les salariés. Ces caractères cumulés témoignent de la subordination juridique, telle que définie par la jurisprudence¹⁵⁵³. Enfin, en se dépossédant de choses qui font l'objet de son travail, le travailleur y gagne *a minima* un intérêt patrimonial pour le salaire¹⁵⁵⁴ : c'est donc un pouvoir économique que détient l'employeur.

Comme autre conséquence des libertés qu'offrent ces pouvoirs, l'employeur¹⁵⁵⁵ doit être responsable. *A minima*, cette responsabilité trouve son origine dans les sources de droit ; mais elle peut aussi résulter d'un engagement volontaire. Dans les deux cas, et s'il vise la performance, l'employeur doit s'imposer une culture du devoir ; il est en effet trop souvent confondu la forme anonyme et capitalistique de l'entreprise libérale¹⁵⁵⁶ avec ce qu'elle est réellement, à savoir un « collectif d'actions »¹⁵⁵⁷. Les exigences en matière de compétitivité

¹⁵⁵² En présence d'asymétrie d'informations, la rationalité est limitée lors de la conclusion du contrat.

¹⁵⁵³ Soc., 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-13.187, publié au bulletin : « *Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail* ».

¹⁵⁵⁴ Le Pr. Alain SUPIOT indique que « *le professionnel qualifié cumule l'intérêt patrimonial pour le salaire avec un intérêt non patrimonial pour l'objet de son travail, lequel a partie liée avec son identité* » ; SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 105.

¹⁵⁵⁵ L'employeur dans une acception large, mandants (propriétaires) et mandataires sociaux. La possibilité pour les détenteurs du capital de révoquer *ad nutum* les « agents » que sont les mandataires sociaux, c'est-à-dire (littéralement) « sur un hochement de la tête », à tout moment, sans avoir à justifier des motifs de ce retrait, ni observer aucun préavis, nous amène à confondre les deux et à conclure à une unité des points d'intérêts. A ce propos, rappelons que FRIEDMAN soulignait en 1970 que « *la responsabilité des dirigeants est de servir les intérêts des actionnaires* » ; SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », La République des Idées de Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011, p. 69.

¹⁵⁵⁶ Où tout est affaire de coordination marchande.

¹⁵⁵⁷ SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), préc., p. 67.

hors-prix tout comme les évolutions sociétales, imposent de l'appréhender comme un environnement d'actions propice à la démocratie et à l'innovation collective : « *L'entreprise se forme comme un projet de société (...) Structuration des carrières et des relations sociales, développement de l'action syndicale, révolution des modes de vie avec les progrès technologiques* »¹⁵⁵⁸. L'employeur a donc le devoir de développer ce qui est au cœur de la création de valeur, la coopération et l'innovation.

Les ambitions portées par les grandes entreprises contemporaines n'ont d'autre alternative que de faciliter la convergence des intérêts individuels vers la performance collective. Le concept n'est pas nouveau et il fut, dans un passé récent, modélisé rationnellement par le dilemme du prisonnier¹⁵⁵⁹. La coopération doit donc être renforcée.

Les théories classiques de la croissance butant sur la loi des rendements décroissants, c'est l'innovation qui doit ensuite être renforcée. Turgot, pour la première fois, a montré que le rendement marginal de la production croît moins vite que la quantité des facteurs. Cela pose un vrai problème quand on a conscience de l'importance que notre monde occidental voue à la croissance : croissance macroéconomique tout d'abord, avec les attentes en terme de produit intérieur brut, de croissance redistributive et soutenable, mais aussi croissance microéconomique d'autre part, avec l'espoir de voir croître sans discontinuer le niveau d'emploi et surtout les taux de profit. M. Denis Clerc précise que « *pour la plupart des décideurs, des chefs d'entreprise, des syndicalistes, des demandeurs d'emploi et des salariés, la croissance économique apparaît comme un objectif désirable. Pour les uns, elle est synonyme de "grain à moudre", pour les autres, d'emplois supplémentaires, pour d'autres encore, elle est promesse d'améliorations diverses, qu'il s'agisse de logements sociaux, de réduction de la dette publique, de vacances bien méritées, etc.* »¹⁵⁶⁰. Si une part de la croissance dépend de l'accumulation des facteurs¹⁵⁶¹ mais bute sur une forme d'état stationnaire de l'économie¹⁵⁶², celle-ci dépend aussi de l'innovation. Il ressortait déjà des

¹⁵⁵⁸ *Idem*, p. 69.

¹⁵⁵⁹ Individuellement, les acteurs peuvent avoir intérêt à se trahir, mais collectivement, la coopération est une bien meilleure solution pour les deux. Le dilemme du prisonnier a été inventé en 1950 par deux mathématiciens, Melvin DRESCHER et Mervil FLOOD. Différentes déclinaisons de démonstration existent.

¹⁵⁶⁰ CLERC (D.), « *De la croissance à la décroissance ?* », L'Économie politique, mars 2008, n° 39, p. 92.

¹⁵⁶¹ Le concept a évolué : à l'époque de Turgot et de ses successeurs MALTHUS, RICARDO, etc., l'interrogation était de s'intéresser à la productivité aux fins de nourrir une population qui croissait de 8 à 30% selon les pays. Le facteur déterminant était la terre cultivable. Aujourd'hui, il s'agit essentiellement des facteurs travail et capital.

¹⁵⁶² « *Situation vers laquelle tendrait, selon les économistes classiques toute économie fonctionnant sur un territoire limité avec une population dont les effectifs augmentent* » ; Lexique d'Économie Dalloz, 14^{ème} édition. Ce concept a été à nouveau popularisé par le Club de Rome en 1972, qui, dans un rapport, a développé l'émergence du concept de développement durable.

théories de la croissance endogène¹⁵⁶³ soutenues par les conclusions de nombreux économistes contemporains¹⁵⁶⁴ que les déterminants de la croissance des Nations dépendent en grande partie des progrès technologiques : « *Il est essentiel d'accroître le taux d'innovation de l'économie pour parvenir à renforcer la croissance de la productivité* »¹⁵⁶⁵. Le pari de l'innovation est directement lié à la productivité du capital humain : « *Teinté d'incertitude, pour l'accepter, il faut une rémunération qui sort de l'ordinaire* »¹⁵⁶⁶ ; l'entrepreneur pourra alors pratiquer des prix supra-concurrentiels compensant une incertitude non couverte par quelque assurance. Notre conviction est que pour parvenir à mobiliser la matière grise de ses salariés, l'employeur doit veiller à ce que les bénéfices obtenus grâce à eux soient à la hauteur de ses propres espérances : il doit alors s'engager.

362 – Un engagement contingent - En tant qu'« *objet juridique à vocation économique* »¹⁵⁶⁷, le contrat doit entraîner l'engagement libre de l'employeur. Celui-ci peut être pluriel. Il est nécessairement la conséquence des rapports de pouvoir entre détenteurs du capital et dirigeants sociaux, donc de la gouvernance de l'entreprise, mais il dépend aussi de l'art de gouverner¹⁵⁶⁸ ladite entreprise. Envisagé comme un investissement, le potentiel de performance sur le moyen et long terme est considérable : le droit du travail doit pouvoir y contribuer¹⁵⁶⁹. Cet investissement dépend du degré de rationalité des dirigeants sociaux. Mais celui-ci dépend lui-même du type de relation institutionnelle les liant aux porteurs de titres que sont les associés et les actionnaires. On rappelle en effet que « *dans le cadre de la théorie de l'agence*¹⁵⁷⁰, les actionnaires dont les intérêts diffèrent de ceux des managers et qui disposent de moins d'informations sur la firme que ces derniers, sont considérés comme des mandants (principals) qui engagent des managers, formant des mandataires (agents), en vue

¹⁵⁶³ Les théories de la croissance endogène sont apparues en réponse au modèle de SOLOW de 1956, qui soulignait l'importance de l'innovation pour la croissance économique, mais n'en expliquait pas l'origine.

¹⁵⁶⁴ M. Jean TIROLE, prix Nobel 2014, indique que « *le pays prend une nouvelle orientation et fait progresser la frontière technologique. (...) L'enjeu est considérable. La valeur ajoutée se situe de plus en plus dans l'innovation. La richesse des nations dépend de plus en plus de leur capacité à capter la création de valeur* » ; TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, p. 565-566.

¹⁵⁶⁵ OCDE, « *Innovation et performance économique* », Études économiques de l'OCDE, oct. 2006, n° 10, p. 81.

¹⁵⁶⁶ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 101.

¹⁵⁶⁷ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 187.

¹⁵⁶⁸ Le triple pouvoir de l'employeur, les nécessités stratégiques, tout au moins tactiques de développer coopération et innovation, doivent le conduire à se lier indubitablement à ses salariés. Dans un esprit de convention, les préoccupations des divers cocontractants doivent converger. Si l'entreprise modifie sa rationalité traditionnelle, son mode de réalisation du profit, elle peut maintenir un écart acceptable entre les moyens mis en œuvre par l'actionnariat et la nécessité de justice à laquelle en appellent les salariés.

¹⁵⁶⁹ Pour l'économiste VILLEY, « *le droit réfléchit l'économie, l'économie reflète la règle de droit* » ; « *l'économie et le droit sont interpénétrés* » ; SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 45.

¹⁵⁷⁰ Les relations d'agence correspondent aux accords entre actionnaires et managers.

d'effectuer une activité de gestion pour leur compte »¹⁵⁷¹. Au final, comme conséquence de ces relations d'agence, mais aussi de la densité de l'actionnariat, le type d'engagement pourra être totalement rationnel (section 1) ou prendre en compte l'incertitude et évoluer culturellement dans un esprit de convention (section 2). Enfin, si la confiance est voulue et instituée, l'éthique viendra marquer de son sceau l'engagement patronal (section 3).

Section 1 : L'engagement efficient

363 – Hypothèse - Les intérêts réciproques des contractants doivent être pris en compte en les faisant devenir objet du contrat. Le salarié doit s'engager au profit de l'entreprise tout comme l'engagement de l'employeur peut permettre, réciproquement, d'obtenir celui du salarié. On formule ainsi l'hypothèse que l'investissement du salarié pourrait être un effet de celui de l'employeur ; on y voit une autre modalité de la coopération, celle qui régit les rapports entre les deux parties au contrat : *« Pour éviter la compétition destructrice, on connaît depuis longtemps une institution juridique qui consiste à désigner une personne qui aura priorité sur les autres : la propriété. Le propriétaire a le droit exclusif de décider de l'usage qui sera fait de la ressource et d'en récolter les fruits ou les pertes, s'il gère mal. La propriété a ainsi un effet pacificateur »*¹⁵⁷². L'hypothèse est que les actes posés par l'employeur entraînent une productivité accrue de ceux réalisés par le salarié.

Au risque de paraphraser Sénèque il y a deux millénaires, ce n'est pas parce que la performance est difficile à obtenir qu'il n'ose pas s'engager, c'est parce que l'employeur ne s'engage pas qu'elle peut être difficile à obtenir. L'employeur peut ainsi redéfinir les modalités d'exercice de son pouvoir, et notamment les pouvoirs de direction et de contrôle. Une telle hétérodoxie relève de l'ambition, mais là se trouve probablement un terreau qui permettra à la productivité du travail de se renforcer.

§1) La pertinence de l'engagement

364 – Position du problème - Le salarié est d'autant plus engagé qu'il est dans un contexte favorable. Les analyses libérales expliquent que ce sont les rigidités du marché du travail qui sont à la source de ses difficultés ; celles-ci conduisent à vouloir toujours plus le déréguler, le

¹⁵⁷¹ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, p. 25.

¹⁵⁷² MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 55.

flexibiliser pour mieux le stimuler. Cette situation accroît les conséquences négatives d'une compétition destructrice entre salariés et entre les parties au contrat.

Le Pr. Ejan Mackaay propose de partir d'un postulat simple : « *Imaginez la situation suivante. Vous avez la charge de deux enfants, vous les invitez à colorier. Vous n'avez qu'un seul cahier à leur proposer. Vite, ils l'attrapent tous les deux et commencent à tirer. Si chaque enfant persiste, le livre sera déchiré et aucun des deux ne pourra colorier. Si l'un des deux cède, l'autre peut colorier. Le premier sera frustré, mais le livre intact. Si les deux sont prêts à céder, ils peuvent se mettre d'accord pour alterner* »¹⁵⁷³. Ainsi, la pertinence de l'engagement de l'employeur s'avère déterminante pour la performance. Le partage de la valeur ajoutée peut être comparé au cahier qu'une bonne coordination doit permettre de répartir équitablement. Celle-ci permet d'éviter toute forme de compétition destructrice. Ce ne sont pas la peur ou la contrainte qui doivent entraîner la (piètre) productivité, mais le confort de relations coordonnées. A long terme, le comportement des parties au contrat pourra évoluer, en passant de l'aversion à l'adhésion. Cette évolution n'est pas la conséquence de la force de persuasion de l'employeur, de son autoritarisme ou de sa subordination économique, mais des actes fondateurs qu'il créera préalablement. En d'autres termes, la productivité du travail est la réponse à des actes que pose l'employeur.

Lorsque *Danone* s'engage au niveau mondial¹⁵⁷⁴ (100 000 salariés) sur la santé au travail, qu'en attend-il ? : « *Un respect des droits et devoirs réciproques* » ; si l'accord liste ses engagements en matière de santé, de sécurité, de conditions de travail, de prévention du stress avec mise en place d'indicateurs, il liste aussi les devoirs des salariés. Ceux-ci bénéficient d'un droit de retrait en cas de risque, mais ont aussi « *le devoir de contribuer à la recherche d'une solution* ». Ils sont également tenus de respecter les instructions et procédures de sécurité et de santé. Ils doivent participer aux formations organisées dans ce domaine. Ils sont enfin « *tenus à une coopération avec leur hiérarchie* ».

La démarche de l'employeur ne peut qu'être légitimement associée à l'esprit entrepreneurial dont il attend une augmentation du niveau d'innovation¹⁵⁷⁵ de la part des parties prenantes. Mais ces actes d'engagement peuvent tout autant trouver leur origine dans une application conforme à l'esprit animant les textes normatifs : « *Dans les années 1980-1990, les thèses libérales incitèrent à croire qu'en se développant, le droit du travail allait tuer le travail.*

¹⁵⁷³ *Idem*, pp. 53-54.

¹⁵⁷⁴ Liaisons sociales, Bref social, n° 15.949, 5 oct. 2011.

¹⁵⁷⁵ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 47.

L'exigence de stabilité d'emploi, de même que l'accroissement des cotisations sociales auraient été des armes à double tranchant : il était courant d'affirmer que, par la contrainte qu'elles engendraient sur les entreprises, la protection de l'emploi et la protection sociale desserviraient désormais l'emploi »¹⁵⁷⁶. Adopter une démarche d'engagement par une application ambitieuse des textes normatifs relève d'un état d'esprit qui instaure la confiance trop souvent absente dans les relations d'agence entre employeurs et salariés. L'autorité a ses limites (la compétition destructrice), tout comme la persuasion, même si cette dernière semble plus éthique en ce qu'elle fait appel au dialogue social.

365 – L'engagement comme alternative au rapport de force - C'est ce dont témoignent MM. Jean-Léon Beauvois et Robert-Vincent Joule¹⁵⁷⁷ lorsqu'ils présentent les stratégies d'engagement. Cette théorie prédit des effets d'influence sur le comportement d'autrui obtenus par des comportements préalables et non par un recours à la force ou à la persuasion. Le courant de l'économie behavioriste, et plus largement celui de l'économie comportementale nous invitent également à y accorder crédit. Mais c'est aussi ce qu'affirment deux économistes, MM. Georges Akerlof et Robert Shiller¹⁵⁷⁸, lorsqu'ils témoignent que la prise en compte des ressorts des motivations psychologiques des agents est déterminante. Keynes en son temps identifiait les « *esprits animaux* » et, entre autres, la confiance, comme principaux ressorts expliquant le comportement des agents économiques. En tout cas, l'hypothèse que nous portons s'appuie scientifiquement sur « *l'effet de gel* » qu'a démontré au XX^e siècle le psychologue américain Kurt Lewin : « L'effet de gel » produit, d'après son expérimentation dix fois plus de résultats que la persuasion. Selon lui, le lien entre motivation et comportement n'est pas direct. C'est l'acte même de décision qui l'est. La décision de se comporter de telle ou telle manière étant prise, va en quelque sorte geler l'univers des actes possibles et conduire le décideur à rester sur sa position. C'est ce que traduit la notion de gel.

De cette théorie, on pourrait tirer plusieurs conclusions. L'employeur pourrait tout d'abord amener les salariés à augmenter leur productivité en les invitant à exprimer des engagements, qui les lieraient. Inversement, le comité social et économique (CSE), le conseil d'entreprise ou les délégués syndicaux, dans le cadre de la négociation collective notamment, pourraient conduire l'employeur à s'engager. La situation est identique dans les entreprises de moins de onze salariés, dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise : l'employeur peut alors proposer, de sa propre initiative, un projet d'accord (ambitieux) aux salariés. L'ensemble

¹⁵⁷⁶ PETIT (F.), *Droit de l'emploi*, Montchrestien, collection AES, 2005, p. 18.

¹⁵⁷⁷ BEAUVOIS (J.L.), JOULE (R.V.), *La soumission librement consentie*, Paris, PUF, 1998.

¹⁵⁷⁸ Georges AKERLOF obtient le prix Nobel d'économie en 2001, Robert SHILLER, en 2013.

des acteurs, supposés de bonne foi, seraient liés par « l'effet de gel » avant même d'envisager les effets de droit qu'engendre la signature de conventions d'entreprise. Il convient de s'intéresser aux ressorts de l'engagement librement consenti par l'employeur.

366 – Caractéristiques de l'engagement - Il appert des conclusions de MM. Jean-Léon Beauvois et Robert-Vincent Joulé que la dimension de l'acte d'engagement se révèle déterminante. Un employeur sera d'autant plus engagé que l'acte sera visible et conséquent. Cette démarche peut s'analyser comme un investissement immatériel qui sert de socle à la création de valeur dans son ensemble.

Dans le contexte de développement de la négociation collective, on peut ainsi imaginer que des accords autres que « donnant-donnant » soient mis en place. Si la position concurrentielle de la firme et le climat des affaires la concernant sont bons, il est loisible d'imaginer que des accords renforçant les droits acquis des salariés soient mis en œuvre à l'initiative de l'employeur. Il ressort des dispositions des articles L. 2242-1 et s. C. trav. que des négociations diverses peuvent être engagées : négociations sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ; négociations sur le droit à la déconnexion, l'égalité professionnelle et la qualité du travail, sur la gestion des emplois et des parcours professionnels notamment. Ces sujets de dialogue social sont déterminants dans la capacité des salariés à se mobiliser. Chez Google, les mères de famille ont droit à un congé maternité de dix-huit semaines au lieu des six prévues par la réglementation. Un aménagement du travail est ensuite mis en place pour concilier la vie de mère de famille et celle de salariée. Une prime « *baby-bonding-bucks* » est versée pour couvrir les dépenses liées à l'arrivée du nouvel enfant. Ces avantages peuvent indirectement toucher les conjoints des salariés ; ainsi, la veuve ou le veuf percevra pendant dix années la moitié de la rémunération du défunt. La valorisation de l'intérêt de l'entreprise est ainsi portée par l'ambition de ces actes d'engagement.

367 – Remarque conclusive – Assurément, l'engagement ostensible de l'employeur à l'égard de ses salariés peut améliorer leur productivité. Faisant suite à ce calcul économique, on notera qu'il peut aussi, paradoxalement, diminuer ses coûts : coûts de transactions et coûts liés aux protections contractuelles. En cela, l'engagement affiché par l'employeur se révèle être un investissement puisque concomitamment à l'amélioration de la compétitivité-coût, la valeur créée par les parties au contrat s'en trouve appréciée. Cet investissement en devient Pareto-efficient.

Pour faire face aux défis en matière de performance, les entreprises doivent donc déployer des stratégies singulières visant à améliorer les conditions d'emploi des salariés en poste, tout en cherchant à séduire les candidats à l'emploi en développant, notamment, « *une politique volontariste d'engagement* »¹⁵⁷⁹. L'engagement se perçoit alors comme un signe fait au marché du travail pour attirer vers la firme les salariés (potentiellement) les plus performants.

§2) La rémunération efficiente

368 – Position du problème - L'engagement de l'employeur peut être lié à la politique conduite en matière de rémunération. Il ressort de la théorie du salaire d'efficience que fixer le salaire à un niveau attractif suscite des comportements plus productifs et attire des talents qui, dans le même temps, n'iront pas à la concurrence.

Ce choix de gestion vient bousculer la rationalité économique traditionnelle qui invite, dans son approche néo-classique, à aligner la rémunération sur la productivité marginale constatée : « *La théorie de la répartition néoclassique, avec des unités homogènes pour chaque unité de facteur, indique que l'optimum est réalisé lorsque les facteurs sont rémunérés à leur productivité marginale. Avec la loi des rendements décroissants, l'emploi de travailleurs supplémentaires suppose donc une baisse des salaires* »¹⁵⁸⁰.

369 – Modalités – Lorsque l'employeur prend l'initiative de négocier des clauses de rendement, il permet d'adosser la rémunération effective sur la productivité réelle du salarié. On voit dans cette incitation juridique, la validation de l'hypothèse néo-classique. Ces clauses contractuelles butent cependant sur le risque de *compétition destructrice*¹⁵⁸¹. A défaut d'accords de résultats, qui dans le même temps promeuvent des interactions coordonnées voire coopératives entre les salariés, il est possible d'imaginer allouer individuellement aux salariés une rémunération supérieure au prix du marché.

Cette idée n'est pas incompatible avec l'exigence de compétitivité-prix ; elle l'est encore moins avec celle de compétitivité structurelle. Elle peut être envisagée dans le temps et être liée à l'expérience et aux résultats obtenus par le salarié (ou un groupe de salariés). Dans le cadre d'activités nouvelles par exemple, nombreuses sont les entreprises qui augmentent les

¹⁵⁷⁹ BENAYOUN (A.), *L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?*, Auteurs Du Monde, janv. 2014, p. 71.

¹⁵⁸⁰ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

¹⁵⁸¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 53.

rémunérations dès qu'elles ont installé leur *business plan* et qu'elles ont de la visibilité sur la demande future.

370 – Limite juridique : l'égalité comme norme générale - L'employeur devra rester vigilant au respect de la norme en la matière. Il est tenu d'éviter notamment toute discrimination de salaire fondée sur le sexe en assurant, pour un même travail ou un travail de valeur identique, l'égalité de rémunération entre femmes et hommes¹⁵⁸². Il devra aussi éviter toute clause de convention d'entreprise ou d'un contrat de travail réservant le bénéfice d'une mesure quelconque, à certains salariés, en considération du sexe¹⁵⁸³. *Lato sensu*, son pouvoir d'individualisation devra promouvoir l'égalité professionnelle femme-homme.

Ce principe concerne le salarié en général, quel que soit son sexe. Le principe « à travail égal, salaire égal » a été énoncé pour la première fois dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à l'article 23 : « *Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal* ». Antérieurement, le principe avait été évoqué dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de son origine, de ses opinions ou de ses croyances* » (al. 3 et 5).

On le retrouve à l'article L. 2271-1 C. trav. à l'alinéa 8 qui dispose que la Commission nationale de la négociation collective est chargée de « *suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe "à travail égal salaire égal", du principe de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et du principe d'égalité de traitement entre les salariés sans considération d'appartenance ou de non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, ainsi que des mesures prises en faveur du droit au travail des personnes handicapées, de constater les inégalités éventuellement persistantes et d'en analyser les causes* ». La Cour de cassation a conféré au principe une valeur impérative dans l'arrêt fondateur *Delzongle* du 29 octobre 1996 : « *L'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique* »¹⁵⁸⁴.

L'appréciation de l'égalité suppose d'interroger la notion de « valeur égale ». Cette valeur est en effet empreinte de subjectivité. On peut y voir « *ce que vaut en argent une chose ; le montant de la somme d'argent qu'elle représente, sa valeur pécuniaire* »¹⁵⁸⁵. Depuis la

¹⁵⁸² C. trav., art. L. 1142-1 al. 3.

¹⁵⁸³ C. trav., art. L. 1142-3.

¹⁵⁸⁴ Soc., 29 oct. 1996, pourvoi n° 92-43.680, publié au bulletin.

¹⁵⁸⁵ CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

disparition du contrat de louage, il est difficile de comparer le travail salarié à une chose. Il est alors possible de voir dans la valeur du travail produit un « *avantage appréciable en argent attaché à une prestation* »¹⁵⁸⁶.

L'évaluation est complexe puisqu'elle touche à la fois à la « valeur » du travail salarié et à l'appréciation de l'égalité même des salariés : des éléments objectifs et vérifiables doivent pouvoir les différencier pour permettre à l'employeur, en cas de contestation, d'éluder toute accusation de rupture d'égalité de rémunération : « *Une discrimination salariale est caractérisée en l'absence de preuve rapportée par l'employeur que l'inégalité de traitement dont un salarié a été la victime repose sur un critère objectif tenant notamment à la différence du travail fourni* »¹⁵⁸⁷. Le juge devra, en toutes circonstances, rechercher si des éléments objectifs justifient la différence de traitement : « *Une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération. Encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui justifie les différences de rémunération existant entre des salariés exerçant les mêmes fonctions de formateurs par le seul fait que certains sont sous contrat à durée indéterminée tandis que les autres sont des salariés "occasionnels", sans rechercher concrètement si ces différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables* »¹⁵⁸⁸.

371 – Marge de manœuvre – Le passage d'un capitalisme d'industrie à un capitalisme immatériel peut faciliter la mise en œuvre d'une individualisation des rémunérations par l'employeur. L'appréciation de la « valeur » y est plus subjective. Il a ensuite été précisé que le fait que des salariés appartiennent à la même catégorie professionnelle ne suffit pas à admettre qu'ils se trouvent dans une situation identique : la valeur du travail doit être prise en compte¹⁵⁸⁹. Ensuite, si les salariés effectuent un travail identique, il a été jugé que des écarts de salaires peuvent être justifiés par une différence de diplômes, si ces diplômes sont utiles à l'exercice des fonctions occupées : « *Justifie légalement sa décision, au regard du principe "à travail égal, salaire égal", la cour d'appel qui, pour débouter quatre salariés de leur demande de rappel de salaire, relève qu'ils ne disposaient pas, contrairement à leurs autres collègues,*

¹⁵⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁸⁷ Soc., 26 nov. 2002, pourvoi n° 00-41.633, publié au bulletin.

¹⁵⁸⁸ Soc., 15 mai 2007, pourvois n° 05-42.894 et 05-42.895, publié au bulletin.

¹⁵⁸⁹ Soc., 4 juin 2014, pourvoi n° 12-23.759.

du diplôme requis par la convention collective pour l'exercice des fonctions occupées, ce qui constituait un élément objectif et pertinent justifiant la différence de rémunération »¹⁵⁹⁰.

La division juridique de l'entreprise, en tant que prérogative de l'employeur, peut aussi servir sa volonté de personnalisation des rémunérations. Si par principe l'égalité de traitement doit être assurée au sein de l'ensemble des établissements d'une entreprise, l'existence d'accords d'établissements peut permettre à l'employeur d'en tempérer l'application. Il ressort de l'arrêt *Danone* du 3 novembre 2016 que « *les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* »¹⁵⁹¹. On voit alors un intérêt supplémentaire à la négociation d'accords de résultats. Par extension, il est loisible d'imaginer que le juge puisse, à l'avenir, en admettre le principe pour les unités économiques et sociales (UES).

372 – Remarque conclusive - Grâce au couple valeur-objectivité l'employeur dispose désormais des moyens de promouvoir le principe d'une rémunération efficiente. Il devra rester vigilant sur la portée de l'application de l'article L. 1353 C. civ. (*nouv.*) selon lequel « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

De jurisprudence constante¹⁵⁹², s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe d'égalité de rémunération de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une rupture d'égalité, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant toute différence : « *Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant constaté que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments objectifs pertinents, accueille l'action d'un salarié fondée sur le manquement de son employeur à ce principe* »¹⁵⁹³.

¹⁵⁹⁰ Soc., 10 nov. 2009, pourvoi n° 07-45.528, publié au bulletin.

¹⁵⁹¹ Soc., 3 nov. 2016, pourvoi n° 15-18.444, publié au bulletin.

¹⁵⁹² Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-45.592 ; Soc., 13 fév. 2007, pourvoi n° 04-48.218 ; Soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 04-43.503 ; etc.

¹⁵⁹³ Soc., 25 mai 2005, pourvoi n° 04-40.169, publié au bulletin.

§3) La lutte contre l'incomplétude du contrat

373 – Éluder l'opportunisme au cœur du contrat - La politique d'engagement de l'employeur, en termes d'allocation de droits aux salariés et de rémunération lui fait économiser un certain nombre de coûts de transaction, sans compter que l'investissement réalisé peut être rapidement compensé¹⁵⁹⁴. Il apparaît alors indispensable de valoriser ces incitations à la productivité : « *Ces ressources doivent lui permettre de se différencier de ses concurrents et de les surpasser afin d'attirer les hauts potentiels* »¹⁵⁹⁵.

L'employeur peut pérenniser la situation *dans* l'emploi en concluant des contrats à durée indéterminés (CDI) au lieu de contrats courts ; cela lui permet d'éluder une grosse partie des coûts de transactions¹⁵⁹⁶ ; en effet, s'engager dans une suite continue de contrats précaires entraîne des coûts de recherche de nouveaux salariés, des coûts de recherche d'information les concernant, des coûts de renégociation, des coûts subséquents de formation aux gestes et à la culture de l'entreprise. Ces charges sont accrues par la complexité et l'incertitude qui prévalent dans l'environnement. Ainsi, « *du fait de cette rationalité limitée, la spécification complète de contrats contingents devient impossible ou très coûteuse, ce qui rend difficile la coordination de la production par le marché* »¹⁵⁹⁷.

Il convient donc de les éluder en concluant avec les salariés des contrats permettant une coopération durable, placés sous le signe de la confiance : « *Les attentes des salariés ne reposent plus sur le seul élément de rémunération* »¹⁵⁹⁸. Doivent être prises en compte les attentes en terme d'équilibre de vie personnelle et professionnelle, *lato sensu* de liberté dans le travail, ou encore de « droit au bonheur » et de reconnaissance de l'identité professionnelle notamment : le salarié doit pouvoir « *mieux exprimer son talent et ses capacités ; c'est-à-dire notamment la possibilité de mieux maîtriser la définition et l'aménagement de son temps de travail, de s'adapter aux transformations de son emploi ou de se former en vue d'accéder à un emploi plus qualifié* »¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁴ Les techniques économiques de gestion utilisent un indicateur simple de rentabilité en avenir certain, avec le calcul du délai de récupération du capital investi (DRCI).

¹⁵⁹⁵ BENAYOUNN (A.), *L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?*, Auteurs Du Monde, janv. 2014, p. 70.

¹⁵⁹⁶ COASE voyait dans les coûts de renégociation et de recherche d'information l'essentiel des coûts de transaction.

¹⁵⁹⁷ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, p. 64.

¹⁵⁹⁸ BENAYOUN (A.), préc., p. 70.

¹⁵⁹⁹ SUPLOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993.

374 – Temporalité de l’opportunisme - L’existence de contrats de travail « incomplets » peut générer des comportements opportunistes ; ceux-ci apparaissent plus facilement en l’absence de clauses contractuelles ou conventionnelles. Ils entraînent une forme de prévalence des intérêts personnels sur l’intérêt social.

Ces comportements peuvent naître dès la formation du contrat de travail, en raison de l’asymétrie d’informations qui affecte la négociation. Le salarié qui désire conclure avec un employeur connaît mieux que lui sa capacité exacte de travail. Il sait mieux apprécier que lui la qualité qu’il peut apporter à l’objet de sa future obligation. Sauf à engager des coûts importants de recherche d’information, l’employeur prend donc un risque au regard de la productivité attendue. S’il fixe un salaire au prix du marché ou s’il n’affiche que peu d’avantages liés à l’emploi, il prend le risque de n’attirer que les salariés dont la productivité est inférieure ou égale au niveau affiché. C’est ce que M. Georges Akerlof appelle la « sélection adverse » et qu’il a mis en évidence dans le cadre du marché des véhicules d’occasion. La sélection adverse ou antisélection, est un phénomène lié à l’asymétrie d’information dans le rapport offre-demande conduisant à des effets pervers¹⁶⁰⁰. L’asymétrie d’information fait qu’il est impossible que s’établisse un prix auquel les salariés productifs auraient intérêt à conclure une transaction. Les salariés performants vont progressivement se retirer du marché, augmentant ainsi la proportion de salariés peu productifs, jusqu’à ce qu’il ne reste que des demandeurs d’emploi de piètre qualité. Sur le marché du travail, le niveau de rémunération et d’avantages à obtenir, le diplôme ou l’expérience accumulée permettent à l’employeur de limiter le risque. Selon le contexte, l’entreprise a donc probablement intérêt à afficher un niveau élevé d’avantages ou d’exigences pour limiter les comportements opportunistes lors de la conclusion du contrat ; et ce, d’autant plus que les individus dotés de compétences et de talents sont manifestement des acteurs-clés du processus d’innovation¹⁶⁰¹.

Les comportements opportunistes peuvent aussi apparaître lors de l’exécution du contrat de travail. Ils sont de deux natures et directement liés à son incomplétude. Il est raisonnable d’imaginer que l’autonomie nécessaire à la réalisation d’un travail de qualité soit propice à *l’aléa moral* : « *D’une façon générale on parle d’aléa moral lorsque les agents profitent de ce que le contrôle de leurs comportements est onéreux, pour ne pas respecter leurs*

¹⁶⁰⁰ Lexique d’Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

¹⁶⁰¹ OCDE, « *Innovation et performance économique* », Études économiques de l’OCDE, oct. 2006, n° 10, *infra* 32. Il est précisé dans cet article que « *le taux de rendement marginal net d’une maîtrise de sciences est nettement plus faible que dans les disciplines non scientifiques. (...) En revanche, ce sont les maîtrises de commerce et de gestion qui procurent le taux de rendement le plus élevé au Canada : de fait, le marché du travail apprécie davantage ces qualifications et est disposé à les payer plus cher. Une série d’études ont mis en lumière l’importance des capacités stratégiques et de gestion dans le processus d’innovation* ».

engagements contractuels. C'est le cas des contrats de travail non respectés par les salariés qui tirent au flanc, ou par l'employeur qui exploite les travailleurs de sa firme »¹⁶⁰². L'employeur a donc le devoir de les limiter. La mise en place d'une substitution facilitée de la force de travail peut être une solution : « *Les facilités à licencier s'avèreront déterminantes. (...); de trop grandes difficultés à licencier peuvent amener à la déresponsabilisation* »¹⁶⁰³. Cependant, cette solution manque d'éthique. On n'y voit pas où se situe la performance du contrat de travail, sans compter qu'elle ne correspond pas à la téléologie de notre droit judéo-chrétien¹⁶⁰⁴. Le droit fait partie de la morale ; dans son exercice, l'employeur se doit de confondre les règles externes issues du droit objectif avec celles, internes, issues de sa conscience subjective.

375 – Remarque conclusive – On conclut que l'opportunisme peut être éludé par la mise en oeuvre d'un engagement efficient, en ce qu'il pose des actes (juridiques notamment) propices au développement de la productivité du travail. On préfère à la flexibilité quantitative de l'emploi la promotion d'une flexibilité du contrat, en ce qu'il est un dispositif substitutif incitant les contractants à se conformer à l'intérêt de l'entreprise dans son ensemble. Des procédures de renégociation du contrat de travail peuvent être régulièrement discutées dans le cadre d'un dialogue social conduit de bonne foi.

Section 2 - L'engagement conventionnel

376 – Position du problème - Le contrat de travail s'exécute en univers incertain. La rationalité n'est pas absolue et même l'existence d'un « engagement efficient » ne garantit pas totalement la satisfaction pleine et entière des parties au contrat. L'hétérogénéité des intérêts peut demeurer. Aussi, afin de réduire plus encore les risques associés au contrat de travail, il est nécessaire de renforcer, plus encore, l'engagement des parties au profit de l'économie du contrat. Cette affirmation répond à l'incantation portée par la simplicité d'une analyse libérale selon laquelle l'échange entre les individus peut se passer de médiation : « *Il est remarquable que la conception du contrat autorégulateur contient une vision extrêmement pauvre de l'individu* »¹⁶⁰⁵. Le contrat de travail ne porte plus sur la livraison du produit du travail à autrui, mais sur la mise à disposition d'une force (potentiellement entreprenante) de travail : si

¹⁶⁰² KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, p. 66.

¹⁶⁰³ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 164.

¹⁶⁰⁴ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 77.

¹⁶⁰⁵ REYNAUD (B.), « *Le contrat de travail dans le paradigme standard* », *Revue française d'économie*, vol. 3, n° 4, 1988, p. 158.

le produit du travail est contingent puisqu'il dépend des aléas économiques de la production, « *il dépend des comportements stratégiques adoptés lors de la mise en oeuvre de la force de travail* »¹⁶⁰⁶. C'est la qualité de la mise en oeuvre de la force de travail qu'il convient d'améliorer.

La doctrine des courants économiques hétérodoxes donne plus « d'épaisseur sociale » aux phénomènes analysés par les néoclassiques. Le Pr. Robert Salais soutient ainsi que le « *commun accord ne procède pas d'une écriture préalable où chaque détail serait explicité et reflèterait, de part et d'autre, une rationalité et intentionnalité identique et consciente d'elle-même. Une convention est un système d'attentes réciproques sur les compétences et les comportements, conçus comme allant de soi et pour aller de soi. Les comportements attendus n'ont pas besoin d'être conçus à l'avance, écrits, puis ordonnés pour être obtenus. Là gît la différence de la convention avec le contrat* »¹⁶⁰⁷. Pour l'économiste, le contrat de travail peut devenir une « convention de travail », ce qu'il est déjà pour le juriste qui y voit le nom donné, au sein des actes juridiques, à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque. La convention « *désigne l'acte juridique dans son ensemble, par opposition aux clauses et stipulations qui le composent* »¹⁶⁰⁸. Le point commun entre les deux conceptions porte sur les effets : la convention engage réciproquement.

377 – Hypothèse : la convention d'effort – C'est l'évolution vers la coordination que permet l'instauration d'une « convention d'effort » qui doit être encouragée par l'employeur. C'est ce que soutient la *théorie de l'X-inefficience* de Leibenstein, qui permet de lutter contre l'incomplétude de la relation de travail.

Les principaux résultats de ses travaux montrent que le contrat est incomplet car l'effort du salarié relève de son aliénation libre. Sa motivation n'est pas prise en compte par la théorie économique classique. Dans la mesure où, dans le capitalisme immatériel notamment, l'entreprise ne peut pas contrôler le niveau d'effort que les salariés fournissent, l'écart entre les attendus de l'employeur et la réalité de l'engagement constitue une X-inefficience. Comme les entreprises produisent en deçà de leurs possibilités, il convient pour l'auteur de promouvoir une « norme moyenne du groupe » pour renforcer la coordination : « *On peut penser à une convention d'effort déterminée par la norme moyenne du groupe. Les entrants*

¹⁶⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁰⁷ SALAIS (R.), « *L'analyse économique des conventions de travail* », Revue économique, vol. 40, n° 2, 1989, p. 213.

¹⁶⁰⁸ CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017.

dans la firme observent le niveau d'effort moyen et ajustent leur effort approximativement à la moyenne observée. La distinction essentielle entre la convention et la règle repose sur le désir de coordination. Si les individus peuvent ne pas respecter la règle, ils adhèrent toujours à la convention. Ainsi, la convention d'effort d'équilibre émerge d'un processus progressif d'ajustement des individus aux composantes observées de l'effort »¹⁶⁰⁹. Les salariés s'adaptent alors à une norme qui s'établit d'elle-même.

Le désir de coordination porté par la convention doit être dicté par le comportement de l'employeur. Il ne pourra être renforcé que par l'instauration d'une politique sociale qui dépassera largement les conclusions portées par le principe de rationalité pure. Dans son approche juridique, elle doit couvrir plusieurs champs.

§1) La sécurité contractuelle

378 – Les clauses contractuelles au soutien de la pérennité du contrat - Les clauses de rendement, dans leur essence même, imposent d'atteindre des objectifs en mettant tout en œuvre pour y parvenir. A ce titre, elles constituent un renforcement de la protection de la pérennité contractuelle¹⁶¹⁰. Lorsqu'elles sont envisagées collectivement, au travers d'accords d'entreprise, elles promeuvent l'émergence d'une « norme moyenne » qui contribue à installer une « convention d'effort ». Ainsi, les dispositifs juridiques d'incitation ne peuvent que renforcer l'efficacité de la relation de travail. Mis en œuvre de façon loyale, ils renforcent, dans leur exécution, la confiance mutuelle.

Ces clauses préservent la liberté du travail. Cette liberté n'a pas à être suspecte car elle est un élément moteur de la productivité des salariés : « *Le travail qui implique des activités diversifiées, autonomie, initiative voire créativité, devrait se généraliser* »¹⁶¹¹. Elles assurent ensuite une équité de la relation contractuelle : le principe de proportionnalité, au cœur de la répartition des gains, lui permet de se matérialiser.

379 – La pérennité du contrat comme volonté de l'employeur – La loyauté dans la mise en œuvre du contrat et de ses clauses engage aussi et surtout l'employeur. On y voit la

¹⁶⁰⁹ REYNAUD (B.), préc., p. 186.

¹⁶¹⁰ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, Lyon III, 2011, p. 385.

¹⁶¹¹ MORIN (E.), *La Voie*, Fayard, 2001, p. 254.

contrepartie inévitable de libertés qui lui sont largement reconnues¹⁶¹² et qui ne cessent de s'amplifier avec la promulgation des dernières lois sociales¹⁶¹³.

L'entreprise doit tout d'abord fournir le travail prévu. L'arrêt du 4 février 2015 en est l'illustration : « *La conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fourniture du travail. Dès lors, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement d'un salarié, employé dans le cadre d'un portage salarial, le fait qu'il soit resté sans travail à l'issue de sa dernière mission, sans en avoir trouvé de nouvelles* »¹⁶¹⁴. L'employeur qui refuse de fournir du travail au salarié commet un manquement contractuel qui justifie la rupture du contrat de travail à ses torts. Dans cette affaire, un salarié qui exerçait les fonctions de rédacteur en chef d'un journal avait été remplacé, sans qu'une nouvelle affectation lui soit proposée, alors que « *le contrat de portage comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié* ». L'intéressé s'était donc trouvé, pendant une période de plus d'un mois, sans activité. Affecté par cette situation, il avait pris acte de la rupture de son contrat de travail. La chambre sociale a fait droit à sa demande. C'était déjà la position adoptée par la Cour de cassation en 2010 qui précisait alors que « *doit dès lors être censurée la cour d'appel qui juge que la prise d'acte de la rupture du salarié produisait les effets d'une démission, alors qu'il résultait de ses constatations que l'intéressé avait été remplacé dans ses fonctions de rédacteur en chef et qu'aucune autre affectation ne lui avait été proposée* »¹⁶¹⁵.

Ensuite, sur le fondement de l'article L. 1222-1 C. trav., « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » ; cette disposition est le relais de l'obligation prévue à l'article L. 1104 C. civ. (*nouv.*) dispose ainsi que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». Cette bonne foi peut passer par la mise à disposition de tous les moyens nécessaires à l'exécution du travail par le salarié. Elle est finalement consolidée par l'existence de clauses contractuelles qui entraînent un renforcement de l'obligation de collaboration de l'employeur. Le lien contractuel en devient, plus encore, sécurisé.

Plus généralement, faisant appel à la loyauté, le principe de bonne foi participe de la construction de relations de travail durables, notamment dans les entreprises qui font de l'engagement conventionnel un axe fort de leur pilotage. Cet engagement promeut la coopération dans le cadre d'une subordination juridique qui change de nature. Cette bonne foi

¹⁶¹² SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept. oct. 1993, p. 723.

¹⁶¹³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, ordonnances n° 2017-1385 à 1389 du 22 septembre 2017 notamment.

¹⁶¹⁴ Soc., 4 fév. 2015, pourvoi n° 13-25.627, publié au bulletin.

¹⁶¹⁵ Soc., 3 nov. 2010, pourvoi n° 09-65.254.

est enfin bénéfique pour l'économie du contrat, car elle reflète « *la traduction juridique du principe selon lequel exécuter de bonne foi, c'est exécuter utilement* »¹⁶¹⁶. In fine, dans la mesure où il s'agit d'appréhender efficacement le contrat afin de le rendre utile dans le contexte concurrentiel, la performance de l'entreprise s'en trouvera consolidée.

§2) La sécurité physique et mentale

380 – Position du problème - Le pouvoir patronal trouve aussi sa source dans l'exercice d'une subordination, souvent matérialisée par le contrat : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »¹⁶¹⁷. Fort de ce fondement légal, et en compensation du fait qu'il assume le risque d'entreprise, l'employeur peut prendre toute décision de gestion encadrant ou contrôlant l'action des salariés, et ce, dans l'intérêt de l'entreprise. Disposant enfin d'un pouvoir normatif¹⁶¹⁸ il peut, de plus, établir unilatéralement des règles « générales et permanentes ». Ces règles ont cependant été limitées par la réforme du 4 août 1982¹⁶¹⁹ : la loi limite désormais ce pouvoir unilatéral aux domaines de la discipline, de l'hygiène et la sécurité.

En dehors de ce champ, l'employeur doit négocier ce qu'il entend décider. Selon l'étendue qu'il souhaite donner à ce pouvoir, cette négociation s'opérera dans le cadre individuel ou dans le cadre collectif. Dans tous les cas, et selon la formulation du Pr. Franck Petit, l'exercice de ce pouvoir entraîne un « *engagement physique du travailleur voulu et dirigé par l'employeur* »¹⁶²⁰. Cet engagement est à la source de risques qu'il convient de prévenir.

381 – Faute inexcusable de l'employeur - La prévention concerne tous les secteurs d'activités privés ou publics¹⁶²¹ tout en nécessitant des engagements nouveaux pour

¹⁶¹⁶ PICOD (Y.), « *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat* », dans *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, n° 10, p. 65.

¹⁶¹⁷ C. civ. art. L. 1103, modifié par ordonnance n° 2016-1131 du 10 fév. 2016 – art .2.

¹⁶¹⁸ La principale manifestation de ce pouvoir réglementaire se trouve dans le règlement intérieur.

¹⁶¹⁹ PETIT (F.), *Droit du travail : les relations individuelles*, Gualino, 1ere édition, 2017, p. 96, « *Autrefois, ce règlement contenait de nombreuses dispositions relatives aux conditions de travail. Il était contraignant et le pouvoir réglementaire que l'employeur mettait en œuvre était considéré comme une « anomalie juridique », selon l'expression de Gérard Lyon-Caen.* »

¹⁶²⁰ *Idem*, p. 86.

¹⁶²¹ La Directive communautaire du Conseil n° 89/391 du 12 juin 1989, arrête dans ses articles 1 et 2 que « *Art. premier, 1- La présente directive a pour objet la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. 2 - À cette fin, elle comporte des principes généraux concernant la prévention des risques professionnels et la protection de la sécurité et de la santé, l'élimination des facteurs de risque et d'accident, l'information, la consultation, la participation équilibrée conformément aux législations et/ou pratiques nationales, la formation des travailleurs et de leurs représentants, ainsi que des lignes générales pour la mise en oeuvre desdits principes. 3 - La présente directive ne porte pas atteinte aux*

l'employeur. Il est ainsi admis que la faute inexcusable de l'employeur peut être invoquée si un accident du travail est dû à un stress subi résultant d'une politique de surcharge de la part de l'employeur. Il ressort d'arrêts désormais constants, que la dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits ou à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est opposable à l'employeur. Par un arrêt du 23 mai 2012, la Cour d'appel de Versailles a ainsi reconnu le préjudice subi par une salariée suite à des conditions de travail qui « *se sont largement dégradées eu égard à une situation de surcharge de travail liée à la suppression d'un poste d'assistant R.H en août 2007 au sein du service des ressources humaines ; (...) qu'en effet, elle devait assurer l'encadrement d'une équipe, s'occuper de la paie, de la gestion administrative des R.H, participer en outre aux missions suivantes : apporter son aide et son concours aux recrutements, à la formation, aux relations sociales, au juridique et aux R.H, ce qui correspond également à la fiche de poste signée par M. Edouard D...; Qu'en effet, il existait déjà depuis de nombreux mois des indicateurs objectifs de tensions et de souffrance au travail de cette salariée, etc.* »¹⁶²². La Cour de cassation a ensuite indiqué que « *le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité a le caractère d'une faute inexcusable lorsque celui-ci avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel est exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* »¹⁶²³.

Ainsi, depuis l'arrêt *Villa* des chambres réunies du 15 juillet 1941, qui prévoyait que « *la faute retenue devait s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur* », on assiste à un assouplissement au profit du salarié de la caractérisation de la faute inexcusable de l'employeur. L'employeur peut cependant s'en exonérer s'il justifie avoir pris toutes les mesures de sécurité prévues par le Code du travail¹⁶²⁴.

382 – Obligation de sécurité de résultat - Au-delà du seul respect des normes réglementaires auxquelles le Code du travail soumet diverses activités dangereuses,

dispositions nationales et communautaires, existantes ou futures, qui sont plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. Champ d'application Art. 2 - 1 - La présente directive s'applique à tous les secteurs d'activité privés ou publics (activités industrielles, agricoles, commerciales, administratives, de service, éducatives, culturelles, de loisirs, etc.). 2 - La présente directive n'est pas applicable lorsque des particularités inhérentes à certaines activités spécifiques dans la fonction publique, par exemple dans les forces armées ou la police, ou à certaines activités spécifiques dans les services de protection civile s'y opposent de manière contraignante. Dans ce cas, il y a lieu de veiller à ce que la sécurité et la santé des travailleurs soient assurées, dans toute la mesure du possible, compte tenu des objectifs de la présente directive ».

¹⁶²² CA Versailles, 23 mai 2012, n° 10-05.277.

¹⁶²³ Cassation civile 2, 8 nov. 2012, pourvoi n° 11-23.855.

¹⁶²⁴ Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-24.444, publié au bulletin.

l'employeur est tenu à une véritable obligation de sécurité de résultat, qui va au-delà des dispositions de l'article L. 421-1 C. travail¹⁶²⁵. Celui-ci doit s'engager dans la prévention réelle des risques latents. C'est ce qu'il ressort d'une solution jurisprudentielle portée par l'arrêt du 14 juin 2016 et qui précise que « *manque à son obligation de sécurité l'employeur qui n'engage aucune action pour déceler les éléments permettant de diagnostiquer un risque de souffrance au travail* »¹⁶²⁶. Nous mesurons là combien un employeur dont les relations avec ses salariés n'auraient comme base, qu'une régulation par le marché, manquerait aux diligences qu'il doit engager dans le quotidien de son action de direction. Il en perdrait dans le même temps la capacité d'engagement des salariés au profit de l'entreprise. De la même manière, « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »¹⁶²⁷. Cette obligation connaît une actualité manifeste avec les tentatives de reconnaissance comme maladie professionnelle¹⁶²⁸ du syndrome d'épuisement professionnel.

L'évolution de notre économie vers un capitalisme immatériel où l'obtention de la productivité apparente du travail *intellectuel* va croissant, entraînant manifestement de nouveaux risques physiques et psychiques : « *L'obligation de sécurité patronale a été étendue à la santé mentale des salariés* »¹⁶²⁹. Il convient toutefois de la tempérer puisqu'elle n'est plus absolue.

383 – Obligation de moyen renforcée - Tout d'abord, toute accusation de salarié n'est pas reconnue comme du harcèlement moral. Il ressort de l'arrêt *Poustousol productions* du 1^{er} mars 2017 que « *relève du pouvoir de direction et ne constitue pas un acte de harcèlement moral le fait que l'employeur ait changé les serrures de la porte de son entreprise, peu important qu'un de ses salariés n'ait pas été préalablement averti de cette mesure et du déplacement consécutif de ses affaires personnelles* » ; « *ne constitue pas un harcèlement moral le fait que l'employeur ait payé à une salariée le solde de son salaire avec un peu plus*

¹⁶²⁵ C. trav. art. L. 421-1 : « *L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ; des actions d'information et de formation ; la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes* ».

¹⁶²⁶ Soc., 14 juin 2016, pourvoi n° 14-28.872.

¹⁶²⁷ C. trav., art. L. 1152-1.

¹⁶²⁸ V. proposition de loi n° 3506, déposée le 16 février 2016, visant à faciliter la reconnaissance du syndrome d'épuisement professionnel en tant que maladie professionnelle.

¹⁶²⁹ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2016, p. 115.

*de retard que pour les autres salariés ; « le fait pour l'employeur d'adresser un unique avertissement à une salariée, pour une faute de surcroît non contestée, relève de l'exercice de son pouvoir disciplinaire et ne caractérise pas un harcèlement moral, même si cet avertissement est par la suite qualifié de disproportionné »*¹⁶³⁰. C'est ce dont témoigne désormais une jurisprudence constante. La bonne foi engage ainsi les deux partenaires au contrat de travail.

Ensuite, la chambre sociale a amorcé une évolution dans l'application de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, notamment lorsque ce dernier justifie avoir pris toutes les diligences nécessaires en terme de prévention. L'arrêt *Air France* du 25 novembre 2015 fait figure d'arrêt de principe. La Cour précise : « *Attendu que pour débouter le salarié de sa demande à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt, dont il résulte de ses énonciations que l'intéressé a été licencié pour ne pas s'être présenté à la visite de nature à permettre la poursuite de la procédure de reclassement dans un poste au sol, retient que l'accord collectif auquel la société Air France fait référence énonce que dans le cas où le personnel navigant commercial souhaite bénéficier d'un reclassement (...), il doit en informer l'entreprise par lettre recommandée (...), que force est de constater que, non seulement le salarié n'a pas procédé à cette démarche, mais encore a répondu par la négative aux trois propositions qui lui ont été faites, passé ce délai d'un mois et ne s'est pas présenté à la visite médicale organisée, de sorte qu'il ne pouvait sérieusement faire grief à la société d'un manquement »*¹⁶³¹. Il ressort de cet arrêt que l'accomplissement de toutes les diligences¹⁶³² exigées par les articles L.4121-1 et L.4121-2 C. Trav. est l'indicateur permettant au juge du fond d'apprécier l'existence ou non d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité.

384 – Exploitation intensive de l'obligation de sécurité – Si les sources de responsabilité de l'employeur se diversifient, l'obligation patronale de sécurité reste exploitée intensivement par le juge et le législateur. Dans un souci de performance juridique, il convient d'en étendre le périmètre, vers la précaution notamment : « *Une fois le risque avéré, l'employeur serait considéré comme fautif de ne pas avoir anticipé suffisamment à l'avance les dangers (même incertains) auxquels étaient exposés les travailleurs »*¹⁶³³. C'est d'ailleurs la nouvelle

¹⁶³⁰ Soc., 1^{er} mars 2017, pourvoi n° 13-20.688, publié au bulletin.

¹⁶³¹ Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-24.444, publié au bulletin.

¹⁶³² Le lexique des termes juridiques 2016-2017 Dalloz précise que « *dans le langage du Palais, faire ses diligences, c'est accomplir les actes de procédure selon les formes et dans les délais requis »*.

¹⁶³³ VANULS (C.), « *Travail et environnement. Regards sur une dynamique préventive et normative à la lumière de l'interdépendance des risques professionnels et environnementaux »*, préf. de BUGADA (A.), PUAM, coll. « Droit social », 2014, p. 465, n° 579.

approche initiée par la chambre sociale dans son arrêt du 25 novembre 2015 : « *Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail* »¹⁶³⁴. Si l'effectivité des mesures de prévention est visée, l'ambition est de « *pouvoir contrôler la mise en oeuvre de l'obligation de sécurité avant qu'un préjudice ne soit subi. Une action en cessation de l'illicite serait de nature à renforcer sa dimension préventive* »¹⁶³⁵. Le juge précise en l'occurrence que cette nécessité interdit à l'employeur de prendre toute mesure qui aurait pour objet, ou pour effet, de compromettre la santé et la sécurité des salariés¹⁶³⁶. Il semble pertinent de viser une conception, plus encore extensive de cette jurisprudence, en y rattachant tous les types de travailleurs, détachés et présumés indépendants notamment.

385 – Efficience de l'obligation patronale de sécurité – On peut analyser l'engagement conventionnel au profit de la sécurité physique et mentale comme la capacité de l'employeur à remplir avec rigueur, célérité et efficacité l'ensemble des actions nécessaires à l'accomplissement de cette tâche. Avec les descriptions inquiétantes du rapport du Docteur Louis-René Villermé relatives au travail des enfants en 1840, la prise de conscience que l'humain est un « *organisme faible dans un monde physiquement et moralement hostile* »¹⁶³⁷ a fini par s'imposer. L'intervention législative a alors cherché à garantir progressivement l'intégrité physique et mentale des salariés. Si le juge y a aussi contribué, et l'a, au fil du temps renforcée, on a pu constater qu'elle n'est désormais plus absolue.

Il n'en reste pas moins que le bénéfice est certain dans la durée. Le contrat de travail à durée indéterminée s'inscrit dans le cadre d'une relation de long terme : or, le « long-termisme » est ce qui contribue, en principe, au développement de l'institution¹⁶³⁸. Les contractants s'engagent sur un contrat à exécution successive. L'obligation de sécurité de moyen renforcée peut ainsi s'analyser comme « *une incitation réciproque d'agir de manière à ne pas mettre en péril cette relation, à défaut de quoi l'expectative de gains à long terme est réduite ou*

¹⁶³⁴ Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-24.444, publié au bulletin.

¹⁶³⁵ MONTEILLET (V.), « *Responsabilité patronale, responsabilité salariale : des ressources juridiques exploitables au service des enjeux environnementaux* », Les cahiers sociaux, n° 301, nov. 2017, p. 2.

¹⁶³⁶ Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, bull. 2008, V, n° 46.

¹⁶³⁷ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 51.

¹⁶³⁸ CHAPAS (B.), CHASSAGNON (V.), « *Pour une rémunération des dirigeants fondée sur le long-termisme* », Les Échos business, 31 mai 2016.

disparaît complètement »¹⁶³⁹. Si l'un des contractants triche (l'employeur), l'autre peut décider de le punir dans l'espoir d'engager sa responsabilité civile ou de l'amener à la coopération.

§3) La sécurité économique

386 – Position du problème – *Stricto sensu*, le contrat de travail, synallagmatique, n'est perçu que comme un échange d'obligations interdépendantes : exécution d'un travail sous les ordres de l'employeur contre fourniture de travail et versement d'un salaire. Si l'employeur vient à avoir des difficultés économiques, il peut chercher à réduire l'activité ou prendre des mesures de sauvegarde pouvant aller jusqu'à une diminution du niveau d'emploi ou de rémunération. La flexibilité est alors assurée par la quantité de travail ou l'ajustement à la baisse de son prix. La baisse du niveau de rémunération sans perte de l'emploi n'est pas sans poser de problèmes.

387 – Faillite du droit du travail ? - « *L'augmentation du nombre de travailleurs pauvres, qui travaillent dur sans en tirer des moyens normaux d'existence, est le symptôme d'une faillite du droit du travail, dont l'un des objets essentiels est justement de faire du travail la clé d'accès à la sécurité économique* »¹⁶⁴⁰. Le droit du travail ne parviendrait pas à sécuriser économiquement le travailleur salarié qui serait confronté à une baisse du niveau de rémunération. Les mesures relatives à l'emploi aidé¹⁶⁴¹, à l'emploi partagé¹⁶⁴², à l'emploi sauvegardé¹⁶⁴³, ou à l'emploi perdu¹⁶⁴⁴, ne suffisent pas à sécuriser économiquement le salarié.

Du côté des salariés, le risque est celui de la perte d'emploi et des moyens d'existence qu'il procure ; pour l'employeur il s'agit d'affronter un risque de choc sur la demande. Il craint la disparition de l'entreprise et demande alors à bénéficier de flexibilité dans la gestion des ressources humaines. Il est ainsi amené à prendre des mesures de sauvegarde pouvant aller jusqu'à la réduction de ses effectifs. Ces deux risques ne sont pas antinomiques. Tout d'abord, leur prévention est légitime, même si les effets sont contradictoires. Ensuite, il convient d'imaginer une (nouvelle) voie consensuelle pour que la coopération entre les parties puisse

¹⁶³⁹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, pp. 57-58.

¹⁶⁴⁰ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2016, p. 116.

¹⁶⁴¹ PETIT (F.), *Droit de l'emploi*, Montchrestien, collection AES, 2005, p. 57.

¹⁶⁴² *Idem*, p. 143.

¹⁶⁴³ *Idem*, p. 205.

¹⁶⁴⁴ *Idem*, p. 251.

servir le dessein de chacune d'entre elles. La rupture conventionnelle témoigne ainsi d'une vision renouvelée d'un droit du travail apte à concilier intérêt de l'entreprise et sécurité des parties en présence.

388 – Hypothèse : la subordination comme lien social – Plus qu'un état, la subordination est un lien, consacré par le contrat et porté au marché du travail avant d'être créé. Le Pr. Alain Supiot soutient cette hypothèse et précise : « *C'est ce lien, fait de dépendance et de sécurité, qui fait l'emploi. L'emploi superpose à l'échange de quantités (temps de travail contre argent) un échange qualitatif entre dépendance et sécurité* »¹⁶⁴⁵. Le marché ne doit pas gouverner la société. La sécurité économique du salarié doit être préservée car, si elle est bousculée, elle sera probablement au cœur du délitement de tous les contrats sociaux nationaux, jusqu'à toucher même la mise en oeuvre des valeurs que porte notre République. C'est ce que soutient aussi Mme Bénédicte Reynaud lorsqu'elle précise que « *la perception micro-économique de la relation salariale a des implications macro-économiques. Ainsi, à travers le contrat de travail, c'est le problème de la cohésion sociale qui est posé dans son ensemble* »¹⁶⁴⁶.

Plus prosaïquement, au-delà du principe selon lequel le salarié ne peut supporter le risque économique de l'entrepreneur¹⁶⁴⁷, l'employeur doit s'engager pour promouvoir la sécurité économique de ses salariés. Il n'est pas le seul puisque pour le Pr. Alain Supiot, le droit du travail doit naturellement tendre à assurer la sécurité des revenus du travailleur¹⁶⁴⁸. Celle-ci relève donc d'une double démarche entre deux espèces de volontés : des règles internes à l'entreprise, autonomes, qui naissent de la conscience de l'employeur ; des règles externes, contraignantes, sanctionnées par le juge, dictées par le droit positif ou conventionnel.

389 – L'engagement de l'employeur comme volonté autonome - Cet engagement est protéiforme. Selon les secteurs d'activité et la santé économique de l'entreprise, il peut tout d'abord s'agir de mesures de maintien *de* l'emploi. Celles-ci sont diverses et connaissent d'ailleurs un essor nouveau avec la négociation d'entreprise¹⁶⁴⁹ et le renversement de l'ordre

¹⁶⁴⁵ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2016, p. 116.

¹⁶⁴⁶ REYNAUD (B.), « *Le contrat de travail dans le paradigme standard* », *Revue française d'économie*, vol. 3, n° 4, 1988, pp. 157-158.

¹⁶⁴⁷ V. Soc., 30 sept. 2014, pourvoi n° 13-20.082.

¹⁶⁴⁸ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 75.

¹⁶⁴⁹ On pense là notamment aux accords compétitivité-emploi et aux nouvelles dispositions *lato sensu* de l'article L. 2254-2 C. trav. (*nouv.*)

public social¹⁶⁵⁰. La négociation collective permet ainsi de mettre en place des conventions de forfait, quand, selon la théorie de l'institution, les organes de direction bénéficient d'une volonté propre face à des porteurs de titres qui pourraient vouloir que des mesures radicales de baisse des effectifs soient mises en oeuvre. Selon les motivations des mandataires sociaux, cette autonomie peut tempérer les « invitations » à licencier des détenteurs du capital : « *Le pouvoir de licencier n'est qu'une des manifestations du pouvoir plus général d'agir au nom et pour le compte du groupement d'employeur. (...) Cette prérogative peut être exercée en son nom et pour son compte par une personne physique* »¹⁶⁵¹ dont le pouvoir de gestion, autonome, est largement institutionnalisé.

Le droit positif y contribue ; en témoignent les articles selon lesquels la société à responsabilité limitée « *est gérée par une ou plusieurs personnes physiques. Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés. (...) En l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société.* »¹⁶⁵². Dans le cas de la société anonyme, le directeur général « *est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration* »¹⁶⁵³.

Le juge sanctionne les abus de droit. En matière de licenciement, la Cour de cassation exige de l'employeur qu'il justifie, non seulement de la réalité du motif invoqué, mais aussi du caractère sérieux du risque qu'il supporte. Il ressort de l'arrêt *SMAD* du 6 juillet 1999, que « *ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre de 1992 à 1993, ni la baisse des bénéfices réalisés pendant la même période ne suffisent à caractériser la réalité des difficultés économiques alléguées par l'employeur* »¹⁶⁵⁴. Toutefois, il est à préciser que « *l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail* »¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵⁰ Il est, par exception, possible d'engager une négociation d'entreprise dérogeant dans un sens défavorable à la loi et aux règlements. Par exemple, en matière de contrats à durée déterminée il y a une possibilité de limitation de l'indemnité de fin de contrat à 6 % au lieu de 10 % à condition de prévoir des actions de formation associées à cette limitation. L'employabilité est par là même sauvegardée, ce qui revient à renforcer la sécurité économique du salarié.

¹⁶⁵¹ AUZERO (G.), « *L'exercice du pouvoir de licencier* », Droit social, n° 3, mars 2010, p. 289, p.290.

¹⁶⁵² C. com., art. L. 223-18. *al. 1, al. 2, al. 5.*

¹⁶⁵³ C. com., art. L. 225-56, I, *al. 1^{er}.*

¹⁶⁵⁴ Soc., 6 juil. 1999, pourvoi n° 97-41.036, publié au bulletin.

¹⁶⁵⁵ Soc., 2 juin 1993, pourvoi n° 90-44.956, publié au bulletin.

L'entreprise peut enfin chercher à promouvoir l'employabilité de ses salariés, en facilitant la reconnaissance de leurs acquis professionnels, l'exercice du droit à la formation¹⁶⁵⁶, ou encore des *droits de tirage sociaux*. Ils permettent « à un travailleur de mobiliser la solidarité sociale pour opérer des choix dans sa vie professionnelle. Ces droits se présentent souvent sous la forme de congés spéciaux, destinés non au repos, mais à l'exercice d'une autre activité que l'emploi. Des libertés purement formelles (liberté de se former, d'élever ses enfants, de s'engager dans la vie publique, etc.) sont ainsi métamorphosées en libertés concrètes »¹⁶⁵⁷. Ceci va dans le sens d'une loi du travail de plus en plus centrée sur les droits et libertés fondamentaux attachés au salarié et dont il doit bénéficier dans toutes les modalités de ses vies, professionnelle et personnelle. Ce changement fondamental du droit du travail n'est que la traduction d'une évolution sociétale : « *Les entreprises ont dû modifier sensiblement leurs stratégies de production. (...) S'organisant davantage en réseau, elles se recentrent sur leurs missions essentielles (...). La flexibilité qu'elles recherchent ainsi dans la production impose aussi des changements dans l'organisation du travail. (...) Les femmes ont investi massivement le marché du travail, (...) les vagues successives d'immigration ont entraîné l'arrivée d'une main-d'œuvre de plus en plus diversifiée, (...) les générations de jeunes travailleurs ne partagent plus les mêmes valeurs que leurs aînés* »¹⁶⁵⁸.

390 – L'accompagnement de l'employeur par l'État, au bénéfice des transitions - Un pas a été fait avec la création du *compte personnel d'activité* (CPA) qui regroupe tous les droits sociaux destinés à sécuriser le parcours professionnel de chaque travailleur. Ce CPA¹⁶⁵⁹ permettrait de compenser l'insécurité économique qui frapperait des salariés qui n'auraient pas, ou ne désireraient plus de parcours linéaires. On y voit l'investissement par l'État de la nécessaire organisation des marchés transitionnels de travail défendus par le Pr. Bernard Gazier¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁶ On pense là notamment à la facilitation de l'exercice du congé individuel à la formation ; on rappellera les dispositions de l'article L. 6322-1 C. trav. : « *Le congé individuel de formation a pour objet de permettre à tout salarié, au cours de sa vie professionnelle, de suivre à son initiative et à titre individuel, des actions de formation, indépendamment de sa participation aux stages compris, le cas échéant, dans le plan de formation de l'entreprise dans laquelle il exerce son activité. Ces actions de formation doivent permettre au salarié : 1° D'accéder à un niveau supérieur de qualification ; 2° De changer d'activité ou de profession ; 3° De s'ouvrir plus largement à la culture, à la vie sociale et à l'exercice des responsabilités associatives bénévoles* ».

¹⁶⁵⁷ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2016, p. 120.

¹⁶⁵⁸ TRUDEAU (G.), « *En conclusion... Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail* », *Droit social*, n° 1, janv. 2010, p. 77.

¹⁶⁵⁹ Annoncée par le président François HOLLANDE en avril 2015, la création du compte personnel d'activité (CPA) au 1^{er} janv. 2017 est inscrite dans la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015, Loi dite « *loi Rebsamen* ».

¹⁶⁶⁰ V. GAZIER (B.), « *Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative* », *Travail et Emploi*, 113, mars 2008.

Le compte personnel de prévention (CPP) en particulier permet au salarié d'accumuler des points. Au-delà d'un certain seuil de pénibilité l'employeur doit établir une déclaration qui lui permettra de maximiser sa sécurité physique et mentale, mais aussi financière, puisqu'il pourra ainsi bénéficier d'un temps partiel sans perte de salaire ou partir plus tôt à la retraite. Il permet enfin de faire de la formation professionnelle un outil de continuité dans l'acquisition des savoirs et compétences, ce qui limite le maintien en situation de chômage. Le CPA est aussi une traduction concrète de l'engagement de l'employeur.

Relevons que ses sources de financement sont plurielles. Il peut tout d'abord s'agir de dotations financées par la solidarité nationale (école de la seconde chance par exemple). Il peut aussi y avoir du cofinancement individuel. Mais il s'agit surtout de droits générés par l'emploi en distinguant ceux qui sont financés par mutualisation (compte personnel de formation) de ceux qui sont financés par l'entreprise (par accord collectif comme le compte épargne-temps ou directement par l'abondement de l'épargne salariale, la réduction du temps de travail avec baisse non proportionnelle de la rémunération, l'octroi de congés supplémentaires ou facilités, etc.).

391 – Remarque conclusive : la flexicurité encouragée - L'engagement volontaire de l'employeur au profit de la sécurité économique est déterminant. Il permet soit un maintien *de* l'emploi, soit un maintien *en* emploi, ce qui, dans les deux cas, contribue à sécuriser la personne du salarié.

Cet engagement se perçoit comme un mode alternatif d'assurance pour l'individu qui en bénéficie. S'il en a la possibilité, l'employeur peut tout d'abord assumer totalement le risque économique en diminuant sa rentabilité. Il peut ensuite être moins vertueux, mais prendre comme principe le maintien *de* l'emploi. Il organise alors la flexibilité du contrat de travail : la mise en oeuvre de conventions de forfait (répartition d'une partie du risque économique entre salariés contre un maintien de l'emploi) ou de clauses contractuelles et conventionnelles de rendement y contribue. Il peut enfin protéger la sécurité économique du salarié en œuvrant pour un simple maintien *en* emploi.

Cette dernière hypothèse promet une vision ambitieuse de la flexicurité. Elle se révèle soutenue par la doctrine économique et juridique. Le Pr. Jean Tirole indique qu'il faut désormais « *protéger le salarié et non l'emploi* »¹⁶⁶¹ quand le Pr. Bernard Gazier souligne l'importance d'une action coopérative de l'ensemble des acteurs, firmes, territoires,

¹⁶⁶¹ TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} éd., 2016, p. 323.

partenaires sociaux, dans « *l'aménagement de mobilités protégées et de noyaux de stabilité* »¹⁶⁶². Enfin, le Pr. Alexis Bugada souligne que ce changement de paradigme requiert cependant « *un accompagnement pédagogique culturel profond qui ne devrait pas séparer le juridique de l'économique, afin de trouver le juste équilibre* »¹⁶⁶³.

Section 3 - L'engagement éthique

392 – Position du problème : le prisme de l'éthique - L'investissement dans le domaine de l'éthique est la forme d'engagement la plus loyale de la personne des salariés. La relation de travail prend en compte leur pleine humanité. Rationnellement, elle dépend du degré de confiance liant les différents groupes d'intérêts, ce que M. Alain Peyrefite appelle « *l'ethos de confiance* »¹⁶⁶⁴. Mme Vanessa Monteillet le rattache concrètement à une seconde modalité des sources de responsabilité de l'employeur, au travers notamment des chartes ou guides auxquels peuvent adhérer l'entreprise : « *Ces normes privées permettent de prolonger le contenu de l'obligation légale de sécurité et bénéficient d'une juridicité dépendante de leur support juridique, que la norme soit réceptionnée dans un accord collectif ou qualifiée d'engagement unilatéral de l'employeur* »¹⁶⁶⁵.

L'expression « *le ver est dans le fruit* » révèle le fait que notre système économique fondé sur la croissance continue a en lui les conditions de sa réversibilité. Il faut donc y être vigilant. A l'instar de l'âge d'or du *miracle grec* qui s'est interrompu en moins de deux siècles en raison notamment de l'incapacité des grecs à s'unir après la conquête d'Alexandre¹⁶⁶⁶, l'entreprise « trop » capitaliste, sinon rationnelle, pourrait très bien disparaître elle-aussi. C'est alors qu'instituer une morale dans l'action doit être l'éthos¹⁶⁶⁷ des conduites sociales en entreprise. Mais « *ne rêvons pas d'un entrepreneur désintéressé : il risquerait d'être hypocrite ou*

¹⁶⁶² GAZIER (B.), « *Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative* », Travail et Emploi, 113, mars 2008, p. 127.

¹⁶⁶³ BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de Juris Diversitas, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 427.

¹⁶⁶⁴ Selon l'expression d'Alain PEYREFITE, dans *La société de la confiance*, Odile Jacob, 1995, p. 413.

¹⁶⁶⁵ MONTEILLET (V.), « *Responsabilité patronale, responsabilité salariale : des ressources juridiques exploitables au service des enjeux environnementaux* », Les cahiers sociaux, n° 301, nov. 2017, p. 1.

¹⁶⁶⁶ Suite à l'épopée d'Alexandre, les grecs sont devenus les maîtres de l'orient. Trois principales cités de Grèce, Athènes, Sparte et Thèbes furent livrées à l'étranger, à l'occupation romaine en l'espèce, après s'être épuisées entre elles au cours des guerres médiques.

¹⁶⁶⁷ Le philosophe Martin BLAIS indique qu'« *ethos* » revêt quatre significations : 1- l'habitude morale, caractère, mœurs. C'est de ce premier sens du mot *ethos* que vient le mot éthique. 2- Usages, institutions. 3- Demeure habituelle, domicile (de l'homme et des animaux). 4- (opposé à *pathos*.) Émotion douce, affection tendre. Au premier sens d'*ethos*, il ajoute l'inclination naturelle à agir. Pour lui, c'est sous l'impulsion de son *ethos* que le castor construit des barrages, que l'abeille fait des alvéoles, que le pélican s'ouvre la poitrine à coups de bec pour nourrir ses petits, que les parents risquent leur vie et la donnent parfois pour sauver leurs enfants.

médiocre. (...) L'argent peut constituer un levier de développement, un instrument permettant de convertir l'industrie humaine en profit individuel ou social, (...) mais que l'argent redevienne le mobile exclusif de l'activité économique, ou l'enjeu exorbitant des jeux du pouvoir, alors il divise le corps social et fait obstacle à l'épanouissement de ses membres »¹⁶⁶⁸.

L'éthique se définit comme un ensemble de valeurs et de principes guidant les comportements sociaux et professionnels et inspirant les règles déontologiques ou juridiques¹⁶⁶⁹. Il ne s'agit pas de la faire prévaloir sur le principe de rationalité, mais de l'instiller comme prisme global des actes et comportements. Cette vision peut être encouragée de façon exogène par la norme instituée (§1) ou s'ériger de façon endogène, comme projet (§2).

§1) L'éthique instituée

393 – Le législateur au soutien de l'*ethos* du contrat - L'employeur et le salarié réagissent à diverses incitations. Si le chef d'entreprise reste sensible au retour sur investissement en général, et au taux de rentabilité en particulier¹⁶⁷⁰, juridiquement il espère de l'évolution de la norme, plus de facilités dans le licenciement d'un salarié protégé¹⁶⁷¹ ou de prévisibilité dans les conséquences de la rupture du contrat de travail. Le concernant, la doctrine conclut : « *Les interactions se développant entre les parties apparaissent en grande partie guidées par des facteurs juridiques : confrontés à certaines lois et à un certain système judiciaire, les acteurs les utilisent, les adoptent, les contournent et les manipulent le cas échéant* »¹⁶⁷². Les salariés,

¹⁶⁶⁸ PEYREFITE (A), *La société de la confiance*, Odile Jacob, 1995, p. 419.

¹⁶⁶⁹ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017.

¹⁶⁷⁰ Seules 81% des petites et moyennes entreprises et 75% des entreprises de taille intermédiaire (ETI) sont actuellement profitables. Sur sept ans, la croissance du chiffre d'affaires des PME a été inférieure à l'inflation et la rentabilité des ETI s'est nettement dégradée précise Les Echos du 23 déc. 2015 dans un article intitulé « *La rentabilité des entreprises en baisse régulière* ». Se montrant extrêmement prudentes, les entreprises françaises ont toutefois réussi à préserver voire à accroître leur niveau de trésorerie. Pour les PME, elle s'est améliorée d'un quart (25,1%) avec des liquidités représentant 942.000 euros en moyenne fin 2014. Les fonds propres, eux-aussi, ont progressé : le niveau des capitaux propres s'est amélioré sur les sept dernières années. Ce renforcement résulte d'une intégration partielle des résultats dans les réserves et éventuellement d'augmentations de capital. Ces taux de rentabilité, en baisse régulière, peuvent induire un comportement moins redistributif pour les salariés, sous la pression des apporteurs de capitaux.

¹⁶⁷¹ Il ressort par exemple de l'arrêt Soc., 6 janv. 2016, pourvoi n° 14-12.717, que lorsque la période légale de protection dont bénéficiait le salarié prend fin avant que l'inspecteur du travail, saisi par l'employeur d'une demande d'autorisation de licenciement pendant la période de protection, ait rendu sa décision, l'employeur retrouve le droit de licencier le salarié sans autorisation de l'autorité administrative, celle-ci n'étant plus compétente pour autoriser ou refuser cette mesure. Rappelons que par principe, et pour les salariés non protégés, depuis la loi n° 86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, la réalité du motif économique invoquée par l'employeur n'est plus contrôlée par l'administration du travail. Cette mesure influe le comportement des entrepreneurs et touche à leur éthique.

¹⁶⁷² DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, pp. 292-293.

quant à eux, espèrent essentiellement le maintien de leur emploi ou un meilleur accompagnement des mobilités, quelle que soit la situation de l'entreprise. Ces attitudes, centrées sur des intérêts catégoriels, ne prennent pas en compte l'intérêt de l'entreprise dans son ensemble.

Ces attitudes autocentrées déterminent les comportements adoptés. Ils peuvent être contre-productifs et centrés sur le court terme. Assurément, ils vont à l'encontre de l'intérêt de l'entreprise. L'exercice abusif des droits en témoigne puisque l'énergie mise en œuvre par les acteurs vise à sauvegarder des intérêts catégoriels, au lieu de la déployer autour des exigences d'innovation et de coopération. C'est pourquoi la quête de l'intérêt collectif passe par la recherche de valeurs communes fédérant l'ensemble des parties au contrat. Il s'agit d'instituer un pacte de confiance entre employeur et salariés : « *A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, (...) lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté* »¹⁶⁷³.

Si l'intervention du législateur est pertinente au sens de l'économie du droit puisque les autorités doivent tenir compte de la capacité réactive des agents économiques afin de structurer efficacement les règles de droit¹⁶⁷⁴, elle est surtout déterminante en ce que « *le droit peut être annexé à la morale* »¹⁶⁷⁵ ; ainsi, la morale peut s'immiscer dans le droit sous la forme d'éthique. Le droit peut ainsi viser le maintien de l'ordre social, l'exercice des droits et devoirs, et des sanctions étatiques. La morale, quant à elle, peut espérer la recherche du perfectionnement. Dans cette perspective, et par opposition à la pensée de Kant qui voit une « *séparation entre deux espèces de règles* »¹⁶⁷⁶, l'éthique en tant que valeur instituée peut « forcer » la convergence entre normes et morale.

De nombreuses règles morales ont ainsi été absorbées par le droit du travail, s'exprimant sous la forme d'obligations ou d'interdictions juridiques. D'autres pourraient naître de l'activité doctrinale qu'elle soit de source juridique ou économique (économie *sociale* du travail). Ces normes ont deux desseins : celui de protéger le contrat lui-même (A) ; il traduit alors le développement d'une éthique de protection au soutien de sa stabilité. La perspective ensuite de voir naître une éthique de performance en protégeant les contractants (B). L'exigence

¹⁶⁷³ ROUSSEAU (J-J), *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Librairie, collection philosophie, 2017 (publié initialement en 1762).

¹⁶⁷⁴ DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), préc., p. 293.

¹⁶⁷⁵ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, pp. 75-77.

¹⁶⁷⁶ *Idem*, p. 75.

d'éthique permet alors de la consacrer : « *Les droits acquièrent une rationalité et ne sont plus de simples slogans* »¹⁶⁷⁷.

A) La stabilité du contrat de travail

Le contrat de travail ne peut être conçu autrement que dans une vision éthique. A défaut, il ne serait ni utile, ni juste (1). L'éthique est ensuite devenue un facteur de stabilité de la relation individuelle de travail (2).

1) L'éthique comme substrat du contrat

394 – La bonne foi instituée - L'intérêt de l'entreprise se trouve institué par l'obligation de loyauté née des dispositions du Code civil. Son influence a crû avec la réforme du droit des contrats, tenant une place particulière dans la pratique contemporaine des affaires économiques. Les « bonnes mœurs » recouvrent diverses pratiques imposées par la morale sociale et dont la violation, éventuellement constitutive d'infractions pénales, est susceptible de provoquer l'annulation d'une convention. Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, l'expression a disparu des dispositions du Code civil mais peut s'induire d'autres dispositions, par exemple celle d'ordre public. Cette notion se définit comme le « *caractère des règles juridiques qui s'imposent dans les rapports sociaux, pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives* »¹⁶⁷⁸.

La loyauté « forcée » par la norme fédère les comportements des cocontractants. Cette loyauté instituée a d'ailleurs été inscrite dans la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Ainsi, l'expression « plan de sauvegarde de l'emploi » a remplacé celle de « plan social », ce qui témoigne de la finalité attendue. Cette obligation intervient *lato sensu* de la création du contrat du travail à la période post-rupture¹⁶⁷⁹ dudit contrat. Dans une logique de responsabilité sociale de l'entreprise, elle peut témoigner d'un engagement affiché par l'employeur, préalable à l'embauche. Outre l'appréciation de la réputation de l'entreprise, le

¹⁶⁷⁷ TIROLE (J.), préc., p. 16.

¹⁶⁷⁸ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

¹⁶⁷⁹ On pense par exemple à la clause de non concurrence, indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Cette clause est insérée dans le contrat de travail et vise à limiter la liberté d'un salarié d'exercer des fonctions équivalentes chez un concurrent ou à son propre compte après la rupture de son contrat. Elle s'applique lorsque le contrat prend fin. Toutefois, l'employeur peut y renoncer. Ladite clause s'applique soit à la date effective de la fin du contrat (à l'issue de la période de préavis), soit lors du départ du salarié (en cas de dispense de préavis).

dessein est alors de voir s'épanouir ou, tout au moins, survivre, des rapports contractuels de bonne foi, mâtinés de confiance mutuelle.

Alors que l'employeur s'engage à fournir un travail et à verser la rémunération convenue, le salarié a l'obligation d'exécuter correctement le travail. Les dispositions de l'article L.1222-1 du Code du travail s'imposent réciproquement. Il s'agit là d'une obligation contingente au principe de liberté contractuelle, qui voit dans l'autonomie la source unique des droits subjectifs.

395 – Cadre d'exercice de l'autonomie – La bonne foi vient encadrer les vertus de la liberté contractuelle.

En théorie économique, les libéraux ont largement contribué au développement de la liberté contractuelle en prônant que le libre jeu des volontés individuelles assure l'équilibre économique et la prospérité générale¹⁶⁸⁰, ce que l'auteur Fouillée traduisait par la formule « *Qui dit contractuel, dit juste* »¹⁶⁸¹. Cette théorie directement issue du XVIII^e siècle s'appuie sur le fait que « *les vices privés font le bien public* ». Dans *The Fable of the Bees or Private Vices* le philosophe et économiste Mandeville défend en 1714 la thèse selon laquelle l'égoïsme individuel est indispensable, et profite *ex post* à la société en général. Il indique à cette époque qu'un libertin agit par vice, certes, mais un « *vice avantageux* ». Il invite à abandonner les « *chimères de la probité* ». « *Il faut que la fraude, le luxe et la vanité subsistent, si nous voulons en retirer les doux fruits. Ne devons-nous pas le vin, cette excellente liqueur, à une plante dont le bois est maigre, laid et tortueux ? Tandis que ses rejetons négligés sont laissés sur la plante, ils s'étouffent les uns les autres et deviennent des sarments inutiles. Mais si ces branches sont étayées et taillées, bientôt devenues fécondes, elles nous font part du plus excellent des fruits. C'est ainsi que l'on trouve le vice avantageux, lorsque la justice l'émonde, en ôte l'excès, et le lie. Que dis-je ! Le vice est aussi nécessaire dans un Etat florissant que la faim est nécessaire pour nous obliger à manger. Il est impossible que la vertu seule rende jamais une Nation célèbre et glorieuse* »¹⁶⁸².

Au soutien de cette consécration de l'individualisme, on notera qu'avant l'émergence du premier Code du travail et sous l'Ancien Régime, la loi du 14 juin 1791 dite loi Le Chapelier,

¹⁶⁸⁰ La main invisible de SMITH ou l'individualisme méthodologique témoignent de cette vision. SMITH a été influencé par MANDEVILLE.

¹⁶⁸¹ FOULLIÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, Hachette, 2^{ème} éd., 1885.

¹⁶⁸² MANDEVILLE (B.), « *La fable des abeilles ou Les vices privés font les vertus publiques* », Institut Coppet, Paris, 2011, p. 13.

aura permis d'instituer le rejet des structures communautaires « *pour conjurer les périls immenses qui menacent le nouvel ordre politique, économique et social. Ces périls sont représentés par des réunions d'ouvriers qui s'assemblent pour réclamer un contrôle officiel des salaires et surtout leur augmentation dans un contexte de crise économique* »¹⁶⁸³. Le Chapelier ne nie pas la réalité sociale selon laquelle il est important pour l'indépendance du travailleur, d'obtenir un salaire plus élevé, mais le prix du travail doit toujours être fixé par des conventions libres, d'agent à agent. Cette conception a certes évolué, mais elle continue à faire des émules aujourd'hui, des auteurs soulignant que « *tout contrat est en définitive un échange librement consenti de valeurs subjectives au sein duquel, le juriste comme le juge ne sauraient s'immiscer* »¹⁶⁸⁴.

Pourtant d'autres auteurs s'interrogent. Selon le Pr. Jacques Ghestin, « *le contrat n'est obligatoire que s'il est juste* »¹⁶⁸⁵. Au final la synthèse que l'auteur apporte rend bien compte de ce que peut être le contrat de travail : « *L'utile et le juste sont les finalités objectives du contrat* »¹⁶⁸⁶. S'il est possible de faire confiance aux parties pour déterminer le contenu de l'échange, leur appréciation subjective doit être garantie par la norme. Le droit objectif par exemple établit, selon les circonstances, un certain nombre de procédures et de conditions de forme¹⁶⁸⁷. Il impose une obligation de loyauté en cours d'exécution du contrat (art. L. 1222-1 C. trav.). La jurisprudence, quant à elle, précise les conditions de mise en œuvre de certaines règles légales. En matière de protocole préélectoral par exemple, si le contenu de l'accord reste la conséquence de l'autonomie de la volonté, la négociation doit nécessairement être conduite de bonne foi : certaines organisations syndicales doivent être invitées par courrier¹⁶⁸⁸ quand la validité du protocole est subordonnée à une condition de double majorité¹⁶⁸⁹. Au final, « *l'instrument essentiel de ce contrôle, en droit positif, tant en France que dans la plupart des pays, est la bonne foi, et à un moindre degré, son complément, l'abus de droit* »¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸³ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 26.

¹⁶⁸⁴ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 192.

¹⁶⁸⁵ GHESTIN (J.), « *Le contrat en tant qu'échange économique* », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestres 2000. Économie des contrats : bilan et perspectives, sous la direction de Éric Brousseau et Jean-Michel Glachant, p. 96.

¹⁶⁸⁶ *Idem*, p. 90.

¹⁶⁸⁷ V. L. 121-1 C. trav. ; L. 1232-2 C. trav. ; etc.

¹⁶⁸⁸ Soc., 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-60.199, publié au bulletin.

¹⁶⁸⁹ Soc., 10 juil. 2013, pourvois n° 12-16.210 et 12-21.180, publié au bulletin.

¹⁶⁹⁰ GHESTIN (J.), préc. p. 98.

2) L'éthique comme élément de stabilité du contrat

396 – Promotion d'une loyauté réciproque par le juge et le législateur - L'obligation de loyauté est instituée par la loi puisque « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » (C. trav. art. 1222-1). L'employeur ne peut ainsi demander des informations au salarié que si elles ont une utilité pour l'appréciation de ses aptitudes professionnelles¹⁶⁹¹. Il doit aussi le tenir informé, préalablement à leur instauration, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard¹⁶⁹². La réciprocité de l'obligation est d'ordre public, puisque le salarié est tenu de répondre de bonne foi aux demandes d'information de l'employeur¹⁶⁹³ ou reste soumis à une obligation de loyauté en cas de suspension du contrat de travail¹⁶⁹⁴.

Lorsque le contrat de travail évolue, la loyauté marque l'exécution de ses avenants. Sa nature exogène relève souvent de la volonté du juge. Ainsi, même en l'absence de clause de mobilité insérée dans le contrat de travail, l'employeur ne peut la rendre opposable au salarié que si l'intéressé y consent. En effet, l'insertion par voie d'avenant d'une clause de mobilité dans un contrat de travail qui n'en comportait pas constitue une modification dudit contrat que le salarié peut refuser¹⁶⁹⁵. Si l'activité de l'entreprise vient à diminuer, l'employeur peut proposer à un salarié de passer d'un temps complet à un temps partiel. Là encore, la Cour de cassation impose la soumission au formalisme légal. Elle indique que le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit qui doit mentionner la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. Il en résulte que l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps plein. Cette exigence légale d'un écrit s'applique non seulement au contrat initial, mais aussi à ses avenants modificatifs de la durée du travail ou de sa répartition, fussent-ils temporaires et prévus par une convention collective ; à défaut, le contrat de travail à temps partiel doit, à compter de la première irrégularité, être requalifié en contrat à temps plein¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹¹ C. trav., art. L. 1222-2, *al.* 1.

¹⁶⁹² C. trav., art. L. 1222-3, *al.* 1.

¹⁶⁹³ C. trav., art. L. 1222-2, *al.* 3.

¹⁶⁹⁴ C. trav., art. L. 1222-5, *al.* 3.

¹⁶⁹⁵ Soc., 24 nov. 1999, pourvoi n° 97-45.202, publié au bulletin.

¹⁶⁹⁶ Soc., 23 nov. 2016, pourvoi n° 15-18.093, publié au bulletin ; V. aussi Soc., 20 juin 2013, pourvoi n° 10-20.507, Bull. 2013, V, n° 161.

397 – Effet incitatif de la sanction de la déloyauté – Si la norme fixe les règles essentielles, les conduites et comportements se révèlent déterminants. Le juge sanctionne les atteintes à l'obligation de bonne foi.

Le bien-fondé de l'intervention du juge dans les litiges du travail est une question récurrente. La raison principale relève de ses effets : elle influence la relation de travail et la résolution des litiges. L'imprévisibilité de sa décision relève d'un risque à prévenir pour l'employeur. Elle repose essentiellement sur le fait que le Code du travail laisse une place importante à l'interprétation subjective du juge. Par exemple, la simple question de la survenance d'une faute est prétexte à débats, sans compter que son interprétation évolue dans le temps. Dans tous les cas, son action dépasse aujourd'hui largement la conclusion selon laquelle « *au terme d'une longue évolution, les prud'hommes sont devenus les juges du droit commun de la rupture du contrat de travail* »¹⁶⁹⁷.

La sanction du juge peut ainsi être interprétée comme une incitation. Comme en matière économique où la loi de la demande a mis en évidence que lorsque le prix d'une chose ou d'une option diminue, les individus en consomment davantage et inversement, si les avantages ou les pénalités d'une sanction changent, il est permis de s'attendre à une réaction équivalente dans le comportement des contractants. Le législateur entre ici en interaction avec le juge dans la mesure où il a le pouvoir de changer la structure incitative : dans le cas où une atteinte à l'obligation de bonne foi est constatée, il peut chercher à diminuer les avantages qui pourraient en être obtenus par la partie déloyale. L'engagement de la responsabilité civile d'un contractant semble conçu pour jumeler deux fonctions : prévention/dissuasion et l'indemnisation¹⁶⁹⁸.

La punition que constitue la sanction civile vient alors sauvegarder la stabilité du contrat. On citera la requalification en contrat de droit commun du recours aux contrats à durée déterminée¹⁶⁹⁹ ou encore le versement de dommages et intérêts¹⁷⁰⁰ comme des incitations

¹⁶⁹⁷ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 48.

¹⁶⁹⁸ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 156.

¹⁶⁹⁹ On pense là, à requalification du contrat en contrat à durée indéterminée (CDI) d'un contrat sans écrit ou d'un contrat à durée déterminée. Soc., 20 oct. 2015, pourvoi n° 14-23-712 ; Soc., 17 juin 2005, pourvoi n° 03-42.596 ; le principe se révèle tempéré par deux articles issus de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (C. trav. art. L. 1245-1 (nou.) et L. 1251-40) : depuis l'ordonnance, la transmission tardive du CDD n'entraîne plus à elle seule la requalification du contrat en CDI. Il en est de même en matière d'intérim.

¹⁷⁰⁰ Soc., 18 mai 1999, pourvoi n° 96-44.315 : « *La cour d'appel qui a relevé d'une part, que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, avait fait un usage abusif de la clause de mobilité en imposant au salarié qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait*

utiles à sa pérennité. Il en est de même pour les sanctions pénales. On notera toutefois que le juge peut avoir du mal à réviser certaines clauses contractuelles.

398 – Révision pour imprévision - Par principe, la jurisprudence civile rejette depuis l'affaire *Canal de Craponne* et son arrêt rendu le 6 mars 1876, la révision pour imprévision. Cette théorie prétorienne élaborée par le Conseil d'État prévoit que « *le juge a le pouvoir de réviser un contrat à la demande d'une partie lorsque, par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants et imprévisible lors de sa conclusion, l'exécution de celui-ci devient pour l'un des contractants non pas impossible (différence avec la force majeure) mais tellement onéreuse qu'elle risque de le ruiner ou de créer un déséquilibre dans l'économie du contrat* »¹⁷⁰¹. Si on y voit une consécration de l'autonomie de la volonté, le principe souffre de quelques tempéraments.

Ainsi, le juge judiciaire est compétent pour réduire les tarifs de l'expert du CHSCT à la demande de l'employeur : l'éventuelle acceptation par les parties intéressées, avant expertise, du tarif proposé, ne peut donc faire échec au pouvoir du juge de réduire le montant des honoraires au vu du travail effectivement réalisé¹⁷⁰². Surtout, quelques solutions jurisprudentielles à portée limitée se sont vues consacrées par le nouvel article 1195 C. civ. qui prévoit que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* »¹⁷⁰³. Le juge prud'homal semble fondé désormais à prendre en compte cette possibilité d'intrusion dans le contrat. La pérennité du contrat de travail le justifie.

être pourvu par d'autres salariés et d'autre part, que le salarié s'était tenu à la disposition de l'employeur a, sans méconnaître l'obligation du salarié de se conformer à la clause de mobilité, légalement justifié sa décision de condamner l'employeur à payer une indemnité compensatrice de préavis ».

¹⁷⁰¹ CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017.

¹⁷⁰² Soc., 15 janv. 2013, pourvoi n° 11-19.640, publié au bulletin.

¹⁷⁰³ C. trav., art L. 1195 modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016.

B) Protection des intérêts des cocontractants

Cette protection par l'éthique concerne l'employeur (1) et le salarié (2).

1) Protection des intérêts de l'employeur

En général, l'éthique est instituée par diverses dispositions du Code du travail ou du Code civil. L'effet qui est attendu implique une inféodation à l'intérêt social de l'entreprise : « *La rançon de l'autonomie concédée au professionnel, c'est l'engagement sans faille qui est exigé de lui, c'est une loyauté qui va bien au-delà des strictes obligations contractuelles* »¹⁷⁰⁴. Cette affirmation soutient une fois de plus qu'il convient de distinguer l'objet des obligations, de l'objet du contrat de travail. Cette nécessité invite le salarié à se soumettre à une pluralité de « devoirs » ; ceux-ci s'imposent à chaque stade du contrat, de la conclusion à sa rupture éventuelle.

a) Lors de la conclusion du contrat

399 – Nécessité d'un caractère déterminant - La chambre sociale fait souvent référence à l'obligation de loyauté dès la conclusion du contrat.

Tout d'abord, par un arrêt du 17 octobre 1995, la Cour de cassation est amenée à se prononcer sur le pourvoi formé par M. Jack X..., en cassation d'un arrêt rendu le 11 janvier 1994 par la Cour d'appel de Rennes. Les questions de formation du contrat de travail, de nullité, de dol, de fausse qualification déclarée par le salarié étaient au cœur des débats. Le pourvoi fut rejeté. L'intéressé avait annoncé de faux diplômes pour pouvoir être embauché. La Cour d'appel avait déclaré nul le contrat de travail. La Chambre sociale a précisé que le juge du fond en a déduit que ces fausses affirmations avaient eu un rôle déterminant pour son recrutement¹⁷⁰⁵.

Dans une autre espèce du 29 septembre 2014, une salariée embauchée en tant que médecin-conseil n'avait pas informé son employeur de sa mise en examen pour des faits en rapport avec ses activités professionnelles. Alors qu'était attaquée la décision de la Cour d'appel de Bastia en date du 19 décembre 2012, la chambre sociale précisa que « *la dissimulation par le salarié d'un fait en rapport avec ses activités professionnelles et les obligations qui en*

¹⁷⁰⁴ SUPIOT (A.), préc., p. 104-105.

¹⁷⁰⁵ Soc., 17 oct. 1995, pourvoi n° 94-41.239.

*résultent peut constituer un manquement à la loyauté à laquelle il est tenu envers son employeur, dès lors qu'il est de nature à avoir une incidence sur l'exercice des fonctions »*¹⁷⁰⁶.

Ce principe doit cependant être utilisé avec tempérance. En effet, par un arrêt du 16 février 1999, le juge précisa que « *n'est pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse la mention litigieuse, même imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, qu'un salarié a fait figurer dans son curriculum vitae, selon laquelle il a bénéficié d'une expérience professionnelle d'une année au sein d'une société importante, à un poste d'assistant de responsable de formation, alors qu'il n'avait effectué qu'un stage de formation de 4 mois dans cette société »*¹⁷⁰⁷. Son pouvoir d'appréciation reste important au regard du caractère déterminant de l'absence de bonne foi.

b) Lors de l'exécution du contrat

400 – La bonne foi comme concept extensif - L'obligation de loyauté est aussi applicable pendant l'exécution du contrat de travail. Elle peut concerner la période d'activité ou celle d'inactivité, en cas d'arrêt pour cause de maladie par exemple. C'est au cours de la période d'activité que les obligations du salarié à l'égard de son employeur sont les plus fortes ; il peut s'agir du devoir de correction, de discrétion, de confidentialité, d'interdiction du dénigrement ou d'exercice d'une activité concurrente, mais aussi d'un certain nombre d'obligations accessoires.

401 – Devoir de correction - Le salarié doit respecter un devoir de correction à l'égard des autres salariés et de sa hiérarchie. C'est ce dont témoigne un arrêt du 28 octobre 2014 qui indique que « *l'exercice de la liberté d'expression du salarié tant en dehors qu'à l'intérieur de l'entreprise peut justifier un licenciement pour faute grave, privative des indemnités de rupture et de préavis, s'il dégénère en abus »*¹⁷⁰⁸. Ainsi, si le salarié bénéficie dans et hors l'entreprise d'une liberté d'expression, il ne peut en abuser en tenant des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs. Il convient cependant de noter que la frontière reste fragile entre abus et liberté. L'employeur doit bien l'apprécier avant de licencier un salarié pour faute.

La Cour de cassation¹⁷⁰⁹ a ainsi confirmé l'appréciation faite par le juge du fond dans un arrêt du 4 décembre 2014¹⁷¹⁰ ; dans sa décision, elle a considéré la situation d'un informaticien qui,

¹⁷⁰⁶ Soc., 29 sept 2014, pourvoi n° 13-13.661, publié au bulletin.

¹⁷⁰⁷ Soc., 16 fév. 1999, pourvoi n° 96-45.565.

¹⁷⁰⁸ Soc., 28 oct. 2014, pourvoi n° 13-21.320.

¹⁷⁰⁹ Soc., 19 mai 2016, pourvoi n° 15-12.311.

dans le cadre d'une opération de fusion de son entreprise, s'était adressé par courriel à ses collègues, en portant une analyse critique du projet d'accord concernant le statut collectif des salariés. La Cour d'appel de Versailles avait alors prononcé la nullité du licenciement pour violation de sa liberté d'expression. Dans l'arrêt *Agence du Palais* du 10 avril 2013, la Cour de cassation a précisé que « *ne constituent pas des injures publiques celles diffusées sur un compte de réseau social accessible aux seules personnes agréées, en nombre très restreint, par l'auteur des propos injurieux, et qui forment entre elles une communauté d'intérêts* »¹⁷¹¹.

402 – Devoir de réserve - Le salarié doit ensuite respecter un devoir de réserve et une obligation de discrétion. Il ressort tout d'abord des dispositions de l'article L. 1227-1 C. trav. que « *le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal* ». Dans un arrêt du 14 mars 2000, la chambre sociale précise cependant que « *le fait pour un salarié de porter à la connaissance de l'inspecteur du Travail des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas, en soi, une faute* »¹⁷¹². Il s'agissait en l'espèce de « manipulations de caisse » et « de détournement de recettes ».

L'obligation de discrétion doit être distinguée des obligations de secret propres à certaines professions réglementées. Ainsi, le Conseil National des Barreaux précise que « *le respect du secret professionnel interdit à l'avocat de dévoiler les confidences ou les secrets qu'il a reçus de ses clients. Il est général, absolu, et illimité dans le temps* ». Ensuite, l'obligation de réserve peut s'appliquer au salarié, même si elle pèse surtout sur les fonctionnaires et les magistrats. Pour ces derniers, « *elle impose à celui qui y est soumis, tant dans l'exercice qu'en dehors de ses fonctions, un devoir particulier de loyalisme à l'égard de l'Etat et des autorités publiques, l'interdiction de toute parole, de tout écrit, de toute attitude qui se révélerait incompatibles avec la fonction. Cette attitude doit être respectée même dans la cadre d'un mandat syndical. Le manquement à l'obligation de réserve est apprécié en fonction du poste occupé* »¹⁷¹³.

¹⁷¹⁰ CA Versailles, 4 déc. 2014, n° 12/03.370.

¹⁷¹¹ Civ., 10 avr. 2013, pourvoi n° 11-19530, publié au bulletin.

¹⁷¹² Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-43.268, publié au bulletin.

¹⁷¹³ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

L'obligation de réserve interdit au salarié d'adopter une attitude ouvertement critique à l'égard des décisions de l'employeur, que cette nécessité soit ou non stipulée au contrat de travail. Cette obligation trouve ses limites dans la liberté d'expression du salarié (art. L. 461-1 C. trav.) ou dans l'exercice de son droit de retrait (art. L. 231-8 C. trav.).

L'employeur est protégé *lato sensu* par la bonne foi propre au contrat de travail. C'est cette obligation qui oblige le salarié à s'abstenir de faire connaître à des tiers des informations concernant l'entreprise et qui présenteraient un caractère confidentiel¹⁷¹⁴. Elle fait partie de son contenu obligationnel. L'employeur peut cependant vouloir aller plus loin pour prévenir un certain nombre de risques voire d'incertitudes. Il peut alors être tenté de faire souscrire aux salariés une clause leur interdisant de divulguer certaines informations. La clause de confidentialité oblige alors ceux qui l'ont souscrite à ne pas communiquer à des tiers les informations recueillies au cours de la négociation ou de l'exécution d'un contrat¹⁷¹⁵. Par sa stipulation, l'employeur exerce un contrôle sur la diffusion d'informations sensibles pour l'entreprise¹⁷¹⁶ : le silence peut être imposé aux salariés en cas d'information protégée, mais doit être organisé de manière à respecter leur liberté d'expression. Dans tous les cas, le caractère confidentiel de l'information visée doit être apprécié au regard de l'intérêt de l'entreprise¹⁷¹⁷.

403 – Devoir de non concurrence – Même si ce devoir peut tempérer le principe de liberté professionnelle¹⁷¹⁸ à valeur constitutionnelle, le salarié doit s'abstenir d'exercer une activité concurrente à celle de son employeur ou s'interdire de commettre des agissements susceptibles de porter préjudice à son employeur. Le cas échéant, une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave pourra être envisagée. La chambre sociale a jugé que *« le salarié ayant, alors qu'il était au service de son employeur et sans l'en informer, créé une société dont l'activité était directement concurrente de la sienne, avait manqué à son obligation de loyauté (...) ces faits sont constitutifs d'une faute grave »*¹⁷¹⁹.

Afin de renforcer la sécurité juridique et d'éviter les actions contentieuses, on peut imaginer insérer au contrat une clause d'exclusivité. Cette clause a pour finalité d'interdire aux salariés l'exercice de toute autre activité, concurrentielle ou non, pendant l'exécution du contrat de

¹⁷¹⁴ Soc., 28 mai 1972, 2^{ème} esp., *Dr. soc.*, 1973, p. 305, obs. J. Savatier.

¹⁷¹⁵ CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

¹⁷¹⁶ V. LECLERC (O.), « *Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail* », *Droit social*, fév. 2005, pp. 173-180.

¹⁷¹⁷ *Idem*.

¹⁷¹⁸ Cons. Const., n° 83-156 DC du 28 mai 1983, 173-180.

¹⁷¹⁹ Soc., 9 juil. 2014, pourvoi n° 13-12.423.

travail. Elle bute cependant sur le principe de liberté du travail qui a pour objet la liberté d'engagement du salarié pour vivre tel qu'il l'entend. Initialement le décret d'Allarde de 1791 en posait le principe fondateur en soutenant qu'« *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon* ».

404 – Devoir de loyauté pendant la suspension du contrat de travail - Durant un arrêt-maladie, la jurisprudence affirme régulièrement que l'arrêt de travail suspend le contrat. Ainsi, il y a déloyauté dès lors que sont constatés préjudice pour l'employeur et caractère intentionnel.

Le préjudice ne peut être présumé : il doit donc être certain, ou évident. C'est la solution donnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 2015 qui précise que « *l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté, à moins que l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail cause un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise* »¹⁷²⁰. Une solution qui avait déjà été adoptée lors d'un arrêt du 12 octobre 2011 où le juge précisait que « *pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise* »¹⁷²¹. Dans le même temps, le juge indique que l'exercice d'une activité pour le compte d'une société concurrente cause nécessairement un préjudice à l'employeur.

Tel ne sera pas le cas si le salarié a participé durant ses arrêts de travail à des rallyes automobiles, comme pilote, ce qui était incompatible avec sa maladie professionnelle touchant à ses deux mains, sans caractériser le préjudice qui aurait résulté de cette activité de loisir pour l'employeur¹⁷²². Il n'y a pas préjudice non plus si le salarié en arrêt-maladie a « *apporté son concours à une activité de vente sur les marchés exercée par son épouse et non concurrente de celle exercée par son employeur* »¹⁷²³.

L'élément moral est déterminant. Pour qu'il y ait manquement à l'obligation de loyauté, il faut que le salarié, jouissant de toutes ses facultés mentales, ait eu la volonté de l'accomplir en dehors de toute contrainte. Dans un arrêt du 16 mai 2007, l'élément moral était caractérisé par le fait « *qu'ayant relevé qu'entre le 6 mars 2003 et l'ouverture intervenue le lendemain de la fin du préavis, le salarié, alors qu'il était toujours au service de son employeur, avait pris*

¹⁷²⁰ Soc., 28 janv. 2015, pourvoi n° 13-18.354.

¹⁷²¹ Soc., 12 oct. 2011, pourvoi n° 10-16.649, publié au bulletin.

¹⁷²² Soc., 16 oct. 2013, pourvoi n° 12-15.638.

¹⁷²³ Soc., 12 oct. 2011, pourvoi n° 10-16.649, publié au bulletin.

*toutes les dispositions nécessaires pour la conception, l'implantation, l'agencement d'un magasin, s'était procuré des produits auprès des mêmes fournisseurs que ceux de la société Pacific Pêche et avait procédé sur les lieux aux informations de la population sur l'ouverture prochaine de ce magasin avec la spécification de son objet, identique à celui de l'employeur, la cour d'appel en a exactement déduit l'existence d'un manquement à l'obligation de loyauté caractérisant une faute lourde du salarié ».*¹⁷²⁴

Cette jurisprudence doit probablement inviter l'employeur à insérer des clauses contractuelles visant à éliminer l'appréciation du juge, et mettant en garde le salarié. Le contrat y gagnera en performance, dans la mesure où il éludera ainsi un certain nombre de risques.

c) Lors de la rupture du contrat

405 – Position du problème - La rupture du contrat de travail dissout les rapports contractuels entre employeur et salarié. Elle est le fait d'un consentement mutuel, d'une résiliation unilatérale, d'une résolution judiciaire pour faute grave, ou de l'effet de certains événements (force majeure, décès, cessation de l'entreprise, etc.). Aux fins de protection de l'intérêt de l'employeur, la loyauté semble pouvoir essentiellement s'organiser dans le cadre d'une rupture par consentement mutuel ou d'une résiliation unilatérale.

406 – Clause de non concurrence – Cette clause est aussi appelée clause de non-réembauchage ; elle prévoit qu'« *un salarié s'interdit, lors de son départ de l'entreprise, de s'engager chez un concurrent ou de s'établir à son compte* »¹⁷²⁵. Elle n'existe que si elle est stipulée.

Cette clause n'est pas spécifique aux contrats de travail. On la trouve aussi dans les contrats de cession de fonds de commerce. Également appelée *clause de non-rétablissement*, elle figure généralement dans le contrat de vente d'un fonds de commerce ou artisanal ou de cession d'une clientèle civile par laquelle le vendeur ou le cédant s'engage à ne pas exercer une activité identique ou semblable à celle de l'acheteur ou du cessionnaire, au moins pendant une période et dans un périmètre déterminés, limites auxquelles est subordonnée la validité de la clause¹⁷²⁶. Si le vendeur est une personne morale, cette interdiction pèse non seulement sur

¹⁷²⁴ Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-40.062.

¹⁷²⁵ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

¹⁷²⁶ CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

elle mais aussi sur son dirigeant ou sur les personnes qu'il pourrait interposer pour échapper à ses obligations¹⁷²⁷.

De la même manière, cette clause peut organiser une obligation de non-concurrence à charge du salarié ; il peut s'agir d'une clause du type : « Compte tenu de la nature de ses fonctions, Mme X., s'interdit, en cas de résiliation du présent contrat, quelle qu'en soit la cause, à n'importe quel moment, d'entrer au service d'une entreprise fabriquant ou vendant des articles pouvant concurrencer ceux de la société, de s'intéresser directement ou indirectement et sous quelque forme que ce soit à une entreprise de cet ordre ». Ce type de stipulation pose un certain nombre de problèmes. Est-elle illimitée dans le temps ? Quelle zone géographique concerne-t-elle ? Quels types d'emploi et de statut concerne-t-elle ? Le salarié obtient-il une contrepartie financière ? etc. Tout comme les clauses de non-rétablissement, leur validité a été, de manière prétorienne, subordonnée à un certain nombre de conditions cumulatives. Au final, le salarié peut se prévaloir de la nullité de la clause si l'une des conditions n'est pas réunie.

La clause doit être conclue à durée déterminée. Ainsi, pour ne pas nuire au principe de liberté du travail, elle ne peut pas s'appliquer pour une durée indéterminée¹⁷²⁸. C'est ce dont il ressort de l'arrêt *Dyneff* du 13 juillet 2010 où le juge a, pour la première fois, affirmé que « *le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci, doit être réputée non écrite. En l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement* »¹⁷²⁹. C'est aussi ce qui avait été précisé dans un arrêt du 13 juin 2007 : « *Dans le cas de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par un salarié tenu à l'observation d'une clause de non-concurrence, l'employeur doit, en l'absence de fixation par le contrat ou la convention collective des modalités de renonciation au bénéfice de cette clause, notifier dans un délai raisonnable qu'il renonce à son application* »¹⁷³⁰.

¹⁷²⁷ Com., 24 mai 2005, pourvoi n° 02-19.704, publié au bulletin.

¹⁷²⁸ La durée est en général de 24 mois maximum.

¹⁷²⁹ Soc., 13 juil. 2010, pourvoi n° 09-41.626, publié au bulletin.

¹⁷³⁰ Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 04-42.740, publié au bulletin.

La clause doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise¹⁷³¹ et des parties au contrat. Ainsi, le juge soutient que « *la clause de non-concurrence, dont la validité est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière, est stipulée dans l'intérêt de chacune des parties au contrat de travail, de sorte que l'employeur ne peut, sauf stipulation contraire, au cours de l'exécution de cette convention, renoncer unilatéralement à cette clause* »¹⁷³². Dans cette affaire, l'employeur avait renoncé à la clause en avril 2010, avant le licenciement en juin 2010. Le contrat était encore en cours d'exécution alors que la clause précisait que l'employeur pouvait renoncer au bénéfice de l'obligation de non-concurrence au plus tard dans les huit jours suivant la notification de la rupture du contrat de travail. La dite clause était prévue pour une durée de vingt-quatre mois. Le salarié, considérant que la renonciation était intervenue avant le délai prévu, réclama la contrepartie financière promise. La Cour d'appel fit partiellement droit à sa demande en lui accordant une indemnité d'une année. L'employeur forma alors un pourvoi, tout comme le salarié. L'un soutenant que sa renonciation devait valoir pour la totalité de la durée de la clause, tandis que l'autre tentait de faire juger que la renonciation devait être dépourvue de tout effet. C'est le pourvoi du salarié qui fut accueilli par la chambre sociale. Cependant, dans ce même arrêt du 11 mars 2015, on notera qu'un tempérament a été posé par la Cour de cassation qui souligne que « *l'employeur ne peut, sauf stipulation contraire, renoncer unilatéralement à cette clause, au cours de l'exécution de cette convention* »¹⁷³³. Il s'agit alors de l'avoir expressément prévu lors de la conclusion du contrat de travail. A défaut, seule une volonté réciproque permet d'y renoncer.

La notion d'espace doit être envisagée de façon extensive. Ce dernier, sous peine de nullité, doit en l'occurrence être précisément défini (ville, département, région). Une première définition de cette notion d'espace a été posée par l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 9 novembre 2015. Il est désormais fait référence à l'espace professionnel, matérialisé en l'espèce par le secteur professionnel. Les juges considèrent que « *la clause de non-concurrence empêchait seulement M. C. d'exercer sur le territoire français et pendant un an seulement des fonctions identiques au service d'une entité qui exerce une activité de travail temporaire, mais qu'elle ne l'empêchait pas de retrouver le même emploi de directeur ou manager, y compris sur le plan international, dans un autre domaine d'activité que le travail temporaire* »¹⁷³⁴. La Cour de cassation ne l'a pas encore défini. On peut imaginer que l'espace dématérialisé (internet) puisse nécessiter un certain nombre d'arbitrages.

¹⁷³¹ Par exemple protéger des informations confidentielles, tels les secrets de fabrique et secret professionnel.

¹⁷³² Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-22.257, publié au bulletin.

¹⁷³³ *Ibidem*.

¹⁷³⁴ CA Lyon, 9 nov. 2015, n° 14/06.409.

La clause doit prévoir une contrepartie financière versée au salarié. Celle-ci est due, quel que soit l'auteur de la rupture du contrat, employeur ou salarié. La liberté contractuelle prévaut. Cette contrepartie est souvent proportionnelle au salaire mensuel ; comprise entre 25 % et 50 %, elle est librement décidée par les parties : « *Dès lors qu'il n'est pas dérisoire, le montant de la contrepartie financière est sans incidence sur la prise en compte des spécificités de l'emploi par la clause de non-concurrence* »¹⁷³⁵. Ainsi, dans cet arrêt du 31 mars 2016, et pour un salarié expert-automobile avec quatre années de salariat dans l'entreprise, a-t-il été jugé licite une clause de non concurrence d'une durée d'un an et limitée au territoire de la Corse, comportant une contrepartie financière s'élevant au quart du salaire moyen des six derniers mois.

407 – Thèse de la rupture efficiente – Cette clause de non concurrence est valide au sens de l'économie du droit. Il ressort de la *thèse de la rupture efficiente* que si une partie contractante peut réaliser un gain, en rupture de contrat initialement conclu, tout en dédommageant intégralement le cocontractant frustré, cette inexécution est souhaitable et mérite le soutien du juge¹⁷³⁶. La contrepartie financière versée au salarié relève de l'indemnisation de l'encadrement de la liberté professionnelle.

2) Protection des intérêts du salarié

La protection de la partie faible au contrat est au cœur de la régulation de la relation de travail. Elle concerne des situations extraordinaires, comme le harcèlement moral, mais aussi des situations ordinaires, tel que le respect dû à chacun des salariés. L'institution de certaines règles éthiques ne peut qu'inciter ensuite le salarié à donner le meilleur de lui-même au regard de la performance qui en est attendue.

a) Le contrat comme objet d'éthique

408 – Hypothèse - L'institution de la protection de l'intégrité du salarié est garantie par le contrat de travail. Elle matérialise la prise de conscience qu'une approche éthique du travail est légitime. Cette approche relève de deux logiques. La première, légale, répond au principe selon lequel, du fait de son travail, le salarié s'expose à de nouveaux risques physiques et

¹⁷³⁵ Soc., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-29.865.

¹⁷³⁶ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 178.

psychiques. La seconde, volontariste, relève de la certitude selon laquelle le comportement éthique profite aux deux parties au contrat.

L'engagement du salarié, sous la direction et le contrôle de l'employeur, constitue une menace pour son intégrité : « *Le droit du travail s'est d'abord développé comme droit protecteur des ouvriers. Subordonnés à leur employeur, et exposés à des machines dangereuses, ils ne pouvaient plus être jugés responsables de leur propre sécurité* »¹⁷³⁷. Cette prise de conscience n'est pas nouvelle ; on peut rappeler que les conditions d'utilisation importante de la main d'œuvre enfantine et féminine dans les usines de textile a pu choquer au XIX^e siècle. Le *Tableau de l'Etat physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de laine, de coton et de soie*, publié en 1840 par le Dr. Villermé, a fortement contribué à mettre en place des dispositions venant contrer des libertariens, tout au moins des libéraux très attachés à l'exercice de leur droit de propriété. Ce rapport « *va choquer les contemporains, inquiets de cette présence d'organismes faibles dans un monde physiquement et moralement hostile* »¹⁷³⁸. La lecture de quelques extraits éclaire ; la réalité qu'elle expose ne serait plus supportée dans notre société contemporaine. Ainsi, parlant des ouvrières des industries de la soie, il indique que « *leur métier passe pour fort dangereux ; elles succombent, dit-on, jeunes encore, aux maladies de poitrine, surtout à la phthisie pulmonaire. (...) Elles travaillent dans des ateliers bas humides, non aérés, et au milieu de poussière qu'elles font soulever et respirent* »¹⁷³⁹. A cela s'ajoutent des conditions financières insuffisantes pour assurer leur sécurité économique. Ainsi, dans l'industrie lainière, « *beaucoup de filles abandonnent souvent leur atelier dès six heures du soir, au lieu d'en sortir à huit, et vont parcourir les rues dans l'espoir de rencontrer quelque étranger, qu'elles provoquent avec une sorte d'embarras timide. (...) On dit qu'elle va faire son cinquième quart de journée. (...) on éprouve un sentiment pénible, à voir de très jeunes filles dont la taille n'annonce pas plus de douze à treize ans, s'offrir le soir aux passants* »¹⁷⁴⁰.

409 – Protection légale - La loi du 22 mars 1841 va introduire une série de restrictions pour l'emploi des enfants¹⁷⁴¹. Face à son inefficacité, seule la loi du 19 mai 1874 améliorera

¹⁷³⁷ SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2016, p. 113.

¹⁷³⁸ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 51.

¹⁷³⁹ VILLERME (L R), *Tableau de l'Etat physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de laine, de coton et de soie*, Paris, Jules RENOARD et C^{ie} Libraires, Tome premier, 1840, p. 347.

¹⁷⁴⁰ *Idem*, p. 226.

¹⁷⁴¹ Dans les usines à « moteur mécanique » il devient interdit de travailler avant l'âge de 8 ans ; de 8 à 12 ans, la journée ne doit pas compter plus de huit heures de travail ; de 12 à 16 ans, la limite est portée à 12 heures. Il est prévu de ne pas faire travailler la nuit avant l'âge de 13 ans et les enfants de moins de 12 ans doivent suivre une scolarité. Cette législation sera marquée par son ineffectivité : non appliquée, sans compter la faiblesse des sanctions pécuniaires.

considérablement leur protection¹⁷⁴². Diverses lois du travail suivront¹⁷⁴³. On retiendra celle du 2 novembre 1892 aux vertus universalistes, puisque la protection des femmes sera alignée sur celle des enfants. La protection juridique ainsi instituée lui confèrera une dimension sociale.

C'est une promotion de l'éthique sans cesse accentuée et renouvelée qui marquera les décennies suivantes. Les dispositions des articles L. 4121-1 et s. C. trav. viendront consacrer les positions de l'activité interprétative du droit. On notera désormais que « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels ; 2° Des actions d'information et de formation ; 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés* »¹⁷⁴⁴.

Ces textes consacrent une position extensive de l'obligation patronale de sécurité. L'imprévision est prise en compte ; ainsi, l'employeur doit veiller « *à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances* »¹⁷⁴⁵ ; il doit « *planifier la prévention* »¹⁷⁴⁶ mais aussi « *prendre des mesures de protection collective* »¹⁷⁴⁷ tout en évaluant « *les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs* »¹⁷⁴⁸. Plus encore, et au-delà des responsabilités conférées par l'exercice de ses droits de propriété, « *lorsque dans un même lieu de travail les travailleurs de plusieurs entreprises sont présents, les employeurs coopèrent à la mise en œuvre des dispositions relatives à la santé et à la sécurité au travail* ». La jurisprudence joue un rôle non négligeable. Avec l'arrêt *Eternit* du 28 févr. 2002, elle a consacré le concept d'obligation de sécurité de résultat en soutenant « *qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en*

¹⁷⁴² Sauf dispositions dérogatoires, l'âge du travail ne pourra être inférieur à 12 ans. Des inspections seront mises en œuvre.

¹⁷⁴³ Loi du 28 mars 1882, Loi du 2 nov. 1892, loi du 9 août 1936, ordonnance du 6 janv. 1959, etc.

¹⁷⁴⁴ C. trav., art. L. 4121-1.

¹⁷⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁴⁶ C. trav., art. L. 4121-2, al. 7.

¹⁷⁴⁷ C. trav., art. L. 4121-2, al. 8.

¹⁷⁴⁸ C. trav., art. L. 4121-3.

préserver »¹⁷⁴⁹. Dans cette espèce, une salariée ayant œuvré pour la société *Eternit* pendant dix années avait été reconnue atteinte d'une asbestose professionnelle entraînant un taux d'incapacité de 10 % porté à 25 %.

410 – Régime de responsabilité cumulative - Au soutien de cette protection instituée, le législateur a étendu la question de la protection du salarié à l'employeur en tant que personne morale.

Désormais « *les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* »¹⁷⁵⁰. Il y aura infraction qu'il y ait intention de commettre un crime ou un délit, ou non. Les dispositions de l'article L. 121-3 C. pén. précisent que « *il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ». Depuis le 1^{er} janvier 2006, cette responsabilité n'exclut pas celle des personnes physiques, auteurs ou complices des mêmes faits répréhensibles (C. pén. art. L. 121-2 *al.* 3). Un régime de responsabilité cumulatif est né : « *La jurisprudence n'a pas hésité à la faire jouer en présence d'infractions commises par des délégataires de pouvoir, ceux-ci pouvant être considérés comme les représentants de l'employeur personne morale* »¹⁷⁵¹.

411 – Nouveaux risques - L'évolution du travail, la fin de la période des Trente Glorieuses et la crise endémique frappant la plupart des pays européens ont fait apparaître de nouveaux risques physiques et psychiques.

La précarisation du travail notamment a des conséquences sur la santé des travailleurs : « *Ces troubles se traduisent par une souffrance pouvant parfois conduire jusqu'au suicide. Outre cette souffrance, ce phénomène a un coût non seulement pour les victimes, mais aussi pour la sécurité sociale et l'entreprise* »¹⁷⁵². Économiquement, elle pèse directement sur la performance du travailleur et de l'entreprise. Un auteur met en évidence que les salariés

¹⁷⁴⁹ Soc., 28 fév. 2002, pourvoi n° 99-18.389, publié au bulletin.

¹⁷⁵⁰ C. pén., art. L. 121-2.

¹⁷⁵¹ PETIT. (F.), *Droit du travail : les relations individuelles*, Gualino, 1^{ère} éd., 2017, p. 90-91.

¹⁷⁵² LEROUGE (L.), « *Les effets de la précarité du travail sur la santé : le droit du travail peut-il s'en saisir ?* », Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé, pistes.revues.org, 2009.

concernés « ont été beaucoup plus souvent arrêtés pour maladie au cours des douze derniers mois et admettent souvent consommer des médicaments ou accroître leur consommation d'alcool ou de tabac à cause de leurs soucis professionnels. D'autres enquêtes montrent que désormais tous les niveaux hiérarchiques de l'entreprise sont touchés par la consommation de substances liées à l'alcool, aux stupéfiants et aux psychotropes. L'ensemble de ces comportements conduit à une dégradation de l'état de santé »¹⁷⁵³. Cette dégradation accroît les risques supportés par les parties prenantes ; elle a un coût pour les entreprises, en raison des conséquences sur leur fonctionnement (absentéisme, turnover, perte de productivité, démotivation, défaillance de la qualité, conflits plus nombreux à gérer, etc.)¹⁷⁵⁴. Les risques psychiques se révèlent aggravés par certains modes de management par le stress pouvant être la conséquence de conduites peu éthiques de la part de l'employeur ou les dépositaires de son autorité. Le harcèlement moral est particulièrement visé. Celui-ci apparaît comme « une répétition, un phénomène s'étendant sur la durée et, sur le plan subjectif, de la personne se disant harcelée ; il semble impliquer un sentiment de disqualification ou de mépris du travail et des compétences, ainsi qu'une mise à l'écart »¹⁷⁵⁵. Ce déni de reconnaissance de la personne au travail entraîne de manière évidente un désengagement de l'employeur et du salarié dans l'exécution de leurs obligations.

412 – L'éthique au soutien de la prévention des risques - L'obligation patronale de sécurité a permis de mettre en place un cadre juridique protégeant les travailleurs. Au regard des divers risques qu'encourt l'employeur (financiers, juridiques), il se révèle insuffisant. Aussi il semble qu'il doive être associé à une prise en compte « rationnelle » de l'éthique au travail.

L'article L. 1152-1 C. trav. dispose qu'« aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ». Trois éléments permettront de caractériser le délit : l'existence d'agissements répétés, intentionnels ou non, et occasionnant une dégradation des conditions de travail. Une dégradation des conditions de travail doit être susceptible de causer un dommage au salarié, soit en portant atteinte à ses droits et à sa dignité, soit par une altération de sa santé physique ou mentale, soit par la compromission de son avenir professionnel. Ces effets peuvent être ou non cumulatifs.

¹⁷⁵³ *Idem*, n° 27.

¹⁷⁵⁴ *Idem*, n° 28.

¹⁷⁵⁵ SANCHEZ-MAZAS (M.), « Enjeux éthiques et socialité au défi dans le phénomène du harcèlement psychologique », *Éthique publique*, vol. 11, n° 2, 2009, n° 4.

La question qui est souvent soumise au juge relève de l'appréciation du manquement à l'obligation patronale de sécurité. Si la rupture du contrat de travail peut être l'une des conséquences¹⁷⁵⁶, « *une cour d'appel alloue à bon droit des sommes distinctes correspondant au préjudice résultant, d'une part, de l'absence de prévention par l'employeur des faits de harcèlement et, d'autre part, des conséquences du harcèlement effectivement subi* »¹⁷⁵⁷. L'employeur est responsable des faits qui sont commis par ses préposés ou représentants : « *Tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, l'employeur manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel (arrêt n° 1, pourvoi n° 08-44.019), ou de violences physiques ou morales (arrêt n° 2, pourvoi n° 08-40.144), exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements* »¹⁷⁵⁸.

Afin de prévenir ces risques juridiques, ou d'accroître l'incitation de la sanction à prévenir la faute inexcusable de l'employeur, son engagement peut aller au-delà de la prise en compte des obligations légales. Par son action militante, il peut endogénéiser le comportement éthique en promouvant l'élaboration de mécanismes de protection collective. Ainsi, « *la production d'une charte éthique ou d'un code de conduite dans une organisation, peut impliquer un processus participatif au niveau local qui n'est pas envisageable dans le cadre de la confection d'une loi* »¹⁷⁵⁹. Elle engagera l'employeur et ses préposés dans un processus d'amélioration collective de la relation du travail. Les bénéfices seront pluriels : protection des salariés, amélioration de la performance du contrat, dilution des risques juridiques.

413 – Hypothèse valide au sens de l'économie du droit - Économiquement, c'est bien de la productivité du salarié, mais aussi de la valeur ajoutée créée par l'entreprise dont il est aussi question. Les hommes s'investissent d'autant mieux qu'ils se sentent reconnus ; inscrit dans la durée, le comportement éthique restaure un lien de confiance entre employeur et salarié qui se révèle être une condition même de l'efficacité. Plus spécifiquement, le changement éthique relève d'une incitation qui « *comble la préférence d'au moins un individu sans compromettre celle d'aucun autre* »¹⁷⁶⁰. En l'occurrence, le salarié voit sa satisfaction

¹⁷⁵⁶ La prise d'acte notamment, en raison des faits que le salarié reproche à son employeur. Cette prise d'acte, peut ensuite entraîner les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués par le salarié la justifiaient, ou à défaut, celles d'une démission.

¹⁷⁵⁷ Soc., 19 nov. 2014, pourvoi n° 13-17.729.

¹⁷⁵⁸ Soc., 3 fév. 2010, pourvoi n° 08-44.019.

¹⁷⁵⁹ SANCHEZ-MAZAS (M.), préc., n° 43.

¹⁷⁶⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 64.

renforcée, sans qu'elle nuise à l'employeur. Si le modèle du choix rationnel intègre l'éthique, on peut alors considérer que ce changement constitue un gain de Pareto.

Juridiquement, « *la certitude du droit ne tolère pas qu'on laisse trop de place à la discrétion du juge* »¹⁷⁶¹. La bonne foi que promeut le contrat permet de limiter son risque d'intrusion, tout en encadrant les « *formes d'opportunisme inédites* »¹⁷⁶². Le contrat agit alors efficacement pour protéger le salarié.

b) L'éthique comme objet du contrat

414 – Exigence de bonne foi - L'obligation de loyauté sort renforcée de l'autorité du juge, ainsi que des consécutions issues de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Le droit codifié étend tout d'abord l'application de la bonne foi à la négociation. L'article 1112 C. civ. *al.* 1 (*nouv.*) dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». De cette obligation naît la consécration de l'obligation précontractuelle d'information¹⁷⁶³. Par ailleurs, lors de l'exécution du contrat, le juge peut sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, même si l'obligation de loyauté ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus entre les contractants¹⁷⁶⁴.

Ensuite, il convient de définir la portée de l'exigence de bonne foi. Le juge n'a pas eu à ce jour à traiter de contentieux du travail liés à des contrats conclus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée. Au regard du souci de performance, il serait tentant de le voir faire évoluer sa neutralité à l'égard de l'exécution d'obligations invoquées de mauvaise foi, qui jusqu'à lors, restait obligatoire. Ce revirement pourrait aller jusqu'à la réécriture ou la suppression de certaines clauses du contrat de travail. Il pourrait aussi sanctionner l'inconstance du contractant. On note, à ce titre, la reconnaissance du *principe de cohérence* par la Cour de cassation qui lui donne déjà force et autorité en matière commerciale¹⁷⁶⁵ ou en

¹⁷⁶¹ *Idem*, p. 172.

¹⁷⁶² *Ibidem*.

¹⁷⁶³ C. civ., art. L. 1112-2 : « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ».

¹⁷⁶⁴ Com., 10 juil 2007, *D.* 2007. 2839, note Ph. Stoffel-Munck ; Com., 8 nov. 2016, pourvoi n° 14-29770.

¹⁷⁶⁵ Com., 20 sept. 2011, pourvoi n° 10-22.888, publié au bulletin.

droit des sociétés¹⁷⁶⁶. En raison notamment de la respectabilité de la force de travail, l'extension du champ d'application de ce principe pourrait amener la chambre sociale à agir de même en matière de contentieux du travail. Cette position renforcerait la portée d'une éthique contractuelle fondée sur la fraternité et la solidarité¹⁷⁶⁷ : le contrat de travail serait, plus encore, envisagé comme « *le creuset de l'intérêt commun des parties et le siège d'une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires* »¹⁷⁶⁸. La sanction par le juge de l'incohérence d'actes juridiques de l'employeur, allant au-delà des comportements processuels, serait alors source d'insécurité juridique.

415 – L'éthique est bonne pour l'économie du contrat - Si le « devoir de coopération et d'abnégation »¹⁷⁶⁹ limite les coûts de transaction, il est un élément mis au service de l'économie du contrat. Dans cette logique, l'éthique instituée nourrit la qualité de la relation de travail et s'avère profitable à la productivité du contrat.

La prévention des abus permet de limiter un renforcement des servitudes qui nuit à la libération du travail, autant qu'à sa productivité. Lorsque le droit des obligations institue dès la conclusion du contrat le *vice de violence*, il protège le salarié : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* »¹⁷⁷⁰. Comment imaginer qu'un salarié abusé dès la conclusion du contrat en nourrisse l'économie ? « *Souvent il y a négociation, mais elle n'est pas libre, car rien n'a pu être pris en compte par l'employeur des attentes du salarié* »¹⁷⁷¹ souligne le Pr. Judith Rochfeld. L'entreprise est un lieu de combinaison de ressources¹⁷⁷² qui détermine en partie son avantage concurrentiel. L'évolution du droit des obligations contribue à renforcer la protection du salarié.

¹⁷⁶⁶ CA Paris, 24 mai 2011, n° 10/09.266 : annulation d'une délibération d'assemblée de porteurs de titres décidant simultanément de l'augmentation de la rémunération des dirigeants, de la réduction de charges et de la rupture de la période d'essai d'un salarié.

¹⁷⁶⁷ L'obligation de reclassement du salarié, l'assistance à sa reconversion, le respect d'un délai de prévenance relèvent de ce principe.

¹⁷⁶⁸ MAZEAUD (D.), « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », dans Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz-PUF-J.-Cl, 1999, p. 603.

¹⁷⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁷⁰ C. civ., art. 1143 (*nouv.*).

¹⁷⁷¹ Conférence AFDT *Réforme du droit des contrats et droit du travail*, 28 avr. 2017, Ministère des Affaires sociales, présidence par M. Gérard Couturier, intervention de Mme Judith Rochfeld, Professeure à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, premiers commentaires de Gilles Auzero, Professeur à l'Université de Bordeaux et Lucas Bento de Carvalho, Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour.

¹⁷⁷² Ressources matérielles, financières, réputationnelles, d'information, humaines, etc.

Le travailleur salarié en est au cœur de la chaîne de valeur. Il convient donc de conforter l'élément subjectif du contrat qui nourrit sa relation interpersonnelle avec l'employeur : le respect de sa dignité vient matérialiser cette nécessité. Ainsi, a-t-il pu être jugé que « *l'atteinte à la dignité de son salarié constitue pour l'employeur un manquement grave à ses obligations. Viole en conséquence les articles L. 1222-1 du code du travail ensemble les articles 1134 et 1184 du code civil la cour d'appel qui, pour débouter le salarié de sa demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, énonce que si l'employeur ne conteste pas avoir tenu à son égard, au cours d'un entretien, des propos indéliques aux termes desquels il lui reprochait de dégager des odeurs nauséabondes en évoquant "une gangrène, une incontinence", ces faits ne justifient pas à eux seuls la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur* »¹⁷⁷³.

416 – La protection du salarié peut devenir une ambition - Si les exigences portées par le *devoir* de bonne foi permet de sécuriser la pérennité du contrat, tout au moins le respect des intérêts des contractants, il convient désormais de l'envisager comme une *opportunité* : « *La rançon de l'autonomie concédée au professionnel, c'est l'engagement sans faille qui est exigé de lui, c'est une loyauté qui va bien au-delà des strictes obligations contractuelles* »¹⁷⁷⁴. Cette affirmation permet alors d'envisager l'exigence d'éthique comme projet.

§2) L'opportunité d'éthique

417 – Position du problème - La performance de l'entreprise est souvent réduite à une approche purement rationnelle. Sa vision la plus restrictive est probablement celle portée par l'assomption du risque, et matérialisée par le taux de retour sur capitaux investis. Si celui-ci a aujourd'hui un caractère éthiquement « garanti » pour les porteurs de titres, c'est bien parce que les autres parties prenantes internes à l'entreprise ont perdu en sécurité : « *Les actionnaires ne sont plus des créanciers résiduels mais des créanciers abrités* »¹⁷⁷⁵. La libéralisation des marchés financiers a accentué la prégnance de cette nouvelle donne puisque, de celle-ci, sont nées des entreprises dont l'objet social est uniquement de financer les États ou les économies¹⁷⁷⁶.

Si le capitalisme financier avait, à l'origine, une noble ambition, celle de faciliter l'allocation de l'épargne à moindre coût là où elle était le plus utile, il n'en reste pas moins qu'il a

¹⁷⁷³ Soc., 7 fév. 2012, pourvoi n° 10-18.686.

¹⁷⁷⁴ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 105.

¹⁷⁷⁵ CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 32.

¹⁷⁷⁶ *Holdings*, fonds de retraite par capitalisation (fonds de pension), etc.

entraîné de fait, la création d'institutions privées ayant en retour des exigences uniquement focalisées sur la rentabilité. Centrées sur la performance financière, ces entreprises à l'esprit « entrepreneurial » singulier n'ont d'autre objet social que de voir croître leur valeur ajoutée économique, l'*Economic Value Added (EVA)*¹⁷⁷⁷, d'une année sur l'autre. Alors que ces institutions étaient là pour financer la protection sociale mutualisée, on la voit se démanteler et ériger en nouvelle légitimité un système assurantiel, source d'inégalités. Alors que la performance globale de l'entreprise se révèle être « *l'agrégation des performances économiques, sociales et environnementales* »¹⁷⁷⁸, le capitalisme financier la réduit à l'EVA avec pour effet de réduire l'humain à un simple facteur de production. Le contrat de travail redevient alors un contrat de louage de services.

Cette vision, centrée sur le court terme, semble particulièrement nuisible aux États et à l'avenir même des entreprises qui la portent. En l'absence de régulation, les dérives qu'elle porte peuvent être accentuées par la réaffirmation du principe de liberté contractuelle que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 semble renforcer. Avant cette réforme, la liberté contractuelle avait déjà rang de principe à valeur constitutionnelle puisque, dans sa décision du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel précisa que « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* »¹⁷⁷⁹. De ces postulats, naissent un certain nombre de questions. En particulier, comment garantir que l'acceptation du contrat par le salarié soit réelle et non présumée ? Le contrat ne porte-t-il pas en lui le risque de devenir une *entrave* librement consentie ? Que peut-il être mis en œuvre pour garantir que le consentement ne soit pas forcé et que la liberté contractuelle serve l'économie du contrat ?

¹⁷⁷⁷ L'EVA mesure la valeur créée pour l'actionnaire en comparant le coût moyen pondéré des capitaux engagés et le retour sur le capital investi. $EVA = \text{Capital Investi} \times (\text{ROIC} - \text{WACC})$; ROIC : (*Return On Invested Capital*) Retour sur le capital investi ; WACC : (*Weight Average Cost of Capital*) Coût moyen pondéré du capital. Du fait des différences entre normes comptables internationales (*système américain US Gaap, système international IASB, système européen IFRS* ; en général les systèmes anglo-saxons substitue la « juste valeur » des éléments du patrimoine au principe des « coûts historiques » des pays civilistes) les actionnaires se focalisent sur la variation de l'EVA (Delta EVA). Une entreprise raisonne rationnellement ainsi : on peut imaginer un projet permettant *a priori* de dégager un bénéfice net d'exploitation après impôt de 240 millions par an. Elle s'interroge sur la nécessité d'investir. Elle le fera uniquement si l'EVA prévisionnelle est positive. Le bénéfice est de 240 millions. Elle évalue le coût du capital si elle veut investir 2 milliards. Le financement de l'investissement devant provenir en partie des banquiers et des actionnaires, elle estime le WACC (Coût Moyen Pondéré du Capital) à 10%. Ceci donne 200 millions de coût des capitaux investis. En déduisant les 200 millions de coût des capitaux investis des 240 millions de bénéfices, il se dégage une Valeur Ajoutée Economique (EVA) de 40 millions. Elle évalue ensuite, annuellement son évolution pour calculer le Delta EVA. La rationalité est ici maximale. Plusieurs facteurs sont déterminants pour augmenter l'EVA : réduire les charges d'exploitation (le coût du travail en fait partie), réduire les charges liées aux prélèvements obligatoires (les cotisations sociales par exemple), installer la société-mère dans un paradis fiscal (pour réduire l'impôt sur les bénéfices), etc.

¹⁷⁷⁸ DOHOU (A.), BERLAND (N.), « *Mesure de la performance globale des entreprises* », *Congrès de l'Association Francophone de Comptabilité, Poitiers*, 2007, p. 3.

¹⁷⁷⁹ Cons. const., 13 juin 2013, décision n° 2013-672 DC, *al. 6.*, loi relative à la sécurisation de l'emploi.

Face à l'inéluctabilité de ces évolutions, il convient d'opposer des régulations. En tant qu'outil de régulation décentralisé, l'entreprise au sens large semble pouvoir jouer un rôle déterminant. Pour y donner corps, elle doit entrevoir l'éthique comme une opportunité qui a les moyens de s'instiller dans tous les domaines de la relation de travail. Si elle trouve naturellement à s'appliquer dans le cadre de la relation individuelle du travail (A), face au processus de conventionnalisation du droit, il convient aussi de l'envisager *lato sensu* dans celui des relations collectives (B).

A) Relations individuelles et volonté d'éthique

418 – La volonté d'éthique - L'environnement économique et juridique des entreprises s'est considérablement transformé ces dernières années. L'exigence de compétitivité amène parfois les dirigeants à surestimer les bénéfices espérés du principe de rationalité : un « jeu d'acteurs » basé sur les égoïsmes ne peut avoir d'efficacité qu'à court terme et nuire à l'économie générale du contrat. Il en résulte par ailleurs des tensions éminentes avec la vocation protectrice du droit du travail.

Pourtant, la plupart des sociétés restent contraintes à l'innovation permanente ; elles se doivent de promouvoir les attitudes collaboratives et coopératives des salariés. Ces transformations requièrent un éminent souci de transparence, de meilleure « gouvernance » de l'entreprise. L'article L. 1112-1 C. civ. (*nouv.*) témoigne de cette nécessité ; lors des négociations précontractuelles, « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ».

En l'occurrence, exercer la rationalité au travers du prisme de la bonne foi, permet d'opérer des choix en prenant en compte l'intérêt réciproque des cocontractants. La « volonté d'éthique », en ce qu'elle peut, au-delà des dispositions d'ordre public être provoquée, traduit alors cet engagement de l'employeur au profit de l'économie du contrat. Elle s'avère stratégique, dans la mesure où le comportement non coopératif d'un contractant, s'il est profitable pour lui tout en nuisant à l'autre, relève du « dérapage »¹⁷⁸⁰, puisque l'économie du contrat, en tant que solution gagnante pour tous, se trouve malmenée.

¹⁷⁸⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 62.

1) Lors de la conclusion du contrat

419 – Position du problème - L'engagement d'éthique commence dès la conclusion du contrat. Il est d'autant plus nécessaire que « *l'encadrement juridique du recrutement est faible. La liberté de l'employeur prévaut* »¹⁷⁸¹. En outre, la volonté d'éthique se doit d'être réciproque puisque « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* »¹⁷⁸². On relèvera trois domaines dans lesquels la volonté d'éthique aura particulièrement à jouer. Celui de l'obligation d'information, celui des clauses interdites et celui de la négociation du contrat.

420 – L'obligation d'information – Le caractère d'exécution successive du contrat impose un échange d'informations dont la nature et le contenu sont juridiquement encadrés. L'employeur ne peut user de ses subordinations juridique et économique pour collecter des informations qui auraient d'autres finalités que celle d'apprécier la capacité du futur salarié à occuper tel ou tel emploi. Certaines investigations sont mêmes interdites comme le fait « *de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée* »¹⁷⁸³.

Réciproquement, le candidat doit s'obliger à répondre de bonne foi aux demandes de l'employeur. Cependant, « *la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol. Elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* »¹⁷⁸⁴. Au soutien de cette solution, on cite cette espèce selon laquelle un directeur de l'aéroport de Limoges avait été embauché en novembre 2011 avec un CV impressionnant¹⁷⁸⁵ alors qu'il n'était qu'un usurpateur multirécidiviste. Même si dans le cadre de son activité, à aucun moment, l'usurpateur ne fut pris en défaut, l'employeur ne l'aurait jamais engagé s'il avait connu la réalité du CV. La question est donc de savoir si la manœuvre frauduleuse relève du *dolus malus*¹⁷⁸⁶. C'est ainsi que « *ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui prononce la nullité d'un*

¹⁷⁸¹ DUVERNAY (F. E.), « *Calculer ou débattre ?* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Antoine JEAMMAUD, Dalloz, déc. 2005, p.87.

¹⁷⁸² C. civ., art. 1104 (nouv.)

¹⁷⁸³ C. trav., art. L. 1225-1.

¹⁷⁸⁴ Soc., 30 mars 1999, pourvoi n° 96-42.912, publié au bulletin.

¹⁷⁸⁵ Ancien officier, pilote de chasse, ingénieur de l'ENAC.

¹⁷⁸⁶ Le *dolus malus* est le véritable dol : il s'agit d'une tromperie par laquelle l'un des contractants provoque chez l'autre une erreur, en l'absence de laquelle le contrat n'aurait pas été conclu ; V. CORNU (G.) (sous dir. de). – Vocabulaire juridique, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017.

contrat de travail pour dol, en retenant que l'analyse graphologique des documents manuscrits que le salarié avait fait parvenir à son employeur lors de l'embauche, et qui étaient écrits, non de sa main, mais de celle de son épouse, avait déterminé la décision de l'engager, sans constater que si les documents avaient été écrits de la main de l'intéressé, il était évident que l'employeur n'aurait pas contracté »¹⁷⁸⁷. Par ailleurs, le dol ne se présume pas : il doit être prouvé par l'employeur. Cette position semble justifiée au regard des dispositions de l'article L. 1112-1 C. civ. ; l'emploi de l'adverbe « toutefois » laisse cependant une certaine marge d'appréciation au juge : il doit veiller à un certain équilibre entre l'obligation d'informer et celle de se renseigner.

Ce respect mutuel se voit renforcé par la nécessité de porter à la connaissance du salarié les éléments essentiels du contrat tels que le lieu de travail, sa durée, les éléments de rémunération et les conventions ou accords régissant son statut collectif¹⁷⁸⁸. L'obligation d'information s'avère par exemple prégnante en ce qui concerne la mobilité. Même en l'absence de stipulation contractuelle, l'employeur peut se prévaloir de l'existence d'une telle mobilité « *à la condition que le salarié ait été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance* »¹⁷⁸⁹. Cette information relève du devoir d'information générale prévu à l'article L. 1112-1 C. civ. (*nouv.*) : information connue d'une des parties, déterminante du consentement et légitimement ignorée du cocontractant. On ne sait comment cette disposition sera interprétée par le juge, mais il n'est pas exclu qu'elle entraînera probablement une évolution de la jurisprudence.

421 – Clauses interdites - Il serait illégal d'user de la position dominante de l'employeur pour inclure au contrat des clauses interdites. Il peut s'agir d'une clause portant atteinte à une liberté¹⁷⁹⁰, clause attributive de juridiction¹⁷⁹¹, clause compromissaire¹⁷⁹², clause

¹⁷⁸⁷ Soc., 5 oct. 1994, pourvoi n° 93-43615, publié au bulletin.

¹⁷⁸⁸ C. trav., art. R. 2262-1 : « *L'employeur :*

1° *Donne au salarié au moment de l'embauche une notice l'informant des textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;*

2° *Tient un exemplaire à jour de ces textes à la disposition des salariés sur le lieu de travail ;*

3° *Met sur l'intranet, dans les entreprises dotées de ce dernier, un exemplaire à jour des textes ».*

¹⁷⁸⁹ Soc., 27 juin 2002, pourvoi n° 00-42.646, publié au bulletin.

¹⁷⁹⁰ Sont par exemple interdites par exemple les clauses de célibat dans la mesure où celles-ci portent atteinte au droit fondamental qu'est le droit au mariage. Il ressort par exemple de l'arrêt Soc., 7 fév. 1968, pourvoi n° 65-40.622 que « *la clause de célibat insérée dans le contrat de travail d'une assistance sociale rurale, restrictive du droit au mariage et de la liberté du travail, est d'une portée exceptionnelle. En l'absence de justification de nécessités impérieuses, tirées de la nature des fonctions ou de leurs conditions d'exercice, les juges du fond peuvent allouer les indemnités de rupture à une assistante, congédiée au moment de son mariage en application d'une telle clause* ».

¹⁷⁹¹ Seuls les contrats de travail internationaux peuvent déroger à l'interdiction des clauses attributives de juridiction. Pour cela, le contrat doit avoir la qualité d'un contrat de travail international et comporter une

discriminatoire¹⁷⁹³, clause de préconstitution de motif de licenciement¹⁷⁹⁴, clause de départ à la retraite¹⁷⁹⁵, etc.

La volonté d'éthique vient s'ajouter à celle de sécuriser juridiquement le contrat. Il peut être précieux d'éviter, dès sa conclusion, tout risque de contentieux que le juge prud'homal serait amené à apprécier. Le cas échéant, si la clause illicite a été déterminante pour la formation du contrat, celui-ci *peut* être annulé dans son intégralité, notamment s'il y a eu rupture de la relation de travail avant l'action en nullité. L'article L. 1178 al.1 C. civ. (nouv.) dispose que la nullité n'est cependant pas automatique : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ». Le contrat invalide n'est donc pas automatiquement nul : il ne le devient que si le juge prononce cette sanction ou si les parties la consentent d'un commun accord.

À l'inverse, si la clause n'a pas été déterminante pour la conclusion du contrat, elle sera alors dépourvue d'effet. Elle pourra être remplacée par les dispositions d'ordre public auxquelles elle contrevenait, sans que le contrat soit pour autant annulé dans son intégralité. Ce peut être le cas si la relation de travail continue, soit parce que le contrat est toujours exécuté, soit parce qu'il est rompu mais comporte des clauses se mettant en œuvre au jour de sa rupture. Autrement dit, le reste du contrat perdure et se révèle opposable aux parties qui l'ont conclu. Cette solution répond de la *théorie moderne de la nullité* : l'article L. 1179 C. civ. (nouv.) dispose que « *la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* ». Cette théorie abandonne le critère de gravité du vice au profit de l'intérêt protégé par la règle violée. La pérennité de la relation de travail semble relever d'un intérêt suffisant à protéger.

stipulation renonçant de façon non équivoque au privilège de juridiction des tribunaux français (Soc., 1er mars 1989, pourvoi n° 85-46.006).

¹⁷⁹² L'arbitrage extrajudiciaire est impossible ; C. trav., art. L 511-1 : « *Les conseils de prud'hommes, juridictions électives et paritaires, règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Ils jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti.* ».

¹⁷⁹³ C. trav., art. L .123-2.

¹⁷⁹⁴ Soc., 14 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.371 : « *Aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement. Il appartient au juge, dans l'exercice du pouvoir qu'il tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail d'apprécier si la non-réalisation des objectifs constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement* ».

¹⁷⁹⁵ C. trav., art. L. 122-14-12.

Le problème peut s'avérer prégnant du fait de la libération des marchés financiers. On notera combien le choc des cultures a été important lorsque le groupe américain *Tesla* a racheté en 2016 la firme *Grohmann*, PME allemande spécialisée dans la production de machines pour automobiles. Le syndicat *IG Metall* a menacé de grève le fabricant de véhicules électriques qui ne voulait pas accorder de convention collective à ses nouveaux salariés. *IG Metall* n'ignorait pas que le constructeur était déjà sous le feu de critiques de la part du syndicat américain de l'automobile *UAW*, qui lui reprochait « *d'interdire par contrat à ses salariés de s'exprimer publiquement sur leur conditions de travail* »¹⁷⁹⁶. Ces stipulations portent atteinte à la liberté constitutionnelle d'expression. Ainsi, « *les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. Cette expression a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise. Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression, ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement* »¹⁷⁹⁷.

422 – Négociation du contrat - La question de la négociation du contrat est déterminante en matière d'éthique. Cette affirmation relève *a minima* du postulat posé par l'article L. 1112 C. civ. al. 1 : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Nonobstant son statut collectif, le contrat de travail a un caractère nécessairement individuel qui n'est évidemment pas contesté par l'École de l'autonomie de la volonté¹⁷⁹⁸. De ce principe qui gouverne la plus grande partie du droit positif des contrats, on perçoit une vision extensive de la négociation, qui va au-delà des dispositions de l'article L. 1112 C. civ. ; il ressort qu'il ne serait pas respectueux de la part de l'employeur d'user de sa subordination pour ne pas se soumettre à la première de ses obligations : celle de négocier réellement les stipulations contractuelles.

Juridiquement, cette nécessité est d'autant plus prégnante que le salarié bénéficie d'un régime d'ordre public protecteur de ses intérêts, auquel le travailleur indépendant n'a pas droit. Si l'employeur fait le choix de recourir au travailleur salarié et non au travailleur indépendant, il doit s'obliger à mettre en œuvre une négociation qui soit plus que présumée. Économiquement, celle-ci peut s'avérer même indispensable lorsque l'employeur cherche à

¹⁷⁹⁶ BOUTELET (C.), « *Le patron de Tesla découvre le dialogue social à l'allemande* », *Le Monde*, Économie & Entreprise, 22 avr. 2017, p. 5.

¹⁷⁹⁷ C. trav., art. L. 461-1.

¹⁷⁹⁸ Ou « École autonomiste ».

recruter des profils de salariés particuliers : les clauses de rendement en témoignent. La volonté d'éthique peut s'imposer d'elle-même.

Cependant, tous les employeurs ne traitent pas d'égal à égal avec leurs futurs salariés, qui ne sont pas tous des profils rares et recherchés. Certains d'entre eux, peu scrupuleux, abusent de leur position dominante. Le contrat n'en sera alors pas librement formé et sa force obligatoire pourra nécessiter d'être assouplie, au profit de la partie faible. C'est pour cela que la *théorie du solidarisme contractuel* doit, en principe, s'imposer à tous les contrats afin que les intérêts réciproques soient réellement pris en compte. L'économie du contrat ne pourra que s'en trouver renforcée.

C'est une vision dynamique de la notion de « bonne foi » que doit alors porter la négociation des clauses relatives au socle contractuel. Il conviendra notamment de prendre en compte les intérêts légitimes de l'autre partie, sans les imposer, tel que cela pourrait se faire en matière de contrat d'adhésion. Certaines sont plus « sensibles » que d'autres : clauses de confidentialité, clauses de dédit-formation, clauses de mobilité, peuvent entraîner un contentieux qui sera préjudiciable à l'économie du contrat. Les négocier par anticipation permet alors d'éviter les sources de conflit. Il ressort de l'arrêt du 2 avril 2014 qu'« *un salarié qui refuse un déplacement s'inscrivant dans le cadre habituel de son activité d'assistant chef de chantier commet un manquement à ses obligations contractuelles ne constituant pas nécessairement une faute grave. Ne donne pas de base légale à sa décision, la cour d'appel qui déclare le licenciement fondé sur une faute grave sans s'expliquer sur les faits invoqués par le salarié qui faisait valoir que ses précédentes affectations étaient toutes dans l'est de la France et que la durée prévisible de la mutation ne lui avait pas été précisée, ni caractériser sa volonté délibérée de se soustraire à ses obligations contractuelles* »¹⁷⁹⁹. L'employeur lui reprochait ses refus successifs d'affectation sur deux chantiers d'autoroute, le premier en Gironde et le second dans les Pyrénées-Atlantiques. Il est probable qu'une négociation précontractuelle faite de bonne foi aurait réglé cette question.

De la même manière, la *clause de dédit-formation*, par laquelle le salarié s'engage à rester au service de l'employeur pendant un délai déterminé, doit répondre à un certain nombre de conditions qui, en l'absence de négociation, sera source de litiges. Par exemple, en ce qui concerne la faculté de démissionner, a été censurée une clause de dédit-formation obligeant le salarié à rembourser à l'employeur l'intégralité de ses frais de formation si ceux-ci dépassaient la somme de 1829,39 euros, sans prévoir aucune limite quant à l'ancienneté du

¹⁷⁹⁹ Soc., 2 avr. 2014, pourvoi n° 12-19.573, publié au bulletin.

salarié dans l'entreprise ou à celle des formations reçues par rapport à la date de son départ¹⁸⁰⁰.

423 – Remarque conclusive - De façon générale, si le droit commun des contrats prévoit que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* »¹⁸⁰¹, la liberté contractuelle est un objet de la bonne foi. L'article L 1104 C. civ. (*nouv.*) affirme qu'elle s'applique désormais à tout le processus contractuel¹⁸⁰² : à présent, « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* »¹⁸⁰³. Cette disposition est d'ordre public.

Au regard des dispositions de l'article L. 1183 C. civ. (*nouv.*) le principe reste incertain : « *Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé* ». Un certain formalisme doit être respecté puisque *l'interpellation interrogatoire* doit être exercée par écrit. Son domaine reste cependant restreint, puisque la cause de nullité doit avoir cessé.

2) Lors de l'exécution du contrat

424 – Position du problème - La volonté d'éthique touche le cœur de la subordination juridique : les pouvoirs de direction et de contrôle, mais aussi de sanction. Cet engagement est d'autant plus nécessaire que « *l'économie moderne, dans son courant dominant, réduit la hiérarchie à une relation contractuelle* ».¹⁸⁰⁴

Au travers de l'exercice de ses pouvoirs, l'employeur exerce une éminente responsabilité : celle de conduire de manière efficace et intègre la marche générale de l'entreprise ; dans ce cadre, la manière de mettre en œuvre le pouvoir de direction est déterminante pour la performance de l'entreprise. Le rapport *Bien être et efficacité au travail* remis au Premier ministre en février 2010 « *en appelait à l'implication de la direction générale et de son conseil d'administration (...) : l'évaluation de la performance doit intégrer le facteur humain*

¹⁸⁰⁰ V. CA Versailles, 2 déc. 2003, n° 03/1505.

¹⁸⁰¹ C. civ., art. L. 1102 (*nouv.*)

¹⁸⁰² Et non seulement lors de l'exécution comme le mentionnait l'art. 1134 C. civ. (*anc.*)

¹⁸⁰³ C. civ., art. L. 1134 (*nouv.*)

¹⁸⁰⁴ DUVERNAY (F. E.), « *Calculer ou débattre ?* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Antoine JEAMMAUD, Dalloz, déc. 2005, p. 96.

et donc la santé des salariés »¹⁸⁰⁵. Si le bonheur, né d'une pratique éthique de la subordination, ne fait pas l'objet d'un droit, il n'en reste pas moins que les salariés seront éminemment réactifs aux conditions de son développement. Elle agit alors comme une *incitation* à la performance. En cela, l'engagement d'éthique au cours de l'exécution du contrat de travail se révèle déterminant.

a) Éthique et pouvoir de direction

425 – Le droit au bonheur comme ambition - L'exercice du pouvoir de direction est indifféremment à la source, ou un effet du contrat de travail : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* »¹⁸⁰⁶. Le salarié est placé sous la subordination juridique de l'employeur.

Concomitamment, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir, l'employeur a des devoirs : devoir d'attention et d'équité, obligation patronale de sécurité, affirmation du droit à la santé, droit au bonheur du salarié, etc. Le droit du travail évolue progressivement vers un « *droit des personnes dans l'entreprise (...) qui s'inscrit dans un mouvement global d'émergence et de reconnaissance des droits fondamentaux de la personne, tant à l'échelle internationale, que dans les espaces nationaux* »¹⁸⁰⁷. De sources légale et jurisprudentielle, l'émergence de ce droit rend opposable à l'employeur l'exercice des libertés individuelles du salarié. Il reconnaît l'individualité de la personne au travail et vise à lui assurer une vraie dignité.

L'acte d'engagement de l'employeur n'est que rarement désintéressé. C'est pourquoi il dépendra souvent du degré d'utilité qu'il apportera aux parties affectées par l'action. De la théorie utilitariste de Bentham, on retient que « *toute action, quelle qu'en soit la nature, soit approuvée ou désapprouvée en fonction de sa tendance à augmenter ou à réduire le bonheur des parties* »¹⁸⁰⁸. La recherche de bien-être au travail peut être la déclinaison concrète de ce principe en droit social. Si les conséquences de l'action sont une base permettant de juger de son utilité, le droit au bonheur n'apparaît pas *a priori* comme une finalité mais comme un *moyen* au service de l'économie du contrat.

¹⁸⁰⁵ DUVERNAY (F. E.), préc., p. 356.

¹⁸⁰⁶ C. civ., art. L. 1194 (*nouv.*)

¹⁸⁰⁷ TRUDEAU (G.), « *En conclusion... Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail* », Droit social, n° 1, janv. 2010, p. 76-77.

¹⁸⁰⁸ GAURIAU (B.), dans « *Un droit au bonheur* », Droit social, n° 4, avr. 2012, p. 355, cite BENTHAM dans son ouvrage de 1780 intitulé *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Il s'agit d'une action intéressée au contraire de la vision désintéressée de Kant.

426 – Le harcèlement comme contradiction - De nombreux arrêts traitent de cette question. Ainsi « *ne commet pas d'agissements pouvant laisser présumer un harcèlement moral, l'employeur qui prend les mesures nécessaires à la prévention d'un (...) risque professionnel, conformément à l'obligation de sécurité de résultat à laquelle il est tenu* »¹⁸⁰⁹. A l'inverse, « *l'existence d'un harcèlement moral suppose des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits du salarié et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »¹⁸¹⁰. Cependant, au soutien du principe selon lequel la volonté d'éthique est déterminante pour la compétitivité de la firme, on notera que le contexte jurisprudentiel se durcit puisque désormais « *la simple possibilité d'une dégradation des conditions de travail de la victime suffit à consommer le délit de harcèlement moral* »¹⁸¹¹. Elle peut même empêcher la poursuite du contrat de travail¹⁸¹².

L'inertie de l'employeur face à une situation de souffrance au travail provoquée par un conflit entre collègues ou un climat de tensions, constitue un manquement à son obligation de sécurité, susceptible d'empêcher la poursuite du contrat de travail. C'est ce qu'ont rappelé trois arrêts rendus par la Cour de cassation en juin 2017¹⁸¹³, à propos de salariés ayant décidé d'agir sur le terrain de la résiliation judiciaire de leur contrat, aux torts de l'employeur. Cette évolution prétorienne, profitable au salarié, doit inciter l'employeur à faire preuve de mesure. Si son absence est source de contentieux, l'éthique de responsabilité consiste en premier lieu à assumer les conséquences prévisibles de ses actes¹⁸¹⁴. Parmi elles, on note que si un système de nature coercitive peut éliminer les mauvaises conduites, il entraîne dans le même temps une faible adhésion des collaborateurs aux buts et valeurs de l'organisation¹⁸¹⁵. Cette absence de coopération inhibe la performance du contrat.

b) Éthique et pouvoir de contrôle

427 – Le contrôle, une notion extensive - Le pouvoir de contrôle est polysémique. Selon les cas, il est objet de l'éthique ou porte l'éthique en objet.

¹⁸⁰⁹ Soc., 15 mars 2011, pourvoi n° 09-72.541.

¹⁸¹⁰ Soc., 19 janv. 2011, pourvoi n° 09-67.463.

¹⁸¹¹ Crim., 6 déc. 2011, pourvoi n° 10-82.266.

¹⁸¹² Soc., 22 juin 2017, pourvoi n° 16-15.507.

¹⁸¹³ Soc., 22 juin 2017, pourvoi n° 16-15.507 ; Soc., 8 juin 2017, pourvoi n° 16-10.458 ; Soc., 21 juin 2017, pourvoi n° 15-24.272.

¹⁸¹⁴ BENAYOUN (A.), *L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?*, Auteurs Du Monde, 2014, p. 192.

¹⁸¹⁵ Idem, p. 193

Le contrôle est d'abord hiérarchique puisque l'employeur a le droit de contrôler les actes de ses subordonnés pendant le temps de travail. Cette prérogative est possible à la condition qu'il respecte trois règles. Tout d'abord justifier d'un intérêt légitime à la mise en place de la surveillance : la surveillance des salariés doit être justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché. L'employeur doit ensuite consulter le comité d'entreprise sur le projet de mise en œuvre d'un dispositif de contrôle des salariés et les informer, avant la mise en œuvre de la surveillance, de ses modalités : les informations obtenues en violation de ces règles ne constituent pas des preuves valables et ne peuvent donc justifier ni sanction, ni licenciement ; « *Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal. Constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve ainsi obtenu l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel* »¹⁸¹⁶. Dans cet arrêt, *La Poste* avait cherché à confondre une factrice qui ouvrait des courriers d'usagers au mépris du secret et de l'intégrité attachés aux correspondances confiées. Le contrôle de l'employeur ne peut enfin le conduire à s'immiscer dans la vie personnelle de son salarié. Il ressort d'un arrêt du 7 avril 2016 « *que le respect de la vie privée interdit à l'employeur de s'immiscer dans les relations personnelles du salarié en divulguant des informations dont il a eu connaissance à l'occasion de la relation de travail, (...) que lorsque le salarié possède, sur son lieu de travail, outre une messagerie électronique professionnelle, une messagerie dédiée à son usage personnel, l'employeur ne peut, sans violer l'intimité de la vie privée du salarié, se connecter à cette messagerie et prendre connaissance des courriels figurant dans la boîte de réception, (...) que si l'employeur peut toujours consulter, dans la messagerie professionnelle du salarié, les courriels qui n'ont pas été identifiés comme personnels, il ne peut toutefois en faire usage si leur contenu relève de la vie privée sans l'accord de ce dernier* »¹⁸¹⁷.

Le pouvoir de contrôle oblige ensuite l'employeur à respecter de façon scrupuleuse les règles qu'il édicte lui-même dans le cadre de son pouvoir réglementaire. Il ressort d'un arrêt du 2 mars 2011¹⁸¹⁸ que lorsque le règlement intérieur prévoit des conditions particulières pour la vérification des objets transportés et la fouille des personnes, l'employeur doit s'y conformer. Comme conséquence de cette solution de jurisprudence, il ne peut se prévaloir de la preuve obtenue par la fouille du sac d'une salariée s'il ne respecte pas les dispositions du règlement intérieur.

¹⁸¹⁶ Soc., 4 juil. 2012, pourvoi n° 11-30.266, publié au bulletin ; V. Soc., 19 nov. 2014, pourvoi n° 13-18.749.

¹⁸¹⁷ Soc., 7 avr. 2016, pourvoi n° 14-27.949 ; V. Soc., 26 janv. 2016, pourvoi n° 14-15.360.

¹⁸¹⁸ Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-68.546.

Plus encore, le contrôle recèle l'éthique en son sein, dans la mesure où on l'envisage au titre de l'obligation de sécurité (C. trav. art. L. 4121-1). L'employeur doit alors veiller à ce que l'organisation et les conditions de travail n'altèrent pas la santé de ses salariés, ce qui inclut le maintien d'un climat de travail serein¹⁸¹⁹. Si une situation de souffrance au travail a été décelée, et que l'employeur a échoué sur le terrain de la prévention, il doit s'obliger à réagir et apporter les correctifs adaptés, sans quoi il sera sanctionné au titre d'un manquement à son obligation légale.

c) Éthique et pouvoir disciplinaire

428 – Un pouvoir hégémonique - Dans le cadre de l'exercice du pouvoir de sanction, l'exigence d'éthique sera d'autant plus nécessaire que certains employeurs peuvent considérer que le pouvoir disciplinaire est un outil de gestion de la performance du salarié. Si ceux, parmi les plus performants, peuvent mériter récompense, d'autres, qui le sont moins, seront probablement exposés au droit disciplinaire. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt *Polliet et Chausson* du 16 juin 1945, resté célèbre en droit du travail. De cet arrêt, on rend consubstantiels le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de direction à la qualité de l'employeur : « *Contrairement au motif du jugement attaqué, cette faute ne résultait pas du seul fait que la mesure prise n'était pas prévue par un règlement intérieur, cette circonstance ne pouvant, en effet, priver le patron d'un pouvoir disciplinaire, inhérent à sa qualité, et dont il a la faculté en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur, de faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire* »¹⁸²⁰. Face à cette hégémonie du pouvoir de l'employeur, on peut s'interroger sur le fait que le plus grand de ses pouvoirs puisse s'adosser au plus grand nihilisme. Celui-ci s'accompagnerait d'une négation de toutes les valeurs, de l'exercice du doute à celui du jugement. Aussi, la loi borne-t-elle désormais ses prérogatives.

429 – Le devoir d'éthique comme première limite - Au soutien de cette démarche, « *c'est la question de savoir si sans le rétablissement de la catégorie du sacré qui a été détruite de fond en comble (...) nous pouvons avoir une éthique capable d'entraver les pouvoirs extrêmes que nous possédons aujourd'hui et que nous sommes presque forcés d'acquiescer et de mettre constamment en œuvre* »¹⁸²¹. Cette interrogation du philosophe Hans Jonas témoigne de l'évolution contemporaine de la norme en la matière.

¹⁸¹⁹ Soc., 22 juin 2017, pourvoi n° 16-15.507.

¹⁸²⁰ Soc., 16 juin 1945, *Polliet et Chausson*.

¹⁸²¹ JONAS (H.), *Le principe responsabilité*, Flammarion, 2014, p. 60.

430 – La norme fixée par le juge comme seconde limite – L’activité casuistique poursuit l’oeuvre de limitation du pouvoir de l’employeur. Elle témoigne notamment de l’importance du règlement intérieur. Ainsi, la Cour de cassation a précisé qu’aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée si elle n’est pas prévue par le règlement intérieur. Dans le même esprit, si le règlement intérieur ne fixe pas la durée maximale de la mise à pied disciplinaire, l’employeur ne peut prononcer ce type de sanction. Tel est l’apport d’un arrêt rendu le 26 octobre 2010¹⁸²². Important également, cet arrêt du 3 mai 2011¹⁸²³ rendant l’entretien obligatoire avant le prononcé d’un avertissement, lorsque le règlement intérieur subordonne précisément le licenciement au prononcé d’un ou plusieurs avertissements antérieurs. Le régime de la rétrogradation disciplinaire a également été précisé par deux arrêts du 28 avril 2011¹⁸²⁴ obligeant l’employeur à informer le salarié, lors de sa notification, de la possibilité de la refuser. En cas de refus, l’employeur pourra alors opter pour un licenciement à condition de convoquer le salarié à un entretien dans les deux mois suivants.

En matière de surveillance des salariés, deux arrêts admettent la possibilité de sanctionner pour faute grave des salariés dénigrant leur hiérarchie dans des mails envoyés via la messagerie professionnelle. Le 2 février 2011¹⁸²⁵, la Cour de cassation a en effet précisé que ces messages, en rapport avec l’activité professionnelle, ne peuvent être protégés par le secret des correspondances privées ; ils peuvent être retenus au soutien d’une procédure disciplinaire à l’encontre des salariés, notamment lorsqu’ils contiennent des propos insultants pour l’employeur. Enfin, un arrêt également daté du 2 février 2011¹⁸²⁶, admet que l’employeur puisse produire un enregistrement vidéo à l’encontre d’un salarié fautif dès lors que ce dernier avait été informé de son existence, peu important la finalité initiale de ce dispositif : « *Si l’employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l’activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin* »¹⁸²⁷.

Dernièrement, la Cour de cassation a consacré l’inscription des clauses de neutralité dans le règlement intérieur ou dans des notes de services qui en suivent le régime. Il ressort de l’arrêt du 22 nov. 2017¹⁸²⁸ que « *l’employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l’ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir dans le règlement intérieur de l’entreprise ou dans une note de service soumise aux*

¹⁸²² Soc., 26 oct. 2010, pourvoi n° 09-42.470, publié au bulletin.

¹⁸²³ Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464, publié au bulletin.

¹⁸²⁴ Soc., 28 avr. 2011, pourvoi n° 09-70.619 et soc., 28 avr. 2011, pourvoi n° 10-13.979, publiés au bulletin.

¹⁸²⁵ Soc., 2 févr. 2011, pourvoi n° 09-72.313.

¹⁸²⁶ Soc., 2 févr. 2011, pourvoi n° 10-14.263.

¹⁸²⁷ Soc., 2 févr. 2011, pourvoi n° 09-72.313.

¹⁸²⁸ Soc., 22 nov. 2017, pourvoi n° 13-19.855, publié au bulletin.

mêmes dispositions que le règlement intérieur, en application de l'article L. 1321-5 du Code du travail, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients ». On retrouve dans cet arrêt le rôle central du règlement intérieur. Cette solution rejoint le texte de l'article L. 1321-2-1 C. trav. (nouv.) selon lequel « le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ».

431 – Un pouvoir qui se transforme - Dans un contexte « où l'autorité de l'employeur n'apparaît pas tant dans la prescription de la tâche que dans les objectifs à atteindre »¹⁸²⁹ il semble difficile de mobiliser le personnel sous la menace de sanctions disciplinaires. Le potentiel d'innovation et de travail coopératif s'en trouverait manifestement obéré. On assiste ensuite à une mutation de l'exercice de ce pouvoir : « Le salarié qui n'atteint pas l'objectif fixé ne subit pas forcément un châtement, mais il sera privé de la récompense promise à ceux dont les résultats sont les plus satisfaisants »¹⁸³⁰. La rémunération devient un moyen de sanction déguisé, récompensant ainsi moins le temps de travail alloué que le résultat produit.

Cela questionne la répartition des risques entre employeur et salarié tout d'abord, puisque les garanties inhérentes à l'état de subordination apparaissent mises à mal par le poids des obligations de résultat à la charge du salarié. Le renversement de la charge de la preuve en matière de contrôle des objectifs ensuite, puisque les salariés vont devoir démontrer à l'employeur qu'ils ont bien rempli leurs missions. Pourtant, traditionnellement, le pouvoir de contrôle émane de l'employeur¹⁸³¹ ; en l'espèce, la preuve d'une faute disciplinaire peut être apportée par tout moyen loyalement mis en œuvre. L'employeur a même parfois le devoir de contrôler l'activité du salarié, si des risques inhérents sont rattachés à l'activité.

Consécutivement à la question de la charge de la preuve, la subjectivité de l'évaluation pose problème, dans la mesure où c'est plus la manière dont se comporte le salarié au sein de l'organisation qui va être évaluée, que le résultat lui-même. Enfin, de quelle manière peut être

¹⁸²⁹ ESCANDE-VARNIOL (M-C), PAULIN (J-F), « La performance du salarié confronté au droit du travail », Travail et Emploi n° 98, avr. 2004, p. 96.

¹⁸³⁰ *Idem*, préc., p. 101.

¹⁸³¹ V. Soc., 4 juil. 2012, pourvoi n° 11-30.266, publié au bulletin ; Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-42.090, publié au bulletin.

imputée la défaillance de la performance, dans la mesure où les organisations ont de plus en plus recours au travail coopératif, aux réseaux, dépendants eux-mêmes des moyens mis à disposition des salariés pour atteindre leurs objectifs.

432 – Un pouvoir dissonant - La volonté d'éthique s'accommode mal du pouvoir disciplinaire, que celui-ci concerne les sanctions ou l'absence de récompense de la piètre performance. La bonne foi est en effet exclusive de toute intention clivante ou malveillante. Elle est par contre habitée par l'exigence d'interrogation¹⁸³², par l'exercice de la mesure et par l'esprit de justice. Comportement normatif auquel les parties sont tenues de se conformer tout au long de la vie contractuelle, il est aisé de comprendre pourquoi la notion joue un rôle important en droit du travail. Le contrat de travail est, en effet, une convention à exécution successive, conclue *intuitu personae* ; la bonne foi contractuelle est la condition *sine qua non* de sa performance, sinon de sa pérennité. Elle commande à l'employeur de faire un usage loyal des pouvoirs qu'il détient. La performance est en jeu : il ne peut exister de collaboration utile et fructueuse pour l'économie du contrat sans l'établissement d'une confiance mutuelle entre les parties.

Au final, la régulation individuelle de la bonne foi contractuelle peut apparaître sous-dimensionnée. Une régulation vers un statut collectif de l'éthique semble alors nécessaire.

B) Relations collectives et volonté d'éthique

433 – Polysémie de la notion de responsabilité - La volonté d'éthique ne peut probablement toucher tous les salariés que si elle est portée par l'exigence d'une vision globale. Parmi les différents outillages juridiques (protocole préélectoral, principe de l'accord majoritaire, droit d'expression collective, etc.), on relève que la responsabilité peut être sociale et naître de la volonté de l'employeur de développer des attitudes responsables au sein de l'entreprise¹⁸³³ (promotion du travail comme liberté partagée¹⁸³⁴, droit au bonheur¹⁸³⁵, etc.). Cette « responsabilité » peut sembler éloignée du domaine juridique ; pourtant, elle exerce sur lui une réelle influence, dans la mesure où l'idéologie de la réparation en matière de du droit à la

¹⁸³² Par opposition au principe cartésien du doute, qui considère que « pour établir le vrai indubitable, nous devons d'après Descartes tenir tout ce qui d'une façon ou d'une autre peut être mis en doute comme étant équivalent au faux démontré » ; JONAS (H.), *Le principe responsabilité*, Flammarion, 2014, p. 85.

¹⁸³³ Dans leur ouvrage *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd., 2016, les auteurs GOND (J-P) et IGALENS (J) déclinent quatre modalités pour outiller la RSE : le *reporting* social, l'audit de la RSE, le conseil aux entreprises autour de la RSE, la GRH. C'est de ce dernier qu'émerge notre « volonté d'éthique ».

¹⁸³⁴ V. SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », *Droit social*, n° 9-10, sept.-oct. 1993.

¹⁸³⁵ V. GAURIAU (B.), « *Un droit au bonheur* », *Droit social*, n° 4, avr. 2012.

responsabilité ne cesse de se développer depuis deux siècles, alors même qu'un comportement fautif peut ne pas être identifié. Cette évolution doit être prise en compte par l'employeur, d'autant qu'il a souvent la solvabilité et la capacité de s'assurer.

La *théorie de la prévention* plaide pour un renouveau du rôle de la sanction et de prévention de la responsabilité civile. Considérant l'imprécision de la notion de faute¹⁸³⁶, vu l'imperfection du système de responsabilité civile à réagir aux dommages collectifs¹⁸³⁷, la prévention reste le meilleur rempart contre le risque juridique ; l'employeur pourrait, en effet, être simplement condamné pour ne pas avoir pris les précautions nécessaires (simple création d'un risque pour les tiers). C'est pourquoi est apparu le principe de précaution qui a été introduit dans le droit positif national par la loi du 2 février 1995 (Loi dite « loi Barnier»). Il peut enfin s'agir de l'obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par le texte qui les réprime¹⁸³⁸.

Sur le fondement de préoccupations citoyennes, sociales et sociétales, le concept de responsabilité s'est élargi aux initiatives portées par les entreprises ; aujourd'hui, « *cette responsabilité trouve quelques applications juridiques plus contraignantes* » dont « *il faut guetter les nouvelles concrétisations* »¹⁸³⁹. Elle reste un concept émergent et polysémique qui s'instille progressivement dans la norme. Au final, la responsabilité sociale relève à la fois d'une finalité (1) et d'un moyen à la disposition de la philosophie gestionnaire (2).

1) Éthique de responsabilité

434 – Définition - Appliquée à l'entreprise, l'éthique collective signifie que les décisions à prendre et les pratiques ne doivent pas uniquement reposer sur des considérations

¹⁸³⁶ PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, Les obligations 2018*, Dalloz, 10^e édition, p. 335 : La faute délictuelle n'est pas définie par le Code civil. Il distingue simplement la faute volontaire de la faute d'imprudence ou de négligence. Si Planiol a pu définir la faute comme « *la violation d'une obligation préexistante* », la doctrine s'accorde aujourd'hui à considérer que la faute est, et doit demeurer « *un standard susceptible de s'adapter aux hypothèses de fait les plus variées* » (*Ibidem*, p. 359). La responsabilité civile joue alors un rôle dans la prévention du risque dont on peut se demander si une telle fonction ne relève pas plutôt du droit pénal (infractions relatives à la mise en danger de la vie d'autrui à vocation préventive).

¹⁸³⁷ RADÉ (C.), « *Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ?* », dans *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2000. Le principe de précaution. p. 75 ; selon l'auteur, l'argent, chose fongible ne saurait que remplacer l'argent ; l'indemnisation ne remplace pas ce qui a été irrémédiablement perdu, mais elle compense le préjudice et permet à la victime de connaître d'autres satisfactions (p. 76).

¹⁸³⁸ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

¹⁸³⁹ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2015, p. 97-98. L'auteure cite les directives européennes imposant des démarches dans le sens de la RSE : parité (2002), biocarburants (2003), responsabilité environnementale (2003). Elle cite aussi l'art. L. 225-102-1 C. com. relatif aux conséquences sociales et environnementales qui doivent être traduites dans le rapport annuel de certaines sociétés (*al.* 5).

économiques et financières. Elle repose sur un principe selon lequel les décisions devront être habitées par des considérations morales car « *jamais l'existence ou l'essence de l'homme dans son intégralité ne doivent être mises en jeu dans les paris de l'agir* »¹⁸⁴⁰. Associé à ce principe d'éthique figure un exercice de la responsabilité, dans la mesure où l'employeur va s'obliger. Sa dimension est large, puisque l'ensemble des parties prenantes est concerné.

Cette vision amène l'observateur à décliner quelques-uns de ses points saillants en matière de droit du travail en général, et en matière d'exécution de contrat en particulier¹⁸⁴¹. Les thématiques qui ont trait à cette problématique sont nombreuses. On les classera en deux catégories : défensives et offensives.

a) Engagement défensif

435 – Consentement apparent - Il convient tout d'abord d'éluder « *le forçage du consentement du salarié* »¹⁸⁴² qui peut se révéler à la fois aussi peu protecteur qu'injuste : « *Avant même les juristes, les philosophes ont relevé que le consentement est devenu le principal critère de légitimité des actions. Le consentement peut presque tout faire* »¹⁸⁴³ dans un contexte où, notamment, l'autonomie du contrat prime sur la révision pour imprévision.

Alors qu'ils ne sont pas forcément d'accord, les travailleurs-salariés peuvent être contraints d'acquiescer, au mieux de consentir. Parfois, c'est par l'utilisation de la parole collective que le consentement individuel est ensuite obtenu (statut collectif du contrat). Les conventions de forfaits annuels en jours ou en heures sont mises en place par convention d'entreprise ou, à défaut, par une convention de branche. Le socle contractuel reste aussi impacté – parfois défavorablement - par le consentement collectif ; l'article L. 2254-2 C. trav. (*nouv.*) dispose : « *Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi, un accord d'entreprise peut : – aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ; – aménager la rémunération (...) – déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». Si les modifications contractuelles requièrent ensuite l'accord individuel du salarié puisque « *le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de*

¹⁸⁴⁰ JONAS (H.), *Le principe responsabilité*, Flammarion, 2014, p. 84.

¹⁸⁴¹ Ainsi, serait hors propos la question de la gestion de la rupture du contrat.

¹⁸⁴² En référence à l'article de Muriel FABRE-MAGNAN, « *Le forçage du consentement du salarié* », *Le Droit Ouvrier*, Juil. 2012, n° 768.

¹⁸⁴³ FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », *Le Droit Ouvrier*, juil. 2012, n° 768, p. 459.

l'application de l'accord »¹⁸⁴⁴, c'est une piètre protection dont il bénéficie. En cas de refus, l'employeur peut, en effet, engager à son encontre une procédure de licenciement reposant sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse¹⁸⁴⁵. Le consentement peut n'être qu'apparent. En réalité, « *il y a une certaine illusion à croire que le travailleur puisse, en pratique, refuser* »¹⁸⁴⁶ ou faire appel au juge au cours de l'exécution de son contrat.

La question du travail du dimanche est aussi emblématique. En droit, « *seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche* »¹⁸⁴⁷. Cette liberté est protégée par l'interdiction de discriminations à l'embauche ou pendant l'exécution du contrat. Il en est de même pour celles relatives au droit de vote ; l'employeur prend alors toute mesure pour permettre au salarié d'exercer son droit à la participation, au titre des différents scrutins qui seront organisés¹⁸⁴⁸. Dans le contexte de chômage de masse, il est permis, là encore, de douter de l'effectivité de ce texte. Le Pr. Muriel Fabre-Magnan affirme d'ailleurs que « *le principe de liberté a d'autant plus besoin d'être affirmé en théorie qu'il est violé en pratique* »¹⁸⁴⁹ quand le Pr. Judith Rochfeld souligne que « *souvent il y a négociation, mais que celle-ci n'est pas libre. Rien n'a pu être pris en compte par l'entreprise* »¹⁸⁵⁰.

436 – Protection légale, relative - C'est à la mesure de ces affirmations que l'on perçoit le caractère restreint de l'existence du consentement pour le droit commun des obligations. Il ressort de l'article L. 1129 C. civ. (nouv.) que « *conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat* »¹⁸⁵¹. Un acte valable requiert donc d'être simplement sain d'esprit. Le forçage du consentement peut alors relever du vice de violence, puisque le consentement n'est pas libre lorsqu'il est contraint par la violence. L'article L. 1142 C. civ. (nouv.) dispose que « *la violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers* » quand l'article L. 1143 C. civ. (nouv.) dispose : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». La

¹⁸⁴⁴ C. trav., art. L. 2254-2, III. al. 2.

¹⁸⁴⁵ C. trav., art. L. 2254-2, V.

¹⁸⁴⁶ RODIERE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Manuel, 2e éd., 2002, n° 491.

¹⁸⁴⁷ C. trav., art. L. 3132-25-4, al. 1.

¹⁸⁴⁸ C. trav., art. L. 3132-25-4, al. 6.

¹⁸⁴⁹ FABRE-MAGNAN (M.), préc., p. 461.

¹⁸⁵⁰ Propos de Judith ROCHFELD, Conférence AFDT « *Réforme du droit des contrats et droit du travail* », 28 avr. 2017, Ministère des Affaires sociales, présidence par Gérard COURTURIER.

¹⁸⁵¹ V. Civ., 1^{re}, 20 oct. 2010, pourvoi n° 09-13.635, publié au bulletin.

jurisprudence comme l'article L. 1140 C. civ.¹⁸⁵² commandent de faire une appréciation *in concreto* de la violence.

Le consentement obtenu du travailleur par abus d'état de dépendance semble défendable (art. L. 1143 C. civ.) si l'employeur a obtenu du salarié un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte, et qu'il en a tiré un avantage manifestement excessif. Il semble cependant illusoire que le salarié, compte tenu de sa fragilité économique, veuille obtenir la nullité du contrat de travail alors qu'il désire souvent l'inverse, sa pérennité.

437 – Éthique de protection - En droit du travail, on peut considérer que la loi intervient alors pour garantir la sécurité juridique des cocontractants et les inviter au comportement loyal. La violence économique est désormais consacrée et étendue à travers la notion d'abus d'état de dépendance, ce qui permet de dissiper sa faible fréquence en jurisprudence¹⁸⁵³.

Cette volonté de protection peut aussi être portée par la représentation collective des salariés, qui, à l'inverse, peut « forcer » le consentement de l'employeur. Son rôle sera alors de créer des conditions d'encadrement des pouvoirs de l'employeur contre des actes, au demeurant légaux, mais éthiquement contestables. La mise en place de protocoles y contribue.

b) Engagement offensif

438 – Définition - L'engagement au profit d'une éthique de responsabilité peut aussi permettre d'allouer à la collectivité des salariés de nouveaux droits. L'action responsable concernera à la fois l'action entreprise, mais aussi la façon de la réaliser. La question du pouvoir normatif émerge alors.

439 – Le télétravail comme ambition - Sur le fond, l'employeur peut poursuivre son œuvre d'engagement en adaptant l'exercice de ses pouvoirs aux exigences nouvelles portées par les salariés. Ainsi, « depuis les années 2000, la position des syndicats français a très nettement évolué sous la pression des salariés soucieux d'un meilleur équilibre vie professionnelle et vie

¹⁸⁵² C. trav., art. L. 1140 : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ».

¹⁸⁵³ Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, pourvoi n° 98-15.242, publié au bulletin ; Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, pourvoi n° 00-12.932, publié au bulletin : « Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui annule pour violence ayant vicié le consentement, la cession par une personne à son employeur de ses droits d'auteur sur un dictionnaire conçu et réalisé par elle, sans constater que, lors de la cession, cette personne était menacée par le plan de licenciement et que son employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre et, par suite, sans relever une exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne ».

personnelle, et en particulier les jeunes générations un peu étonnées de devoir faire tous les matins une heure de transports en commun bondés pour se rendre en entreprise et s'asseoir devant le même ordinateur qu'à la maison »¹⁸⁵⁴. Le Pr. Jean-Emmanuel Ray témoigne ainsi d'analyses sociologiques qui expliquent que les salariés désirent accéder à une triple autonomie : professionnelle, technique, organisationnelle¹⁸⁵⁵. A ce titre, dans un contexte de globalisation et d'évolution des formes d'organisation du travail, le télétravail¹⁸⁵⁶ prend de l'ampleur. Il peut se définir comme « toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication »¹⁸⁵⁷.

Son développement ne semble pouvoir être mis en œuvre qu'à deux conditions seulement. Tout d'abord, le pilotage doit être orienté vers les résultats, et la confiance envers le salarié doit être suffisante pour éluder tout opportunisme. Si tel n'est pas le cas, on risque de voir naître des problèmes de sélection adverse et d'aléa moral qui nuiraient à l'économie du contrat¹⁸⁵⁸. Ensuite, il convient de ne le proposer qu'aux salariés qui bénéficient de l'autonomie technique et intellectuelle suffisante pour améliorer leur productivité du travail. Le Pr. Jean-Emmanuel Ray souligne d'ailleurs que de nombreux magistrats judiciaires et d'universitaires en sont friands, tout en précisant que nombre de ces travailleurs intellectuels sont souvent individualistes¹⁸⁵⁹. Ils recherchent un cadre et un calme propices à une bonne performance intellectuelle. Lorsque l'activité s'y prête, investir ce champ peut s'avérer déterminant alors que les entreprises sont souvent contraintes d'améliorer leur compétitivité. Cela leur permet tout d'abord d'améliorer leur rentabilité financière en réduisant le coût des infrastructures ; de nombreuses charges ne seront plus à engager : location d'espaces de travail, frais d'entretien des locaux, financement des coûts de transport des salariés par exemple. Ensuite, cela promeut la professionnalisation du management de l'entreprise, en répondant à de nouvelles aspirations d'ordre qualitatif.

¹⁸⁵⁴ RAY (J-E), « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », Droit social, n° 5, mai 2012, p. 451.

¹⁸⁵⁵ Concernant l'exercice du métier, l'utilisation permanente des TNC, et l'aptitude à gérer ses propres horaires de travail et de repos.

¹⁸⁵⁶ La notion de distance fait partie de l'ADN du mot : du grec, *têle*. V. article de TASKIN (L.) « Les Enjeux du télétravail pour l'organisation », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 1, 2003, pp. 81-94 ; V. C. trav., L. 1222-9 et s.

¹⁸⁵⁷ C. trav., L. 1222-9, al. 1, modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 (art. 21).

¹⁸⁵⁸ V. KOENIG (G.), *Les Théories de la Firma*, Economica, 1993, p. 65-66.

¹⁸⁵⁹ V. RAY (J-E), préc., p. 444.

440 – Le télétravail comme objet de droit - Le droit du travail permet le développement du télétravail de deux manières : grâce aux accords collectifs d'une part et à l'émergence d'un statut spécifique au télétravailleur d'autre part.

La chambre sociale souligne d'abord le rôle central des accords en ce domaine, en particulier si les travailleurs sont en forfait-jours annualisés¹⁸⁶⁰ : « *Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ; Attendu, encore, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* »¹⁸⁶¹. La prise en compte du télétravail par les accords n'est d'ailleurs pas exclusive d'autres avancées qui peuvent y être associées. Ensuite, on notera que si cette modalité d'exécution du contrat de travail a fait l'objet d'un accord-cadre européen en juillet 2002, celui-ci a été transposé en France par l'ANI du 19 juillet 2005 sur le télétravail¹⁸⁶². Le télétravail remporte un vif succès : le 20 juillet 2011, l'ensemble des partenaires sociaux de l'unité économique et sociale *Capgemini* a ratifié un accord sur le télétravail. S'il vise la prévention des risques psychosociaux, il s'inscrit dans le cadre d'un « accord de confiance » avec les salariés : il repose sur le volontariat, est mis en place à l'initiative du salarié qui bénéficie alors d'un module de formation en *E-learning*¹⁸⁶³. Le groupe n'est pas le seul, puisque *Hewlett Packard, Logica, Alcatel-Lucent, Atos Origin, La Poste*, etc. l'ont aussi adopté¹⁸⁶⁴.

Le Code du travail a ensuite institué un statut du télétravailleur aux fins de renforcer la sécurité juridique et ainsi faciliter son recours. Comme mesure emblématique, on relève que « *le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail* »¹⁸⁶⁵. *Lato sensu*, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a cherché à favoriser les conditions d'accès et d'exercice du télétravail. Le nouveau cadre d'application prévoit que sa mise en oeuvre n'a plus à être spécifiée dans le contrat de travail (on élude ainsi une situation de forçage du consentement) ; elle résulte d'un accord collectif ou, à défaut, d'une charte

¹⁸⁶⁰ Les forfaits annuels en jours ou en heures nécessitent un accord d'entreprise ou d'établissement ou à défaut, une convention ou un accord de branche. A défaut, l'employeur ne peut conclure aucune convention individuelle de forfait, sauf sur la semaine ou le mois.

¹⁸⁶¹ Soc., 29 juin 2011, 09-71.107

¹⁸⁶² Cet ANI comprend quatorze articles.

¹⁸⁶³ Liaisons sociales, Bref social, « *Capgemini expérimente et organise le télétravail* », n° 15.941, 23 sept. 2011.

¹⁸⁶⁴ Liaisons sociales n° 15.657, n° 15.724, n° 15.044, n° 15.608, n° 16.384.

¹⁸⁶⁵ C. trav., L. 1222-9, al. 7.

élaborée par l'employeur après avis du CSE¹⁸⁶⁶. Le salarié bénéficie d'un statut qui lui permet d'être qualifié de télétravailleur¹⁸⁶⁷ et d'obtenir des droits identiques aux autres salariés¹⁸⁶⁸. L'obligation patronale de sécurité est même étendue au domicile du salarié, puisque *« l'accident survenu sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle du télétravailleur est présumé être un accident de travail au sens des dispositions de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale »*.

441 - Droit au bonheur – Le droit au bonheur des salariés est défendu par la doctrine ; il relève tout d'abord du principe de rationalité, puisqu'*« une entreprise qui traite mal ses salariés pour augmenter ses revenus à court terme acquiert une mauvaise réputation, et aura du mal à attirer et motiver de futures recrues à plus long terme. Elle pénalise ainsi, non seulement ses salariés, mais aussi à terme ses actionnaires »*¹⁸⁶⁹. Il relève aussi d'une ambition.

Pour le Pr. Bernard Gauriau, on peut associer cette quête du bonheur à la recherche du bien-être au travail¹⁸⁷⁰. En citant le rapport *Bien-être et efficacité au travail* de février 2010, l'auteur indique que *« l'évaluation de la performance doit intégrer le facteur humain et donc la santé des salariés »* dans la mesure où il fait explicitement le lien entre santé et développement du bien-être au travail. Le droit du travail peut y contribuer par des mesures légales et conventionnelles. L'employeur peut favoriser l'action du comité d'entreprise notamment dans sa gestion des activités sociales et culturelles. Il peut aussi faciliter l'exercice du droit d'alerte. Ainsi les dispositions de l'art. L. 2323-50 C. trav. précisent-elles que *« lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications »*. Mais son action est peut-être un peu lourde à manier au quotidien. Aussi avoir recours à l'action immédiate du délégué du personnel peut être opportune : *« Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur »*¹⁸⁷¹. D'autant que le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser une éventuelle carence de l'employeur, et assortir sa décision d'astreintes financières. Ces mesures légales

¹⁸⁶⁶ C. trav., L. 1222-9, al. 2.

¹⁸⁶⁷ C. trav., L. 1222-9, al. 4.

¹⁸⁶⁸ C. trav., L. 1222-9, al. 5.

¹⁸⁶⁹ TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} éd., 2016, p. 242.

¹⁸⁷⁰ GAURIAU (B.), *« Un droit au bonheur »*, Droit social, n° 4, avr. 2012, p. 355.

¹⁸⁷¹ C. trav., art. L. 2313-2.

assurent ainsi la mobilisation des énergies collectives pour faire cesser toute atteinte au droit au bonheur des salariés, en permettant de prévenir et de limiter les souffrances avérées ou naissantes dans l'entreprise. L'employeur peut cependant s'engager plus encore, en promouvant la conclusion d'accords d'entreprise *ad hoc* : organiser le droit d'expression direct et collectif des salariés sur le lieu de travail, faciliter la prévention du harcèlement à l'initiative des salariés, permettre la prise en compte de la dimension sociale de chaque projet en veillant systématiquement au bien-être des salariés dans des secteurs d'activité fortement exposés aux changements. Ces mesures légales et conventionnelles ne garantiront pas forcément le droit au bonheur des salariés, mais garantiront un droit au développement des conditions de ce bonheur.

442 – Libération du travail – La libération du travail est un concept extensif. Le Pr. Alain Supiot la définit au travers de ses composantes ; elle comprend la liberté dans le travail, la liberté du travail désintéressé, la liberté de changer de travail¹⁸⁷².

Permettre la recherche de conciliation des libertés professionnelles et personnelles des salariés¹⁸⁷³ pourra matérialiser la volonté d'éthique de l'employeur. Qu'il s'agisse de permettre la prise en compte des sentiments amoureux des salariés dans la relation de travail¹⁸⁷⁴, d'organiser un équilibre entre la liberté d'entreprendre de l'employeur et la protection des libertés fondamentales du travailleur, on observera que le droit du travail cède de plus en plus la place à un *droit des personnes dans l'entreprise*¹⁸⁷⁵.

En particulier, le contrôle de l'utilisation d'internet par l'employeur est de plus en plus organisé par la jurisprudence. L'éthique et la loyauté y trouvent toute leur place. Si la Cour de cassation a ainsi jugé que « *l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, l'emploi de procédé clandestin de surveillance étant toutefois exclu* »¹⁸⁷⁶, ses pouvoirs ne sont pas absolus, puisqu'un certain nombre de dispositions ou de décisions le limitent. Ainsi, l'article L 432-2-1 C. trav. dispose que « *le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des*

¹⁸⁷² SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », Droit social, n° 9-10, sept.-oct. 1993, pp. 719-720.

¹⁸⁷³ V. Droit social, n° 1, janv. 2010.

¹⁸⁷⁴ Bénéfice de l'intéressement au conjoint collaborateur ou conjoint associé dans les entreprises jusqu'à 250 salariés (art. L. 3312-3 C. trav.), majoration des seuils d'insaisissabilité des salaires de 1420 euros pour le conjoint ou le partenaire lié par un PACS (art. R 3262-3 C. trav.), assistance d'un salarié par son conjoint ou partenaire PCAS au conseil des prud'hommes (art. R 1453-2 C. trav.), etc.

¹⁸⁷⁵ Droit social, n° 1, janv. 2010, p. 76.

¹⁸⁷⁶ Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-42.090.

salariés » ; de la même manière, les informations collectées avant déclaration à la CNIL ne peuvent servir à établir une faute¹⁸⁷⁷ : « *Constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la CNIL. Encourt la cassation l'arrêt qui, pour retenir la faute du salarié, se fonde uniquement sur des éléments de preuve obtenus à l'aide d'un tel système alors que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats* ».

Au final, la question qui se pose n'est pas tant de défendre la liberté des uns contre la liberté des autres que de trouver les voies et les moyens de construire une relation apaisée et responsable entre les partenaires au contrat de travail. M. Jean-Denis Combrexelle postule qu' « *il existe une communauté de travail dont dépendent la qualité de l'emploi mais aussi le dynamisme de l'entreprise* »¹⁸⁷⁸. La promotion de la loyauté dans le cadre d'une dynamique de libération du travail permettra à l'économie du contrat d'en être le principal bénéficiaire. La façon d'entreprendre cette volonté d'éthique collective est à ce titre déterminante. Elle peut amener à s'interroger sur les rapports de force, mais aussi sur le pouvoir normatif des décisions qui seront prises.

443 – Garantie apparente du droit négocié - Si la volonté d'éthique collective passe la plupart du temps par la mise en œuvre de mesures conventionnelles, l'inversion de la hiérarchie des normes associée aux « atteintes » au principe de faveur, nous amène à craindre une balkanisation des sources du droit. On sait tout d'abord les syndicats peu réformistes, hostiles à voir le droit du travail perdre de son unité. On sait ensuite, que les projets d'accords ne font pas toujours consensus dans l'entreprise. Ils le feront encore moins dans celles dont le processus de négociation est atone¹⁸⁷⁹. On peut s'interroger sur la volonté des syndicats représentatifs de vouloir signer des accords alors même qu'ils ont vu disparaître le droit d'opposition avec les nouvelles règles instituées par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. L'hypothèse du référendum d'entreprise¹⁸⁸⁰ peut permettre de lever d'éventuels blocages, dans la mesure où un *accord imparfait* aura pu être signé. Celui-ci pose cependant un certain nombre de problèmes.

Juridiques tout d'abord, puisque d'aucuns y voient une volonté d'écarter les syndicats du dialogue social ; il en découle une atteinte au droit constitutionnellement protégé à la

¹⁸⁷⁷ Soc., 8 oct. 2014, pourvoi n° 13-14.991, publié au bulletin.

¹⁸⁷⁸ COMBEXELLE (J-D), « *Vie professionnelle et vie personnelle* », Droit social, n° 1, janv. 2010, p. 13.

¹⁸⁷⁹ Le climat social n'est pas forcément bon dans toutes les entreprises. Les contextes sont divers, et les entreprises les plus en difficultés ont peut-être, de surcroît, un processus de négociation en panne.

¹⁸⁸⁰ Le pouvoir réglementaire préfère à cette terminologie les termes de ratification, approbation, consultation.

participation, puisque les syndicats non signataires de l'accord imparfait vont se retrouver exclus du protocole préréférendaire. Le Doyen Petit, qui ne partage pas cette vision d'exclusion, souligne cependant qu'il est « *fort probable que les premières expériences de référendum (...) deviennent des foyers contentieux, avec des perspectives de questions prioritaires de constitutionnalité* »¹⁸⁸¹. La modernisation du dialogue social voulue par la loi en reste alors interrogée si l'employeur et les syndicats minoritaires usent du rapport de force. Elle le sera d'autant plus si la thématique de l'éthique collective est au cœur des débats. Il n'en reste pas moins que mettre en place « *un socle commun de modalités d'organisation* »¹⁸⁸² permet déjà d'unifier les régimes de référendum¹⁸⁸³.

Démocratiques ensuite, puisque la démocratie représentative est amenée à jouer différemment son rôle. Stratégiques enfin, car il peut être reproché à l'employeur de « diviser pour mieux régner » : ainsi, au lieu que l'union de la communauté de travail soit dirigée contre lui, les énergies risquent de se porter entre salariés. Nonobstant ces critiques, le juge d'instance sera là pour arbitrer tout désaccord dont il serait saisi sur les modalités d'organisation de la consultation. Une garantie qui n'est pas sans soulever de nouvelles critiques, puisque la « *sélection des personnes habilitées à agir, (...) risque de se heurter au droit d'agir en justice des salariés eux-mêmes* »¹⁸⁸⁴.

444 – Portée normative de l'engagement éthique - La formalisation de l'engagement éthique par l'entreprise soulève la question de son pouvoir normatif. En effet, il s'agit *lato sensu* d'édicter des principes en règles de conduite. La portée des textes à l'égard des salariés et de l'employeur peut interroger. Les pratiques d'entreprises permettent d'observer qu'entre les simples engagements présumés et les engagements avérés, la promotion des valeurs déontologiques reste marquée par leur caractère équivoque.

445 – Illusion de l'engagement - C'est lorsque le contenu éthique des textes est purement déclaratif que se manifeste l'illusion de l'engagement. Seuls, des intérêts rationnels de court terme motivent cette démarche : séduction de la clientèle ou de nouveaux partenaires. L'instrumentalisation prend alors le pas sur l'ambition. L'illusion du changement se manifeste

¹⁸⁸¹ PETIT (F.), « *La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise* », Droit social, n° 2, fév. 2017, p. 157.

¹⁸⁸² *Ibidem*.

¹⁸⁸³ Définies par l'art. D. 2232-2 C. trav. : consultation pendant le temps de travail, au scrutin secret, organisée par l'employeur même s'il n'en est pas l'initiateur, intégration au protocole de la liste des salariés, PV de scrutin rédigé par le président du bureau de vote, etc.

¹⁸⁸⁴ PETIT (F.), préc., p. 159. L'art. D. 2232-7 dispose que : « *Le tribunal d'instance peut être saisi dans un délai de huit jours à compter de l'information prévue au III de l'article D. 2232-6 par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement et statue en la forme des référés et en dernier ressort.* » ; les syndicats non représentatifs et les salariés concernés, à titre individuel, en sont exclus.

par l'éclat de déclarations qui ne comportent d'autre limite que l'absence de valeur juridique : « Plus en détail, de nombreux textes comportent des expressions comme « l'entreprise favorise », « est attentive à », « souhaite contribuer à », « encourage », « vise à promouvoir », « participe à ». En d'autres termes, non seulement les secteurs et domaines concernés sont multiples et divers, mais chacun d'eux comprend des articulations générales et larges »¹⁸⁸⁵. Les chartes et codes éthiques ou les dispositifs d'alerte comportent de nombreuses limites car ils ne permettent pas suffisamment de répondre aux conflits d'intérêts¹⁸⁸⁶ ou d'engager la responsabilité juridique de ceux qui sont censés porter ces valeurs. Ils relèvent alors d'engagements présumés.

446 – Effectivité de l'engagement - Pour être crédibles, les engagements sont amenés à évoluer ; c'est le cas si l'entreprise mesure que sa profitabilité peut en bénéficier à long terme. Ils relèvent alors d'une logique d'investissement qui donne à sa responsabilité sociale une nouvelle ambition.

Il s'agira alors d'internaliser les externalités négatives générées par son activité pour développer une nouvelle forme de performance. Celle-ci sera multicritères, allant bien au-delà de la simple performance financière : « À une ère où la concurrence s'exerce sur plusieurs facteurs et où les risques se multiplient, la réussite de l'entreprise ne se traduit plus strictement en terme d'augmentation du bénéfice ou du rendement sur capital investi »¹⁸⁸⁷. La performance « doit tenir compte à la fois de la dimension financière et des dimensions liées aux opportunités de croissance de l'entreprise »¹⁸⁸⁸. Des services juridiques dédiés peuvent encourager le développement d'un « principe de complémentarité entre le droit et l'initiative volontaire des entreprises, tout en affirmant que cette démarche devrait s'articuler avec le rôle naturel des partenaires sociaux »¹⁸⁸⁹. L'insertion de clauses spécifiques dans les contrats d'entreprise ou dans les contrats de travail matérialise cette volonté : les unes impliqueront les fournisseurs quand les autres engageront les parties au contrat de travail.

Afin de diriger l'entreprise avec des principes éthiques, il peut être utile de renforcer la valeur juridique de ces textes en les adjoignant au règlement intérieur. Elles deviendront alors des règles de droit. De la même manière, les notes de service, ou tout autre document portant des

¹⁸⁸⁵ PEREIRA (B.), « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *Management & Avenir*, vol. 21, n° 1, 2009.

¹⁸⁸⁶ Intérêts économiques, intérêts sociaux.

¹⁸⁸⁷ BERGERON (H.), « Les indicateurs de performance en contexte PME, quel modèle appliquer ? », 21^e Congrès de l'AFC, mai 2000, p. 3.

¹⁸⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁸⁹ GOND (J.-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd., 2016, p. 23.

prescriptions générales et permanentes lorsqu'il existe un règlement intérieur, sont considérées comme s'y adjoignant. Quelle que soit l'appellation, « *on ne doit pas être lié par la qualification donnée au document. (...) C'est leur contenu qui déterminera la qualification à retenir et le nécessaire respect de la loi sociale* »¹⁸⁹⁰.

447 – Remarque conclusive : nécessité de l'engagement offensif – L'éthique de responsabilité est habitée par la promotion de décisions à considérations morales. Elle vise à développer une nouvelle identité professionnelle à l'entreprise et, par extension, à l'ensemble de ses parties prenantes. Par incantation, sinon par ambition, l'entreprise peut alors se faire le miroir des évolutions sociétales. Plus rationnellement, l'impensé de l'entreprise performante porte l'ambition d'une clarification de l'impact économique de la responsabilité sociale : « *Peu importe ce qu'ils racontent en public, lorsque vous êtes derrière la scène avec les chefs d'entreprise et les dirigeants, ils vont vous demander : pourquoi devrions-nous investir dans des initiatives sociales ? Nous aurons beau tous nous préoccuper sincèrement de sauver le monde, si nous ne pouvons répondre à cette question correctement, nous avons un problème* »¹⁸⁹¹.

Plus modestement, l'entreprise peut chercher à rendre toujours plus effectives les règles de droit dont on trouve un exemple significatif à l'article L. 6321-1 : « *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* ». Le juge encourage cet engagement de l'employeur, puisque « *encourt dès lors la censure, l'arrêt qui, pour rejeter la demande en paiement d'une somme à titre de dommages et intérêts pour violation de cette obligation de formation, retient que le poste de travail du salarié n'avait pas évolué, ce qui ne justifiait aucune formation d'adaptation au poste de travail, et que le salarié n'avait fait aucune demande au titre du congé ou du droit individuel de formation, alors que l'employeur n'avait fait bénéficier le salarié, pendant seize ans, dans le cadre du plan de formation, d'aucune formation lui permettant de maintenir sa capacité à occuper un emploi au regard de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* »¹⁸⁹².

¹⁸⁹⁰ PEREIRA (B.), « *Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique* », *Management & Avenir*, vol. 21, n° 1, 2009, n° 13.

¹⁸⁹¹ Extrait d'une interview de M. Michael PORTER réalisée en sept. 2003 à la *Copenhagen Business School*.

¹⁸⁹² Soc., 5 juin 2013, pourvoi n° 11-21.255, publié au bulletin ; V. aussi Soc., 23 oct. 2007, n° 06-40.950.

2) Éthique de performance

La conception qu'on développe ici au travers de « l'éthique de performance » pourrait très bien être celle de la « performance par l'éthique ». Il s'agirait alors d'une vision plus restrictive qui aurait conduit à rendre prédominante la conception financière de la performance. L'hypothèse envisagée est plutôt celle de l'utilisation de la « volonté d'éthique » comme incitation à l'optimisation de la performance globale de l'entreprise. Les interactions de l'éthique et du projet économique imposent alors d'analyser le phénomène sous l'angle de l'économie du contrat et de la firme dans son ensemble.

a) Économie du contrat de travail

448 – Utilité du contrat – Si du point de vue du juriste (traditionnel) le contrat efficient est celui qui permet d'assurer sa réalisation selon des modalités prédéfinies, du point de vue de l'entreprise, ils ont pour finalité l'organisation d'une coopération permettant la création de valeur. Ils prennent en compte alors l'imprévision, car ils permettent de pallier l'incertitude. Si ce sujet illustre la scission profonde et permanente entre juristes et économistes¹⁸⁹³, certains juristes y consentent : ainsi, « *le bon contrat n'est donc pas celui qui répond à la plus rigoureuse technique juridique, mais plus simplement et plus utilement, celui qui en maximise la création de valeur ajoutée et donne aux parties le sentiment que chacune y trouve une utilité commerciale, économique ou entrepreneuriale* »¹⁸⁹⁴. On envisage alors les conséquences sur l'utilité du contrat de l'entrée de l'éthique dans la relation de travail.

449 – Clauses de loyauté réciproque - La question de la pertinence des clauses contractuelles de loyauté se pose à l'entrepreneur ; intégrer volontairement des clauses éthiques au contrat de travail permet alors d'aller au-delà du simple principe de bonne foi contractuelle posé par l'art. L. 1222-1 C. trav.¹⁸⁹⁵.

Ces clauses peuvent d'abord s'avérer profitable à l'économie du contrat, puisqu'elles reviennent à rendre objectives des obligations présumées effectives du simple fait de l'accord contractuel. L'employeur peut ainsi en appeler objectivement à « respecter les intérêts de l'entreprise à l'extérieur de celle-ci », à « s'abstenir de tout comportement, propos ou activité susceptible de nuire à la réputation de l'entreprise » ou à se protéger contre la concurrence

¹⁸⁹³ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, PUAM, 2015, p. 195.

¹⁸⁹⁴ DEHARO (G.), « *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats* », 2011, hal-00649107.

¹⁸⁹⁵ C. trav., art. 1222-1 : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

déloyale. Le salarié, quant à lui, peut en appeler à « permettre une conciliation des vies professionnelle et personnelle » ou encore à « la fourniture de tout moyen adapté à l'évolution du marché pour exécuter efficacement ses missions ».

D'un point de vue juridique, ces clauses impliquent de mettre en place une réelle négociation. Cet investissement en temps et en expertise s'avère rentable, dans la mesure où un meilleur accompagnement des anticipations légitimes de la relation de travail permet de diminuer coûts de transaction et risques juridiques. En effet, « *pour l'entreprise, l'objectif de la gestion du risque juridique est de réduire les coûts liés à l'application du droit, qu'il s'agisse d'une mise en conformité ou d'un risque de procédure contentieuse* »¹⁸⁹⁶.

450 – Clause contractuelle et principe général de loyauté de la preuve - La cybersurveillance des salariés peut ainsi faire l'objet de clauses spécifiques. L'existence de telles clauses permettrait d'éviter de nombreux contentieux entraînant des licenciements pour motif personnel.

Deux arrêts rendus le 18 mars 2008 rappellent à cet égard qu'une preuve ne saurait être retenue par le juge si elle a été recueillie par recours à un stratagème. Le licenciement subséquent sera alors jugé injustifié : « *La cour d'appel, qui a relevé que l'employeur s'était assuré le concours d'un huissier pour organiser un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces puis avait procédé, après la fermeture de la boutique et hors la présence du salarié, à un contrôle des caisses et du registre des ventes, a exactement déduit de ces constatations, dont il ressortait que l'huissier ne s'était pas borné à faire des constatations matérielles mais qu'il avait eu recours à un stratagème pour confondre la salariée, qu'un constat établi dans ces conditions ne pouvait être retenu comme preuve* »¹⁸⁹⁷. Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son salarié pendant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal : « *Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui se fonde, pour retenir une faute du salarié, sur des rapports dressés par d'autres agents mandatés par un supérieur hiérarchique pour se rendre dans le restaurant exploité par l'épouse de l'intéressé afin de vérifier si celui-ci y travaillait pendant ses heures de service, en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite* »¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹⁶ DEHARO (G.), p. 9.

¹⁸⁹⁷ Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-40.852, publié au bulletin.

¹⁸⁹⁸ Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-45.093, publié au bulletin.

Avec le passage d'un monde physique à un monde de données, « *chaque candidat à l'emploi ou salarié joue, plus ou moins volontairement au Petit Poucet... puis au Petit Chaperon Rouge* »¹⁸⁹⁹ ; sous peine d'inopposabilité de la preuve apportée, l'employeur doit aujourd'hui, plus encore, respecter le principe de bonne foi contractuelle (L. 1222-1 C. trav.). Le Code du travail l'oblige tout d'abord à une information préalable¹⁹⁰⁰. L'insertion de clauses *ad hoc* pourrait, au-delà, bénéficier à l'économie du contrat, en renforçant l'effectivité de la norme légale. En tant que modalité de l'échange, la clause de loyauté aliène - plus encore - alors la liberté de l'employeur dans l'espoir de créer de la valeur et de s'assurer de la réalisation de ce gain. L'insertion de la clause relève alors « *d'un jeu à somme positive* »¹⁹⁰¹ réconciliant le juriste et l'économiste dans leur acception du contrat.

451 – Économie de coûts de transaction et incitation à la coopération – Le contrat promeut une éthique de la performance s'il permet de limiter les coûts liés à la prévisibilité de l'ensemble de ses occurrences : s'informer sur la réputation du cocontractant, mettre en place des renégociations pour renforcer les précisions du contrat, spécifier ce qu'il advient dans l'ensemble de ses éventualités, etc. Il en est de même s'il encourage l'obtention de gains, sinon « *l'obtention effective de l'efficacité* »¹⁹⁰². En définitive, par l'économie de coûts qu'une relation de travail respectueuse peut entraîner, c'est une baisse des coûts de transaction qui est envisagée : « *Plus ces coûts sont importants, plus se rétrécit l'éventail des transactions qu'un acteur jugera viable* »¹⁹⁰³.

Le renforcement de la loyauté au cœur du contrat contribue à l'atteinte de cet objectif. Pour les théories solidaristes, la lecture combinée des articles L. 1103 et 1104 C. civ. (*nouv.*) devrait même amener à subordonner la force obligatoire du contrat au respect de la bonne foi. Pourtant, le juge se démarque de cette analyse, en ce qu'il considère que l'exécution contractuelle d'une obligation invoquée de mauvaise foi n'en reste pas moins obligatoire¹⁹⁰⁴. A défaut de consécration jurisprudentielle d'une hiérarchie supérieure de l'obligation de loyauté, puisque celle-ci se limite à une sanction des comportements contractuels déloyaux, l'employeur peut prendre l'initiative contractuelle de mieux accompagner les salariés exposés

¹⁸⁹⁹ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e éd., nov. 2017, p. 150.

¹⁹⁰⁰ C. trav., L. 1222-4 : « *Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* ».

¹⁹⁰¹ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 189.

¹⁹⁰² *Idem*, p. 193.

¹⁹⁰³ *Ibidem*.

¹⁹⁰⁴ PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, Les obligations 2018*, Dalloz, 10^e édition, p. 205.

à des conditions particulières de pénibilité ou encore proposer, dès la conclusion du contrat, de mieux aménager la fin de carrière d'un salarié sénior : il peut ainsi accorder un abondement supplémentaire du compte épargne-temps et bonifier les congés d'ancienneté. La performance serait alors renforcée par la contractualisation d'une attitude positive, sinon loyale, rendant plus aisée l'exécution des obligations contractuelles. Si la réalité économique du contrat n'en est pas affectée, c'est *a minima* l'économie du contrat qui en bénéficie.

Par la mise en oeuvre d'un engagement au profit de l'éthique, on conclut que l'essence de la convention est préservée. Si l'exécution de bonne foi relève de l'obligation, la dimension économique ressortira consolidée de la contractualisation de l'obligation de loyauté. Parce que le juge sanctionne l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, la réalité de l'engagement initial de l'employeur relève d'une incitation permanente au développement de l'économie du contrat : « *Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »¹⁹⁰⁵. La loyauté mutuellement consentie permettra de construire une équivalence des prestations, une réciprocité dans le devoir de loyauté¹⁹⁰⁶ voire de coopération, et donc une relation de travail durable dans des entreprises devenant *de facto* socialement responsables : la pérennité du contrat en sort affermie.

b) Economie des contrats de travail

452 - Motivations du collectif : nécessité, réalité, éthique, ambition - Lorsqu'on observe les transformations du contexte économique et social, on s'aperçoit que pour créer de la valeur, l'organisation doit travailler sur le collectif.

C'est tout d'abord une *nécessité* au regard de l'*imperium* de la gestion de l'imprévisibilité. La grande firme doit s'adapter à l'ensemble des occurrences introduites par le rapide changement économique et technologique en s'organisant horizontalement : « *C'est alors que l'information doit circuler en réseaux : réseaux internes aux entreprises, réseaux personnels, réseaux entre compagnies* »¹⁹⁰⁷.

¹⁹⁰⁵ Com., 10 juil. 2007, pourvoi n° 06-14.768, publié au bulletin.

¹⁹⁰⁶ Soc., 1^{er} décembre 2011, pourvoi n° 09-71.204 : le salarié, avec et au même titre que d'autres salariés licenciés pour le même motif, avait omis de porter immédiatement à la connaissance de l'employeur des faits de vol dont il avait été témoin et pour lesquels il avait œuvré pour empêcher leur révélation. Cette violation de son obligation contractuelle de loyauté envers l'employeur est d'une importance telle qu'elle rend impossible son maintien dans l'entreprise et constitue une faute grave.

¹⁹⁰⁷ CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2001, p. 223.

C'est ensuite une *réalité* que la théorie des réseaux sociaux tente de démontrer. En tant que théorie de l'action, elle « *prend acte du fait que les individus n'agissent pas seuls, de manière isolée, mais à l'intérieur d'un réseau de relations qui va à la fois faciliter et limiter leur action* »¹⁹⁰⁸. Au-delà de la rationalité des comportements individuels, l'interaction relève des *émotions* et des anomalies comportementales. Posner considère que « *l'émotion court-circuite la raison* »¹⁹⁰⁹ et que l'individu anticipe la culpabilité future, conséquence de son action : une telle analyse revient à appréhender les émotions dans le cadre d'un calcul « coût/avantage ».

C'est aussi une question *éthique* : il reste nécessaire de prendre en compte la fragilité du critère de maximisation de la richesse dans certaines situations de consentement hypothétique. Cela requiert de mettre en avant la notion de justice¹⁹¹⁰ : « *A cet égard, le principe du consentement permet aux individus de se déterminer sur le niveau de compensation qu'ils désirent, et revient ainsi à ne pas les traiter comme des moyens* »¹⁹¹¹. Cela impose le « forçage » du contenu du contrat en matière de sécurité, même s'il apparaît illégitime dans le cas où elle se révèle étrangère à l'opération contractuelle¹⁹¹².

C'est enfin le résultat d'une *ambition* : « *Si tous les joueurs adoptent le comportement coopératif, il y aura un gain pour tous, par rapport à ce qui prévaut si tous choisissent l'option non coopérative. Ce trait essentiel confère au jeu coopératif un caractère essentiel* »¹⁹¹³. Il convient donc d'envisager la question de la performance de l'éthique à l'échelle de la communauté de travail dans son ensemble, et non plus à l'échelle de réseaux égo-centrés, c'est-à-dire limitée à la seule économie de chaque contrat ; l'entreprise est « *un lieu où les individus mettent en commun leurs ressources pour atteindre un objectif collectif* »¹⁹¹⁴.

453 – Nécessité de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) - La question de la RSE est prégnante car elle permet d'appréhender « l'économie des contrats de travail » comme un

¹⁹⁰⁸ BARET (Ch.), HUAULT (I.), PICQ (Th.), « *Management et réseaux sociaux, Jeux d'ombres et de lumières sur les organisations* », Revue française de gestion, vol. n° 163, n° 4, 2006, *infra* n° 2.

¹⁹⁰⁹ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *Posner : l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003, p. 50.

¹⁹¹⁰ FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », Le Droit Ouvrier, juil 2012, n° 768, p. 459 : « *Qui dit contractuel ne dit cependant pas nécessairement juste, et encore moins protection du salarié* ».

¹⁹¹¹ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *préc.*, p. 82.

¹⁹¹² ROUVIERE (F.), « *La remise en cause du contrat par le juge* », L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix-en-Provence, France, Dalloz, n° 10. Pour l'auteur, elle est notamment utile en matière de transport.

¹⁹¹³ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 53.

¹⁹¹⁴ BARET (Ch.), HUAULT (I.), PICQ (Th.), *préc.*, n° 14.

bien collectif. Cette posture permet en outre d'éviter la question des coûts d'agence et d'envisager l'entreprise comme système : « *Un système est un ensemble d'éléments en interaction. Il est orienté vers la réalisation d'un ou plusieurs objectifs* »¹⁹¹⁵. L'approche systémique s'oppose à la méthode analytique qui isole chacun des contrats et qui aboutit à la vision d'un ensemble formé de parties juxtaposées.

Dans ce cadre, on peut se poser la question de savoir dans quelle mesure l'éthique envisagée sur l'ensemble des contrats permet de développer la performance de l'entreprise. La notion de RSE est souvent évoquée dans une perspective de triple résultats qui conduit à évaluer la performance de l'entreprise sous trois angles : « *environnemental (compatibilité entre l'activité de l'entreprise et le maintien des écosystèmes), social (conséquences sociales de l'activité de l'entreprise) et économique (performance financière). (...) Les entreprises se voient de plus en plus obligées de remplir leur rôle social et de combler les échecs du marché et des États dans la régulation des droits sociaux* »¹⁹¹⁶.

L'impact financier de la responsabilité sociale de l'entreprise a été analysé par des économistes spécialisés dans la RSE. Deux auteurs¹⁹¹⁷ en particulier ont étudié les liens entre performance financière et performance sociale. Ils mettent en relation deux prismes au travers desquels l'entrepreneur doit exercer sa rationalité : « *La valeur du travail et les valeurs au travail* »¹⁹¹⁸. Leur réflexion permet de dégager les deux conclusions. La première réside dans le fait que la performance sociale peut influencer positivement la performance financière. La seconde amène à prendre conscience que celle-ci est conditionnée : les paramètres juridiques et managériaux s'avèrent déterminants.

La clarification de l'influence de la responsabilité sociale sur les résultats financiers de l'entreprise est étudiée depuis plus d'un demi-siècle. La communauté scientifique considère que c'est la sortie de l'ouvrage de l'économiste Bowen en 1953 qui donnera la mesure ; il « *préfigure un grand nombre de recherches ultérieures et propose un cadre d'analyse fécond* »¹⁹¹⁹. L'étude met en lumière le débat majeur des relations entre l'entreprise et la

¹⁹¹⁵ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, p. 85.

¹⁹¹⁶ DUONG QUYNH (L.), « *La responsabilité sociale de l'entreprise, pourquoi et comment ça se parle ?* », Communication et organisation, n° 26, *infra* n° 3.

¹⁹¹⁷ GOND (J-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd., 2016.

¹⁹¹⁸ BENAYOUN (A.), *L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?*, Auteurs Du Monde, janv. 2014, p. 80.

¹⁹¹⁹ ACQUIER (A.), GOND (J-P), « *Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise : à la (re)découverte d'un ouvrage fondateur, Social Responsibilities of the Businessman d'Howard Bowen* », Finance Contrôle Stratégie, volume 10, n° 2, juin 2007, p. 5.

société. La question des « parties prenantes »¹⁹²⁰ y est directement rattachée, puisque celles-ci attendent des entreprises qu'elles rendent compte et qu'elles assument leurs impacts sur les salariés, les actionnaires, l'environnement, etc.

Ce débat fut marqué par son irrégularité, telle une politique de *stop and go*. Cependant, la thématique a refait brutalement surface à partir de la deuxième moitié des années 1990¹⁹²¹. On y voit alors un regain des attentes sociétales lié à l'impossibilité manifeste de gérer les externalités causées par le capitalisme traditionnel : dégradation de l'environnement, délitement des contrats sociaux nationaux, chômage de masse, croissance des inégalités même dans les pays où ce dernier aura pu être tempéré. Cependant, rien n'est stabilisé, puisque la question de la légitimité se pose encore. D'aucuns y voient de simples « *espaces de renégociation permanents des règles et des pratiques garantissant, pour un temps, la légitimité des entreprises* »¹⁹²².

454 – Liens entre performance financière et RSE – En 2009, il pouvait déjà être dénombré plus de 250 études ayant observé les liens entre accroissement de richesse et RSE. Elles ont permis d'en dégager trois types, au final, incertains : une absence de liens tout d'abord, un lien indirect ensuite, une relation certaine enfin¹⁹²³.

Plusieurs hypothèses témoignent de l'absence de liens stables entre les deux entités, voire d'une influence négative. Certains auteurs ont argué que les rapports étaient tellement complexes qu'il ne serait pas possible de relier performance financière et RSE. D'autres, dans la lignée de Milton Friedman en 1970, indiquent que tout investissement augmente les coûts : la croissance de la demande émanant des « consom'acteurs » dépend du niveau de frais supplémentaires engendrés par l'acquisition de biens plus responsables. Selon cette hypothèse, un arbitrage doit s'opérer entre l'une ou l'autre des options, mais pas dans les deux simultanément. On rejette ces hypothèses, qui amènent à éloigner le processus contractuel du principe de bonne foi. Elles invalideraient concomitamment la pertinence de l'évolution de notre droit du travail, centré ces dernières années, sur la modernisation du dialogue social. Elles invalident aussi, plus largement, les attentes de la société : respect de la liberté des

¹⁹²⁰ *Stakeholders* : FREEMAN en 1984 les définit comme tout groupe ou individu qui peut affecter ou qui peut être affecté par la réalisation des objectifs de l'entreprise. Il peut s'agir des parties prenantes internes, salariés et syndicats évidemment, actionnaires, mais aussi des partenaires opérationnels que sont les clients et fournisseurs, la communauté sociale (pouvoirs publics, ONG, etc.)

¹⁹²¹ ACQUIER (A.), GOND (J-P), préc., p. 29.

¹⁹²² *Idem*, p. 30.

¹⁹²³ GOND (J-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd. : V. tableau de synthèse à la page 81 de l'ouvrage.

individus, respect de l'environnement. Enfin, nos modèles de gestion, tout comme les cadres supérieurs en entreprise, ont désormais la capacité à gérer la complexité.

A l'instar d'une jurisprudence flottante, des liens non linéaires peuvent ensuite aussi marquer la relation entre les deux entités. Les formulations les plus fréquentes postulent une existence en forme de « U ». L'étude empirique *Barnett et Salomon* montre que l'investissement dans la RSE va d'abord décroître la performance financière en générant des coûts liés à la difficulté de diversifier les investissements. Mais dans un second temps, lorsqu'un grand nombre de critères extra-financiers sont respectés, la richesse globale augmente, car les investisseurs sont focalisés sur les entreprises les mieux gérées. A l'inverse, la relation en forme de « U inversé » témoigne d'une utilité d'abord croissante de l'investissement en RSE, puis décroissante au-delà d'un certain seuil. Il existerait donc un niveau optimal d'investissement en RSE, tout comme il existerait un niveau optimal d'imposition¹⁹²⁴.

Le lien établi, positif et certain, résulte quant à lui, d'un double processus : de croyances managériales¹⁹²⁵ tout d'abord, mais aussi de leur capacité à maîtriser les coûts implicites et les externalités négatives nées de l'organisation. Elles signaleront alors aux parties prenantes dont font partie les salariés, la qualité de leur gestion. La capacité de l'entreprise à promouvoir le droit à la participation¹⁹²⁶, le droit au bonheur¹⁹²⁷, la conciliation des vies professionnelle et personnelle¹⁹²⁸ et, dans les situations les plus défavorables, à privilégier les ruptures du troisième type¹⁹²⁹ aux licenciements purs et secs, confortent cette hypothèse. C'est probablement dans la recherche de justice sociale au sein des relations de travail que se trouve la voie d'une mise en œuvre de la RSE vis-à-vis des parties prenantes que sont les salariés :

¹⁹²⁴ On pense à la courbe de LAFFER ; l'auteur postule qu'il existe un niveau maximal du rendement de l'impôt. Au-delà d'un certain taux, un effet désincitatif se produit sur l'offre de travail, l'effet de substitution l'emportant sur l'effet de revenu : les agents finissent par préférer moins travailler. Celui-ci se produit à un niveau de prélèvement qui reste à établir selon les contextes. Il serait situé entre 50 et 80% du PIB.

¹⁹²⁵ DEJEAN (F.), GOND (J-P), « *La responsabilité sociétale des entreprises : enjeux stratégiques et méthodologies de recherche* », Finance Contrôle Stratégie, vol. 7, n° 1, mars 2004, p. 19 : « *Il semble que l'existence d'un lien positif entre la performance sociétale et la performance financière ne soit pas remise en question par les praticiens. (...) Des entretiens menés auprès de gérants de fonds éthiques au début de l'année 2002 nous ont permis de recueillir des informations confirmant la croyance en une meilleure rentabilité des placements effectués dans des entreprises bien notées par les agences de notation sociétale. La croyance dans l'existence d'un lien positif entre la performance financière et la performance sociétale est d'ailleurs relayée par les articles de la presse spécialisée et est une des raisons expliquant l'augmentation du nombre de fonds éthiques sur le marché financier français ces dernières années. De la même façon, la plupart des organismes encourageant ou sollicitant le développement d'un comportement socialement responsable de la part des entreprises axent une grande part de leur effort de communication sur les gains financiers liés à ces comportements* ».

¹⁹²⁶ V. PETIT, « *Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ?* », Droit social, n° 12, déc. 2015.

¹⁹²⁷ V. GAURIAU (B.), « *Un droit au bonheur* », Droit social, n° 4, avr. 2012.

¹⁹²⁸ V. Droit social, n° 1, janv. 2010.

¹⁹²⁹ V. LOISEAU (G.), « *Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail* », Droit social n° 3, mars 2010, p. 297.

« *Le progrès social suit le progrès économique, ce qui implique que l'idéal de justice sociale soit à la fois une lutte contre la pauvreté et une lutte pour le développement de normes universelles de protection du travail et des travailleurs* »¹⁹³⁰.

455 – Normes éthiques et économie des contrats de travail – La validation empirique d'une relation certaine et positive en RSE et performance de l'économie des contrats de travail ne peut être confirmée qu'à certaines conditions. C'est leur mise en place comme fondement normatif qui déterminera l'effectivité de la relation de linéarité. Dans sa circulaire n° 2008-22 du 19 novembre 2008, la direction générale du travail (DGT) a tenté de faire le point sur le régime juridique de l'ensemble des outils à disposition de l'entreprise : règlement intérieur, notes de services, chartes et codes éthiques.

L'entreprise peut témoigner de sa volonté d'encourager cette norme d'exercice du pouvoir en mettant en place un dispositif d'alerte professionnelle. N'étant pas obligatoire, le dispositif n'entre alors pas dans le champ du règlement intérieur. Il a toutefois pour objet de consacrer l'engagement au profit de l'éthique de l'employeur. Dans ce cadre, la coopération permet un gain pour tous : « *Il s'agit d'éviter la défection unilatérale ou généralisée, génératrice de conflits* »¹⁹³¹. Elle relève de deux modalités.

Le travail coopératif *entre* entreprises, puisque « *lorsque dans un même lieu de travail les travailleurs de plusieurs entreprises sont présents, les employeurs coopèrent à la mise en oeuvre des dispositions relatives à la santé et à la sécurité au travail* »¹⁹³². La triangulation croissance des relations de travail au sein d'une société en réseaux donne à cet article une dimension particulière.

Le travail coopératif *au sein* de l'entreprise ensuite, puisque certains salariés peuvent déclencher individuellement ou collective, via le CSE, une alerte professionnelle. En promouvant cette possibilité, l'action de l'employeur relèvera de la bonne foi. Elle rendra dans le même temps effectives les dispositions de l'article L. 4121-1 C. trav. qui dispose que « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». Ce dispositif bénéficie d'une double protection. Légale tout d'abord, l'article L. 1161-1 disposant qu'« *aucune personne ne peut être écartée d'une*

¹⁹³⁰ MOREAU (M-A), « *Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires* », droit social n° 3, mars 2010, p. 324.

¹⁹³¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 53.

¹⁹³² C. trav., art. L. 4121-5.

procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire (...) pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». Jurisprudentielle ensuite, puisque le salarié qui dénonce des pratiques douteuses exerce une liberté fondamentale, sa liberté d'expression¹⁹³³ : « N'a pas violé les dispositions de l'article L. 461-1 du Code du travail relatif au droit d'expression des salariés dans l'entreprise, la cour d'appel qui loin de faire application de ce texte à une situation qu'il ne prévoit pas, n'en a fait état que pour en déduire que l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne peut en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce dans toute sa plénitude, sauf abus ».

c) Participation et économie des contrats de travail

456 – Performance et dialogue social - La qualité du dialogue social nécessite de privilégier la loyauté et l'équité dans le processus contractuel. Cette posture se révèle essentielle puisqu'elle permet d'assurer la réalisation effective des attendus réciproques. Elle est aussi logique, MM. Serge Schweitzer et Loïc Flourey soulignant que « *le contrat, en ce qu'il est une modalité de l'échange, apparaît économiquement comme un gain (c'est là sa finalité), mais également comme un moyen de s'assurer de la réalisation de ce même gain* »¹⁹³⁴.

En l'occurrence, la loyauté réciproque - librement consentie - permet de réaliser les désirs des contractants. Face à l'incertitude du contrat de travail, cet accord de subjectivités permet la protection des anticipations légitimes¹⁹³⁵ de ses signataires. En favorisant la coopération¹⁹³⁶, l'éthique instituée bénéficie à l'économie des contrats de travail. Dans ce cadre, il reviendra à l'employeur de faire vivre et de moderniser le dialogue social au sein de son entreprise : « *Si une réponse positive est apportée à cette question, les pratiques de relations sociales telles que l'information, la négociation, la consultation, la concertation, la participation, voire dans certains cas la codécision, pourraient se développer à l'échelle des sociétés multinationales* »¹⁹³⁷.

¹⁹³³ Soc., 28 avr. 1988, pourvoi n° 87-41.804, publié au bulletin.

¹⁹³⁴ Idem, p. 189.

¹⁹³⁵ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 190.

¹⁹³⁶ Idem, p. 193.

¹⁹³⁷ GOND (J-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd., 2016, p. 104.

457 – Le droit à la participation comme cercle vertueux - De nombreux auteurs¹⁹³⁸, et le Pr. Franck Petit en particulier, encouragent les diverses formes de participation. Nonobstant celle à finalité politique qui concerne l'association des syndicats à l'élaboration de la loi, l'auteur met en évidence l'importance de la participation aux choix de gestion de l'entreprise : « Désignée comme une participation à la gestion, elle est susceptible de degrés multiples : elle peut s'entendre en premier lieu comme la nécessité de consulter les représentants du personnel avant toute décision patronale intéressant la collectivité du personnel, qu'il soit de droit privé ou de droit public ; elle peut se traduire en second lieu comme la nécessité pour l'employeur d'essayer d'obtenir un accord avant d'envisager une décision unilatérale ; le droit à la participation collective en permet la réalisation »¹⁹³⁹. Si cette invitation à l'exercice du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur a pour conséquence de réduire les coûts de transaction et d'inciter à la coopération, l'altérité dans la relation de travail peut être favorisée par la participation au capital.

Cette modalité « consiste à intéresser les salariés aux résultats de l'entreprise »¹⁹⁴⁰. Le droit comme incitation trouve là encore toute sa pertinence, puisque le processus de création de richesse possède des vertus incitatives spécifiques ; l'établissement d'une relation forte entre récompense et effort productif¹⁹⁴¹ encourage largement l'engagement des salariés ; dans le même temps, « l'adhésion aux vertus traditionnelles, telles que le respect des promesses, la révélation de la vérité ou l'honnêteté réduit les coûts de transaction et de recours au marché »¹⁹⁴².

458 – Conclusion : validation de l'hypothèse de réciprocité - On conclut, au final, à une réciprocité entre l'investissement éthique et le retour en terme de performance financière qui en est attendue. Les salariés la perçoivent positivement, parce qu'ils en retirent objectivement une forme de bienveillance de la part de l'employeur, certes, mais aussi et surtout, parce qu'inconsciemment la confiance qui s'instaure contribue naturellement à la création de valeur ajoutée : « L'économie comportementale tout comme l'économie expérimentale ont montré que les hommes sur-agissaient non pas aux gains potentiels mais aux risques de pertes »¹⁹⁴³.

¹⁹³⁸ Droit social, n° 12, déc. 2015 ; V. articles de M. Pierre-Yves VERKINDT, Mme Valérie BERNAUD, M. Patrick RÉMY, M. Gilles AUZERO, M. Jean-Philippe LIEUTIER notamment, sous la coordination de M. Franck PETIT.

¹⁹³⁹ PETIT, « Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ? », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 952-953.

¹⁹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁹⁴¹ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *Posner : l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003, p. 83.

¹⁹⁴² *Ibidem*.

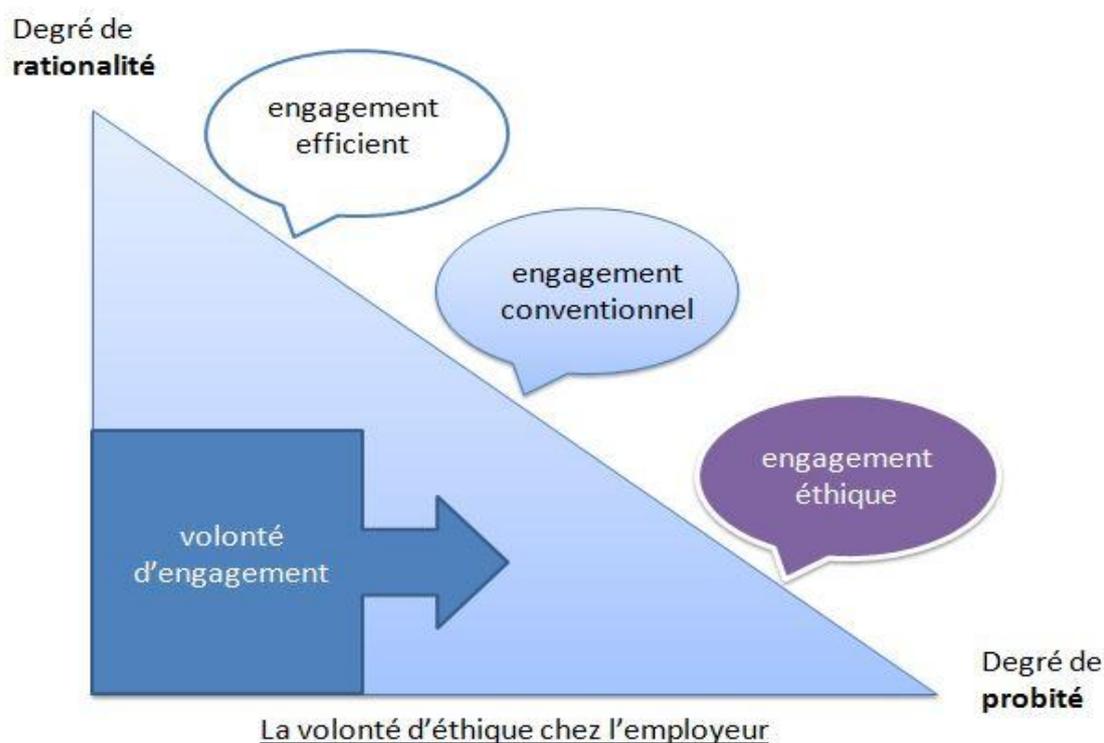
¹⁹⁴³ CHASSAGNON (V.), « La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 11 : l'auteur cite la théorie des perspectives du Prix Nobel 2002 David Kahneman et d'Amos Tversky.

Cependant, on formule une nouvelle hypothèse, celle que la linéarité de cette relation soit contingente. Il convient alors de s'intéresser aux questions de gouvernance dans l'entreprise, tout comme aux conséquences que génère le modèle réticulaire de l'économie.

Conclusion du chapitre 2

La productivité du contrat de travail est conditionnée par ce que le salarié reçoit de l'employeur. L'exercice de la subordination implique une responsabilité dont la méconnaissance doit inéluctablement entraîner sa remise en cause : « *La liberté de l'entreprise ne se confond pas avec la liberté des employeurs de faire ce qu'ils veulent. A la différence de la personne humaine, l'entreprise n'est pas juridiquement appréhendée comme une valeur en soi, mais comme un moyen de soumettre certains faits à l'emprise du droit* »¹⁹⁴⁴.

L'engagement de l'employeur reste peu normé : il est surtout fonction d'une rationalité qui reste mâtinée d'émotions et d'anomalies comportementales¹⁹⁴⁵. Plus il privilégiera la loyauté, le rapport de confiance, moins la rationalité absolue sera forte. Cette solution semble logique dans la mesure où l'incomplétude du contrat caractérise la relation de travail post-tayloriste. Aussi, le calcul doit progressivement s'effacer au profit de l'éthique. La performance globale en dépend.



¹⁹⁴⁴ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 181

¹⁹⁴⁵ HARNAY (S.), MARCIANO (A.), *Posner : l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003, pp. 50-51.

Cette logique reste contingente. Elle n'est valable qu'en « circuit fermé ». L'évolution du capitalisme amène à tenir compte de deux autres paramètres pour composer l'exercice du pouvoir de l'employeur.

D'un point de vue interne, l'organisation de la gouvernance de l'entreprise s'avère déterminante : avec la montée en puissance des marchés financiers¹⁹⁴⁶ dans le financement de l'économie, quoi de commun entre une entreprise relevant du capitalisme actionnarial et celle issue du capitalisme partenarial, dominée par un actionnaire majoritaire ou un fonds éthique qui placent la confiance et le savoir au cœur de l'entreprise ? Dans le premier cas, le financement ébranle l'action des dirigeants, en faisant peser sur eux la menace de prises de contrôle, de révocations *ad nutum* ou d'engagement de leur responsabilité, alors que dans le second cas des relations du travail équilibrées peuvent se nourrir d'une véritable posture de respect des parties prenantes.

D'un point de vue externe, il ne faut pas négliger l'influence des concurrents, des clients, des prestataires et partenaires entrepreneuriaux externes, qui jouent un rôle éminent dans les incitations que permet le droit de travail comme facteur de performance. Ainsi, leur implication dans les activités de l'entreprise peut les amener à des relations d'intrusion dans la relation de travail traditionnelle, au mépris du rôle des organes (théorie institutionnelle de la firme) et des frontières juridiques (personnalités morales différentes). De la satisfaction de l'intérêt des partenaires dépend aussi la capacité de l'entreprise à faire vivre des rapports de force équilibrés entre les diverses parties prenantes à l'intérêt social.

¹⁹⁴⁶ Avant les années 1980, la France évoluait dans une économie d'endettement caractérisée par la prévalence de l'intermédiation bancaire dans le financement externe. Depuis, elle est passée à une économie de marchés financiers (financement direct des besoins, taux d'intérêt librement fixés par les marchés, etc.).

TITRE II

CONTINGENCE DE L'ENGAGEMENT

459 – Position du problème - Les relations individuelles et collectives du travail ne peuvent être équilibrées et profitables à la performance de l'entreprise que si elles se conjuguent de façon harmonieuse avec d'autres forces en présence.

Certaines ont une nature endogène et relèvent du pouvoir capitalistique. Les détenteurs du capital ont le pouvoir de nomination des dirigeants sociaux au sein de l'entité juridique, ou en situation de prises de participations majoritaires dans des filiales notamment. En analysant la relation au sein de la gouvernance de l'entreprise, on s'aperçoit que les liens entre les deux forces en présence ne sont pas toujours harmonieux. La montée des investisseurs institutionnels dans le financement de l'économie a montré combien « *le réseau de contrats dans lequel se résout juridiquement l'entreprise n'a pas pour objet l'organisation d'une quelconque communauté, mais la fixation des rapports de ses propriétaires avec les autres opérateurs économiques, dont les salariés* »¹⁹⁴⁷. La crainte des actionnaires se révèle à la lueur du risque selon lequel les organes de direction pourraient avoir d'autres objectifs que le retour sur investissement ; cette situation reviendrait à privilégier d'autres ambitions : soit une vision œcuménique de l'intérêt social, soit leurs propres intérêts.

L'observation du fonctionnement des marchés, les analyses micro-économiques portées par les théories de la firme, ainsi que l'étude des solutions jurisprudentielles montrent les apories de cette relation duale et l'influence qu'elles ont sur la performance de la firme (chapitre 1). En raison d'une orientation des marchés vers la demande et de la nécessaire flexibilité que génère une concurrence exacerbée, il se rajoute aux problèmes de gouvernance une mutation des systèmes productifs qui voit naître des formes d'intrusion, sinon d'ingérence dans la relation de travail de droit commun. L'intrusion de tiers rend potentiellement caduque ou ineffective l'exercice de l'engagement dans la régulation du travail salarié. La performance défendue dans cette étude peut s'en trouver tempérée, sauf si de nouvelles formes de régulations viennent renforcer les vertus de la flexicurité (chapitre 2).

¹⁹⁴⁷ SUPPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 177.

Chapitre 1

LA GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE

460 – Présentation - La contribution à la richesse nationale est essentiellement assurée par de grandes entreprises (GE) et des entreprises de taille intermédiaire (ETI) dont le capital se trouve aux mains d'actionnaires et qui sont gérées par des dirigeants sociaux *mandatés*. Si elles ne représentent que 0,15% des sociétés, ces deux catégories d'entreprises emploient 53 % des salariés¹⁹⁴⁸. De la qualité des relations d'agence au sein de la gouvernance, dépend donc la qualité du dialogue social en France. Cependant, puisqu'il ne s'agit pas des mêmes agents, actionnaires et dirigeants ont par nature des intérêts divergents. Pour les premiers il peut s'agir de maximiser la valeur actionnariale. Pour les seconds, qui sont aussi des agents rationnels, il peut s'agir de maximiser leur propre rémunération ou d'asseoir leur prestige et leur pouvoir. Cela pose la question de la satisfaction première de l'intérêt social, qui semble absente de ces visions antagonistes. Dans tous les cas, en vertu de la *théorie de l'institution* de Maurice Hauriou, les organes de direction ont des pouvoirs spécifiques qui relèvent de l'organisation du gouvernement de l'institution, pour la réalisation de l'idée de l'entreprise et à son service. Sans leur ôter l'autonomie nécessaire, ce pouvoir implique une communion des membres du groupe et des organes de gouvernement, soit en l'idée de l'oeuvre à réaliser, soit en celle des moyens à employer¹⁹⁴⁹.

La pluralité des contextes d'entreprises montre une grande diversité de situations. Certaines firmes bénéficient de relations sociales saines aux rapports de force équilibrés. Les dirigeants rendent alors compte *ex post*, au sein des assemblées générales ordinaires, de leur gestion aux porteurs de titres et ce de façon annuelle. Mais les scandales financiers liés notamment aux rémunérations prohibitives de certains dirigeants sociaux, associés à la montée des investisseurs institutionnels dans le capital des firmes, ont montré que leurs relations d'agence, c'est-à-dire leurs accords dans le cadre du mandat, n'étaient pas simples à normer. De la fusion de leurs intérêts aux dissensions, il n'y a qu'un pas (section 1).

¹⁹⁴⁸ Insee Références, « *Catégories d'entreprises* », 2 mars 2017 – 274 GE, 5322 ETI, 3.750.454 entreprises au total.

¹⁹⁴⁹ JEANNOT (G.), « *La théorie de l'institution de Maurice Hauriou et les associations* », Les Annales de la Recherche Urbaine, 2001, p. 18.

Cette lutte intestine au sein de la gouvernance peut avoir des effets dévastateurs sur la performance de la firme. Si sa croissance risque de devenir compromise, des crises peuvent habiter la gouvernance et mettre à mal la théorie du mandat d'intérêt commun tout comme l'intérêt social (section 2).

Section 1 – Les apories d'une relation duale

461 – Dynamique des investisseurs : passivité vs activisme - La relation entre dirigeants et actionnaires est rarement simple. Elle s'est complexifiée avec la montée en puissance des investisseurs institutionnels, passifs ou activistes, dont certains confondent la notion de performance avec celle, plus restrictive, de rendement et de cours boursier. M. Jean-Michel Sahut et Mme Hidaya Othmani Gharbi les définissent avec précision.

Selon la thèse de la passivité, les investisseurs institutionnels s'impliquent peu dans le contexte organisationnel des firmes : « *Il s'agit de la confirmation de la vision traditionnelle du gestionnaire de portefeuille qui opte pour la vente en cas d'insatisfaction plutôt que de s'intégrer dans les affaires internes des entreprises, et intervenir pour redresser la situation* »¹⁹⁵⁰. Cette vision respecte la théorie des institutions.

Cependant, la consolidation des fonds gérés par les investisseurs institutionnels les a amenés à intervenir dans la gestion des entreprises. L'activiste financier Nelson Peltz est un témoin vivant de ce nouveau paradigme ; qualifié de « *terreur des PDG américains* » l'investisseur s'invite essentiellement dans des groupes présentant des signes de faiblesse, pour en critiquer la gestion et réclamer des démantèlements. Ceux-ci se traduisent systématiquement par des milliers d'emplois supprimés : la finalité de maximisation de la richesse des actionnaires est l'objectif prioritaire, par le biais des dividendes d'une part, mais aussi et surtout grâce aux plus-values réalisées sur la cession des titres de propriété¹⁹⁵¹. Ainsi, la thèse de l'activisme met en évidence l'action d'investisseurs institutionnels visant à remettre en question la gouvernance et la gestion des firmes : « *Le rôle actif s'appuie sur une motivation et une orientation de ces acteurs à exercer un contrôle rigoureux des équipes dirigeantes des firmes où ils investissent ou proposent d'investir leurs fonds. Ce rôle suggère également l'utilisation de leurs droits de vote pour participer au processus de prise de décision, et influencer les*

¹⁹⁵⁰ SAHUT (J.-M.), OTHMANI GHARBI (H.), « *Activisme des investisseurs institutionnels : cadre général et facteurs d'influence* », La Revue des Sciences de Gestion, mars 2010, n° 243-244, p. 26.

¹⁹⁵¹ V. CHALLENGE, « *Nelson Peltz, l'homme qui fait trembler Wall Street* », 7 oct. 2015 – CAPITAL, « *Procter et Gamble : bataille entre le management et le fonds activiste Triam Partners* », 7 sept. 2017 – Le Figaro Économie, « *Nelson Peltz échoue à entrer au conseil de Procter & Gamble* », 10 oct. 2017.

actions et les orientations au sein des firmes, ceci quel que soit leur niveau de participation au capital. L'activisme peut donc être associé aux actions soutenant et affirmant le pouvoir des actionnaires »¹⁹⁵². Cette vision interroge la théorie des institutions.

En dehors des fonds éthiques, ces investisseurs institutionnels, dont l'encours global des actifs s'élevait à environ 62 000 milliards de dollars il y a 10 ans, dépasse aujourd'hui le produit intérieur brut (PIB) des principaux pays industrialisés¹⁹⁵³. Ils gèrent l'épargne retraite (fonds de pension), font de l'investissement (SICAV) ou gèrent des comptes bancaires et assurances (compagnies d'assurances). Cela nous amène à mettre en évidence une réalité insuffisamment prise en compte par le droit du travail : l'employeur en tant qu'entité est en fait constitué de deux composantes : le dirigeant social qui organise la relation de travail, et les porteurs de titres qui influencent ce même dirigeant.

En France, comme dans les pays anglo-américains, ces acteurs détiennent plus de la moitié du capital des sociétés cotées. Les auteurs précités mettent en évidence qu'ils détiennent en 2008 une minorité de blocage dans 25 % des entreprises françaises, une majorité simple dans 13% d'entre elles et une majorité absolue dans 14% des cas : le contrôle relatif ou absolu est donc présent dans 52% des entreprises françaises. On notera que la part allant aux investisseurs étrangers est la plus importante.

Dans ce contexte, développer une relation de loyauté réciproque avec les salariés et leurs représentants peut s'avérer relativement ardu. En effet, ces investisseurs imposent aux firmes « *le respect des principes de gouvernance d'entreprise (corporate governance), tels que la transparence, et des administrateurs indépendants destinés à leur permettre de contrôler les managers. Mais ils exigent aussi des entreprises un rendement financier élevé des fonds propres : c'est la fameuse contrainte du ROE à 15 % (return on equity, rendement des actions)* »¹⁹⁵⁴. L'objectif central n'est pas alors d'assurer la croissance de l'entreprise, mais de réaliser des gains de productivité, « *ce qui passe par la réduction de l'emploi ou la fermeture des unités de production pas assez rentables au regard des normes de rentabilité* »¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁵² SAHUT (J.-M.), OTHMANI GHARBI (H.), préc.

¹⁹⁵³ V. LOPIN (H.), « *Les investisseurs institutionnels font le poids* », Alternatives économiques, hors-série, n° 75, déc. 2007.

¹⁹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*

On tentera de mesurer comment la relation de gouvernance peut être naturellement normée par l'intérêt social (§1) pour ensuite envisager les modalités qui font de ce lien une relation particulièrement instable, qu'il convient d'organiser (§2).

§1) Une relation normée

462 – Reconnaissance de la personne morale - L'organisation de la gouvernance de l'entreprise est directement issue de la reconnaissance de la personne morale : elle met en évidence le rôle des organes dans l'entreprise sociétaire notamment.

Si la personne morale est parfois considérée comme une fiction¹⁹⁵⁶, une construction jurisprudentielle dite *thèse de la réalité* a été ouverte par le célèbre arrêt Comité d'établissement *Saint-Chamond* du 28 janvier 1954. Celui-ci précise que « *les comités d'établissement, comme les comités d'entreprise, ont la personnalité civile. Ils peuvent donc ester en justice pour l'exercice des attributions qui leur sont dévolues par l'ordonnance du 22 février 1945* »¹⁹⁵⁷. Selon cette thèse, tous les groupements autonomes doivent avoir la personnalité juridique, car celle-ci correspond à la réalité. Elle n'est donc pas une création de la loi. Ces groupements ont une volonté propre, un but collectif. Par un arrêt du 17 avril 1991, le juge confirmait que « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi. Elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés* »¹⁹⁵⁸. Selon cette thèse, seule la réalité compte. Ainsi, un groupement de personnes qui atteint un certain niveau d'organisation peut exprimer une volonté et agir en conséquence : « *La personne morale naît de ses propres œuvres et non de celles du législateur* »¹⁹⁵⁹. Ledit groupement possède alors la personnalité juridique. Même si cette thèse est parfois contestable, comme par exemple en situation de société unipersonnelle, « *la lutte entre les deux écoles est terminée pour les sociétés et les associations* »¹⁹⁶⁰. Si le débat sur la nature des personnes morales s'est aujourd'hui dilué, le droit positif convient que le contrat de société en est le socle et la personnalité une évidence, puisque les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. On peut y voir une victoire de la *thèse de la fiction*, même si en cas

¹⁹⁵⁶ La thèse de la fiction considère que les personnes morales ne seraient que des patrimoines collectifs appartenant à un certain nombre d'individus. Selon cette thèse, seuls les êtres humains sont aptes à devenir des sujets de droit. La reconnaissance de la personnalité morale ne peut être que la conséquence d'un acte de volonté de l'Etat. Le contrôle de conformité aboutissant à l'immatriculation au RCS pour les sociétés et GIE en témoigne.

¹⁹⁵⁷ Civ 2^e, 28 janv. 1954, pourvoi n° 54-07.081, publié au bulletin.

¹⁹⁵⁸ Soc., 17 avr. 1991, n° pourvoi 89-17.993, 89-43.767, 89-43.770, publié au bulletin.

¹⁹⁵⁹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} éd., n° 242, p. 90.

¹⁹⁶⁰ *Idem*, p. 91.

de doute, « *la jurisprudence évalue les éléments qui attestent suffisamment de la réalité d'un intérêt collectif et d'une possibilité de son expression* »¹⁹⁶¹.

463 – Finalité propre de l'entreprise - Le plus souvent, le juge prend la *finalité propre de l'entreprise* comme boussole. En l'occurrence, et en matière de droit du travail, si la liberté de mœurs ou de religion est garantie par les dispositions l'article L. 1132-1 C. trav.¹⁹⁶², il n'en demeure pas moins qu'*« il ne peut être procédé à un licenciement que lorsque celui-ci repose sur une cause objective fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »*¹⁹⁶³. Par l'arrêt *Painsecq*, le trouble caractérisé à l'entreprise devient reconnu.

Ainsi, la notion de trouble caractérisé a été rappelée dans l'arrêt du 22 janvier 1992 (pourvoi n° 90-42.517). La Cour a précisé que « *selon l'article 9 du Code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée. Il en résulte qu'il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble objectif caractérisé au sein de cette dernière* ». In fine, le fondement du licenciement se trouve donc déplacé de la relation individuelle salarié-employeur vers une autre, plus globale, salarié-intérêt de l'entreprise. La violation par le salarié de l'image de l'entreprise peut être sanctionnée. En l'espèce, la Cour de cassation avait censuré l'arrêt de cour d'appel car si « *le salarié est libre d'acheter les biens, produits ou marchandise de son choix* », le juge du fond s'est borné « *à constater le simple achat d'un véhicule sans relever le moindre trouble objectif apporté à l'entreprise par le comportement incriminé de la salariée* ».

¹⁹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁹⁶² Art. L. 1132-1 C. trav. : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français* ».

¹⁹⁶³ Soc., 17 avr. 1991, pourvoi n° 90-42.636, publié au bulletin.

On note cependant une limite remarquable : l'entreprise individuelle, tout comme le groupe de sociétés, ne sont pas dotés de la personnalité morale alors qu'ils manifestent un intérêt distinct ainsi qu'une organisation collective permettant l'expression d'une volonté commune : « *En définitive, pour beaucoup, il n'y aurait plus guère que quelques principes directeurs applicables à la notion de personne morale, de sorte qu'elle ne serait plus réellement utile, n'entraînant pas l'application d'un régime unitaire identifié* »¹⁹⁶⁴.

464 – Thèse de l'autonomie de la représentation - Dans la plupart des entreprises sociétaires l'organisation de l'institution nécessite la mise en place d'un organe de direction. Les modalités varient selon le type et la taille de la société. Dans les petites structures, dominées par une personne ou une famille, c'est le principal associé qui est généralement désigné comme dirigeant : propriété et pouvoir iront alors de pair. A l'inverse, dans les grandes sociétés, faisant notamment appel à l'épargne publique, les dirigeants sociaux sont choisis en raison de leurs compétences managériales. Ce sont des managers professionnels qui ne possèdent souvent et au mieux qu'une infime part du capital social : il y aura dans ce cas, dissociation entre propriété et pouvoir. Dans le même temps, le pouvoir de désignation entraîne celui de révocation, ce qui fait peser sur eux un risque permanent de fin de mandat.

Le dirigeant social n'a pas la qualité de commerçant. Il n'a pas non plus la qualité de salarié car il ne bénéficie d'aucune des mesures de protection offertes par le droit du travail. L'analyse contractuelle de la firme considère que « *les pouvoirs sont attribués et délimités par les associés par une sorte de mandat* »¹⁹⁶⁵. Cependant, l'analyse institutionnelle de la société considère, quant à elle, qu'il est un de ses organes, ce qui atteste que l'autonomie de ses pouvoirs relève de la loi. Cela permet d'allouer aux dirigeants sociaux une certaine liberté d'action. Ils bénéficient alors de tous les pouvoirs pour diriger la société dans l'intérêt de celle-ci. On retrouve ici la *théorie de l'autonomie du représentant* défendue par le Pr. Franck Petit en matière de représentation du personnel, et qui revient « *à reconnaître une certaine indépendance dans l'exercice de leurs missions* »¹⁹⁶⁶. Celle-ci se révèle aussi pertinente pour les auteurs qui voient l'entreprise en tant que « *coalition politique* » ; selon eux, les objectifs de l'entreprise ne sont pas donnés : ils sont le fruit de négociations entre les différentes parties prenantes qui y participent : « *Chaque groupe voulant tirer avantage de sa position, le conflit d'intérêts est intrinsèque à son fonctionnement. Il revient au dirigeant d'arbitrer* »¹⁹⁶⁷.

¹⁹⁶⁴ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2015, p. 87.

¹⁹⁶⁵ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} éd., p. 132.

¹⁹⁶⁶ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J, 2000, p. 266.

¹⁹⁶⁷ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, p. 87.

465 – Étendue (bornée) des pouvoirs – Les pouvoirs du dirigeant social sont importants dans la mesure où, nonobstant la direction économique de la société, ils assurent sa représentation juridique, passent et signent des contrats, estent en justice. Au demeurant, ces pouvoirs ne sont pas absolus ; vis-à-vis des associés, des clauses statutaires peuvent interdire de passer certains actes ou imposer une autorisation préalable des associés ou d'un organe de contrôle. Ils sont ensuite soumis à un impératif éthique, tout au moins déontologique, qui leur impose d'agir dans l'intérêt de la société.

Il peut alors se poser un problème : « *Il est admis que l'intérêt social ne se confond pas nécessairement avec l'intérêt des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires ; la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés* »¹⁹⁶⁸. Si l'on pousse plus avant la question de l'intérêt social, des divergences doctrinales apparaissent. Dans une vision extensive, l'intérêt social serait universel : il ne serait autre que l'intérêt de l'entreprise, ce qui permettrait de prendre en compte l'ensemble de ses parties prenantes : salariés, créanciers, fournisseurs, clients, et associés¹⁹⁶⁹.

Cependant une vision plus restrictive rejette cette approche œcuménique. Elle considère que l'intérêt social doit s'entendre comme l'intérêt propre de la société : celui-ci est constitué dans l'intérêt des associés qui en attendent un retour sur investissement et, tout particulièrement dans les sociétés par actions, une optimisation de la valeur de leurs titres. Dans cette hypothèse cependant, « *dirigeants et associés ne sauraient agir en négligeant l'intérêt commun et supérieur qui les domine* »¹⁹⁷⁰.

La question n'est pas neutre. Si elle a une influence sur le règlement des questions juridiques relatives à la violation de l'intérêt social¹⁹⁷¹, il n'en reste pas moins que l'on peut s'interroger sur le mode de gouvernement de la société : qui fixe l'intérêt social ? Les dirigeants ou les porteurs de titres ?¹⁹⁷² La vision éthique de la conduite des affaires peut grandement diverger et avoir une influence prégnante sur les relations individuelles et collectives du travail. La performance peut donc s'en trouver affectée.

¹⁹⁶⁸ *Idem*, p. 172.

¹⁹⁶⁹ V. Com., arrêt Fruehauf-France, Paris, 22 mai 1965.

¹⁹⁷⁰ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), préc., p. 172.

¹⁹⁷¹ Le droit des sociétés assure la police du fonctionnement au nom du respect dû à l'intérêt social ; que l'abus provienne des associés (abus de majorité, de minorité, ou d'égalité) ou des dirigeants (ils engagent leur responsabilité civile, pénale lorsqu'ils méconnaissent l'intérêt social : infractions, fautes de gestion par exemple).

¹⁹⁷² La question en devient des plus ardues lorsqu'on se trouve en présence d'un groupe de sociétés : existe-t-il un *intérêt social du groupe* devant le quel devrait s'effacer l'intérêt de chaque filiale ?

§2) Une relation instable

466 – Présentation - La séparation de la propriété et de la gestion fait se confronter autour de la notion d'intérêt social des forces parfois contradictoires. Des dispositifs juridiques ou financiers permettent cependant de rapprocher des postures qui seraient trop égoïstes (A). Mais probablement que la performance de l'entreprise dépend d'une nouvelle prise de risque de la part de ses propriétaires. Après celle du risque de perte en capital, après celle de voir les intérêts des dirigeants sociaux prendre le pas sur les prérogatives attachées à la détention de droits sociaux, celle - libératoire - de consacrer l'autonomie de la bonne foi : reconnaître la légitimité d'organes qui disposent juridiquement d'une liberté d'action (B).

A) Fusion entre propriété et gestion

467 – Le mandat comme modalité - La loyauté réciproque peut être absente de la gouvernance de l'entreprise. L'organisation de la gestion duale passe alors par une vision contractuelle de la relation actionnaires-dirigeants. Sauf si les porteurs de titres relèvent notamment de l'économie sociale et solidaire, on pourra considérer que cette première hypothèse sera défavorable à l'exercice des responsabilités sociale et sociétale de l'entreprise (RSE).

Cette vision considère d'abord l'entreprise comme une boîte noire. L'analyse néo-classique prend cette catégorie d'entreprise comme référence en négligeant tous les détails de son fonctionnement : « *La description de cet ensemble est limitée à celle des éléments mesurables qui passent à travers ses frontières* »¹⁹⁷³ souligne pudiquement le Pr. Gilbert Koenig. Selon une analyse en termes de droits de propriété, l'intérêt social est alors déterminé par les propriétaires. Ils disposent en effet d'un droit de contrôle qui leur permet de prendre des décisions concernant l'utilisation ou la disposition des actifs sur lesquels ils exercent un droit de propriété. En mettant à disposition de l'entreprise des ressources qui leur appartiennent, il est alors légitime qu'ils adoptent un comportement d'optimisation fondé économiquement sur une rationalité complète, et juridiquement sur le droit individuel de propriété. Celui-ci s'entend du droit d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive et absolue, sous les restrictions établies par la loi (C. civ. art. 544).

¹⁹⁷³ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, p. 7.

Si les propriétaires ne sont pas les dirigeants sociaux, ces derniers gèreront alors l'entreprise sous contrat de *mandat*, c'est-à-dire au travers d'un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom¹⁹⁷⁴. Les mandataires sociaux sont alors investis de pouvoirs de gestion au nom et pour le compte de l'intérêt de l'entreprise. Dans le cadre de la théorie de l'agence, les actionnaires sont considérés comme des mandants qui engagent des *managers* formant des mandataires, en vue d'effectuer une activité de gestion pour leur compte. Sur un plan théorique et légal, les porteurs de titres « *sont bien propriétaires de l'entreprise. Le risque, qu'ils ont initialement accepté d'endosser en tant que créanciers résiduels, justifie et légitime pleinement leur rémunération. Les dirigeants n'ont donc pas d'autre mission que de rémunérer au mieux leurs actionnaires* »¹⁹⁷⁵. Des relations d'agence¹⁹⁷⁶ en découlent. Elles entraînent des coûts de transactions : coûts de surveillance supportés par les actionnaires, mais aussi des coûts d'opportunité, correspondant aux pertes subies par les propriétaires en cas de divergence d'intérêts avec les organes de direction.

Sur le plan juridique trois principaux incitatifs peuvent être dégagés pour lier les dirigeants : la fragilité de leur statut de mandataire, la rémunération et l'éthique.

1) La révocation *ad nutum*

468 – Définition - La première incitation du droit se révèle très rationnelle ; elle part du postulat selon lequel les mandataires sociaux sont choisis parmi les associés, ou en dehors de la société. Selon la théorie usuelle, le pouvoir de nomination entraîne celui de révocation. Par application de l'article L. 2003 C. civ., la révocation est une modalité de fin du mandat ; elle se définit comme un « *acte unilatéral par lequel celui qui avait confié une mission à une personne met fin à cette mission* »¹⁹⁷⁷.

Elle est *ad nutum* (sur un simple signe de la tête) si les motifs ne sont pas déterminés ; c'est un principe d'ordre public par lequel les associés n'ont pas à justifier d'un motif particulier pour révoquer le dirigeant de ses fonctions : « *Le directeur général est révocable à tout moment par le conseil d'administration. Il en est de même, sur proposition du directeur général, des directeurs généraux délégués* »¹⁹⁷⁸. De la même manière, selon les dispositions

¹⁹⁷⁴ CORNU (G.) (sous dir. de). - *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

¹⁹⁷⁵ GERMAIN (C.), TRÉBUCQ (S.), « *La performance globale de l'entreprise et son pilotage : quelques réflexions* », Semaine sociale Lamy, 18 oct. 2004, n° 1186, p. 36.

¹⁹⁷⁶ Autrement dit, des « accords ».

¹⁹⁷⁷ CORNU (G.) (sous dir. de). - *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

¹⁹⁷⁸ C. com., art. L. 255-25, al. 1, modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 - art. 107.

de l'article L. 225-18 al. 2 C. com. les administrateurs « *peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire* ».

469 – Effets juridique de la révocation *ad nutum* - Cette modalité de révocation emporte trois conséquences. Le dirigeant social peut être révoqué de ses fonctions sans préavis et sans que la question soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée ; l'article L.225-105 al. 3 C. com. dispose que « *l'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Néanmoins, elle peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement* ». Il peut ensuite être révoqué sans juste motif : « *Ayant à bon droit retenu que la révocation d'un mandataire social, en l'espèce un administrateur, n'avait pas à être justifiée par un motif quelconque, la Cour d'appel qui relève que la révocation de l'intéressé n'a été ni brutale ni intempestive, décide à juste titre que cette révocation n'a pas été abusive* »¹⁹⁷⁹. Il ne peut enfin prétendre à aucune rémunération en contrepartie de sa révocation.

470 – Protection légale du propriétaire, atténuée – Dans les rares cas où un contentieux de révocation est soumis au juge, celui-ci n'apprécie pas le bien-fondé des griefs reprochés à l'intéressé, mais vérifie, selon le type de société, si elle n'a pas été abusive¹⁹⁸⁰ ou décidée sans juste motif.

Dans le cas où l'abus serait reconnu, l'intéressé pourrait se voir indemniser le préjudice moral sous la forme de dommages et intérêts. Ceux-ci ne peuvent toutefois réparer que le préjudice découlant des circonstances de la révocation et non la perte d'une chance de conserver ses fonctions. A ainsi été reconnue comme abusive la situation dans laquelle le révoqué n'a pas été en mesure d'entendre les griefs qui lui étaient reprochés et de se défendre (principe de contradiction)¹⁹⁸¹ ; celle aussi dans laquelle les circonstances de la révocation entachent les nécessaires loyauté et considération dues au dirigeant (quand la décision a par exemple été brutalement prise en faisant appel à un huissier de justice et à la police, en faisant sortir de force le président du Conseil de surveillance d'une SAS, par ailleurs salarié, devant le personnel et en l'ébruitant dans le milieu professionnel)¹⁹⁸².

¹⁹⁷⁹ Com., 3 janv. 1985, pourvoi n° 83-16.014, publié au bulletin.

¹⁹⁸⁰ La révocation est abusive lorsque les circonstances sont injurieuses ou vexatoires, ou lorsque le principe de contradiction n'a pas été respecté.

¹⁹⁸¹ Com., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-17667.

¹⁹⁸² CA Paris, 13 oct. 2006, n° 05/23871.

Cette révocation *ad nutum*¹⁹⁸³ ne concerne uniquement que les sociétés anonymes avec conseil d'administration. Dans les autres sociétés, le dirigeant social peut tout aussi bien être révoqué, mais selon certaines conditions. Par exemple, dans la forme de société récente que constitue la SAS¹⁹⁸⁴, les associés jouissent, grâce aux statuts, d'une grande liberté pour faire fonctionner la société comme ils l'entendent. Ainsi, les conditions liées à la révocation du président sont librement prévues dans les statuts. Il est ainsi loisible d'organiser une révocation avec ou sans juste motif, avec ou sans préavis, et prononcée suivant des modalités librement fixées en terme de quorum, de majorité, d'organe compétent. Par ailleurs, la responsabilité du pouvoir est, là encore, pleinement contractuelle à la différence des SA où les organes disposent de compétences légales très larges.

Enfin, dans les sociétés plus conventionnelles que sont les SARL, SNC, ou sociétés civiles, le gérant est révocable par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Cependant, il ne l'est pas *ad nutum*. Il a alors droit à des dommages et intérêts si son départ a été décidé sans juste motif¹⁹⁸⁵. Il est traditionnellement admis en jurisprudence que la notion de « juste motif » peut recouvrir deux grands types de fautes commises par le gérant : la faute de gestion entraînant des conséquences néfastes pour la société (gestion ruineuse, actes engagés dans l'intérêt personnel du gérant par exemple) ou le manquement du gérant à une obligation légale ou statutaire. Cependant un juste motif de révocation peut aussi exister en dehors de faute commise par le gérant : le manque de confiance, la dégradation des relations entre le gérant et les associés, sont ici visés, s'ils reposent sur des éléments objectifs¹⁹⁸⁶. Dans tous les cas, la définition de l'intérêt social sera singulièrement dépendante de la possibilité de révoquer plus ou moins facilement les mandataires sociaux. On peut en mesurer *ex post* les conséquences sur la qualité du dialogue social.

Ce pouvoir de révocation reste à manier avec précaution. Qui pourrait croire à l'engagement d'un dirigeant issu de la technocratie, qui n'agirait que par la crainte que constitue le principe de révocation *ad nutum* ? Ensuite, « *selon l'Etat du marché des dirigeants, la recherche d'un remplaçant peut s'avérer délicate* »¹⁹⁸⁷. Ce pouvoir reste surtout théorique. En réalité il est souvent difficile de distinguer, dans un départ de dirigeant, celui qui relève de la

¹⁹⁸³ Le principe de révocabilité *ad nutum* n'autorise pas les limogeages brutaux. Il arrive rarement que les juges annulent la révocation pour irrégularité, ou octroient des dommages et intérêts en raison du caractère abusif de la révocation. De plus, des indemnités conventionnelles librement débattues *ex post* permettent d'en atténuer les conséquences.

¹⁹⁸⁴ Loi n° 94-1 du 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifiée (SAS).

¹⁹⁸⁵ La notion de juste motif n'est pas définie par la loi, donnant lieu à un contentieux fourni. C'est la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts qui fait la différence avec la révocation *ad nutum*.

¹⁹⁸⁶ V. CA PARIS Pôle 5 – Chambre 8, 27 oct. 2015 ; CA PARIS Pôle 5 – Chambre 8, 22 sept. 2015.

¹⁹⁸⁷ GINGLINGER (E), préc., p. 48.

révocation ou de la démission : Warner, Watts et Wruck (1988) ont examiné les raisons invoquées par 230 départs de dirigeants : « *seule une personne était licenciée* »¹⁹⁸⁸.

Ainsi, plus que la crainte de la révocation par les associés, on formule l'hypothèse que l'incitation positive (par opposition à l'incitation liée à la crainte) est un meilleur outil pour amener les dirigeants à faire prévaloir une vision de l'intérêt social orientée vers celui des porteurs de titres.

2) L'encadrement de la rémunération des dirigeants

471 – Motivations de l'encadrement - La fusion entre propriété et gestion est un problème d'importance dans les sociétés cotées. En effet, dans une société fermée, sans dispersion du capital, et dans laquelle le dirigeant est souvent le principal actionnaire, la confusion des intérêts ne nécessite pas de contrôler les mandataires sociaux. En revanche, dès que des actionnaires externes sont sollicités, encore plus dans une situation d'actionnariat dispersé, le contrôle s'impose.

Dans ce type de société, il est nécessairement fait appel à des dirigeants sociaux dont l'expertise est plurielle. Le risque pour les associés est alors de voir privilégiée une perception extensive de la notion d'intérêt social : celle qui vise à prendre en compte l'ensemble des parties prenantes au détriment des seuls porteurs de titres. Tout autant, le risque est grand de voir l'intérêt des dirigeants prendre le pas sur celui des propriétaires. L'encadrement de l'action des dirigeants sociaux est alors nécessaire d'autant que son absence pourrait bien obérer le développement futur : si les profits de la firme peuvent être prélevés sans contrôle, les actionnaires peuvent ensuite refuser de financer l'entreprise.

Le plus souvent les actionnaires ne peuvent exercer un contrôle direct de l'ensemble des dirigeants ; « *Selon l'article L. 3111-2 du code du travail, sont considérés comme ayant la qualité de cadres dirigeants les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement. Si les trois critères fixés par ce texte impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un*

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux »¹⁹⁸⁹. C'est par l'intermédiaire d'organes collégiaux, tels les conseils d'administration ou les conseils de surveillance que le contrôle s'exerce. Mais le cœur de leur contrôle est-il celui de l'opportunité des décisions ?

L'action du conseil d'administration¹⁹⁹⁰ est en particulier interrogée : « *Le rôle du CA est de prendre les décisions importantes de la firme et de développer ses orientations stratégiques. En réalité, le plus souvent, ces décisions sont arrêtées par les dirigeants et approuvées par le CA, qui peut également émettre des conseils ou poser des questions. Ainsi, les dirigeants prennent l'initiative des décisions et les mettent en œuvre, tandis que les administrateurs ratifient les décisions et contrôlent la manière dont la direction est assurée* »¹⁹⁹¹. Au final, cette modalité de contrôle ne joue son rôle souvent qu'à long terme, et parfois trop tard, puisque des décisions irréversibles auront pu être prises par les dirigeants : « *Les conseils d'administration ne réagissent pas en l'absence de crise et interviennent toujours trop tardivement, après des pertes importantes* »¹⁹⁹². On a vu préciser, enfin, que le contrôle des dirigeants issus de la technocratie par l'épée de Damoclès que constitue le pouvoir de révocation était hasardeux et rarement utilisé en pratique.

472 – Pertinence de l'encadrement - Focaliser l'action de contrôle sur des éléments monétaires est probablement le moyen d'incitation le plus simple et le plus efficace pour inviter les dirigeants à fournir des efforts en faveur des actionnaires. L'analyse économique du droit y voit un caractère incitatif déterminant : « *L'union de l'usus et du fructus crée une boucle de rétroaction qui récompense les bonnes décisions et pénalise pour les mauvaises* »¹⁹⁹³. Les dirigeants mandatés sont alors incités à faire de la ressource l'usage qui leur procure le maximum de fruits : « *Ces effets se font sentir de manière décentralisée, quant aux individus concernés, sans intervention d'une autorité* »¹⁹⁹⁴.

¹⁹⁸⁹ Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 14-29.246, publié au bulletin.

¹⁹⁹⁰ Art. L. 225-35 C. com., al. 1 et 3 : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. (...)*

Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission ».

¹⁹⁹¹ GINGLINGER (E), « *L'actionnaire comme contrôleur* », Revue française de gestion, vol. n° 141, n° 5, 2002, p. 45.

¹⁹⁹² GINGLINGER (E), préc., p. 45.

¹⁹⁹³ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 137.

¹⁹⁹⁴ *Ibidem*.

Cet encadrement n'est pas marginal. On le trouve aussi dans les relations de travail grâce aux dispositifs d'actionnariat salarié. L'actionnaire salarié peut être défini comme « *la personne titulaire d'un contrat de travail qui, par le biais d'un (ou plusieurs) dispositif(s) spécifique(s), est amenée à détenir, directement ou indirectement, des actions de la société qui l'emploie et que celle-ci lui a proposé d'acquérir, en l'absence d'initiative préalable de sa part, en raison de sa seule qualité de salarié* »¹⁹⁹⁵. A l'actionnariat sont classiquement liés des droits politiques et financiers. La rémunération du travail, objet-cause du contrat éponyme, n'est pas traditionnellement réalisée par des instruments financiers. Le recours à l'actionnariat comme mode de rémunération manifeste alors la singularité de l'actionnariat salarié¹⁹⁹⁶. S'il bouleverse le paradigme traditionnel d'analyse de la rémunération, en engendrant une instabilité inédite dans le paradigme de l'intangibilité, il permet surtout de forcer la coopération entre employeur et salarié ; il joue le rôle d'incitatif à la dilution d'éventuelles tensions, fragilise l'unité de la représentativité du collectif de travail, tout en renforçant la créance de l'employeur dans le respect des obligations contractuelles du subordonné : « *Il incite à une amélioration de la productivité du salarié* »¹⁹⁹⁷.

473 – Modalités de l'encadrement - Il est traditionnellement mis en évidence deux types de rémunération des mandataires sociaux, exclusifs l'un de l'autre : le recours à une rémunération fixe, qui incite aux prélèvements non pécuniaires ; le recours à une rémunération proportionnelle, indexée sur les rendements que sont les résultats comptables de la société ou sa valeur boursière. Chacune de ces modalités présente des inconvénients : manque d'ambition, d'opportunisme et de prise de risque pour la rémunération fixe, mais aussi l'existence d'une possibilité de manipulation des données comptables et financières dans le cas d'une rémunération indexée sur les résultats comptables de la société¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁵ LIEUTIER (J.-P.), *Le modèle de l'actionnariat salarié* : PUAM, 2012, p. 32, n° 8.

¹⁹⁹⁶ LALAND (P.), *L'association financière des salariés à la performance de l'entreprise*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016, p. 155.

¹⁹⁹⁷ Idem, p. 257.

¹⁹⁹⁸ V. art. L. 232-12 C. com. relatif à la distribution de dividendes fictifs ; pour que le délit de distribution de dividendes fictifs soit constitué, il faut que des dividendes aient été distribués en l'absence d'inventaire ou sur la base d'un inventaire frauduleux et que la distribution de dividendes fictifs ait été faite en connaissance de cause (art. 121-3 du C. pénal). Issus du Code du commerce, on mettra ensuite en évidence les principes comptables auxquels sont liés les dirigeants sociaux : principes de régularité, de sincérité et d'image fidèle. L'art. L. 123-14 C. com. dispose que « *les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner l'image fidèle mentionnée au présent article, des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe. Si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé. Cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise.* » ; l'art. L. 123-15 al. 1 C. com. dispose que « *le bilan, le compte de résultat et l'annexe doivent comprendre autant de rubriques et de postes qu'il est nécessaire pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière*

Des systèmes mixtes peuvent ensuite être utilisés, fixes et proportionnels. Ils concilient alors la limitation des rentes pour les dirigeants, au besoin de développement de valeur actionnariale : le recours aux *stock-options* sera alors privilégié. Dans tous les cas, la rémunération pourra être fixée de plusieurs manières : soit directement par les statuts, ce qui peut se révéler inconfortable dans la mesure où il faudra mettre en place une modification statutaire à chaque variation du système de rémunération, soit par une décision collective des porteurs de titres. Dans les sociétés anonymes, c'est le conseil d'administration qui définira les modalités de rémunération du président : fixe, proportionnelle, ou mixte. Il en sera de même pour les membres du directoire : la rémunération est fixée par le conseil de surveillance. Elle en devient encadrée, et de cet encadrement dépend alors l'unité des intérêts des diverses parties prenantes.

Lier la rémunération des dirigeants de sociétés à des critères de performance relève du même principe conceptuel que celui des clauses de rendement que l'on retrouve en droit du travail notamment. Il ressort de l'arrêt de la société anonyme *L'Impeccable* du 24 octobre 2000 que « *le conseil d'administration d'une société anonyme est seul compétent pour fixer la rémunération du président, en vertu de l'article 110 de la loi du 24 juillet 1966 ; entre dans les prévisions de ce texte l'octroi d'un complément de retraite ayant pour contrepartie des services particuliers rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions par le président dès lors que l'avantage accordé est proportionné à ces services et ne constitue pas une charge excessive pour la société. Une cour d'appel, ayant retenu que la décision du conseil d'administration de supprimer ce complément de retraite, versé sous la forme d'une pension viagère, répondait à des difficultés économiques rencontrées par la société, ce dont il résultait que cette pension était devenue une charge excessive pour celle-ci et qu'ainsi, il appartenait, sauf abus de droit, au conseil d'administration de la modifier ou de la supprimer, a pu rejeter la demande d'annulation de cette décision* »¹⁹⁹⁹. Cette solution jurisprudentielle considère donc, que sauf abus de droit, ce qu'a consenti préalablement un conseil d'administration, un conseil ultérieur pouvait le retirer en raison de la charge excessive que constituait cette rémunération en cas de difficultés économiques de la société. En l'occurrence, le conseil d'administration de la société *L'Impeccable* avait supprimé l'octroi d'une pension viagère réversible au conjoint survivant du président et fondateur de ladite société.

et du résultat de l'entreprise. Chacun des postes du bilan et du compte de résultat comporte l'indication du chiffre relatif au poste correspondant de l'exercice précédent ».

¹⁹⁹⁹ Com., 24 oct. 2000, pourvoi n° 98-18.367, publié au bulletin.

474 – Encadrement des rémunérations par le législateur et les organes - Dernièrement, « le législateur a adapté aux primes de départ des dirigeants de sociétés cotées, le système de variabilité de rémunération qui est subordonné à la réalisation d'objectifs »²⁰⁰⁰. Ainsi, les clauses qui conviennent qu'un dirigeant de société pourra obtenir une indemnité de rupture dont la valeur excède cinq fois le plafond de la Sécurité sociale²⁰⁰¹ ne sont possibles qu'aux conditions *sine qua non* que la performance et les résultats de l'entreprise soient acceptables²⁰⁰². En effet, certains de ces « parachutes » ont pu apparaître comme des éléments de rémunération abusifs, notamment en cas de difficultés économiques de la société.

La loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, a institué que les conseils d'administration et de surveillance doivent être présents à toutes les étapes du processus de décision : ils arrêtent les principes, les règles d'octroi des rémunérations et avantages divers. Ils apprécient les performances accomplies par les dirigeants. Ces critères de performance ne sont pas définis par la loi et semblent devoir s'apprécier au regard de ceux de la société. Ceux-ci relèvent *in fine* de la liberté contractuelle.

475 – Évolution du modèle d'encadrement - Dans tous les cas, ces critères doivent être cohérents avec la stratégie de l'entreprise. Il ne peut en être autrement s'ils doivent être perçus comme efficaces par les diverses parties prenantes, au premier rang desquels figurent les associés et les salariés. Il est probable qu'une performance prospective doive être de plus en plus prise en compte : non tournée vers le passé, mais vers le futur.

Les investisseurs sont en effet intéressés au potentiel de croissance de la firme : ils sont « *de plus en plus attentifs à la mesure des capitaux intangibles qui participent à la valeur de l'entreprise via des indicateurs de responsabilité sociale et environnementale. La performance non-financière est alors mesurée par des leviers non-financiers relatifs à la création de valeur (performance RH, satisfaction client, performance environnementale, etc.) et à la valorisation des actifs immatériels (capital humain, image, capital fournisseur, etc.)* »²⁰⁰³.

²⁰⁰⁰ GAUTIER (M.), *Les clauses de rendement*, Thèse, LYON III, 2011, p. 357.

²⁰⁰¹ Au 1er janv. 2018, le PASS 2018 est fixé à 39.732 euros, en hausse de 1,28% par rapport à 2017.

²⁰⁰² 2015 : le Directeur général d'Alcatel-Lucent quitte l'entreprise avec un bonus de 13,7 millions d'euros. L'ensemble des syndicats, MEDEF compris, se disent *choqués* ; 2006 : après l'ouverture d'une enquête pour délit d'initié, l'ancien co-président d'EADS est épinglé par la justice au sujet de son parachute doré de 8,6 millions d'euros, etc. (source : La Tribune, 31 août 2015).

²⁰⁰³ LANDRIEU (V.), « *Rémunération du dirigeant : quels critères de performance ?* », Les Échos Business, 22 déc. 2015.

3) L'obligation de loyauté

476– Motivation - Tout comme le « prisme de bonne foi » posé légalement et par engagement entre employeur et salariés, le dernier moyen incitatif, de nature juridique mais bien moins rationnel, fait référence au devoir de moralité des dirigeants sociaux. Celui-ci nourrit spécifiquement la doctrine de la *corporate governance*, en ce qu'elle désigne « *les standards de bonne conduite applicables aux dirigeants des sociétés de capitaux ouvertes* »²⁰⁰⁴.

Ainsi, les mandataires sociaux sont investis des pouvoirs de gestion au nom et dans l'intérêt de la société. Ils doivent corrélativement faire preuve de loyauté envers les porteurs de titres en servant leurs intérêts. Le retour sur investissement doit ainsi servir de boussole aux dirigeants sociaux. Cette règle trouve son origine dans différentes branches du droit privé. Elle est ensuite renforcée par diverses décisions de la Cour de cassation qui, suivant un courant d'inspiration anglo-saxonne, en consacre le principe sans pour autant que celui-ci ait un caractère absolu.

477 – Sources légale et jurisprudentielle - Il résulte tout d'abord de l'article L.225-251 al. 1^{er} C. com. que « *les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ». Le dirigeant social est ainsi tenu d'une obligation de non-concurrence, d'une obligation d'information mais aussi d'une obligation de transparence.

En se référant à cet article, la Cour de cassation a montré sa volonté de lier directement le devoir de loyauté à la fonction de dirigeant, en écartant les articles relatifs à la responsabilité civile²⁰⁰⁵. L'arrêt *CEPS* du 18 décembre 2012 est d'autant plus novateur qu'il se fonde aussi sur les dispositions de l'article L. 227-8 C. com, qui précise que « *les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions* ».

²⁰⁰⁴ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017 (gouvernement des entreprises).

²⁰⁰⁵ Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-24.305, publié au bulletin. La Cour écarte la pure application des règles de la responsabilité civile, art. 1382 et 1134 *al.* 3 C. civ (*anc.*)

simplifiée ». Ainsi, l'obligation de loyauté viendrait à s'appliquer à tous les dirigeants sociaux. Une telle nécessité est d'autant plus justifiée que la SAS suppose un *intuitu personae* important. A défaut, le dirigeant social pourra être sanctionné civilement et pénalement. Outre la question de la responsabilité civile, le dirigeant sera sanctionné pénalement pour abus de confiance²⁰⁰⁶, abus des biens et du crédit²⁰⁰⁷, pour divers délits comptables²⁰⁰⁸, pour délit d'initié²⁰⁰⁹, etc.

Le juge vient préciser l'application de ces diverses dispositions. Par l'arrêt de principe du 27 février 1996²⁰¹⁰ dit arrêt *Vilgrain*, la Cour de cassation a consacré pour la première fois le devoir de loyauté. Elle a posé le principe selon lequel le dirigeant d'une entreprise sociétaire est tenu d'un devoir absolu de loyauté et de fidélité envers la société et la collectivité des associés. Il a depuis été jugé déloyal pour un gérant, de négocier pour le compte d'une autre société dont il était également dirigeant, un marché dans le même domaine d'activité que la première. Ces actes de concurrence déloyaux ne sont pas tolérés : « *Sauf stipulation contraire, l'associé d'une société à responsabilité limitée n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société ni d'informer celle-ci d'une telle activité et doit seulement d'abstenir d'actes de concurrence déloyaux* »²⁰¹¹.

La Cour de cassation a ensuite, par un arrêt du 12 mai 2004²⁰¹² confirmé sa position : « *Manque à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé, le président du conseil d'administration, qui ayant pris l'initiative d'inciter un actionnaire à céder ses actions, lui dissimule l'existence de négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport ultérieur de ces mêmes actions* ». Le courant jurisprudentiel est, depuis, bien établi.

Par un arrêt du 18 décembre 2012, une condamnation sur le même fondement a également été prononcée à l'encontre du dirigeant qui avait négocié pour son compte personnel et au

²⁰⁰⁶ Art. L. 314-1 C. pén. : « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* ».

²⁰⁰⁷ Art. L. 241-3, al. 4 C. pén. : « *Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

²⁰⁰⁸ V. Art. L. 241-3, al. 1, 2, 3 Code pénal : fausse évaluation, dividendes fictifs, comptes ne donnant pas une image fidèle, etc.

²⁰⁰⁹ V. Art. L. 465-1 C. pén., art. L. 421-1 al. 7 C. pén.

²⁰¹⁰ Com., 27 fév. 1996, pourvoi n° 94-11.241, publié au bulletin.

²⁰¹¹ Com., 15 nov., 2011, pourvoi n° 10-15.049, publié au bulletin.

²⁰¹² Com., 12 mai 2004, pourvoi n° 00-15.618, publié au bulletin.

détriment des intérêts des associés une opération immobilière touchant à l'activité de la société. La Cour de cassation a précisé que « *manque à son devoir de loyauté envers les autres associés, le dirigeant d'une société ayant laissé ces derniers dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble qu'ils entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité* »²⁰¹³. Le juge a ainsi sanctionné le dirigeant de SAS pour avoir capté une opportunité d'affaires de la société dont il était le mandataire social. Les associés l'ont alors assigné en paiement de dommages-intérêts. Les juges du fond n'ont pas fait droit à leur demande puisque, selon eux, aucune faute délictuelle ou contractuelle ne saurait se caractériser du seul fait de l'absence de transparence du dirigeant lors de l'acquisition, ni par l'indélicatesse dans son comportement, ni par la recherche à son seul profit, d'une opération financièrement avantageuse. Les associés se sont dès lors pourvus en cassation. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au visa des articles L. 227-8 et L. 225-251 al. 1^{er} C. com. et a qualifié l'action du dirigeant de manquement à son obligation de loyauté envers ses associés. Elle justifie sa décision au motif que le dirigeant avait laissé les associés dans une situation d'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble, alors que ces derniers entendaient l'acheter ensemble pour y développer leurs intérêts. L'obligation de loyauté des dirigeants sociaux reste donc un principe que la jurisprudence récente n'a jamais démenti.

Par un arrêt du 12 mars 2013 enfin, la Cour de cassation précise que « *manquent à leur obligation de loyauté qui s'impose aux dirigeants de société à l'égard de tout associé les dirigeants qui cachent à un associé, qu'ils incitent à céder ses actions à l'un d'entre eux, le prix de cession plus de deux fois supérieur auquel ces actions doivent être revendues à un tiers au titre d'un protocole d'accord antérieurement conclu avec lesdits dirigeants* »²⁰¹⁴. Ainsi, la Cour rappelle que le dirigeant social est tenu d'informer l'associé-cédant de circonstances de nature à influencer son consentement.

Cependant, ce principe n'est pas absolu, puisque récemment, la Cour de cassation est venue affirmer que le fait pour le gérant d'une société, d'accepter un emploi au sein d'une société concurrente, ne suffit pas à caractériser une déloyauté de sa part dans l'exercice de son mandat social²⁰¹⁵. Reste à savoir si le juge confirmera cette position en toutes circonstances.

²⁰¹³ Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-24.305, publié au bulletin.

²⁰¹⁴ Com., 12 mars 2013, pourvoi n° 12-11970.

²⁰¹⁵ Com., 8 fév. 2017, pourvoi n° 15-17.904.

478 – Pérennité du mandat - Au final, on conclut qu'en contrepartie du pouvoir qu'il détient au sein de l'entreprise, le dirigeant social se doit d'agir en toute transparence vis-à-vis des associés. Il est redevable à leur égard d'une large obligation d'information et d'une prise en compte de l'intérêt social. L'effectivité de cette obligation lui permettra d'être moins contraint par l'encadrement de son pouvoir, du fait du risque de révocation ou d'éléments monétaires. Parce que l'obligation de loyauté renforce la prise en compte de l'intérêt réciproque des associés et des dirigeants sociaux, elle incite à une certaine stabilité du mandat.

On voit poindre un certains nombre de limites : la performance de l'entreprise s'en trouvera-t-elle renforcée si les actionnaires n'ont pas de volonté éthique ? L'intérêt des associés peut-il ensuite être confondu avec l'intérêt social ? La performance de l'entreprise ne nécessite-t-elle pas une vision plus large de cet intérêt social ? Les dirigeants ne bénéficient-ils pas d'une certaine liberté d'action ?

B) Séparation entre propriété et gestion

479 – Démembrement de la propriété - Même si les microentreprises sont extrêmement nombreuses en France, leur contribution à la production nationale reste modeste, environ 11 %²⁰¹⁶. Une grande partie de la production nationale reste assurée par les grandes entreprises dont le capital se trouve aux mains d'actionnaires et qui sont gérées par des dirigeants sociaux. Cette gestion se réalise sous le contrôle des porteurs de titres qui exercent leurs droits de propriété. Mais celui-ci peut n'être que théorique : dans les grandes entreprises qui ont notamment recours aux marchés financiers pour se développer, une majorité n'est pas forcément délogée dans les assemblées générales. La dispersion du capital peut en être à l'origine. Les *managers* peuvent alors prendre le contrôle de la firme, à la condition qu'aucun groupe de porteurs de titres ne soit en mesure d'influencer leur gestion.

Dans ce cas de séparation entre propriété et gestion, les actionnaires n'exercent alors qu'un droit de propriété limité, celui de percevoir un revenu (*fructus*) et de céder ce droit (*abusus*). L'*usus* leur échappe.

²⁰¹⁶ Les entreprises individuelles représentent en 2012, 96 % du nombre total des entreprises : 3.416.182 sur 3.559.733. En 2016, elles contribuent à hauteur de 216 milliards d'euros au revenu national, soit 10,8 % (source Insee). Les deux données ont tendance à augmenter corrélativement : le nombre de micro-entreprises est croissant, tout comme leur contribution à la richesse nationale.

1) Une activité de gestion normée

480 – Diversité des statuts - Selon la structure juridique de l'entreprise et la fonction occupée, le dirigeant relèvera d'un statut social différent. Il peut être considéré comme travailleur indépendant ou assimilé-salarié. Ce choix est déterminant, car il entraîne ensuite des conséquences fiscales et sociales importantes²⁰¹⁷. Compte tenu des conséquences financières subséquentes, c'est celui qui attire l'attention des créateurs d'entreprise.

S'il est « assimilé-salarié », le mandataire social n'en sera pas pour autant un salarié au sens du droit du travail. Il n'est pas sous subordination, n'a pas de contrat de travail, ne relève ni des conventions collectives, ni des mesures de protection offertes par le Code du travail et ne cotise pas à l'assurance chômage. Le Conseil des Prud'hommes sera incompétent à son égard. Au demeurant, il peut parfois se retrouver en situation de cumul avec un emploi salarié, en présence de lien de subordination, de rémunération distincte et de fonctions techniques effectives. Ce sera notamment le cas pour les fonctions de directeur (administratif, financier, *marketing*) où les fonctions peuvent se confondre avec un mandat social.

a) La théorie de l'institution

481 – Pouvoirs issus de la loi - Que le dirigeant social relève du statut fiscal et social d'indépendant ou de salarié, ses pouvoirs sont essentiellement attribués et délimités par la loi.

Ni commerçant, ni salarié, le dirigeant social de société anonyme est un de ses organes. Les éventuelles clauses limitatives de pouvoir sont inopposables aux tiers, ce qui atteste que lesdits pouvoirs relèvent de la loi et non d'un mandat conféré par les actionnaires. S'agissant en revanche des relations avec les actionnaires, on qualifiera le dirigeant de SA de mandataire social, pour justifier de sa révocabilité et des responsabilités qu'il porte à leur égard. Aujourd'hui cependant, « *l'essentiel des pouvoirs résulte de la loi* »²⁰¹⁸ ce qui fait prévaloir l'analyse institutionnelle de la société sur l'analyse contractuelle qui considère, elle, que les pouvoirs sont attribués et délimités par les propriétaires.

²⁰¹⁷ Ils peuvent alors relever du régime social des indépendants ou du régime général de la Sécurité sociale. Par exemple, pour les plus courants, le gérant majoritaire de SARL est assimilé indépendant, quand le gérant minoritaire rémunéré est assimilé salarié ; le dirigeant de SA, de SAS, de SASU sont assimilés « salarié » quand l'entrepreneur individuel, l'associé-gérant de SNC sont assimilés aux travailleurs non salariés (TNS).

²⁰¹⁸ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} éd., p. 132.

Sur le plan institutionnel, les dirigeants sont donc en mesure de prendre un certain nombre de décisions : ils ont une liberté d'action. Vis-à-vis des associés, les organes de gestion ont tous pouvoirs pour diriger la société dans l'intérêt de celle-ci. Ils assurent au quotidien la direction économique et juridique de l'entreprise sur laquelle le contrôle des associés n'est que relatif. Il est surtout épisodique, puisqu'il s'exerce *ex post* lors des assemblées générales d'actionnaires. Vis-à-vis des tiers de bonne foi²⁰¹⁹, « *le souci de la loi est d'assurer la sécurité des tiers qui contractent avec la société en la personne des dirigeants* »²⁰²⁰. Ceux-ci ont donc en principe tous pouvoirs pour agir en son nom. La société²⁰²¹ en devient engagée par tout acte entrant ou non dans l'objet social et accompli en son nom. Tous les actes sont donc opposables à cette dernière même si ceux-ci ont été accomplis à des fins personnelles.

482 - Consécration jurisprudentielle - La sanction de la violation de l'objet social ou la violation des clauses limitatives de pouvoir²⁰²² n'est pas la nullité de l'acte ou l'inopposabilité à la société, mais la responsabilité personnelle du dirigeant. Le juge a considéré à cet égard que « *le gérant d'une société à responsabilité limitée est investi, dans les rapports avec les tiers, des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés* » et que « *la cession d'un fonds de commerce ne constitue pas, en elle-même, un acte relevant des pouvoirs légalement réservés aux associés* »²⁰²³. Dans cette affaire la Cour de cassation avait à se prononcer sur le point de savoir si le gérant pouvait décider seul de céder le fonds de commerce ou si cette décision relevait des pouvoirs légalement réservés aux associés. En l'espèce, le gérant de deux sociétés *Le Grain de poivre* et *DB réceptions* avait souscrit des promesses de cession portant sur les deux fonds de commerce exploités, à un salarié de la société *Grain de poivre*. Les associés n'ayant pas donné leur accord, les sociétés ont renoncé à donner suite aux deux cessions. Le bénéficiaire de la promesse a saisi le juge afin d'obtenir l'indemnisation de son préjudice résultant de l'inexécution contractuelle. La cour d'appel faisant droit à cette demande en condamnant *in solidum* les sociétés à payer au salarié bénéficiaire la somme de 30 000 euros, les associés ont formé un pourvoi que la Cour de cassation a rejeté. Toutefois, il n'en est pas

²⁰¹⁹ Un tiers de bonne foi est celui qui n'a pas eu connaissance des limites apportées à l'objet social ou aux pouvoirs des dirigeants.

²⁰²⁰ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), préc., p. 133.

²⁰²¹ Sauf dans les sociétés à risque illimité (SNC, SCI par exemple) car il convient de protéger les associés. L'art. L. 1849 C. civ. dispose pour la société civile que « *dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers* ». L'article étant une disposition impérative, le non-respect est sanctionné par la nullité.

²⁰²² C. com., art. L. 223-18.

²⁰²³ Com., 31 janv. 2012, n° 10-15.489.

de même si la société peut prouver que le tiers est de mauvaise foi c'est-à-dire qu'il savait que l'acte avait dépassé l'objet social.

Nonobstant une analyse institutionnelle mettant en lumière le rôle des organes, on observera que le droit napoléonien permet de garantir une certaine stabilité contractuelle. L'interprétation innovante des clauses du contrat de mandat et le recours à la théorie de l'abus de droit garantissent, elles-aussi, la protection du mandataire.

b) La révocation contrôlée

483 – Théorie du contrat d'intérêt commun - Face aux pouvoirs du mandant en matière de révocation notamment, le juge fait parfois prévaloir qu'une des caractéristiques du mandat relève de la mission de confiance dont l'agent est investi, écartant par là-même la qualification de louage de service. Outre l'adhésion à une cause commune, on peut supposer que les effets produits par la révocation du mandataire sur les parties prenantes à l'intérêt social renforcent cette position prétorienne. En conséquence, le contrat ne peut être révoqué du fait de la volonté d'un seul.

Le contrat de mandat est un contrat d'intérêt commun ; c'est dans ce contexte que la Cour de cassation a bâti cette théorie : « *Le 6 janvier 1873, confirmant l'arrêt du 22 janvier 1868, la chambre des requêtes pose que, lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou l'autre des parties, mais seulement de leur consentement mutuel* »²⁰²⁴. Le juge vient ici protéger le mandataire, en conférant au mandat une certaine stabilité. On retrouve une traduction de cette interprétation dans les conditions de révocation des gérants de SARL qui doivent être révoqués pour « justes motifs » par l'assemblée des associés ou pour « cause légitime » dans le cas de révocation judiciaire²⁰²⁵.

A l'inverse, on observera que les modalités de révocation des dirigeants de SAS sont fixées librement par les statuts et que les présidents de Conseils d'administration de SA restent révocables *ad nutum*. C'est ainsi que la révocation des gérants de SARL (qui représentaient

²⁰²⁴ TUFFERY-ANDRIEU (J-M.), « *Le régime juridique des intermédiaires de commerce : la requalification du contrat dans son évolution de 1840 à 1958* », Droit social, n° 9, sept. 2016, p. 692. L'auteure prend appui sur l'arrêt du 22 janv. 1868 : Req., 22 janv. 1868, D. 1868. 1. 169.

²⁰²⁵ La révocation judiciaire a vocation à intervenir lorsque des circonstances de droit ou de fait soustraient le gérant à toute décision collective : abandon de fonction, majeur sous curatelle ne pouvant plus assurer la gestion efficace de la société, fait de concurrence déloyale, mécontentement grave et continue entre cogérants, etc.

80% de sociétés créées en 2011 et 48% en 2015²⁰²⁶) en devient une révocation dite *contrôlée*. Elle doit nécessairement être fondée sur un juste motif, sans quoi le gérant concerné sera en droit de demander des dommages et intérêts²⁰²⁷. Dès lors, « *le juge s'impose comme seule autorité capable d'interpréter la volonté des parties au contrat et de garantir la théorie du mandat d'intérêt commun* »²⁰²⁸. Privé de définition légale, la notion de « juste motif » est déterminée au cas par cas par le juge. Celui-ci ne retiendra pas en l'espèce, des désaccords secondaires ou bien le seul désir de changer de gérant pour mettre fin au mandat. A l'inverse, des désaccords persistants sur la gestion de la société²⁰²⁹, une attitude extra-professionnelle du gérant susceptible d'avoir un impact négatif sur la crédibilité de la société²⁰³⁰ pourront être retenus comme des justes motifs de révocation.

484 – Théorie de l'abus de droit - Le juge recourt aussi à la théorie de l'abus de droit pour atténuer les conséquences de l'article 2004 C. civ. qui dispose que « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* ». A partir des dispositions selon lesquelles « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »²⁰³¹ les juges établissent que le mandataire ne peut être révoqué que pour une cause légitime reconnue en justice. Appliquée au régime des intermédiaires de commerce par exemple, le juge veut indemniser le mandataire de la perte de profits qu'il aurait pu retirer de la poursuite ordinaire du contrat. Si par principe, le mandat est révocable *ad nutum*, « *la divulgation par le mandant du motif de la rupture, est susceptible de faire l'objet d'un recours fondé sur les articles 1382 et 1383 du code civil* »²⁰³².

Cette théorie est tout-à-fait transférable à la question de la révocation *ad nutum* du mandataire social : non respect du principe du contradictoire, atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant peuvent motiver les contestations. Ont ainsi été jugées abusives les conditions d'éviction d'un gérant de SARL de la société « *Un Point Trois* » qui avait été révoqué lors de

²⁰²⁶ Insee première, n° 1583, 28 janv. 2016 : la part de l'ensemble des SARL parmi les sociétés créées s'établissait à 80% du total des sociétés en 2015. Cette part diminue régulièrement depuis, au profit des SAS et SASU, qui représentent en 2015 48% des sociétés créées, à égalité avec les SARL. Les autres statuts juridiques ne représentent que 4% des sociétés créées depuis de nombreuses années.

²⁰²⁷ Art. L. 223-25 C. com ; ces dommages et intérêts devront être calculés, au cas par cas. C'est au juge d'en fixer le montant.

²⁰²⁸ TUFFERY-ANDRIEU (J.-M.), préc., p. 692.

²⁰²⁹ Atteinte à l'intérêt social.

²⁰³⁰ Faute personnelle du gérant.

²⁰³¹ Art. 1382 C. civ. (*anc.*) – Art. 1240 C. civ. (*nouv.*) modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2.

²⁰³² TUFFERY-ANDRIEU (J.-M.), préc., p. 692.

l'assemblée générale des associés réunie le 10 mars 2000. La Cour de cassation a précisé que « l'arrêt attaqué a relevé que plusieurs mois avant la révocation de Monsieur X... les relations entre lui et certains associés étaient « tellement tendues » que pour obtenir une modification de l'«attitude sociale» de ceux-ci il «menaçait» de démissionner, qu'il disait avoir voulu se démarquer du comportement des associés qu'il jugeait «irresponsable» et «incohérent», qu'il a «mis en garde» les associés contre des décisions selon lui contraires à l'intérêt social, et que devant le refus des associés de suivre ses «mises en garde», il a pris une position «particulièrement violente». Au final, lesdits associés ont révoqué le gérant en exigeant qu'il remette immédiatement les clés de l'entreprise dès la fin de l'assemblée. La Cour de cassation a décidé à cet égard « qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que M. X..., qui exerçait depuis dix ans les fonctions de gérant, avait dû, dès l'issue de l'assemblée générale ayant voté sa révocation, remettre l'ensemble des clefs en sa possession donnant accès à l'entreprise, la cour d'appel a pu décider, sans avoir à faire d'autre recherche, que cette révocation était intervenue dans des conditions vexatoires »²⁰³³.

Ainsi, la théorie de l'abus de droit, construite à partir du droit commun, vient mettre une limite au principe de la révocabilité *ad nutum* du contrat de mandat. Elle témoigne d'une volonté de protection du mandataire social, dans le cadre de la stabilité d'une relation contractuelle initialement établie.

485 – Protection possible d'une vision extensive de l'intérêt social - Qu'il s'agisse de la vision institutionnelle de la firme, de la mission de confiance dont l'agent est investi dans le cadre du contrat de mandat ou du souci de protection du mandataire au travers de la théorie de l'abus de droit, on conclura que la mise en oeuvre d'un engagement conventionnel ou éthique de l'employeur au profit des salariés, reste possible.

Elle l'est d'autant plus que la Cour de cassation souligne « qu'il est du devoir d'un gérant de mettre en garde les associés contre des décisions qu'il estime devoir nuire à l'intérêt social »²⁰³⁴.

2) Des coûts et risques à mesurer

486 – Présentation - Le cadre de la théorie de l'agence met toujours en opposition deux types d'agents : les citoyens et les représentants élus, les employeurs et les salariés, les actionnaires

²⁰³³ Com., 9 nov. 2010, pourvoi n° 09-71.284.

²⁰³⁴ *Ibidem*.

et les dirigeants sociaux. Dans toutes les situations, le « *principal* » engage une autre personne l'*agent* pour exécuter en son nom une activité spécifique. Les risques naissant au sein de la relation d'agence entraînent un certain de coûts.

487 – Risques de la relation d'agence - Les risques sont la conséquence de l'absence de contrôle par les actionnaires, dans les sociétés où le capital est dispersé notamment.

Il en résulte une asymétrie d'information dans la mesure où les dirigeants sociaux disposent de plus d'informations sur l'activité de l'entreprise que les actionnaires qui ne participent qu'aux conseils d'administration ou aux assemblées générales. Il s'agit ensuite de l'aléa moral ; celui-ci se définit comme « *le comportement opportuniste probable d'une partie à l'égard d'une autre dans le cadre d'un contrat, qui résulte de l'asymétrie informationnelle post-contractuelle. L'aléa moral est le comportement de celui qui n'assume pas intégralement le coût de ses initiatives et qui, par conséquent, multiplie ces actions dont les coûts sont supportés par les autres* »²⁰³⁵. Le non-respect des accords conclus matérialise ce risque. Il s'agit enfin de la sélection adverse : les actionnaires peuvent être amenés à choisir, par manque d'information lors de la définition de la relation d'agence, un système de rémunération qui ne correspond pas forcément à la valeur qui sera produite par les dirigeants sociaux. Plus généralement ce risque apparaît lorsque l'une des parties est moins bien informée que l'autre sur les conditions précises des transactions.

488 – Coûts d'agence - Les coûts d'agence sont la conséquence des risques précités. Selon la théorie de la structure de la propriété de la firme²⁰³⁶, ils sont essentiellement supportés par les porteurs de titres. Ils sont générés par l'asymétrie d'information et l'absence de comportement coopératif. En effet, les *managers*, qui sont des agents rationnels, sont incités à faire prévaloir leurs propres intérêts sur ceux des propriétaires. La thématique des « parachutes dorés » est révélatrice de ce comportement égoïste s'ils sont alloués alors même que la firme connaît des difficultés économiques.

Trois types de coûts sont identifiés²⁰³⁷ : les coûts de surveillance supportés par le *principal* pour limiter le comportement opportuniste de l'*agent* : les actionnaires doivent ainsi s'assurer que les dirigeants sociaux agissent dans leur intérêt et qu'ils exécutent la politique dont ils

²⁰³⁵ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

²⁰³⁶ V. TREBUCQ (St.), « *La gouvernance de l'entreprise héritière de conflits idéologiques et philosophiques* », Communication pour les neuvièmes journées d'histoire de la comptabilité et du management, CREFIGE – Université Paris-Dauphine, avec le soutien de l'Association Francophone de Comptabilité, mars 2003, p. 5.

²⁰³⁷ JENSEN (M.) et MECKLING (W), « *Theory of de firm : managerial behavior, agency cost, and ownership structure* », *Journal of Financial Economic*, 1976, pp. 305-360.

sont chargés. Les propriétaires supportent aussi des coûts d'incitation en général, les rémunérations proportionnelles et incitatives en particulier en font partie. Les coûts d'opportunité quant à eux correspondent aux pertes d'utilité subies par les actionnaires en raison de divergences d'intérêt avec leurs mandataires : on peut considérer qu'il s'agit du différentiel entre l'utilité maximale de l'actionnaire et celle qu'il obtient effectivement du fait du mandat donné aux dirigeants. Les coûts d'obligation enfin, sont supportés pour garantir aux mandants l'exécution prévue des obligations : il peut s'agir du coût de la rédaction d'audits financiers par des experts extérieurs à la firme.

Certains de ces risques et coûts peuvent être favorables à la performance globale de la firme. Dans celles où le capital est dispersé, la technostructure peut favoriser la prise en compte de multiples critères²⁰³⁸ pour justifier d'un engagement qui ne soit pas directement lié aux indicateurs utilisés traditionnellement par les actionnaires. On trouvera à son origine un accroissement de la latitude discrétionnaire laissée aux dirigeants sociaux, qui, dans l'hypothèse des théories des parties prenantes et de l'intendance²⁰³⁹, pourrait permettre à la volonté d'éthique de s'imposer.

3) Une loyauté à organiser

489 – Principe de réalité - Pour lutter contre les comportements opportunistes, on a pu voir que la révocation *ad nutum* dans les SA ou SAS notamment pouvait jouer un rôle déterminant. Conditionnée à un certain nombre de critères fixés par le juge, cette mesure de substitution invitera naturellement les dirigeants à se lier à la volonté des porteurs de titres. L'organisation de la participation des dirigeants au capital se révèle être aussi une arme redoutable : « *Incités financièrement par leurs stock-options, menacés à tout moment de révocation, les dirigeants n'ont d'autre choix que celui de la valeur actionnariale. On les accuse souvent de se comporter de manière irresponsable. Cela est vrai dans certains cas ; mais de manière générale, ils ont bien peu de latitude face aux actionnaires* »²⁰⁴⁰.

Cependant, les relations sont, dans la réalité, probablement plus complexes : l'actionnariat peut être dispersé, sans compter que certains dirigeants sont difficilement substituables. La spécificité des actifs mis à disposition, la complémentarité du profil des dirigeants avec ces actifs, leur expérience, leur réseau relationnel, leur capacité mobilisatrice et innovatrice, sont

²⁰³⁸ Intérêt de la société, intérêts des parties prenantes, intérêt général.

²⁰³⁹ V. TREBUCQ (St.), préc., p. 5-6.

²⁰⁴⁰ SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », La République des Idées de Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011, p. 66.

parfois des plus indispensables pour la firme. Le risque de nuisance post-révocation est aussi à prendre en compte : « *Rajan et Zingales (2000) donnent l'exemple de Saatchi et Saatchi, une agence de publicité du Royaume-Uni. En 1994, le dirigeant Maurice Saatchi souhaite que lui soit octroyé un plan d'options généreux. Les fonds de pension américains détenant 30 % du capital, observant la performance désastreuse de la firme sur les dernières années, refusent. Le dirigeant décide alors de partir, suivi de quelques responsables clés de la firme, pour créer une agence rivale, M et C Saatchi, qui capture une partie des clients importants de la firme initiale. Les actionnaires, en exerçant leur droit de contrôle, ont ainsi généré une baisse de valeur de la firme, résultat inverse de celui qui était recherché* »²⁰⁴¹. De la même manière que le principe de bonne foi encadre l'incomplétude du contrat de travail, l'actionnariat peut donc avoir intérêt à simplement organiser l'autonomie, de sorte que celle-ci soit encadrée, tout en laissant la part d'initiative nécessaire aux experts de la technostucture que constituent les dirigeants sociaux. Cette organisation encadrera un processus de découverte, le favorisera, sans l'entraver²⁰⁴².

490 – Liberté normée par les statuts - Ainsi, dirigeants sociaux et actionnaires *responsables* ont tout intérêt à promouvoir un cadre d'exercice des relations d'agence qui promeuve la cohésion interne et les mécanismes coopératifs. L'obligation réciproque de loyauté n'en sera que mieux satisfaite. On a pu mesurer combien le capitalisme immatériel avait besoin d'intelligence collective entre les salariés, de prise en compte d'une vision extensive de l'intérêt social entre l'employeur et les salariés ou leurs représentants. De la même manière, aux fins de servir la performance globale de l'entreprise, il est nécessaire d'éluder toute vision individualiste et concurrentielle entre les intérêts des diverses parties prenantes.

Cette autonomie organisée peut être normée par l'encouragement d'une plus grande liberté contractuelle en droit des sociétés. Elle peut donner davantage de souplesse et d'autonomie dans le fonctionnement des personnes morales. Elle peut notamment organiser les conditions de révocation des dirigeants, tout en rendant supplétives des règles légales. Celles-ci institueraient, même dans les sociétés de capitaux telles les sociétés anonymes, un durcissement des conditions de révocation des dirigeants sociaux. En l'occurrence, il peut s'agir d'une suppression de la révocation *ad nutum* au profit d'une révocation organisée, à l'instar des autres types de sociétés : inscription de la révocation à l'ordre du jour, respect

²⁰⁴¹ GINGLINGER (E). « *L'actionnaire comme contrôleur* », Revue française de gestion, vol. n° 141, n° 5, 2002, p. 40.

²⁰⁴² SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 194.

impératif du principe de contradiction, tout comme l'obligation d'un juste motif de révocation. Ainsi, la « moralisation de la révocation » serait perçue comme un engagement des actionnaires au profit de leurs mandataires.

La création en 1994 de la « société-contrat » que constitue la société par actions simplifiée (SAS) pourrait être une réponse à ce besoin de souplesse. A l'instar des accords d'entreprise dans les relations collectives du travail, l'idée serait de décentraliser l'organisation des relations de gouvernance tout en rendant supplétives les règles légales.

L'autonomie encadrée peut aussi prévoir des mesures d'arbitrage en cas de conflit entre les intéressés. L'incomplétude des relations d'agence serait ainsi prise en compte, prévoyant des moyens de résolution de conflits autres que la révocation. C'est alors que les interprétations différentes ou les perceptions différenciées des faits qui pourraient survenir bénéficieraient potentiellement de mesures de conciliation ou d'arbitrage. Elles pourraient aussi aboutir à l'organisation de renégociations des relations d'agence, si des comportements opportunistes étaient avérés. Dans tous les cas, il s'agit de préserver la latitude managériale : « *Trop de contrôle peut dans certains cas être préjudiciable aux actionnaires. Comme le souligne Charreaux (1997), un contrôle trop étroit, réduisant l'espace discrétionnaire des dirigeants, peut brider leurs choix stratégiques et réduire la valeur des actions. Une plus grande latitude managériale peut être requise pour motiver les dirigeants en renforçant leur pouvoir et en élargissant le champ des actions possibles* »²⁰⁴³.

491 – Remarque conclusive - Si les statuts peuvent interdire de passer certains actes d'importance²⁰⁴⁴, ils peuvent aussi organiser une autonomie encadrée avec l'insertion d'un devoir de loyauté réciproque, et éventuellement une autorisation préalable d'un organe de contrôle *ad hoc* en cas d'actes engageant le devenir de la société.

Section 2 – Les conséquences d'un divorce

492– Présentation - Qu'il s'agisse d'une performance centrée sur les intérêts purement économiques ou bien d'une performance plus globale, prenant en compte les intérêts des diverses parties prenantes, lorsqu'il y a unité d'intérêts entre propriété et gestion, toute forme de performance pourra naître de leurs relations d'agence. Cependant, les conséquences d'une

²⁰⁴³ GINGLINGER (E)., « *L'actionnaire comme contrôleur* », Revue française de gestion, vol. n° 141, n° 5, 2002, p. 38.

²⁰⁴⁴ Contracter des emprunts importants, céder le fonds de commerce, etc.

relation dégradée auront une influence directe sur la performance de l'entreprise : les divergences qui peuvent naître de leur relation duale risquent de nuire à sa croissance (1). Comme conséquence directe et immédiate, on met aussi en évidence l'émergence de crises qui ne font que compromettre l'intérêt social, en obérant le processus de dialogue social. Cette difficulté est d'autant plus prégnante que le processus de décentralisation de la norme en droit du travail requiert des relations stables et sereines entre les diverses parties prenantes: actionnaires, dirigeants, salariés. L'efficacité du dialogue social, la mise en œuvre des accords d'entreprise ou la négociation de clauses contractuelles entre employeurs et salariés y sont directement liées. Et pourtant, les « extravagances » des dirigeants ou un encadrement trop borné de leur liberté d'action, persistent encore dans certaines entreprises. Ils peuvent amener des crises institutionnelles nuisant à l'intérêt collectif ou au dialogue social, affectant la pérennité même de la société (2).

§1) Crises et croissance de l'entreprise

493 – Position du problème - Des crises peuvent naître de l'incapacité des parties à prendre en compte l'intérêt du cocontractant. Cette situation n'est pas inédite ; elle présente même une acuité particulière dans le cadre du processus de croissance de l'entreprise. Entre 2010 et 2015, selon une enquête de *Denjean & Associés*²⁰⁴⁵, 50 % d'entre elles ont réalisé une ou plusieurs acquisitions et 20 % ont eu des projets de rachat qui n'ont pas abouti.

Le processus de croissance de l'entreprise peut se réaliser selon deux modalités : croissance interne ou croissance externe. La première modalité vise un processus de développement par lequel les unités économiques investissent, à partir de leurs propres ressources, dans des capacités nouvelles sans avoir recours à l'intervention d'autres acteurs que ceux fournissant des ressources propres (actionnaires) ou empruntées (créanciers). C'est le mode principal de croissance de l'entreprise. Les propriétaires ne sont donc pas exposés outre mesure à des relations conflictuelles avec les dirigeants sociaux puisque le pouvoir qui s'exerce reste soumis à la même unité que celle qui préexistait avant le processus de croissance. En effet, c'est le même organe qui, *ipso jure*, choisit et mandate. Le processus de croissance n'est donc pas remis en cause (A). A l'inverse, la seconde modalité vise le transfert d'actifs existants, d'une personne juridique vers une autre, et se traduit par une cession/acquisition de droits de propriété. Juridiquement elle peut prendre la forme de la fusion-réunion, de fusion-absorption,

²⁰⁴⁵ BOUQUET (V.), « *Croissance externe : les entreprises françaises ont de l'appétit* », 28 avr. 2016, Les Echos Business.fr : enquête réalisée auprès de 144 décideurs financiers de PME, d'entreprises de taille intermédiaire et de grandes entreprises entre le 22 mars et le 6 avr. 2016.

de fusion-scission, ou d'apport partiel d'actifs. Dans cette situation, les crises conceptuelles peuvent se révéler avec plus de force et nuire au développement de l'entreprise (B).

A) Croissance interne

494 – Présentation - Si la croissance interne de l'entreprise peut amener les dirigeants et les porteurs de titres à la développer par la création ou l'acquisition de nouveaux investissements et/ou par l'augmentation des effectifs salariés, elle peut aussi conduire la firme à créer de nouvelles entités économiques et sociales. Cette implantation de nouveaux sites ou ces reconnaissances sociales sont abondamment étudiées et commentées en doctrine : elles se révèlent protéiformes. Certaines sont dotées de la personnalité morale, quand d'autres n'en disposent pas, ce qui rend leur constitution ambiguë.

495 – La société-contrat, une modalité moderne - Dans ce premier cas, l'entreprise peut créer une nouvelle entreprise sociétaire. Cette forme de régulation de la croissance organique est adaptée au modèle réticulaire de l'économie de réseaux. En qualité de propriétaire, l'entreprise initiale en choisit les nouveaux dirigeants sociaux. Selon le type de société, elle peut même en organiser librement les modalités de gouvernance. Celle-ci s'entend comme *« l'ensemble des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire »*²⁰⁴⁶.

La société par actions simplifiée (SAS) présente, en l'occurrence, de nombreux avantages ; son originalité réside dans l'extrême liberté d'organisation octroyée aux associés : c'est une société-contrat qui confère au groupement la nature de société de personnes²⁰⁴⁷. Les principes du fonctionnement interne à l'entreprise sont exclusivement régis par les statuts ; elle est donc l'émanation de la volonté de ses propriétaires pour ce qui concerne l'organisation du pouvoir de direction. Il peut s'agir d'une personne physique unique ou d'un organe collégial ; le président peut être une personne physique ou morale ce qui présente un intérêt prégnant en matière de croissance puisque sur un plan pratique, lorsqu'une décision à caractère opérationnel est prise au niveau de la société-mère pour l'ensemble de ses filiales, il n'y a pas d'obstacles juridiques qui ralentissent la mise en application de la décision. Même si, à l'origine, la SAS a été conçue comme une structure de coopération entre entreprises, les

²⁰⁴⁶ CHARREAUX (G.), « Introduction générale et Vers une théorie du gouvernement d'entreprise », dans G. Charreaux (éd.) *Le gouvernement des entreprises - théories et faits* -, Paris, 1997, Economica, p. 1- 13 et p. 421-469

²⁰⁴⁷ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

actionnaires et dirigeants des groupes de sociétés se sont rapidement aperçus que la flexibilité dans la gestion et dans l'organisation simplifiait aussi la gestion des filiales entièrement contrôlées par des sociétés-mères, puisque, dans la SAS, le président peut être une personne morale. Ceci explique son succès²⁰⁴⁸.

496 – L'unité économique et sociale, une modalité imparfaite – Dans le cadre de la croissance interne, l'UES peut avoir deux origines. Elle peut tout d'abord naître de la volonté de la gouvernance de reconstituer une collectivité identifiable de travail après que des choix aient été opérés de scinder l'entreprise en plusieurs unités juridiquement distinctes. L'UES reconstitue alors le collectif tout en respectant la pérennité organisationnelle : « *Un chef d'entreprise a le droit de décider de scinder en plusieurs entreprises distinctes l'activité qu'il aurait pu mener au sein d'une seule structure. C'est son choix de gestion et la jurisprudence le considère comme discrétionnaire* »²⁰⁴⁹.

L'UES peut aussi être la conséquence du dessein de voir représentée une unité sociale plus conséquente, tout en désirant bénéficier du rôle positif que cette représentation exercerait dans la société. Par leurs travaux, deux économistes, *Freeman* et *Medoff*, ont apporté une légitimité scientifique aux arguments de ceux qui prétendent que la contribution de la représentation au bien-être des sociétés industrielles modernes est nécessairement positive ; la dimension protestataire informe l'employeur et permet ainsi une baisse des coûts de transaction²⁰⁵⁰ : « *La reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une unité économique et sociale (UES) entre des entités juridiques distinctes a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs* »²⁰⁵¹.

En tant que membre de la communauté de travail, l'employeur a un intérêt juridique à agir²⁰⁵² ; mais il a aussi un intérêt stratégique : sa prise d'initiative traduit une forme de loyauté vis-à-vis des travailleurs qui lui sont juridiquement subordonnés (engagement conventionnel). L'UES facilitera un meilleur exercice des droits collectifs des travailleurs

²⁰⁴⁸ Insee première, n° 1.583, 28 janv. 2016 : en 2015, les SAS et SASU représentent 48% des sociétés créées.

²⁰⁴⁹ PECAUT-RIVOLIER (L.), « *L'unité économique et sociale, quel avenir ?* », Droit social, n° 11-12, nov.-déc 2012, p. 975.

²⁰⁵⁰ SCHWEITZER (S.), « *Le référendum d'entreprise ne démode-t-il pas le syndicalisme ?* », colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

²⁰⁵¹ Soc., 16 déc. 2008, pourvoi n° 07-43.875.

²⁰⁵² Soc, 16 nov. 2010, pourvoi n° 09-40.555 : « *La reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale (UES) ne peut être demandée par une personne étrangère à la collectivité de travail dont il s'agit d'assurer la représentation* ».

puisque sa reconnaissance permet que soient établies des institutions représentatives du personnel²⁰⁵³ au regard de la réalité économique et sociale de la communauté de salariés, et non en fonction de l'apparence juridique des sociétés qu'elle concerne. Les représentants seront ensuite choisis parmi les différentes personnes morales composant l'unité. Si celle-ci permet un meilleur exercice des droits collectifs entre personnes morales juridiquement distinctes, elle ne traduit qu'imparfaitement une augmentation de la taille de l'entreprise. Seule sa dimension sociale croît.

La Cour de cassation est d'ailleurs ambivalente à son égard. D'un côté, elle en facilite la reconnaissance conventionnelle ou judiciaire, mais, d'un autre, elle en limite les effets à la seule mise en œuvre d'une technique juridique de reconstitution de la collectivité de travail : « Or, dès lors que l'UES ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, la notion présente en droit du travail une ambiguïté »²⁰⁵⁴. Elle se situe ainsi à un niveau incertain : absence de personnalité morale, instance intermédiaire entre le groupe et l'entreprise juridiquement unitaire, unité instable en raison de la variabilité possible du périmètre dans le temps et dans l'espace.

497 – L'établissement distinct, une modalité sécurisée - Comme pour la société-contrat, la création d'un établissement distinct n'entraîne pas, *a priori*, de conflit d'agence. Si les périmètres dudit établissement ont une origine jurisprudentielle, le législateur n'en donne aucune définition.

La Cour de cassation précise simplement que « l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations. Dès lors la mesure prise par un employeur au niveau national et tendant à ce que les plus larges pouvoirs ne soient attribués qu'à une seule direction régionale, ne peut à elle seule, faire échec à l'existence d'établissements distincts qui existaient auparavant »²⁰⁵⁵. Ainsi, l'établissement distinct est une unité économique d'exploitation ou de production constituée de trois éléments : une implantation géographique distincte, une pérennité organisationnelle,

²⁰⁵³ Soc., 2 juin 2004, pourvoi n° 03-60.135.

²⁰⁵⁴ CEA (A.), *L'unité économique et sociale en droit du travail*, Thèse, Bordeaux, 2016, p. 490.

²⁰⁵⁵ Soc., 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-60.628.

une autonomie dans la gestion du personnel²⁰⁵⁶. Il se concrétise souvent par une subdivision de l'entreprise placée sous l'autorité d'un représentant de l'employeur, localisée géographiquement mais dépendante d'une personne morale. Dans ce contexte, qui ne présente d'intérêt juridique autre que celui de favoriser le dialogue social (communauté de travail ayant des intérêts propres), il ne peut y avoir de conflits d'agence entre actionnaires et dirigeants sociaux. La croissance interne de l'entreprise est adossée à la maîtrise du pouvoir par les actionnaires. Les dirigeants exercent alors un rôle passif face aux mécanismes qui contraignent leur liberté d'action.

498 – Remarque conclusive - Si la croissance interne est un processus lent et endogène, donc contrôlable, les avantages qu'elle offre (diminution des conflits d'agence entre dirigeants et actionnaires, dialogue social facilité entre employeur et salariés, maîtrise du pouvoir) ne permettent pas, en contexte concurrentiel, de répondre de manière suffisante aux besoins de financement et de réactivité des firmes. Le recours à la croissance externe s'impose donc ; des difficultés majeures sont alors à surmonter : confrontations de cultures d'entreprise(s), conflits sociaux, enjeux économiques majeurs à surmonter. Parvenir à dépasser rapidement, voire à éluder ces difficultés, nécessite *de facto* une loyauté partagée entre propriété et gestion ; à défaut, des conflits d'agence peuvent entacher le développement de la firme initiale.

B) Croissance externe

499 – Définition - La croissance par rachat d'entreprises se traduit par un transfert de propriété d'actifs existants qui permet à une personne morale de disposer d'une unité qui fonctionne déjà. Cette entité peut être initialement concurrente (stratégie de spécialisation) ou non (stratégie de diversification)²⁰⁵⁷. Le bien meuble incorporel que constitue le fonds de commerce²⁰⁵⁸ préexiste, et les relations avec les parties prenantes et partenaires que constituent les créanciers, fournisseurs et prestataires, sont bien établies. Plus encore, la communauté de travail, sinon le collectif de travail est déjà en marche. Enfin, le financement intermédié sera plus facile dans la mesure où la profitabilité de l'entreprise acquise peut être avérée. Cette situation *a priori* avantageuse économiquement, n'élude pas certains risques pour l'acquéreur.

²⁰⁵⁶ V. l'article de PETIT (F.), « *Les périmètres de l'établissement distinct* », Droit social, n° 11-12, nov.-déc. 2012, p. 979 s.

²⁰⁵⁷ Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

²⁰⁵⁸ Composé d'éléments corporels (stocks, investissements mobiliers, etc.) et incorporels (clientèle, droit au bail, ressources réputationnelles, etc.) indispensables à la continuité immédiate de l'activité.

500 – Émergence de risques, déterminants - Le risque se définit juridiquement comme un « événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation »²⁰⁵⁹. Ce risque est inhérent à l'opération de croissance externe et semble également attaché à la séparation entre propriété et gestion, surtout si la participation dans la nouvelle société n'est pas majoritaire. Il concerne à la fois la personne morale qui prend la participation, et celle qui dépend désormais de ce transfert d'actifs : « *La décomposition du capital par catégories d'investisseurs montre que le capital à caractère familial représente en moyenne plus de 50% devant les entreprises non financières (30%) en raison des participations croisées. Viennent ensuite les holdings (9%) et les institutions financières (3%), environ 8% des détenteurs du capital demeurant non identifiés* »²⁰⁶⁰. L'opération de croissance externe que mènerait une institution financière fait peser sur elle un risque de position minoritaire dans le capital de la société convoitée. Il faut donc s'assurer que l'asymétrie entre dirigeants de PME non cotée notamment et partenaire financier soit la plus faible possible. De cette nécessité dépendra la rentabilité de l'investissement qui découle elle-même de la valeur gagnée entre l'entrée dans le capital et la sortie.

Cette situation n'est pas subsidiaire en France : en 2015, 5.442 entreprises françaises étaient accompagnées par le capital-investissement (CI) et ont investi en moyenne 5 millions d'euros par capital-investissement dans les entreprises soutenues²⁰⁶¹. Dans le même temps, une entreprise dont l'objet serait tourné vers la sphère productive de l'économie réelle, devra trouver des investisseurs institutionnels pour financer son développement. Ainsi, l'environnement va exercer une influence déterminante sur son pilotage et l'exercice du pouvoir de direction. La *thèse du contrôle externe*²⁰⁶², mise en évidence par deux auteurs, explique que « *la survie de l'entreprise dépend de sa capacité à satisfaire les autres organisations avec lesquelles elle est en relation, notamment pour parvenir à se procurer les ressources nécessaires. Pour les dirigeants qui envisagent le recours à un financement par CI, la question stratégique est donc de savoir quels sont les apports mais aussi les contraintes que représente la relation avec les investisseurs. Cette thématique renvoie à la thématique générale de la gouvernance d'entreprise* »²⁰⁶³. Dans toutes les situations, un divorce entre propriété et gestion peut s'avérer problématique. Il génère des conflits sociocognitifs qui

²⁰⁵⁹ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

²⁰⁶⁰ Conseil économique, social et environnemental, *Performance et gouvernance de l'entreprise*, mai 2013, p. 14.

²⁰⁶¹ Source AFIC (association française des investisseurs pour la croissance), 2015.

²⁰⁶² V. PFEFFER (J.), SALANCIK (G.), *The External Control of Organizations, A Resource Dependence Perspective*, Harper & Row Publishers, New York, 1978.

²⁰⁶³ GUÉRY-STÉVENOT (A.), « *Conflits entre investisseurs et dirigeants. Une analyse en termes de gouvernance cognitive* », *Revue française de gestion* 2006/5 (n° 164), p. 158.

naissent lorsque des options ou des idées incompatibles sont proposées au sein d'un groupe, en particulier en situation de décisions dédiées à la formulation de choix : parmi les principales sources de conflits entre investisseurs et dirigeants, sont souvent identifiés la stratégie, le calendrier de la croissance (conflits sur les objectifs), les pratiques de management et la politique de financement (conflits sur les moyens)²⁰⁶⁴. Toutes ces thématiques se révèlent déterminantes pour la performance de l'entreprise.

501 – Effets à l'égard des contrats - Les effets des pratiques de management peuvent s'avérer prégnantes pour les salariés. Le droit du travail les organise en situation de croissance externe : il pose le principe de la continuation des contrats de travail. L'article L. 1224-2 C. trav. dispose que « *le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification, sauf dans les cas suivants : 1° Procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ; 2° Substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci. Le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux* ». Ainsi, s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats et obligations en cours subsistent. Quant aux droits collectifs et aux accords d'entreprise, ils se maintiennent pareillement dans la nouvelle structure juridique. A cette aune, les risques pour les salariés semblent limités.

Les conséquences à l'égard du mandat des organes de direction peuvent être plus importantes. Elles dépendent, quant à elles, des motivations liées à l'opération de croissance externe : une situation de cessation des paiements motive-t-elle le rachat de tout ou partie du capital ? Ou est-ce la volonté de bénéficier des avantages que procure une firme profitable qui explique la croissance de l'entreprise ?

502 – Cessation des paiements et unité d'intérêts - La cessation des paiements est la qualification juridique d'une entreprise qui ne peut faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Cette situation donne en principe lieu à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. L'article L. 631-1 C. com. dispose qu'« *il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de*

²⁰⁶⁴ *ibidem*.

crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements. La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

Dès que la cessation des paiements est constatée, la société doit demander l'ouverture d'une procédure collective. Si la société a cessé toute activité ou si le redressement est objectivement impossible, le tribunal prononce la liquidation judiciaire. Dans le cas contraire, la société est viable. La procédure permet alors l'établissement d'un plan de redressement. Dans ce cadre, le tribunal peut opter pour la cession de l'entreprise.

Des offres de reprise sont alors formulées auprès du greffe. A partir de celles-ci le tribunal élaborera un plan de cession. Le sort des dirigeants est alors questionné. Par principe, il y a continuation des mandats en cours, mais le juge n'est pas lié. Il pourra opter pour un remplacement d'un ou plusieurs dirigeants sociaux, ordonner la cession de ses parts sociales ou actions, ou encore organiser l'incessibilité judiciaire des titres détenus ou le transfert à un mandataire désigné à cet effet des droits de vote qui y sont attachés. Le remplacement est permis par l'article 23 de la loi du 25 janvier 1985 ; il prévoit que lorsque la survie de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur demande de l'administrateur, du procureur de la République ou d'office, peut subordonner l'adoption du plan de redressement de l'entreprise au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait. Cette mesure vise à éviter que l'action des anciens dirigeants ne nuise aux efforts déployés pour le redressement de l'entreprise. Ce remplacement ne revêt donc pas le caractère de sanction infligée à un dirigeant qui aurait commis des fautes de gestion ou ne remplissant pas sa mission avec la conscience et la compétence nécessaires. Dans cette configuration, les conflits d'agence entre dirigeants et actionnaires seront donc réduits à néant.

503 – Profitabilité et conflits d'agence - Le rachat de droits sociaux d'une entreprise à la profitabilité avérée peut poser de nouvelles difficultés. S'il n'y a pas unité d'intérêts entre le nouvel actionnaire et les dirigeants sociaux de l'entité rachetée, des conflits sociocognitifs naissent : ils se manifesteront notamment par des crises politiques ou des situations de contentieux. La sécurité économique et juridique n'est donc pas garantie.

En situation de désaccord, ce sera la notion « d'intérêt social » qui conditionnera juridiquement la validité des décisions prises par les organes sociaux. Sa violation appelle la

réaction du droit des sociétés, du droit pénal et du droit fiscal. D'origine prétorienne, le concept ne reçoit aucune définition légale. Dans sa vision la plus restrictive, l'intérêt social coïncide avec l'intérêt des propriétaires. Mais il a progressivement été admis que l'intérêt social ne se confond pas nécessairement celui des associés car la société a un intérêt propre qui transcende celui de ses propriétaires. C'est ainsi qu'une vision plus extensive a vu le jour : si l'intérêt social ne peut être déconnecté de celui des actionnaires, c'est bien celui de l'entreprise dans son ensemble, pour englober celui de tous les acteurs contractuellement engagés, qui lui a été progressivement préféré. C'est ce que souligne l'Institut Montaigne qui a affirmé en 2003 que « *l'objectif de maximisation de la valeur de l'entreprise ne définit pas à lui seul la mission des organes du gouvernement d'entreprise. L'intérêt social ne saurait s'y réduire. La prise en compte des intérêts de l'ensemble des partenaires de l'entreprise est indispensable. Il appartient au conseil d'administration de veiller à une prise en compte équilibrée des intérêts de chaque catégorie de partenaires au service de l'intérêt social* »²⁰⁶⁵.

C'est aussi la position que la Cour de cassation défend dans le célèbre arrêt *Fruehauf-France* du 22 mai 1965. Suite à un embargo décrété par l'administration américaine à l'encontre de la Chine populaire, le client de *Fruehauf-France, Berliet*, refuse la rupture unilatérale de contrat décrétée par la société-mère, *Fruehauf International*. Les actionnaires minoritaires de *Fruehauf-France* demandent la désignation d'un mandataire de justice chargé de gérer la société pour une durée déterminée et d'exécuter les commandes en cours. Ils obtiennent gain de cause. Il n'en reste pas moins que le périmètre de la boussole de l'intérêt social reste instable : « *La jurisprudence s'en tient le plus souvent à une vue plus classique, plus limitée de l'intérêt social, entendu comme l'intérêt propre de la société en tant qu'institution hiérarchisée, dans laquelle dirigeants et associés ne sauraient agir en négligeant l'intérêt commun et supérieur qui les domine* »²⁰⁶⁶. Au final, une notion non stabilisée nourrit les divergences. Elle reste appréciée de façon souveraine par le juge.

504 – Sécurité juridique - Les conflits d'agence n'entachent ni la sécurité juridique à l'égard des tiers, ni le régime de responsabilité des dirigeants.

Dans les rapports de la société avec les tiers, on observe que, « *serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des*

²⁰⁶⁵ Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, mars 2003, p. 29.

²⁰⁶⁶ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} éd., p. 172.

tiers »²⁰⁶⁷. Par principe, il y a opposabilité à la société d'un acte juridique qui n'est pas conforme à l'objet social ; on observe cependant que la jurisprudence étend à l'intérêt social cette opposabilité²⁰⁶⁸.

Dans les relations entre associés et dirigeants, ces derniers engagent leur responsabilité civile et parfois leur responsabilité pénale lorsqu'ils méconnaissent l'intérêt social. L'action contre les dirigeants sociaux est possible en cas de préjudice social, s'il est subi par la société (baisse importante des résultats, redressement fiscal, etc.) ou en cas de préjudice individuel, s'il est distinct de celui de la société et supporté isolément par un actionnaire (détournement de dividende par exemple, défaut d'information, etc.). Cette dernière hypothèse est rare car le préjudice doit être distinct de celui de la société. C'est ce que soutient la Cour de cassation lorsqu'elle précise que : *« Alors que d'autre part le préjudice allégué par un associé d'une société civile immobilière et résultant de la résiliation amiable et par anticipation d'un bail de nature commerciale, n'est que le corollaire de celui subi par la société et ne présente aucun caractère personnel ; qu'en déclarant recevable l'action en responsabilité exercée par Monsieur et Madame X... à l'encontre de Monsieur Y..., en sa qualité de gérant de la SCI LEVINOR, au motif que cette action tendait à obtenir réparation du « préjudice subi du fait de l'insuffisance des bénéfices distribués » alors même que ce préjudice ne pouvait qu'être le corollaire de celui subi par la société, la cour d'appel a violé l'article 1843-5 du Code civil ».*

L'action sociale est, par principe, exercée par les représentants légaux de la société. Mais lorsqu'elle est dirigée contre le dirigeant en fonction, l'action *ut singuli* viendra, dans les faits, la remplacer. Elle est intentée par les actionnaires eux-mêmes, au nom et pour le compte de la société, sur le fondement de l'article L. 225-252 C. com. qui dispose que *« outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués ».*

505 – Remarque conclusive – Les conflits d'agence sont plus fréquents en matière de croissance externe que de croissance interne. Si les risques juridiques à l'égard des parties

²⁰⁶⁷ Com., 12 mai 2015, pourvois n° 13-28.504 et 14-11.028.

²⁰⁶⁸ A l'inverse, dans les sociétés de personnes, l'acte est inopposable à la société.

prenantes internes et externes semblent limités, c'est l'intérêt social et le rôle des organes qui peuvent (momentanément) en subir les principaux effets.

§2) Crises et parties prenantes internes

506 – Position du problème - La croissance de l'entreprise peut être mise à mal par les dissensions au sein de sa gouvernance. Selon la *théorie institutionnelle de la firme*, la reconnaissance de la spécificité du rôle des organes est pourtant essentielle. En effet, une de ses fonctions principales « *est d'établir une coordination d'actions entre des individus hétérogènes dont la coopération et la complémentarité sont requises pour la bonne marche de l'entreprise* »²⁰⁶⁹. A cette difficulté se rajoute l'influence d'une transformation d'un droit du travail marqué par l'autorégulation conventionnelle impliquant de faire vivre le dialogue social : dans ce cadre, reconnaître la légitimité des organes et des salariés semble déterminant.

Pourtant, la recherche de l'efficacité immédiate, encouragée par des visions restrictives des prérogatives attachées aux acteurs en présence, revient à voir émerger un égoïsme (A) qui n'a d'autre effet que de dégrader la boussole que représente l'intérêt social (B).

A) L'émergence de l'opportunisme

507 – Présentation - Les dirigeants sociaux sont la face visible et incarnée de l'entreprise. Ils la représentent juridiquement et la dirigent économiquement. Soumis à la pression de compétitivité, mais aussi à celle des parties prenantes pour lesquelles le développement et la performance de l'entreprise constituent des enjeux primordiaux (salariés, actionnaires, créanciers, etc.), leur tâche en devient périlleuse.

A cela, se rajoutent les difficultés posées par un contexte qui n'est pas simple : sur le plan économique, depuis la dématérialisation des marchés financiers, la montée des investisseurs institutionnels a renforcé l'influence du capitalisme actionnarial ; sur le plan juridique, certaines mesures des ordonnances sociales du 22 septembre 2017²⁰⁷⁰ ont permis d'accroître la primauté de la volonté des propriétaires (1). Mais à l'inverse, en situation de capital éparé notamment, les intérêts propres des organes de direction prennent parfois le dessus sur ceux

²⁰⁶⁹ BAZZOLI (L.), DUTRAIVE (V.), « *L'entreprise comme organisation et comme institution* », *Économie et institutions*, janv. 2002, n° 2.2.

²⁰⁷⁰ L'exemple la barémisation des indemnités prud'homales en cas de licenciement abusif (plafonnement) est révélateur : il risque d'accroître le pouvoir arbitraire de l'employeur tout en développant un sentiment de défiance peu propice à l'investissement de long terme des salariés.

des porteurs de titres (2). Dans cette situation, un régime de responsabilité viendra les inciter à la prudence (3).

1) Prévalence de l'intérêt des propriétaires

508 – Origines - Cette problématique s'est dernièrement accrue. Elle a d'abord été mise en évidence par la montée en puissance des investisseurs institutionnels dans le financement de l'entreprise. Elle a alors « *fait sentir la nécessité d'un effort de réflexion quant à l'efficacité des systèmes de contrôle pratiqués* »²⁰⁷¹.

Cette émergence a fait suite au mouvement de libéralisation des marchés financiers durant les années 80. L'expression « *Big Bang* » utilisée à cette époque, témoigne parfaitement de l'ensemble des mesures prises notamment par le gouvernement *Thatcher* en 1986²⁰⁷² pour libéraliser et déréglementer la sphère financière. La fluidité obtenue a exacerbé les problèmes de gouvernance, et, par là-même, contribué à affecter les conditions, mais aussi les relations individuelles et collectives du travail. La France avait déjà mis en œuvre le même type de mesures à partir de 1984²⁰⁷³. La prééminence de l'intérêt des actionnaires est ensuite protégée par l'exercice des prérogatives attachées au droit de propriété tout comme par la possible immixtion du juge dans la gestion de la société.

509 – Rationalité du porteur de titres - Toute entreprise a besoin de fonds pour assurer sa croissance ou tout simplement financer son besoin quotidien en fonds de roulement et en trésorerie. Pour ce faire elle doit faire appel au financement intermédié, en mobilisant le crédit auprès de créanciers, ou bien l'investissement auprès de porteurs de titres de propriété (actions et parts sociales).

Ces (futurs) propriétaires ne voient d'intérêt à l'investissement que s'il accroît leur richesse : le rendement ou sa plus-value doivent donc être positifs. Il relève de la seule performance qui vaille à leurs yeux : « *Il y a création de valeur lorsque la rentabilité générée par l'entreprise dépasse le coût du capital. Maximiser la création de valeur implique donc de sélectionner*

²⁰⁷¹ WIRTZ (P.), « *Meilleures pratiques de gouvernance et création de valeur : une appréciation critique des codes de bonne conduite* », Comptabilité – Contrôle – Audit, janv. 2005, tome 11, p. 142.

²⁰⁷² En 1986, la place financière de Londres a vu naître un système de cotation automatisé et a assisté à la fusion de nombreuses sociétés d'investissement.

²⁰⁷³ Loi n° 84-46 du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit dite « loi bancaire ». Cette loi met fin à la spécialisation des banques en favorisant l'universalité des services bancaires et crée un cadre juridique commun à l'ensemble des établissements. En 1985, de nouveaux titres financiers sont créés et le marché est ouvert à de nouveaux investisseurs. En 1987, un marché des options négociables est ouvert, etc.

tous les projets d'investissement à valeur actuelle nette positive »²⁰⁷⁴. Dans un contexte de marchés financiers libérés, l'investissement n'aura lieu que s'il correspond *a minima* à ce que les actionnaires peuvent obtenir dans d'autres placements : la question du coût d'opportunité tient donc une place essentielle. Ces deux facteurs influenceront de façon déterminante une rationalité absolue des actionnaires qui n'aura d'autre effet que de nuire aux autres parties prenantes internes à l'entreprise : les dirigeants sociaux et les salariés.

Dans ce cadre, l'exercice des droits de propriété sera maximal : droits politiques²⁰⁷⁵, droits financiers²⁰⁷⁶, droits patrimoniaux²⁰⁷⁷. La focale est alors centrée sur le *fructus*, comme conséquence de l'absolutisme du droit de propriété²⁰⁷⁸ dans le Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »²⁰⁷⁹. Cette perspective implique « *d'adopter une gouvernance et des engagements qui rassurent ses bailleurs de fonds quant au retour sur investissement* »²⁰⁸⁰. Elle revient à délimiter l'espace d'autonomie des dirigeants sociaux, et à nier la reconnaissance de la légitimité des institutions dans l'entreprise.

Cette suprématie dans la prise en compte de l'intérêt de certaines parties prenantes internes invite les actionnaires à faire prévaloir une gouvernance actionnariale : « *L'orthodoxie retient comme objectif assigné au dirigeant (agent) la maximisation de la richesse de l'actionnaire (principal), et la nécessité de contrôler le dirigeant afin de limiter l'expression de son opportunisme* »²⁰⁸¹. Citant Adam Smith, l'auteur témoigne de l'ancienneté du concept, puisque déjà en 1776 le professeur de philosophie morale à l'université de Glasgow « *fut l'un*

²⁰⁷⁴ WIRTZ (P.), préc., p. 146-147.

²⁰⁷⁵ On qualifie de politiques les prérogatives qui associent l'actionnaire à la vie sociale : droit à l'information, droit de vote.

²⁰⁷⁶ C. civ., art. L. 1832 : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* » ; droit aux dividendes, droit aux réserves, droit au boni de liquidation.

²⁰⁷⁷ Les actions sont des droits incorporels de nature mobilière. Les actionnaires peuvent les monnayer en les cédant, en tirer crédit, en les nantissant, ou les donnant en location (rare). La cession d'actions, notamment dans les marchés anglo-saxons où le flottant est important, sont facilitées par l'existence de bourses de valeurs. Elles seront plus difficiles dans le cas de sociétés non cotées, d'autant qu'il peut exister des clauses d'agrément, de préemption ou de rachat forcé destinées au « filtrage » des nouveaux arrivants et affectant la liberté de cession. A ce problème se rajoute un problème, celui des clauses de garantie de passif.

²⁰⁷⁸ Cet absolutisme n'a pas évolué depuis la Révolution française. Il est autant un acquis révolutionnaire qu'un gage de paix sociale.

²⁰⁷⁹ C. civ., art. L. 544 (anc.)

²⁰⁸⁰ TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} éd., 2016, p. 241.

²⁰⁸¹ V. TREBUCQ (St.), « *La gouvernance de l'entreprise héritière de conflits idéologiques et philosophiques* », Communication pour les neuvièmes journées d'histoire de la comptabilité et du management, CREFIGE – Université PARIS-DAUPHINE, avec le soutien de l'Association Francophone de Comptabilité, mars 2003, p. 5.

des premiers à citer l'existence de conflits d'intérêts entre dirigeants et actionnaires »²⁰⁸². Cette vision conceptuelle non coopérative limite, à court terme, le pouvoir des dirigeants. Elle génère aussi des conflits qui, financièrement, peuvent engendrer des coûts d'agence et une destruction de valeur (avec une valeur actuelle nette négative) ou un sous-investissement (investissement insuffisamment exploité). Juridiquement, les conséquences touchent à l'exercice des droits politiques et au degré de substituabilité des organes de direction.

510 – Exercice des droits de vote - Tout d'abord, l'exercice du droit de contrôle est plus fort. Sauf exceptions tenant à la codétermination²⁰⁸³ et aux droits de vote double, les règles définissant le pouvoir des actionnaires dans les sociétés par actions notamment ont été fixées au XIX^e siècle : une action = une voix. Se rajoute à ce strict principe de proportionnalité²⁰⁸⁴ du pouvoir au capital, une concentration du capital qui reste importante en Europe par rapport aux pays anglo-saxons : « *En Allemagne, en Autriche, en Belgique et en France, le plus gros actionnaire de chacune de ces firmes détient en moyenne près de la moitié du capital. Dans ces pays le flottant est évidemment faible et la liquidité du marché réduite. En contrepartie, les actionnaires majoritaires ont une forte incitation à s'investir dans le contrôle direct de l'entreprise* »²⁰⁸⁵.

Un dispositif en particulier permet d'affermir le contrôle des actionnaires en dérogeant au principe d'égalité selon lequel le nombre de voix attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent. Il est ainsi prévu par les dispositions du Code de commerce qu' « *un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité de capital social qu'elles représentent, peut être attribué, par les statuts à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative, depuis deux ans au moins, au nom du même actionnaire* »²⁰⁸⁶. Ainsi, les statuts peuvent récompenser la fidélité de l'actionnariat de référence tout en protégeant la société contre les agressions (OPA hostiles par exemple) ou à la recherche de prise de pouvoir des dirigeants sociaux en octroyant un droit de vote double à certaines actions nominatives²⁰⁸⁷.

²⁰⁸² V. TREBUCQ (St.), p. 5.

²⁰⁸³ On qualifie la codétermination comme un véritable partage du pouvoir entre capital et travail.

²⁰⁸⁴ V. KOERING (C.), *La règle « une action-une voix »*, Thèse en Droit privé, Paris 1, 2000.

²⁰⁸⁵ POLLIN (J.-P.), VAUBOURG (A.-G.), « *Environnement juridique et systèmes de gouvernance. Quelles conséquences pour l'intégration financière européenne ?* », *Revue économique*, avr. 2006, vol. 57, p. 923.

²⁰⁸⁶ C. com., art. L. 225-123 al. 1

²⁰⁸⁷ L'action à droit de vote double (DVD), permet de stabiliser le contrôle du capital des actionnaires actuels (entre deux et quatre ans de détention) des sociétés cotées en dérogeant au principe de proportionnalité. Leur émission ne peut en théorie résulter que des statuts et du délibéré d'une assemblée générale extraordinaire. Elles doivent être détenues au nominatif, c'est-à-dire inscrites au registre de la société et non au porteur. La loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 dite *loi Florange* instaure le principe du DVD pour les actions des sociétés

Concrètement, 25% du capital ouvrira droit à 50% des droits de vote. On comprend que le dispositif soit particulièrement apprécié : il est adopté par environ 60% des entreprises du CAC 40 et près de la moitié des entreprises du SBF 120. Il permet de récompenser des actionnaires fidèles qui souhaitent accompagner le développement de la firme et non réaliser une plus value à court terme. L'appel à de nouveaux fonds est par ailleurs facilité : le pouvoir est renforcé à moindre coût, puisque lesdits actionnaires n'ont pas à déboursier les sommes nécessaires normalement pour obtenir un droit de vote équivalent. Ainsi, les porteurs de titres nominativement inscrits seront amenés à souscrire plus facilement aux appels de fonds qui pourraient être formulés par la direction. Mais cela est-il suffisant dans le contexte économique actuel où, parfois, ce sont des sommes énormes qui doivent nécessairement être investies pour assurer la compétitivité de la firme ? Ce dispositif rend, en effet, plus difficile les investissements étrangers qui ne veulent pas avoir à supporter les charges administratives qu'implique le « nominatif pur »²⁰⁸⁸. Ils rejettent tout autant la contrainte du « nominatif administré » car ils n'ont plus les mêmes marges de manœuvre. En outre, ce pouvoir de décision conféré aux actionnaires peut être risqué pour les salariés qui pourraient se voir davantage évincés des considérations du capital. L'insécurité juridique peut donc s'accroître. Autres conséquences directes, le climat social et le dialogue social ne seront alors pas propices au développement expansif du droit négocié. Les droits sociaux des actionnaires minoritaires pourront en être également bafoués.

511 – Nomination d'un mandataire *ad hoc* en cas de péril imminent - Le dysfonctionnement des organes de gestion, la mésentente²⁰⁸⁹ avec les dirigeants sociaux, si elle entraîne notamment des besoins de financement nés de difficultés économiques, financières, sociales et patrimoniales, peuvent amener les actionnaires à demander au Président du Tribunal de commerce la désignation d'un mandataire *ad hoc* : « *L'intervention d'une tierce personne désignée par le juge entraîne une baisse des tensions et assure un retour à la sérénité. La désignation d'un administrateur provisoire, qui se substituera momentanément aux organes de direction, est la mesure la plus radicale qui soit* »²⁰⁹⁰.

françaises cotées détenues depuis au moins deux ans. Le but est d'éviter les prises de contrôle inamicales et de renforcer la stabilité de l'actionnariat de référence.

²⁰⁸⁸ L'inscription au « nominatif pur » implique pour l'actionnaire-investisseur une pluralité de comptes (un par société détenue), ce qui complexifie la gestion de chacun des actifs et la gestion des déclarations de revenus (un imprimé fiscal unique - IFU - par entreprise).

²⁰⁸⁹ La mésentente traduit une situation se prolongeant dans le temps se caractérisant par une altération des relations paralysant le fonctionnement de la société au point de compromettre l'intérêt social.

²⁰⁹⁰ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} éd., p. 179.

Selon le degré d'imagination des juges, il peut s'agir d'un simple médiateur, professionnel du droit des affaires ou d'un administrateur provisoire qui se substituera aux organes légaux de gestion²⁰⁹¹ ; cette possibilité ne peut s'envisager qu'en cas de crise grave mettant en péril la survie même de la société. Par application des dispositions de l'article L. 226 de la loi du 24 juillet 1966²⁰⁹², on peut envisager la désignation d'un expert de gestion ; l'article précise qu'« *un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Le ministère public, le comité d'entreprise et, dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, la commission des opérations de bourse sont habilités à agir aux mêmes fins. Cette demande peut également être formulée par une association répondant aux conditions fixées à l'article 172-1. S'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts. Elle peut mettre les honoraires à la charge de la société* ».

Il ressort d'une jurisprudence constante²⁰⁹³ que l'expertise ne portera que sur des opérations de gestion de la société. L'expert ne pourra pas vérifier les comptes de la société ou les opérations relevant de la compétence des assemblées générales. Son action apprécie uniquement l'opportunité d'opérations déterminées par le jugement, telles les conditions de recouvrement des créances impayées, la vérification du transfert de savoir-faire au profit d'une autre société ou une enquête sur l'opération par laquelle un actionnaire minoritaire a décidé de céder l'ensemble de ses actifs. De façon moins invasive, le juge peut s'immiscer dans la gestion en nommant des mandataires *ad hoc*²⁰⁹⁴ à qui il confiera des fonctions, non de substitution, mais de juxtaposition aux organes de gestion.

Dans tous les cas, la Cour de cassation a plusieurs fois rappelé la nécessité de l'existence d'un péril imminent. Dans un arrêt du 6 février 2007, la Cour de cassation précise que « *la désignation judiciaire d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal*

²⁰⁹¹ Ni prévue, ni organisée par la loi, il s'agit d'une pure construction prétorienne.

²⁰⁹² Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

²⁰⁹³ Com., 14 déc. 1993 : JCP 94, éd. E, II, 567, note Y. Guyon - Com., 30 mai 1989 : JCP 89, éd. E, II, 15562, n° 9, obs. A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN - Com., 10 mai 1988 : JCP, éd. N, p. 613 - Com. 25 mars 1974 : JCP.74, II, 17853, note Chartier - Orléans 22 nov., 1971 : JCP 72, II, note Guyon.

²⁰⁹⁴ Expert *in futurum* c'est-à-dire une expertise préventive, qui vaut pour toutes les sociétés et non uniquement pour les SA ou SARL ; contrôleur ou observateur de gestion ; enquêteur-conciliateur, etc.

de la société et la menaçant d'un péril imminent »²⁰⁹⁵. En effet, la légitimité du fonctionnement des organes doit être préservée sauf si les intérêts sociaux sont compromis²⁰⁹⁶.

512 – Remarque conclusive - Au final, si l'intérêt des actionnaires est maximisé, il est probable que seront oubliés le rôle des organes et l'intérêt des salariés. Une vision de « court-termisme », centrée sur le retour sur investissement, ne permet pas non plus de s'octroyer la loyauté des autres parties prenantes internes. Le rôle du juge semble ici essentiel ; s'il en va du respect des droits des institutions (organes de direction) ou des parties prenantes (travailleurs) puisqu'il protège les prérogatives des organes et les droits individuels et collectifs des salariés, il en va d'un éminent souci de justice : « *Le libéralisme a mal orienté le capitalisme en l'éloignant du juste* »²⁰⁹⁷.

On rappelle que dans une optique de performance, l'entreprise est censée servir, non pas l'intérêt exclusif de ses propriétaires mais celui de la firme dans son ensemble. La conventionnalisation du droit du travail impose de nourrir une conception coopérative des relations de travail et d'agence ; celle-ci « *se rencontre dans des situations où les positions des acteurs expriment des intérêts complémentaires en référence à des actions communes. Ces situations contiennent une part d'opposition d'intérêts, mais celle-ci joue à l'intérieur d'un espace commun, partagé* »²⁰⁹⁸. La protection maximisée des intérêts des actionnaires ne permet pas de la garantir.

2) Prévalence de l'intérêt des dirigeants sociaux

514 – Position du problème - Aux dépens des actionnaires, lorsqu'ils font prévaloir leurs intérêts sur ceux des porteurs de titres, les dirigeants sociaux génèrent du conflit et des coûts d'agence.

Leur position leur permet, en effet, de bénéficier d'une information privilégiée sur la firme. Ils peuvent alors tenter d'obtenir la rémunération la plus élevée possible, chercher à asseoir leur prestige et leur pouvoir, mais aussi sécuriser leur mandat en tentant d'éluder le risque de révocation. Ces motifs peuvent expliquer l'existence d'ententes tacites entre les dirigeants de firmes issues d'une même branche d'activité. Ils peuvent aussi chercher à amoindrir le

²⁰⁹⁵ Com., 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-19.008, publié au bulletin.

²⁰⁹⁶ V. Com., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-14.838.

²⁰⁹⁷ CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 14.

²⁰⁹⁸ DEFALVARD (H.), LUROL (M.), POLZHUBER (E.), « *Le droit négocié d'entreprise : force ou faiblesse ?* », CENTRE D'ÉTUDES POUR L'EMPLOI, n° 61, p. 2, janv. 2004.

pouvoir de contrôle attaché aux droits de propriété en établissant des collusions avec des administrateurs indépendants (issus des participations croisées) ou des experts amenés à se prononcer sur la situation de l'entreprise : il peut notamment s'agir d'experts-comptables, de commissaires aux comptes ou d'analystes financiers.

515 – Image comptable altérée - Vis-à-vis des actionnaires, la prévalence de leurs intérêts se manifeste notamment par la tentative de produire des comptes annuels infidèles. L'article L. 123-14 C. com. dispose que *« les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner l'image fidèle mentionnée au présent article, des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe. Si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé. Cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise »*.

Les incertitudes comptables amènent l'entrepreneur à communiquer une information erronée de la situation réelle de l'entreprise : l'image comptable en est altérée. A titre d'exemple, les inexactitudes comptables peuvent provenir de la majoration ou la minoration de l'actif social, de la diminution ou de la majoration du passif de la société, de la comptabilisation à l'actif du bilan de plus-values non acquises ou fictives telles que des cessions, imaginaires ou non, réalisées, de la majoration fictive des résultats de la société pour défaut de provision ou insuffisance de provision, etc. Les conséquences sont graves car elles trompent les porteurs de titres dans l'exercice de leurs droits politiques (droit de contrôle notamment) et financiers (minoration des profits). Lorsque l'entreprise est cotée sur un marché boursier²⁰⁹⁹, les retombées sont alors démultipliées, puisqu'une condition essentielle de la concurrence parfaite est tronquée : celle de la transparence de l'information.

516 – Performance sociale au détriment des profits - Dans ce dernier cas, M. William Baumol observe que l'objectif des dirigeants paraît être celui de maximiser la valeur des ventes plutôt que celle des profits : *« Cet intérêt des managers pour la taille de leur*

²⁰⁹⁹ En France le marché réglementé des actions est Euronext Paris. Il est réparti en trois compartiments selon la valeur de la capitalisation : A > 1 milliard d'euros, B entre 150 millions et 1 milliard d'euros, C < 150 millions d'euros.

entreprise, mesurée par son chiffre d'affaires, peut se justifier sur la base des relations entre cet objectif et leurs motivations de revenu, de prestige, de pouvoir et de sécurité »²¹⁰⁰.

Cet intérêt ne nuit pas totalement à l'intérêt social. Il peut servir celui des parties prenantes externes à l'entreprise dans la mesure où les créanciers sont en général très attachés au volume des ventes. Un chiffre d'affaires élevé permet par ailleurs de limiter de nouvelles entrées concurrentielles sur le marché et par là même, la survie de l'entreprise. Les relations individuelles et collectives du travail peuvent aussi s'en trouver favorisées dans la mesure où, « *à des recettes totales élevées et croissantes, accompagnées d'une production importante correspond une embauche forte. Une telle situation est favorable à un règlement satisfaisant des problèmes de salaires et d'affectation du personnel au sein de la firme* »²¹⁰¹. Le dialogue social, la capacité à conclure des accords d'entreprise majoritaires, la dilution du risque de conflit social s'en trouvent rehaussés. Conformément au principe de la négociation coopérative, la volonté des parties prenantes s'exerce alors dans un espace commun, partagé : une situation qui ne peut que consolider la performance de la firme. Mais si, dans le même temps la profitabilité à court terme des actionnaires s'en trouve obérée, cela constitue une atteinte à certains attributs des droits de l'actionnaire (l'exercice du droit de vote et le *fructus* notamment).

517 – Réhabilitation du rôle des organes - Confortée par la théorie de la réalité des personnes morales, cette situation de dualité met en lumière le rôle des organes : le dirigeant devient plus qu'un simple mandataire de la collectivité des associés : il se révèle comme un organe de direction.

Il n'est pas de société sans organe de direction comme il n'est pas d'État sans pouvoir exécutif. Si la collectivité des porteurs de titres est pleinement compétente pour désigner les dirigeants sociaux, elle ne l'est pas entièrement pour déterminer leurs pouvoirs dont l'essentiel est défini par la loi ; elle l'est encore moins pour fixer le régime de leur responsabilité. Cela revient à minorer l'analyse contractuelle de la société qui postule que les pouvoirs sont attribués et délimités par les associés. La construction prétorienne du mandat d'intérêt commun s'en trouve réhabilitée. L'essentiel des pouvoirs résulte en effet de la loi : l'analyse institutionnelle a alors une valeur explicative de la situation réelle du fonctionnement des sociétés.

²¹⁰⁰ KOENIG (G.), *Les Théories de la Firma*, Economica, 1993, p. 28.

²¹⁰¹ *Ibidem*.

518 – Pouvoir permanent contre pouvoir intermittent - Vis-à-vis des tiers, les pouvoirs des dirigeants sociaux sont considérables : ils assument la direction économique de l'entreprise en opérant de manière rémanente des actes juridiques au nom et pour le compte de la société. Ce pouvoir est permanent : on peut l'opposer au pouvoir de contrôle des propriétaires qui, lui, est intermittent.

Dans la société à responsabilité limitée (SARL) il résulte des dispositions de l'article L. 223-18 C. com que *« dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers »*.

Dans le cas de la société anonyme (SA), l'article L. 225-56 C. com. dispose quant à lui que *« I. - Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers. II. - En accord avec le directeur général, le conseil d'administration détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux directeurs généraux délégués. Les directeurs généraux délégués disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général »*.

Enfin, même dans le cas de la société par actions simplifiée, l'article L. 227-6 C. com. dispose que *« dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. (...) Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers »*. On note toutefois

que dans les sociétés de personnes, le gérant ne peut engager la personne morale que par des actes qui entrent dans l'objet social : il ressort des dispositions de l'article L. 221-5 C. com. que « dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social ».

519 – Encadrement statutaire des pouvoirs - Ces pouvoirs ne sont pas absolus. Au soutien de cette limite, le constat que les règles de gouvernance amènent de plus en plus d'entreprises à inclure dans leurs statuts des clauses limitatives de pouvoir.

Le fondement de telles pratiques est justifié par la position selon laquelle les dirigeants sont des mandataires sociaux et non des tiers par rapport à la société : ils doivent nécessairement en suivre les règles. A cet effet, les statuts peuvent interdire de passer certains actes énumérés, d'une gravité exceptionnelle : par exemple contracter un emprunt important ou céder le fonds de commerce. Ils peuvent aussi imposer l'information préalable des associés ou d'un organe de contrôle. Les groupes de sociétés eux-mêmes les amènent parfois à inclure dans les statuts de leurs filiales des limitations de pouvoirs des dirigeants sociaux telles que la double signature de certains actes énumérés ou bien des autorisations préalables d'organes de contrôle.

Le dirigeant social doit ensuite agir au nom de la société, *es qualité*. Il a, par exemple, été jugé que les tiers pouvaient invoquer une clause limitant les pouvoirs du représentant légal d'une société anonyme pour justifier du défaut de pouvoir de celui-ci d'exercer une action en justice au nom de la société : « *L'article 113 de la loi du 24 juillet 1966 qui déclare inopposable aux tiers les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du Président du Conseil d'administration d'une société anonyme n'interdit pas aux tiers de s'en prévaloir pour justifier du défaut de pouvoir de ce Président à figurer au procès comme représentant de la société* »²¹⁰².

De même, un salarié a pu se prévaloir d'une clause statutaire soumettant les licenciements à l'autorisation des associés, pour faire juger que l'inobservation de cette clause rendait son licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation soutient, en effet, que « *le salarié, lié à son employeur personne morale par un contrat de travail, n'est pas partie au contrat de société et est un tiers par rapport à ce contrat* »²¹⁰³. Préalablement, dans un arrêt du 18 mars 2009, la Cour de cassation précisait que « *dès lors qu'un pacte d'actionnaires*

²¹⁰² Cass. civ. 2e, 23 oct. 1985, n° 83-12.007, publié au bulletin.

²¹⁰³ Soc., 15 fév. 2012, pourvoi n° 10-27.685.

prévoit que le licenciement de certains de ses salariés doit être autorisé par le conseil de surveillance à une majorité déterminée de ses membres, les salariés concernés sont en droit de se prévaloir de cette clause dont le non-respect rend leur licenciement sans cause réelle et sérieuse »²¹⁰⁴. La nullité du licenciement pouvait donc être invoquée. L'effet des limitations de pouvoirs statutaires vis-à-vis des tiers jouerait donc uniquement dans le sens le plus favorable à ces derniers.

520 – Remarque conclusive : niveau efficient de protection - Au final, un triple impératif vient limiter les pouvoirs des organes de direction : celui des clauses limitatives de pouvoir, celui de l'objet social ensuite, celui de l'intérêt social enfin. Dans les sociétés à risque limité, celles-ci se trouvent engagées par tous les actes juridiques passés par les dirigeants, quand bien même ils ne relèveraient pas de l'objet social ou des clauses limitatives de pouvoir : la sécurité des tiers est assurée au détriment de l'intérêt de la société.

La question semble être celle de définir le niveau efficient de protection. Économiquement, il se définit rationnellement : « *Tant que la prise en charge de précautions supplémentaires réduit plus le niveau du dommage escompté qu'elle ne coûte à adopter, l'accroissement de la prévention est justifié* »²¹⁰⁵. Cette prise en charge semble alors se révéler dans l'exercice d'un droit de contrôle qui souffre d'une certaine rigidité : la clause limitative de pouvoirs. En l'absence de système d'assurance, probablement que la crainte de la mise en œuvre subséquente de la responsabilité civile jouera pleinement : « *Dès que les auteurs des préjudices se savent obligés d'indemniser leurs potentielles victimes, le risque financier les incite, dans le cadre d'un calcul rationnel coûts/bénéfices, à être prudents* »²¹⁰⁶. Le rôle du juge reste alors essentiel.

3) Responsabilité civile des dirigeants

521 – Emergence - Dans le contexte concurrentiel, les propriétaires soumettent souvent les dirigeants à des objectifs parfois difficiles à atteindre. L'impératif de compétitivité les pousse alors à prendre des risques. Cela peut les conduire à s'exonérer des réalités de la gestion quotidienne et à s'exposer à l'apprentissage de la responsabilité. Celle-ci est multiple : on pense aux responsabilités civile, sociale, pénale ou fiscale. La responsabilité civile est d'ordre

²¹⁰⁴ Soc., 18 mars 2009, pourvoi n° 07-45.212.

²¹⁰⁵ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 185.

²¹⁰⁶ *Ibidem*.

public : aucune clause statutaire ou *quitus*²¹⁰⁷ donné par les associés ne permet de s'en exonérer. Elle est ensuite d'une double nature, car les dirigeants peuvent l'engager à l'égard de la société et des associés, mais aussi à l'égard des tiers.

522 – Comportement fautif - La responsabilité à l'égard de la personne morale qu'il dirige, mais également à l'égard de ses propriétaires, repose sur un comportement fautif du dirigeant ayant engendré un préjudice.

On peut citer la négligence ayant concouru à la réalisation d'un dommage (chèque en blanc)²¹⁰⁸, la négligence ayant entraîné la condamnation de la société à des dommages et intérêts pour concurrence déloyale²¹⁰⁹, l'insuffisance d'actif social de la société antérieure à l'ouverture d'une procédure collective²¹¹⁰, etc. Les articles L. 223-22 et L. 225-251 C. com. disposent pour les SARL et les SA que les dirigeants doivent répondre de trois types de fautes : « *Les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués. Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action. Aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat* »²¹¹¹.

Il peut donc s'agir des manquements aux obligations légales et réglementaires applicables à la société (telle la communication de comptes annuels ne répondant pas à une image fidèle), des violations de dispositions statutaires (telles les clauses limitatives de pouvoir), et des fautes de

²¹⁰⁷ La jurisprudence considère que le *quitus* émis en assemblée générale empêche l'exercice ultérieur de l'action sociale, sans toutefois dégager la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers.

²¹⁰⁸ Com., 19 janv. 1988, pourvoi n° 86-14063.

²¹⁰⁹ CA de Paris, 21 mars 1984, n° 12/05236.

²¹¹⁰ Com., 10 mars 2015, pourvoi n° 12-16.956, publié au bulletin.

²¹¹¹ C. com., art. L. 223-22.

gestion. Concernant ces dernières, le juge n'est pas lié puisque le comportement fautif du dirigeant s'apprécie généralement au regard de la boussole de l'intérêt social. Il a, par exemple, été jugé que constituait une faute de gestion la distribution de plus d'un million d'euros de dividendes, intervenue alors que la société venait de perdre son principal client et que le bilan laissait apparaître des dettes fiscales et sociales supérieures à 1,24 million d'euros. La cour d'appel de Paris a, par suite, condamné le dirigeant à supporter à hauteur de 180 000 € l'insuffisance d'actif évaluée à 187 000 €²¹¹². La preuve du préjudice doit ensuite être apportée.

523 – Action sociale - Si le préjudice est collectif et donc subi par la société, l'action sociale en responsabilité pourra être engagée par le nouveau dirigeant contre l'ancien (action sociale *ut universi*) ou par les associés eux-mêmes si les dirigeants sont encore en place (action sociale *ut singuli*)²¹¹³. Ces actions sauvegardent les intérêts de la société puisque les dommages et intérêts obtenus bénéficieront à la personne morale.

Confrontée au principe de réalité, la situation peut s'avérer complexe si le préjudice est subi à cause de l'action de dirigeants de fait²¹¹⁴ : si la responsabilité des dirigeants concerne aussi bien les dirigeants de droit que les dirigeants de fait, la Cour de cassation juge en effet inapplicable à ces derniers le régime de responsabilité propre aux dirigeants de droit²¹¹⁵. Cette action obéit alors au régime de la responsabilité extracontractuelle sur la base des dispositions de l'article 1240 C. civ. (*nouv.*) qui dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

La responsabilité peut être individuelle ou solidaire. Dans le premier cas, la faute aura été commise par un seul dirigeant ; dans le second, elle l'aura été par plusieurs. Sont solidairement exposés les membres d'un organe collégial, tel un directoire ou un conseil d'administration. Un tempérament cependant : l'opposition manifestée par l'un des dirigeants peut l'exonérer de la responsabilité de présomption de faute. Dans un arrêt du 30 mars 2010, la Cour de cassation précise que « *commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il*

²¹¹² CA de Paris, 8 avr. 2014, n°13/06822.

²¹¹³ C. com., art. L. 223-22 pour les SARL, L. 225-251 et L. 225-252 pour les SA, L. 226-12 et L. 227-8 pour les SCA et SAS.

²¹¹⁴ Toute personne se comportant comme un dirigeant sans en porter le titre.

²¹¹⁵ Com., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-17.841 – Com., 12 avr. 2016, pourvoi n° 14-12.894.

s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision »²¹¹⁶.

Lorsqu'un associé estime que par ses agissements fautifs un dirigeant lui a causé un préjudice personnel, il peut lui en demander réparation. Mais encore faut-il pouvoir prouver le préjudice distinct du préjudice collectif. Dernièrement, la Cour de cassation n'en a pas jugé ainsi : « *Un associé est irrecevable à agir, à titre individuel, à l'encontre des dirigeants en l'absence d'un préjudice personnel, distinct du préjudice social ; (...) ne constitue pas un préjudice personnel, distinct du préjudice social, celui résultant de la simple dévalorisation des titres de la société et ce, quelle qu'en soit la cause ; qu'en jugeant recevables les demandes des actionnaires sans avoir caractérisé en quoi leur préjudice, qu'elle a affirmé être égal à l'investissement qui avait été réalisé par chacun d'eux, était distinct de celui résultant de la dévalorisation des titres de la société Gaudriot, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 225-252 du code de commerce* »²¹¹⁷. Il peut s'agir par exemple de détournement de dividendes revenant à un associé ou du défaut de communication d'une information déterminante envers les actionnaires minoritaires en cas de réduction de capital en vue de racheter leurs titres sociaux à vil prix.

524 – Faute séparable des fonctions - Le dirigeant peut également engager sa responsabilité à l'égard des tiers, tels les fournisseurs et les créanciers.

Dans l'arrêt de principe *SBTR* du 20 mai 2003 la Cour de cassation en a consacré le principe en affirmant que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »²¹¹⁸. Dans cette espèce, une gérante de SARL avait cédé à un fournisseur, en paiement de livraison de matériaux, deux créances qu'elle avait antérieurement cédées à un établissement bancaire. Ayant subi un préjudice du fait du non règlement des créances cédées, ayant été volontairement trompé sur la solvabilité de la société dirigée, le fournisseur invoquait la responsabilité personnelle de la gérante afin d'obtenir réparation du préjudice qu'il avait subi. La Cour de cassation en a déduit que le gérant avait commis une faute séparable de ses fonctions d'une particulière gravité engageant sa responsabilité personnelle.

²¹¹⁶ Com., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-17.841, publié au bulletin.

²¹¹⁷ Cass. com., 9 mars 2010, pourvois n° 08-21.547 et n° 08.21.793.

²¹¹⁸ Cass. com., 20 mai 2003, pourvoi n° 99-17.092, publié au bulletin.

Plus encore, un arrêt du 31 mars 2015 précise les caractères de cette faute séparable d'une particulière gravité : « *Engage sa responsabilité personnelle envers les tiers le gérant qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions, peu important qu'il ait agi dans les limites de ses attributions* »²¹¹⁹. Dans cette espèce, la chambre commerciale a ainsi jugé que le gérant qui trompe volontairement son fournisseur sur la solvabilité de la société²¹²⁰ aux fins de permettre à celle-ci de bénéficier de livraisons de matériels spécifiques qu'elle n'aurait pu obtenir sans de telles manœuvres, constitue une faute détachable de ses fonctions.

525 – Responsabilité apparente - La responsabilité du dirigeant reste difficile à mettre en œuvre, ce dont témoigne la théorie de la réalité : le dirigeant n'est, en effet, qu'un organe social et sa responsabilité s'efface devant le « bouclier » que constitue la personne morale. Les tiers doivent donc, en principe, exercer leur action contre la société elle-même.

Il semble aisé de contourner la relativité du modèle en promouvant l'entrée au capital des dirigeants ; dans un article de 2010²¹²¹, deux auteurs indiquent que « *lorsque les intérêts des managers coïncident fermement avec ceux des actionnaires, les conflits et donc les problèmes d'agence seront réduits* ». Ces auteurs remarquent ensuite que la propriété managériale peut réduire la tendance des managers à profiter de leur position, à exproprier la richesse des actionnaires et à s'engager dans des décisions ne maximisant pas la valeur de la firme. D'où l'hypothèse de convergence des intérêts qui suggère que la valeur de la firme augmente si le pourcentage du capital détenu par des managers croît.

B) L'intérêt social en question

526 – Les dirigeants comme conciliateurs - Les conflits d'agence entre actionnaires et dirigeants nuisent à la performance de l'entreprise. Pourtant, le processus de conventionnalisation du droit que nous connaissons aujourd'hui requiert une négociation coopérative.

La performance semble alors étroitement corrélée à la reconnaissance des instances, tout comme à la qualité des processus de négociation au sein de la firme : négociation au cœur de

²¹¹⁹ Com., 31 mars 2015, pourvoi n° 14-14.575.

²¹²⁰ Les capitaux propres étaient devenus inférieurs à la moitié du capital social.

²¹²¹ WIEM (E.), KHLIF (W.). « *Effets de la structure de propriété sur la performance des entreprises tunisiennes* », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 243-244, n° 3, 2010, 1 – 1.1.

la gouvernance de l'entreprise mais aussi négociation entre les partenaires sociaux. La compétitivité requiert que les divergences deviennent des complémentarités.

Les dirigeants sociaux jouent alors un rôle d'interface entre des intérêts à court terme qui se font face : ceux des actionnaires d'une part, ceux des salariés d'autre part. Leur action peut avoir pour intérêt majeur de faire partager une vision commune de l'intérêt social de sorte que les oppositions d'intérêts ne se produisent qu'à l'intérieur d'un cadre commun devenu partagé.

1) Atteinte au dialogue entre propriété et direction

527 – Prévalence de la propriété - Les relations qui conduisent à l'unité d'intérêts entre propriété et organes de direction reviennent à considérer l'entreprise en tant que "boîte noire". La propriété managériale et la présence d'actionnaires de référence permettent d'envisager cette hypothèse.

Quel que soit le contexte, une création de valeur ajoutée suffisante permet aussi d'envisager cette option. Les années d'après-guerre furent là pour en témoigner. Cependant les années 1970 ont marqué le début d'une inflexion dans la reconnaissance de la logique institutionnelle de la firme. La croissance économique a connu un long déclin ; alors que la France affichait une croissance moyenne de plus de 5% pendant les Trente Glorieuses, le premier choc pétrolier a ouvert une ère de croissance limitée à 2,2% en moyenne sur les trente années qui suivirent. Depuis, elle fut proche de 0. Les décisions des entreprises ont alors été interrogées. Peu contrôlés par les actionnaires avant l'avènement de la dématérialisation des marchés financiers, les dirigeants furent accusés de tous les maux, notamment ceux de « *faire prévaloir leurs intérêts sur ceux des détenteurs de titres, ce qui constitue une source de conflit et pèse sur les coûts d'agence* »²¹²². Associée à une dilution de la concentration capitalistique due à la montée des investisseurs institutionnels dans le capital des sociétés cotées, cette position a entraîné un exercice plus affirmé des pouvoirs politiques des porteurs de titres. On en revient à l'évidence que posent certaines thèses économiques dominantes²¹²³ qui ne cessent de vouloir résister aux principes de hiérarchie et de séparation des pouvoirs dans la firme.

²¹²² KOENIG (G.), *Les Théories de la Firme*, Economica, 1993, p. 25.

²¹²³ SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », *La République des Idées* de Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011, p. 69 : pour Milton FRIEDMAN, « *la responsabilité des dirigeants est de servir les intérêts des actionnaires* ».

528 – Effets de la prévalence - Alors que les enjeux contemporains sont immenses, considérer l'entreprise comme une *boîte noire* revient à faire prévaloir une logique contractuelle. Si celle-ci caractérise les modèles d'équilibre général élaborés par les théoriciens de l'organisation industrielle, elle trouve aussi ses adeptes chez les autonomistes qui considèrent que le contrat est libre et sa force obligatoire implacable²¹²⁴. Il s'agit du principe qui gouverne le droit positif des contrats.

Ce principe revient à confondre les intérêts - légitimes - des détenteurs de capitaux financiers et ceux - institués - des dirigeants sociaux. Une telle approche « *considère l'entreprise comme une unité dont l'activité essentielle consiste à transformer des flux d'entrée en flux de sorties selon une relation technique appelée fonction de production. Cette unité, dont l'activité interne est négligée, est gérée par un individu ou un groupe homogène d'agents qui sont ses propriétaires. Leurs décisions ont comme seul objectif la maximisation du profit de l'entreprise* »²¹²⁵. Le rôle des organes est ignoré, alors qu'il est encadré par un ensemble de normes qui se trouvent alors confondues avec l'exercice des droits de propriété de l'entrepreneur.

Cette vision autonomiste de la firme vient bousculer les impératifs de justice sociale portés par la société dans son ensemble : « *La part des dividendes a doublé en l'espace de dix ans ; la rentabilité financière est devenue un impératif au risque de mettre en danger l'avenir des entreprises. Car au lieu d'investir, les entreprises n'hésitent plus à utiliser leurs résultats pour soutenir leurs cours de bourse, voire dans certains cas à démanteler le groupe* »²¹²⁶. Cette situation s'est largement renforcée avec la dématérialisation des titres engagée depuis 1984 en France²¹²⁷. Alors que la réforme était essentiellement centrée sur des processus opérationnels, comme conséquence de cette dématérialisation, les opérations faites pour le compte des particuliers ne représentent aujourd'hui qu'une infime partie des opérations réalisées par le secteur bancaire dans le domaine des transactions financières. La place de Paris a corrélativement vu naître des systèmes d'information extrêmement sophistiqués formatant le marché. En effet, les banques agissent pour leurs plus gros clients (fonds d'investissement, compagnies d'assurance, institutions de retraite, grandes entreprises, etc.)

²¹²⁴ CEDRAS (J.), « *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation* », Cour de cassation, rapport 2003, études diverses.

²¹²⁵ KOENIG (G.), préc., p. 7-8.

²¹²⁶ SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », *La République des Idées* de Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011, p. 65.

²¹²⁷ La loi de finances pour 1982 n° 81-1160 du 30 déc. 1981 dispose, dans son article 94, *al.2*, que « *les valeurs mobilières émises en territoire français et soumises à la législation française, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en comptes tenus par la personne morale émettrice ou par un intermédiaire habilité* ». La mise en œuvre effective est intervenue le 5 nov. 1984.

ou pour leur compte propre. Elles standardisent les attendus en terme de retour sur investissement et interviennent au travers d'instruments simples, comme les actions et obligations, ou complexes, comme les dérivés. Les montants échangés sur les dérivés sont sans commune mesure avec ceux échangés sur les titres classiques ce qui témoigne des objectifs : le financement de la sphère productive qui a animé les financeurs de la révolution industrielle n'est plus au cœur des préoccupations. Le législateur aurait-il voulu, au-delà de l'opérationnalité, renforcer l'attractivité économique de notre droit ? La dématérialisation doit être pensée en terme d'attractivité économique du droit, « *dont elle constitue un cas d'application concrète tout à fait exemplaire. (...) L'attractivité économique du droit constitue la capacité d'un droit – ici, français – à retenir et attirer des activités à haute valeur ajoutée dans une compétition féroce des systèmes juridiques* »²¹²⁸.

529 – Mise en doute de l'autonomie des dirigeants sociaux - Cette vision revient à annihiler le rôle des organes de l'entreprise sociétaire. Le Code de gouvernement des entreprises cotées soutient cette vision ; il stipule que « *1.1. Quelles que soient la composition ou les modalités d'organisation du conseil d'administration, ce dernier est et doit demeurer une instance collégiale qui est mandatée par l'ensemble des actionnaires. Il exerce les compétences qui lui sont dévolues par la loi pour agir en toute circonstance dans l'intérêt social de l'entreprise. 1.2. En exerçant ses prérogatives légales, le conseil d'administration remplit les principales missions suivantes : il définit la stratégie de l'entreprise, désigne les dirigeants mandataires sociaux chargés de gérer l'entreprise dans le cadre de cette stratégie et choisit le mode d'organisation (dissociation des fonctions de président et de directeur général ou unicité de ces fonctions), contrôle la gestion et veille à la qualité de l'information fournie aux actionnaires ainsi qu'aux marchés, à travers les comptes ou à l'occasion d'opérations importantes* »²¹²⁹.

Confondre les droits de propriété et le rôle des organes revient donc à ne pas reconnaître des prérogatives au conseil d'administration. Si elles relèvent de source légale, elles sont surtout stratégiques : le triple engagement dans la relation de travail (efficient, conventionnel, éthique) ne peut être que l'oeuvre des dirigeants sociaux. S'il y a confusion entre les intérêts purement financiers et le pouvoir de direction, comment mettre en oeuvre la bonne foi qui doit animer l'action des détenteurs du pouvoir de direction et de contrôle ? Cette situation se

²¹²⁸ DU MARAIS (B.), « *La dématérialisation des titres dans la compétition entre systèmes juridiques* », Banque et Droit, hors-série, juin 2015, p. 7.

²¹²⁹ MEDEF-AFEP, *Code de gouvernance des sociétés cotées*, 2013, p. 2.

révèle avec d'autant plus d'acuité que la bonne foi n'est pas respectée entre propriété et direction.

530 – Codétermination : responsabilisation et transfert de responsabilité - Les objectifs des différents acteurs peuvent être convergents (la création de valeur par exemple) mais dans le respect du rôle des organes. Pour dénouer l'incongruité, le Pr. Thomas Piketty milite pour repenser le code du capital. Dans un article de septembre 2017, il réagit à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation de la relation de travail ; celle-ci institue le plafonnement des indemnités spécifiques de licenciement irrégulier dans les entreprises d'au moins onze salariés : « *Supposé renforcer les incitations à embaucher, ce véritable permis de licencier risque surtout d'accroître le pouvoir arbitraire de l'employeur* »²¹³⁰. Il défend l'idée de promouvoir un "acte majeur" ; il s'agit d'instaurer en France la codétermination, à l'instar des pays germaniques et nordiques qui ont imposé que les salariés détiennent la moitié des sièges (Allemagne) ou le tiers (Suède) dans les conseils d'administration des grandes entreprises.

Cette participation des salariés à la stratégie de l'entreprise permettrait de renforcer le rapport de force avec l'actionnariat. Elle relève d'un objectif de responsabilisation²¹³¹, dans la mesure où, au moment où le projet se construit, la stratégie adoptée permettra de n'occulter aucun des problèmes éventuels et de prévoir à temps des solutions adaptées : « *On conçoit donc que les discussions autour de la stratégie de l'entreprise n'ont pas vocation à avoir pour seul objet la répartition des richesses produites* »²¹³². Elle relève aussi d'une logique de dialogue autour de l'intérêt social : « *Il serait pour le moins curieux, pour ne pas dire illicite, que la stratégie de l'entreprise ne soit pas définie en contemplation de l'intérêt social* »²¹³³. Elle entraîne enfin un transfert de responsabilité, sinon de pouvoir en matière de décision, vers les salariés et leurs représentants.

Ce transfert n'est guère allé, en France, au-delà de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise. Pourtant, la codétermination fait l'objet de débats dans l'actualité sociale ; début 2018, la CFDT fait pression sur le ministre de l'Économie pour obtenir des mesures sur la place des salariés dans les conseils d'administration dans la future loi « PACTE » : « *Les salariés, par leur travail, participent à la création de la richesse de*

²¹³⁰ PIKETTY (TH.), « *Repenser le code du capital* », Le Monde, 12 sept. 2017.

²¹³¹ AUZERO (G.), « *La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 1010.

²¹³² *Idem*, p. 1011.

²¹³³ *Ibidem*.

l'entreprise. Ils sont donc légitimes à participer aux décisions stratégiques qu'ils devront ensuite mettre en œuvre »²¹³⁴.

531 – Remarque conclusive - La confusion des fonctions de financement et de management revient à annihiler tout dialogue relatif à la compréhension et au développement de l'intérêt social de l'entreprise. L'analyse contractuelle de la société l'emporte alors sur sa conception institutionnelle, quand l'autonomisme prévaut sur le solidarisme contractuel.

Pourtant, le dialogue avec les actionnaires doit être présent car les organes de direction ont des compétences spécifiques et portent une pluralité d'ambitions : valeur actionnariale certes, mais aussi responsabilité sociale et sociétale de l'entreprise. Cela fait d'ailleurs partie de leur déontologie: « *L'administrateur est mandaté par l'ensemble des actionnaires et doit agir en toute circonstance dans l'intérêt social de l'entreprise* »²¹³⁵. Ce dernier requiert notamment d'organiser le partage des intérêts entre actionnaires et parties prenantes et de laisser une certaine liberté d'actions aux organes de direction.

2) Annihilation du dialogue entre salariés et direction

532 – Position du problème - Annihiler le rôle des organes de direction revient à nier le nécessaire renforcement du rôle des acteurs et la volonté de voir progresser la confiance et le dialogue social dans l'entreprise. Si l'entreprise est une organisation à décideurs multiples, l'analyse behavioriste met en évidence l'analyse des motivations des agents pour générer de la performance. C'est en tout cas ce que l'inversion de la pyramide des normes requiert.

533 – Behaviorisme - Cette théorie des comportements introduit les caractéristiques essentielles de la nature humaine négligée par l'analyse néo-classique de la firme. Les behavioristes considèrent que « *la firme est constituée des agents ou des groupes qui sont impliqués directement dans son activité : les salariés non dirigeants, les actionnaires, et les managers qui ne forment pas un groupe homogène. Il s'y ajoute ceux qui sont moins liés directement à l'entreprise : les clients, les fournisseurs, les bailleurs de fonds, etc.* »²¹³⁶. Cette

²¹³⁴ Liaisons sociales, l'actualité, « *Les administrateurs salariés, l'une des priorités de la CFDT* », n° 17.488, 15 janv. 2018.

²¹³⁵ MEDEF-AFEP, *Code de gouvernance des sociétés cotées*, 2013, art. 20.

²¹³⁶ KOENIG (G.), préc., p. 45-46.

vision est portée par nombre d'économistes contemporains qui considèrent que « *l'état de confiance est un déterminant essentiel en situation d'incertitude* »²¹³⁷.

Les mécanismes traditionnels d'interaction des marchés, de régulation par les prix ou des mesures juridiques et économiques contra-cycliques, ne peuvent plus fonctionner. Une synthèse se dessine « *pour explorer la piste d'une autre rationalité* »²¹³⁸ celle de « *l'étude fine de comportements d'agents sociaux placés dans l'incertain (...) fondée sur l'analyse des comportements économiques en situation réelle et utilisant des raisonnements issus de la psychologie cognitive* »²¹³⁹. C'est aussi ce que soutiennent MM. Georges Akerlof²¹⁴⁰ et Robert Shiller lorsqu'ils indiquent que la prise en compte du ressort des motivations psychologiques des agents est déterminante : Keynes en son temps appelait cela les « *esprits animaux* ». La croissance française est atone ; la compétitivité a besoin d'être restaurée. Nous sommes en situation d'incertitude. Pour contrarier cette tendance, ce n'est pas de rationalité absolue dont les relations dans l'entreprise ont besoin, mais de confiance. Cette confiance ne peut se concevoir qu'en reconnaissant les enseignements de la théorie des institutions associée à la consolidation des vertus de la fonction protectrice du droit social et à la consécration de la négociation coopératrice.

534 – Origine légale du rôle des organes - L'essentiel des pouvoirs des dirigeants résulte de la loi. Vis-à-vis des associés et des tiers, les organes de gestion ont tous pouvoirs pour diriger la société dans l'intérêt de celle-ci.

En effectuant au quotidien des choix de gestion, en définissant la stratégie de l'entreprise, les dirigeants assument sa direction économique. En assurant sa représentation juridique, en l'engageant même au-delà de l'objet social ou des clauses statutaires, ils réalisent sa direction juridique. « *Si la collectivité des associés est pleinement compétente pour désigner les dirigeants, elle ne l'est pas entièrement pour déterminer leurs pouvoirs dont l'essentiel est défini par la loi, encore moins pour dessiner le régime de leur responsabilité.* »²¹⁴¹ L'exemple de la société anonyme (SA) peut nous éclairer. Dans la formule classique d'administration de la SA, le conseil d'administration tire ses pouvoirs des dispositions de l'article L.225-35 C. com. Ses pouvoirs généraux peuvent être répartis en trois grands ensembles : il détermine les

²¹³⁷ VENTELOU (B.), « *Nouveaux keynésiens, nouveaux classiques : vers une nouvelle synthèse ?* », Cahiers français, n° 363, juil.-août 2011, p. 12.

²¹³⁸ *Ibidem*.

²¹³⁹ *Idem*, p. 13.

²¹⁴⁰ Georges AKERLOF obtient le prix Nobel d'économie en 2001, Robert SHILLER, en 2013.

²¹⁴¹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} éd., p. 131.

orientations stratégiques de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Il se saisit ensuite de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle, par ses délibérations, les affaires qui la concernent. Il procède enfin aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Il ne peut s'approprier la direction générale de la société et le pouvoir de la représenter à l'égard des tiers. Il doit avant tout en surveiller la direction. Il dispose aussi de pouvoirs propres, spécifiques. Il est par exemple l'organe compétent pour approuver les cautions, avals et garanties : « *Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers* »²¹⁴².

Depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite « loi NRE »), le choix de la dissociation des fonctions entre le Président du conseil d'administration (qui représente les actionnaires et veille au bon fonctionnement des organes) et le directeur général (qui dirige économiquement et juridiquement la société) revient spécifiquement au conseil d'administration²¹⁴³. L'assemblée générale des actionnaires ne peut s'y substituer. Enfin, d'une manière générale, « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* »²¹⁴⁴. Il nomme le cas échéant, un Directeur Général²¹⁴⁵, en lieu et place de l'assemblée des actionnaires. Au final, même si l'assemblée générale des actionnaires nomme et révoque les administrateurs, la réalité vient renforcer les pouvoirs légaux qu'ils détiennent : les actionnaires non institutionnels sont fréquemment absents et se désintéressent des affaires sociales. Seul le retour sur investissement compte. La complexité technique et financière s'accroissant, ils se fient de plus en plus aux administrateurs.

535 – Hiérarchisation et séparation des pouvoirs - Issus de l'analyse institutionnelle de la firme, les organes de direction sont objectivement responsables de la qualité du dialogue social dans l'entreprise.

C'est la solution que la Cour de cassation a consacré en 1946 dans l'arrêt *Motte*²¹⁴⁶ et qui a reçu une consécration législative en 1966. Cet arrêt fondateur a posé les principes suivants :

²¹⁴² C. com., art. L. 225-35, *al.4*.

²¹⁴³ V. C. com., art. L. 225-51-1 créé par loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 – art. 106.

²¹⁴⁴ C. com. art., L. 225-35, *al. 1*.

²¹⁴⁵ V. C. com., art. L. 225-51.1.

²¹⁴⁶ Arrêt *Motte*, Cass. civ., 4 juin 1946, JCP G, 1947, II, note Bastian.

« La société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil, élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration ». Dans un autre arrêt rendu le 30 avril 1968, la Cour de cassation a estimé que l'assemblée « ne peut sans porter atteinte aux pouvoirs que la loi reconnaît au conseil d'administration, ni se réunir, ni usurper à son profit, pour le confier à un tiers sans qualité, le droit de convoquer les actionnaires en assemblée générale »²¹⁴⁷.

La société relève donc, plus d'une institution que d'un contrat ; cette position revient à identifier des principes de hiérarchisation et de séparation des pouvoirs à un « ordre public sociétaire » : « L'ordre public sociétaire régleme le fonctionnement et l'administration de la société anonyme et impose ses règles à toutes les parties, quelle que soit la nature de leurs intérêts antagonistes ou convergents. Ni les actionnaires, même unanimes, ni les salariés, ni les dirigeants et ni même les tiers ne peuvent déroger à une règle d'ordre public. Ils ne peuvent ni autoriser ni interdire une règle qui touche à l'ordre public. Le respect de l'ordre public sociétaire se traduit par « un devoir de soumission » aux dispositions du droit des sociétés »²¹⁴⁸.

536 – Le droit comme incitatif au développement des intérêts économiques - La logique institutionnelle, consacrée par le juge et le législateur, reste contrainte par la volonté de voir dans le droit un outil d'incitation à la performance économique.

La logique d'attractivité économique de notre droit, associée à la volonté de « simplification », entraîne un réaménagement des principes de hiérarchie et de séparation des pouvoirs. Deux exemples peuvent nous éclairer. Celui de la création de la société tout d'abord : alors qu'en 2012 elles ne représentaient que 19% des créations d'entreprises sociétaires, les sociétés par actions simplifiées (SAS) en constituent 56% en 2016²¹⁴⁹ ; or les SAS instituées par la loi du 3 janvier 1994 sont régies par la liberté statutaire. Elles reviennent sur la nature traditionnelle et institutionnelle de la firme : « L'intention du législateur est tout autre : elle vise à créer une forme sociale supplémentaire dont la conception est dominée par l'idée d'une société-contrat »²¹⁵⁰.

²¹⁴⁷ Com., 30 avr. 1968, D, 1969, note Lacombe.

²¹⁴⁸ ABDELMOUMEN (N.), *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013.

²¹⁴⁹ INSEE, « Les créations d'entreprises en 2016 », n° 1631, 24 janv. 2017.

²¹⁵⁰ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} éd., p. 413.

La question de l'offre publique d'achat (OPA) permet d'aller plus loin. En cours de vie sociale, une société peut être la cible d'une procédure de prise de contrôle par une autre société en proposant aux actionnaires actuels de leur racheter leurs titres sociaux à un prix supérieur au cours de bourse. Ces OPA peuvent être hostiles : la société cible s'y oppose alors fermement qu'il s'agisse des dirigeants sociaux ou des salariés. Si l'OPA aboutit, elle participe de « *la rationalisation de la gestion sociale, et présente l'utilité d'évincer les dirigeants médiocres au profit d'équipes plus dynamiques. La prise de contrôle est généralement considérée comme une réponse à une mauvaise exploitation des actifs sociaux* »²¹⁵¹. Des dirigeants sociaux qui, dans les faits, privilégieraient la prévalence d'une vision institutionnelle sur la vision contractuelle de la firme, verraient alors leurs actionnaires céder facilement leurs droits sociaux à l'initiateur d'une offre qui se présenterait. De la même façon, si les dirigeants sociaux ne rentrent pas en négociation positive avec le futur acquéreur, ils prennent, plus encore, le risque d'être évincés. Aussi, ont-ils intérêt à privilégier en toutes circonstances une vision contractuelle, qui confond les intérêts de la propriété avec ceux, *in fine* niés, des organes de gestion.

537 – Conséquences sociales plurielles - Ce nouveau paradigme semble largement encouragé par une forme d'inféodation du droit des sociétés et du droit du travail aux forces de l'économie. Dans le contexte de mondialisation des marchés financiers, ces droits vivants finissent par nuire au vivant.

Les énergies au service de la loyauté et de l'éthique s'en trouvent bousculées. L'acceptation de *consentement forcé*²¹⁵² portée par le Pr. Muriel Fabre-Magnan en témoigne parfaitement. Le référendum en entreprise à l'initiative de l'employeur tout autant. Si le dialogue social peut, en contexte concurrentiel, en devenir nié, d'autres conséquences peuvent se rajouter, telles que les discriminations directes et indirectes, la dégradation de la santé et de la liberté des salariés tout comme l'émergence d'abus de droit et de détournement de pouvoirs.

Ainsi, le pouvoir patronal doit exclusivement s'exercer dans l'intérêt de l'entreprise. La mise en oeuvre de la clause de mobilité permet d'en témoigner. Si son application dans des conditions exclusives de bonne foi contractuelle permet au salarié d'opposer un refus justifié, maintenir sans raison légitime un salarié dans l'incertitude quant à sa situation professionnelle jusqu'au 4 juin, date à laquelle, sans respecter aucun délai de prévenance, l'entreprise l'a informée de sa mutation au 5 juin, relève de l'absence de bonne foi de

²¹⁵¹ ABDELMOUMEN (N.), préc., p. 248.

²¹⁵² FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », Le Droit Ouvrier, juil. 2012, n° 768.

l'employeur dans l'application de ladite clause contractuelle²¹⁵³. Cette situation relève d'un abus de droit qui rend le licenciement consécutif prononcé sans cause réelle et sérieuse. L'employeur n'a pas su justifier sa décision autrement que par la simple « *mise en oeuvre de la clause de mobilité* »²¹⁵⁴ prévue au contrat. L'absence de dialogue lui a fait courir un risque juridique peu propice à la performance : le juge a précisé en effet que « *la société n'a pas répondu aux demandes d'informations de la salariée* »²¹⁵⁵.

La théorie de l'abus de droit apparaît alors comme une limite au pouvoir de direction même si, la bonne foi étant présumée, il incombe au salarié de démontrer que la décision patronale a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, ou qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle²¹⁵⁶. En tout état de cause, le juge peut refuser l'exécution des stipulations sans contrepartie ne s'expliquant que par le pouvoir discrétionnaire. Ce raisonnement s'applique, par exemple, aux clauses de concurrence incluses au contrat sans négociation particulières, car elles confèrent à l'employeur un avantage qu'il ne rémunère pas. Ainsi que le souligne le Pr. Frédéric Rouvière, « *la jurisprudence a reconnu des situations caractéristiques d'un abus de pouvoir ne pouvant être réparées que par la remise en cause de la force obligatoire des stipulations* »²¹⁵⁷.

538 – Performance sociale obérée - Alors que notre droit est fortement engagé dans un processus de conventionnalisation, on voit mal comment des rapports de force équilibrés et mâtinés de bonne foi contractuelle pourront durablement s'installer si la négociation revient à faire se confronter, en dehors de tout cadre commun et partagé (codécision), les intérêts purement rationnels des actionnaires avec ceux des salariés.

Cela risque « *de développer un sentiment de défiance peu propice aux investissements de long terme de la part des salariés* »²¹⁵⁸. Par ailleurs, une conception largement contractualisée de la fonction managériale est dommageable pour l'intérêt social : « *Privilégiant systématiquement l'intérêt des actionnaires, les entreprises deviennent le creuset des inégalités sociales. Et elles perdent en cohésion interne : les mécanismes coopératifs sont minés par l'individualisation*

²¹⁵³ Soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 10-25.937.

²¹⁵⁴ *Ibidem*.

²¹⁵⁵ *Ibid.*

²¹⁵⁶ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e édition, nov. 2017, p. 140.

²¹⁵⁷ ROUVIERE (F.), « *La remise en cause du contrat par le juge* », L'efficacité du contrat, juin 2010, Aix-en-Provence, France, Dalloz, n° 15.

²¹⁵⁸ PIKETTY (TH.), « *Repenser le code du capital* », Le Monde, 12 sept. 2017.

des salaires et la décomposition des équipes en centres de profit qui incitent à la concurrence au sein même des entreprises »²¹⁵⁹.

Il semblerait que le droit ait sacrifié sur l'autel des intérêts économiques une vision institutionnelle de la firme, seule capable de permettre qu'une négociation individuelle et collective, digne de ce nom, s'instaure. La vision autonomiste, encouragée par la pratique et les évolutions normatives, revient à rendre ambivalent le rôle du droit dans ses rapports au capitalisme. Si le droit du travail peut « *constituer un corps de dispositions n'ayant d'autre caractère commun et remarquable que de se rapporter au travail humain* »²¹⁶⁰, le Pr. Paul Durand écrit déjà, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, que des liens étroits unissent l'organisation économique et le droit du travail : ce dernier « *subit l'influence des idées, des faits et des structures économiques* »²¹⁶¹. Mais l'auteur précise concomitamment que « *la formation du droit du travail n'est pas conditionnée par un système économique déterminé* »²¹⁶². On mesure ici l'acuité prédictive d'une vision dont le caractère contemporain reste avéré. Celle-ci exclut l'idée d'une détermination exclusive d'un ordre par rapport à un autre, mais défend plutôt celle d'une interaction entre économie et relations du travail. Selon cette conclusion à valeur de postulat, si un équilibre entre les deux doit nécessairement être trouvé, sacrifier les intérêts de l'un sur l'autel de l'autre ne peut que nourrir un sentiment d'injustice préjudiciable à la performance sociale de l'entreprise.

3) De l'utilité d'un droit de l'entreprise

539 – Présentation - Le débat sur le gouvernement d'entreprise a successivement opposé les tenants d'un capitalisme de l'actionnariat à celui d'un capitalisme de partenariat. Alors que le premier confond les intérêts des parties prenantes avec celui des propriétaires, le second reconnaît l'importance de la logique institutionnelle en considérant l'ensemble des *stakeholders* de l'entreprise : salariés, clients, fournisseurs, créanciers, etc.

Aucun débat théorique n'a, aujourd'hui, permis d'arbitrer entre les deux logiques. Au début des années 1990, le succès des économies japonaises et allemandes permettait de vanter la normativité partenariale. En revanche, au milieu des années 2000, le dynamisme de l'économie américaine a fait entrevoir la prévalence du capitalisme actionnarial. Les taux de

²¹⁵⁹ SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), « *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », *La République des Idées* de Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011, p. 69.

²¹⁶⁰ JEAMMAUD (A.), « *Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 16.

²¹⁶¹ *Traité de droit du travail*, LGDJ, tome 1, avec le concours de R. Jaussaud, 1947, n°8.

²¹⁶² *Ibidem*.

croissance²¹⁶³ sont là pour en témoigner. Ils indiquent aussi combien la situation semble aujourd'hui controversée : aucun modèle ne semble se départir de cette incertitude.

	Allemagne	États-Unis	France
1991	5,1%	-0,1%	1%
2005	0,7%	3,3%	1,6%
2016	1,9%	1,6%	1,2%

Ces logiques opposées confrontent des projets industriels de moyen et long terme à l'immédiateté portée par les marchés financiers américains. Sans prétendre arbitrer un débat qui reviendrait à trancher entre deux légitimités (celle des droits de propriété et celle des parties prenantes), il convient d'envisager une voie de sortie équilibrée. L'Institut Montaigne rappelle d'ailleurs à ce titre que « *l'entreprise existe pour d'autres fins que l'accroissement de sa valeur* »²¹⁶⁴. Il convient donc de s'interroger sur l'opportunité de construire un droit de l'entreprise, pour ensuite en envisager ses modalités.

540 – Polysémie de la notion d'entreprise - Reconnaître l'entité d'entreprise requiert la construction de règles qui lui soient singulièrement adaptées. Sociétaire ou individuelle, celle-ci est envisagée de manière diverse par le droit.

En effet, « *une des raisons de la crise tient à ce qu'on n'a pas su penser l'entreprise et qu'on lui applique des règles inadaptées qui finissent par se retourner contre elle* »²¹⁶⁵. L'entreprise n'est pas définie juridiquement : il s'agit d'une notion qui brille par son caractère insaisissable. Les dispositions de l'article 1832 C. civ. rattachent à l'entreprise sociétaire un intérêt financier marqué : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

Le Code civil quant à lui, définit le contrat d'entreprise comme un louage d'ouvrage ou d'industrie ; l'article L. 1709 C. civ. dispose que « *le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et*

²¹⁶³ Source : Banque mondiale.

²¹⁶⁴ Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, mars 2003, p. 23.

²¹⁶⁵ SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), préc., p. 66.

moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». L'article 1710 C. civ. précise le louage d'ouvrage : « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». Il se distingue évidemment du contrat de travail en ce que l'entrepreneur est indépendant.

Sur le fondement de la loi n° 2008-1776 du 4 août 2008, un nouveau statut a été créé, celui d'auto-entrepreneur : ce statut permet au particulier d'exercer à titre accessoire ou principal une activité professionnelle indépendante. Mais le droit commercial vient ajouter à la polysémie en désignant l'entrepreneur comme « *la personne physique, commerçante ou non, exerçant une activité professionnelle indépendante* »²¹⁶⁶. Le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée a d'ailleurs été créé : le Gouvernement a été habilité, en application de l'article 8 de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, à prendre des dispositions, par voie d'ordonnance, pour « *adapter au patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée les dispositions du livre VI du code de commerce relatives à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et aux responsabilités et sanctions encourues par l'entrepreneur à cette occasion (...)* ».

En droit du travail enfin, l'entreprise relève d'un « *ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et/ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. (...) Dépourvue de la personnalité morale, l'entreprise est le plus souvent considérée comme une catégorie juridique qui fournit un cadre à la mise en œuvre d'un certain nombre de règles (représentation du personnel, transfert des contrats de travail, etc.)* »²¹⁶⁷. Le droit du travail semble mieux définir son objet que n'importe quelle autre branche du droit, car il fait référence à des composantes internes qui jouent un rôle particulier dans le souci de performance. Le droit du travail défend ainsi l'émergence d'une unité sociale que l'inconsistance du concept juridique d'entreprise n'aura pas suffisamment permis de faire émerger.

Outre ces essais de définition, le législateur évoque l'entreprise dans plusieurs branches du droit : en droit du travail, en droit de la concurrence ou en droit fiscal par exemple. Dans tous les cas, pour être sujet de droit, l'entreprise doit opter pour une forme juridique propre. Même si elle n'est pas juridiquement définie, son intérêt social est institué par la loi : « *Toute société*

²¹⁶⁶ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

²¹⁶⁷ *Ibidem*.

doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés »²¹⁶⁸. Il est aussi parfois consacré de façon œcuménique par la jurisprudence qui y voit l'intérêt de toutes les parties prenantes²¹⁶⁹. Mais la question ne s'arrête pas là : compte tenu de l'évolution grandissante du périmètre de l'entreprise, existe-t-il désormais un intérêt de l'établissement ou un intérêt de groupe devant lequel devrait s'incliner celui de chaque filiale ?

541– Autonomie de l'intérêt de l'entreprise - La personnalité juridique de l'entreprise sociétaire et la vision institutionnelle de la firme semblent lui conférer une certaine autonomie de décision. Aux fins de la représenter, les organes de direction doivent alors pouvoir bénéficier d'une réelle autonomie.

Au soutien de cette nécessité, l'Institut Montaigne affirme : « *Il appartient au Conseil d'administration de veiller à une prise en compte équilibrée des intérêts de chaque catégorie de partenaires au service de l'intérêt social* »²¹⁷⁰. Si le droit français confère aux organes de direction une certaine autonomie, le capitalisme actionnarial impose de faire évoluer leur légitimité. L'Institut Montaigne pose un certain nombre de principes directeurs²¹⁷¹ pour veiller à ce que l'intérêt de toutes les parties prenantes soit effectif : collégialité de la prise de décision, diversité de composition du Conseil d'administration, adaptation des structures de gouvernement à la situation de l'entreprise²¹⁷².

Cette reconnaissance de la légitimité des organes de direction renoue avec la notion ancienne de « chef d'entreprise »²¹⁷³ qui apparaît pour la première fois en France avec la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, dont les modifications ultérieures n'ont pas altéré la physionomie²¹⁷⁴ : si l'accident ou la maladie sont réputés d'origine professionnelle, le salarié étant dispensé de faire la preuve d'une faute de l'employeur, les frais sont à la charge de celui-ci. Cette responsabilité du chef d'entreprise implique sa pleine reconnaissance juridique. Outre les dispositions instituées par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, il convient qu'elle devienne effective.

²¹⁶⁸ C. com., art. L. 1833.

²¹⁶⁹ V. arrêt *Fruehauf-France* du 22 mai 1965.

²¹⁷⁰ Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, mars 2003, p. 29.

²¹⁷¹ Institut Montaigne, *préc.*, p. 32-33.

²¹⁷² Société cotée ou non, actionnariat dispersé ou actionnaire de référence, environnement concurrentiel stable ou mouvant, etc.

²¹⁷³ Loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail (Bulletin de l'Inspection du travail, n°2, 1898), art. 1, art. 4, art. 5, art. 11, etc.

²¹⁷⁴ Loi du 25 oct. 1919, loi du 30 oct. 1945, loi du 30 oct. 1946, etc.

L'économie contemporaine partage la nécessité de reconnaître une vision institutionnelle de l'entreprise. Elle nourrit tout autant la nécessité de combler le vide juridique la concernant. Au regard de l'objectif de performance, cette invitation semble légitime. L'Institut Montaigne la définit comme « *la capacité à satisfaire sur le long terme les intérêts de toutes les parties prenantes internes, motivées pour participer au projet entrepreneurial sur la durée, et mobilisées pour y apporter les capitaux, les compétences et le travail nécessaire à sa réussite* »²¹⁷⁵. La communauté d'intérêts est ici érigée en Graal. Cela peut-il passer par la fusion des intérêts portée par la vision contractuelle de la société ou passer par une vision trop œcuménique de l'intérêt social ? Cela passe en tout cas par une autonomie de décision des organes de direction. Les dirigeants disposent aujourd'hui de suffisamment de compétences pour définir les choix stratégiques.

542 – Modalité : aligner des intérêts divergents – Si la liberté d'action doit caractériser le pouvoir de direction, celui-ci doit être contrôlé (l'objectif est d'éviter le risque d'opportunisme) ; elle doit aussi permettre de résister à toute forme de pression qu'initieraient les actionnaires dominants.

On note à ce titre « *le caractère fortement concentré de l'actionnariat en France, l'importance du capital à caractère familial et la faiblesse de la part détenue par les institutions financières. (...) le premier actionnaire de chaque société détient en moyenne 66% du capital, cette part étant de 52% pour les 680 entreprises cotées et encore de 27% pour les seules entreprises du CAC 40* »²¹⁷⁶. La dépendance nuit à la performance puisque les choix stratégiques à opérer et les arbitrages subséquents ne servent pas forcément l'intérêt de toutes les parties prenantes. Les interventions des actionnaires dominants empêchent la mise en cohérence des activités ainsi que la réalisation d'activités coopératives. Comment peut-il y avoir coopération des *stakeholders* si le « zèle » des dirigeants sociaux vis-à-vis des actionnaires bouscule la justice sociale ? A l'instar de Keynes avec les « *esprits animaux* », à l'image du courant behavioriste, le *manager* américain Chester Barnard²¹⁷⁷ soutient que l'efficacité et l'efficacités de l'organisation formelle dépendent de la qualité de l'organisation informelle.

²¹⁷⁵ Institut Montaigne, préc., p. 45.

²¹⁷⁶ *Idem*, p. 14. L'Institut cite une étude réalisée par la Banque de France à partir d'un échantillon de plus de 280.000 entreprises.

²¹⁷⁷ BARNARD (CH.), *The Functions of the Executive*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England, 1938.

La théorie des incitations est au cœur de l'analyse : le problème principal du dirigeant revient à trouver les moyens contractuels d'aligner les intérêts divergents des acteurs, actionnaires et salariés notamment. Les premiers veulent maximiser le profit, quand les seconds désirent promouvoir leur propre satisfaction. L'auteur voit alors l'organisation comme un système coopératif qui permet de résoudre la divergence d'intérêts en respectant deux contraintes classiques : la contrainte d'incitation et la contrainte de participation. La première conduit le salarié au niveau d'effort optimal, quand la seconde lui garantit que sa satisfaction personnelle soit au moins égale à son salaire de réserve, en deçà duquel il refuse l'offre d'emploi : « *Mais la coopération n'est pas naturelle. Elle se construit. Une organisation est justement un système de coopération et si celle-ci venait à s'arrêter, la viabilité de l'organisation serait directement mise en cause* »²¹⁷⁸. Les organes de direction sont donc dans le devoir de susciter, construire et accompagner les mécanismes coopératifs. Cette vision est-elle compatible avec un droit qui promet de façon criante une vision contractuelle de la firme²¹⁷⁹ ?

543 – Ambition(s) - L'entreprise est un objet de construction sociale, partiellement indépendant de celui du capitalisme. Ses fondamentaux, ses objectifs, sa responsabilité évoluent cependant au gré de l'Histoire.

Le Conseil économique, social et environnemental (CESE)²¹⁸⁰ réfléchit au concept. Le sociologue Edgar Morin formule des propositions pour lutter contre « *l'exploitation des travailleurs et leur asservissement* »²¹⁸¹. Il voit en l'entreprise un outil d'humanisation des tâches monotones et asservissantes, le remplacement du modèle de valeur pour l'actionnaire vers un modèle de valeur pour tous, une institution permettant de promouvoir l'égalité de la femme au travail, le développement de l'économie sociale et solidaire, le respect des modes de vie grâce au développement du télétravail, etc.

Le Pr. Alain Supiot défend quant à lui l'idée d'une entreprise *objet de droit* : « *L'entreprise désigne aujourd'hui un ensemble de constructions juridiques qui ont pour objet d'encadrer la liberté des entrepreneurs* »²¹⁸². Cette conception doit permettre de soumettre leur rationalité à l'entreprise du droit. Au final, l'institution est bien plus qu'un instrument de financement :

²¹⁷⁸ TAÏEB (F.), YOUSSEFZAI (F.). « *Dirigeants d'entreprises, focaliser sur les actionnaires n'est pas légitime !* », *Revue française de gestion*, vol. 183, n° 3, 2008, p. 113.

²¹⁷⁹ Institution de la SAS, révocation *ad nutum*, etc.

²¹⁸⁰ Avec ses 233 membres, le CESE est chargé de représenter la société. La loi organique du 28 juin 2010 a regroupé 60% de ses membres au titre de la vie économique et du dialogue social. V. rapport *Performance et gouvernance de l'entreprise*, juin 2013.

²¹⁸¹ MORIN (E.), *Pour une politique de civilisation*, diffusion seuil, 2008, p. 250.

²¹⁸² SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 180.

« Elle est une organisation qui est née en réaction au capitalisme et pour protéger les projets de création collective contre les errements du marché »²¹⁸³. Le droit du travail a su accompagner, au cours de ces deux derniers siècles, le développement de l'entreprise en encadrant les relations individuelles et collectives entre employeurs et salariés. Le droit des sociétés en a pensé la gouvernance. Mais aucun des deux, aucune branche du droit n'a su conférer un statut au dirigeant de l'entreprise alors que la théorie de la coopération le présente comme un organe déterminant de sa réussite. Le législateur n'a pas su non plus conférer un statut à l'entreprise elle-même, alors qu'elle porte aujourd'hui de nombreuses responsabilités : juridiques, économiques, sociales et environnementales.

544 – Leviers - L'utilité d'un droit de l'entreprise *privée* relève de la prise en compte d'une évidence sémantique ; « privé » est issu du latin *privare* qui signifie mettre à part, ôter, affranchir : si cette privation concerne l'espace du financement, elle ne doit pas concerner celui de son fonctionnement.

L'Institut Montaigne ne souhaite pas révolutionner juridiquement le droit de l'entreprise. Il propose un modèle incitatif capable de s'articuler avec les dispositions en vigueur à l'étranger. Un Code de gouvernement de la place de Paris serait proposé aux entreprises cotées sur notre territoire. Il permettrait d'améliorer les règles de gouvernement des entreprises non cotées. Ce code « *proposerait aux entreprises un ensemble de principes et de recommandations de bon gouvernement. Le Code pourrait comprendre deux types de normes : des principes directeurs auxquels il appartiendrait à chaque entreprise cotée de se conformer en les adaptant le cas échéant à sa propre situation propre ; des recommandations sur le modèle des guidelines anglo-saxons, qui n'ont pas de valeur obligatoire par elles-mêmes mais indiquent des objectifs à atteindre. (...) L'Autorité de marché pourrait publier chaque année un rapport sur le gouvernement des entreprises cotées permettant de mesurer la mise en pratique des dispositions du Code* ». Cette proposition ne modifie par le Code civil ou le Code du commerce actuel. Elle n'engage pas juridiquement les acteurs. A l'instar de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) elle reste basée sur leur volontariat.

On préfère à cette incitation, l'instauration progressive d'un droit de l'entreprise. Au regard de la performance, il s'agit d'une nécessité juridique et politique. Juridique, au regard de l'inconsistance du concept d'entreprise. Politique ensuite, pour reconnaître à l'entreprise sa

²¹⁸³ SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.), préc., p. 67.

finalité œcuménique et lutter contre tous les types d'abus²¹⁸⁴. Les Prs Blanche Ségrestin et Armand Hatchuel invitent à suivre cette ligne de force. Ils proposent de créer une société à objet social étendu (SOSE)²¹⁸⁵ permettant à toute entreprise d'assigner à son activité des objectifs sociaux ou environnementaux ; cela contribuerait à redonner plus d'autonomie à l'action de ses organes de direction.

545 – Société à objet social étendu (SOSE) – Cette société « se démarquerait d'une société classique par l'insertion dans son objet social d'objectifs économiques et sociaux étendus »²¹⁸⁶.

On observe que l'article 1835 C. civ. dispose que « les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement ». L'article L. 210-2 C. com. ne donne pas plus de précisions : « La forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social sont déterminés par les statuts de la société ». Le vide juridique caractérise donc l'objet social.

Certains auteurs définissent l'objet social restrictivement ; il s'agit de « l'objet du contrat de société, mise en commun d'apports »²¹⁸⁷ ou des « activités qu'une société se propose d'exercer et qui figurent dans les statuts »²¹⁸⁸ ; d'autres le conçoivent plus largement, tel un « programme des activités auxquelles la société peut se livrer en vue de faire des bénéfices ou des économies et d'en faire profiter ses membres »²¹⁸⁹ ou précisent son intérêt juridique : « L'objet social définit l'étendue des pouvoirs des dirigeants dans la société »²¹⁹⁰. Le principe de spécialité des sociétés agit donc déjà, dès sa création, comme un contre-pouvoir permettant de renforcer la sécurité juridique des associés et des dirigeants sociaux. Pour les associés, il

²¹⁸⁴ Abus des actionnaires qui confondent parfois l'intérêt social avec leur intérêt propre, abus des dirigeants qui en cas d'actionnariat éparé peuvent être tentés par les effets d'opportunisme qui engagent *in fine* leur responsabilités civile, pénale, fiscale ; abus de droit et détournement de pouvoir enfin, vis-à-vis des salariés.

²¹⁸⁵ V. SEGRESTIN (B.), LEVILLAIN (K.), VERNAC (St.), HATCHUEL (A.), *La société à objet social étendu*, Les Presse des Mines, 2015. L'ouvrage reprend les actes d'une journée d'études qui a eu lieu à MINES ParisTech en 2013, sous l'égide du Conseil Général de l'Économie (CGE) et avec le soutien de la Fondation Sophia Antipolis.

²¹⁸⁶ SEGRESTIN (B.), HATCHUEL (A.), « Pour un nouveau droit de l'entreprise », La République des Idées de Pierre ROSANVALLON, Seuil, nov. 2011, p. 72.

²¹⁸⁷ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017.

²¹⁸⁸ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

²¹⁸⁹ RIPERT (G.), ROBLLOT (R.) par M. Germain, *Traité de droit commercial*, LGDJ, 17 éd. 1998, t. 1, n° 1051, p. 822.

²¹⁹⁰ V. pour les sociétés commerciales, CHAPUT (Y.), *De l'objet social des sociétés commerciales*, thèse Clermont-Ferrand, 1973, p. 204.

permet de déterminer l'étendue de la capacité juridique de la société²¹⁹¹ ainsi que des prérogatives de ces mêmes dirigeants pour lesquels il borne l'étendue des pouvoirs. Le droit commun des contrats a consacré cette limitation relative à la capacité des sociétés : « *La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles* »²¹⁹². Dans ce cadre, l'acte passé par une personne morale en violation de cette limite sera celui d'un incapable qui sera une cause de nullité relative²¹⁹³. Le législateur est venu encadrer la capacité juridique et donc la responsabilité des acteurs sur un objet social qui reste commercial ou civil.

Avec les SOSE, les associés pourraient s'engager sur de nouveaux objectifs ce qui permettrait de considérer comme capables juridiquement les dirigeants qui prendraient des décisions ayant d'autres desseins que la valeur actionnariale. Les engagements de long terme, ainsi que les ambitions sociales et environnementales seraient alors sécurisés juridiquement. La performance de l'entreprise serait une vision partagée par l'ensemble de ses parties prenantes : le travail coopératif, l'intelligence collective, permettraient de libérer la capacité à innover et à penser l'avenir de la firme. La légitimité des chefs d'entreprise s'en trouverait renforcée car leur autorité n'apparaîtrait ni injuste, ni inefficace. Ils ne craindraient plus la menace permanente de leur révocation ou l'engagement de leur responsabilité juridique. Une vision extensive de l'intérêt social serait alors consacrée.

²¹⁹¹ Ainsi, l'acte qui dépasse l'objet d'une société à risque illimité (SNC par exemple) est celui d'un incapable.

²¹⁹² C. civ., art. 1145, *al.* 2, modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016.

²¹⁹³ C. civ., art. 1147, modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 : « *L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative* ».

Conclusion du chapitre 1

L'ensemble des relations entre parties prenantes répond de modalités qui, dans les faits, remettent en cause le rôle des organes. Exsangue juridiquement, l'incertaine notion d'entreprise laisse place à une vision contractuelle de la firme qui donne une force particulière aux attributs attachés à la propriété des moyens de production. Dans un contexte de libéralisation des marchés financiers qui détourne environ 85% de l'épargne de sa fonction première de financement de l'économie, la gouvernance actionnariale revient à nier l'institution des organes de gouvernance. Les détenteurs du pouvoir de direction, garants de la qualité du dialogue social, sont alors sacrifiés : « *Les tenants de la théorie institutionnelle voyaient dans l'entreprise une donnée naturelle sur laquelle il serait possible d'enraciner le droit du travail* »²¹⁹⁴.

Pourtant, il reste indispensable de réunir, au sein d'une même communauté, les détenteurs du capital, les dirigeants sociaux et les salariés. La réussite de cette ambition rend effective la reconnaissance d'une vision extensive de l'intérêt social. L'entreprise joue alors le rôle de trait d'union. Cette conception ambitieuse doit cependant s'inscrire dans le principe de réalité : « *Le droit n'existe réellement que s'il conjugue l'intérêt de la personne qui s'en réclame et l'intérêt de ceux dont il dépend qu'il soit honoré* »²¹⁹⁵.

On le mesure donc. Même en cas d'émergence d'un droit de l'entreprise, celle-ci ne se laissera pas réduire à l'idée d'une institution faisant émerger une communauté naturelle de travail. En tant qu'organisation, elle reste soumise aux contraintes de son environnement opérationnel. A cela doit se rajouter une recomposition des systèmes productifs qui vient bousculer le modèle de l'entreprise « intégrée ». Sous la contrainte de la concurrence exacerbée, de l'orientation des marchés vers la demande, de l'exigence de flexibilité, un modèle réticulaire de l'économie prend de l'ampleur.

C'est alors que l'intérêt des partenaires doit être pris en compte. Une entreprise peut, en effet, être amenée à exercer un pouvoir *de fait* dans l'exécution du contrat de travail. Hormis le cas des entreprises de travail temporaire, on assiste à la naissance de relations triangulaires qui ne sont guère organisées par le droit du travail. En effet, notre système fondé sur l'apparence juridique maintient la relation de travail chez l'employeur qui exerce, en droit, la subordination.

²¹⁹⁴ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 178.

²¹⁹⁵ SIMONNOT (P.), *39 leçons d'économie contemporaine*, Le droit, Gallimard, Folio actuel, 2000, p. 93.

Chapitre 2

L'INTRUSION DES TIERS

546 - Nouvelle dépendance - L'entreprise participe aujourd'hui à un renversement de la tendance historique à la généralisation du salariat, trait dominant de l'ère industrielle. La nouvelle organisation sociale et économique s'adapte à un capitalisme qui, lui aussi, change de nature. Elle individualise le travail et personnalise les marchés : ce faisant, elle segmente le travail tout en fragmentant les sociétés. Comme évolution du modèle normatif de la relation de travail « standard »²¹⁹⁶, la relation « flexible » fait apparaître nombre de contrats atypiques au cœur d'un mouvement « d'extériorisation de l'emploi »²¹⁹⁷.

Si cette évolution rend l'objet des obligations contractuelles flexible (clauses contractuelles, statut collectif du contrat), elle touche aussi à la stabilité de l'emploi (qui devient vaine) et au démantèlement du contrat social traditionnel entre employeur et salarié. Cette dilution rend instable le modèle normatif car « *par le moyen du contrat social, les hommes instituent au-dessus d'eux une superpuissance, chargée de créer l'ordre social ; là est l'origine du droit, qui n'existe pas par nature* »²¹⁹⁸. Si le contrat social est fragilisé, son bras armé, le système normatif, ne peut donc plus jouer son rôle.

Le contrat traditionnel est (était) fondé sur une convention : celle que l'employeur assure au salarié un certain nombre d'avantages cumulatifs (droits définis, avantages sociaux, parcours de carrière, etc.) ; désormais, le contrat social contemporain ne semble assurer qu'une promesse : celle de l'assomption à l'insécurité, et notamment à des transitions permanentes entre emplois. Si la relation traditionnelle de travail se révèle bousculée (1), l'évolution du paradigme appelle à de nouvelles régulations (2).

²¹⁹⁶ CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2001, p. 102 : « *Le modèle de travail standard est en recul dans le monde entier au profit du travail flexible* ».

²¹⁹⁷ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e éd., nov. 2017, p. 116.

²¹⁹⁸ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 106 : l'auteur définit le contrat social hobbién et la finalité du droit ; si le contrat social est à l'origine du droit, ce dernier est un ensemble de lois posées par l'État pour instituer l'ordre social. Sa finalité est de s'évader de l'état de la nature ; il a en vu l'intérêt propre de l'individu.

Section 1 : Une relation de travail bousculée

547 – Position du problème - Economiquement, la « triangulation » de la relation de travail que l'on constate dans certains secteurs, relève de l'imprévisibilité générée par les marchés du troisième millénaire. Le besoin de flexibilité amène les entrepreneurs à faire preuve d'une imagination qui, parfois, interroge : ainsi, le coursier de *Deliveroo* devient l'accessoire du vélo dans un contrat signé avec le prestataire qui a pour objet la location d'un « cycle avec personnel de conduite » : le salarié disparaît derrière le vélo²¹⁹⁹. Juridiquement, la question qui se pose est de savoir si le travailleur est placé, dans les faits, en état de subordination juridique par rapport à l'entreprise « donneur d'ordres ». L'article L. 8221-6-II C. trav.²²⁰⁰ lui fait alors courir le risque d'une requalification du contrat qui l'amènera à devoir s'acquitter de l'ensemble des responsabilités qui y sont attachées. Il en va d'un intérêt bicéphale : protection du salarié et garantie d'une concurrence loyale aux entreprises qui respectent leurs obligations.

548 - L'offre se déplace dans la chaîne de valeur - La dématérialisation de l'économie se traduit par la montée en puissance du secteur des technologies de l'information. En l'espace de deux décennies, notre environnement s'est peuplé d'objets capables de détecter, d'activer, et surtout de communiquer entre eux. Leur omniprésence impacte fortement la vie des individus et le modèle économique des entreprises. Selon l'Union internationale des télécommunications, ce qu'il est convenu d'appeler l'Internet des Objets (IdO) représente une infrastructure mondiale pour la société de l'information qui permet de disposer de services évolués en interconnectant des objets (physiques ou virtuels) grâce aux technologies de l'information et de la communication. En conséquence, comme en matière de dématérialisation de la monnaie, la dimension physique devient progressivement banalisée dans l'offre des firmes. Connectée, l'offre se déplace dans la chaîne de valeur, c'est-à-dire dans la préoccupation du positionnement concurrentiel.

La valeur peut être établie de deux façons : à partir du marché, ou à partir du coût des facteurs. Lorsque l'entreprise internalise ou externalise, elle opère des arbitrages qui peuvent à la fois relever du marché et du coût des facteurs. C'est le cas si elle fait appel à la sous-

²¹⁹⁹ RAY (J.-E.), préc., p. 117.

²²⁰⁰ C. trav., at. L. 8221-6-II : « L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci. Dans ce cas, la dissimulation d'emploi salarié est établie si le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement par ce moyen à l'accomplissement des obligations incombant à l'employeur ».

traitance pour certaines de ses activités²²⁰¹ : la compétitivité-prix peut s'améliorer du fait de l'expertise du partenaire, tout comme la compétitivité-coût du fait de la baisse de la masse salariale ou des coûts de production (moins de locaux, moins d'investissement). Elle élude dans le même temps le maintien de charges fixes qu'elle aurait à supporter en cas de variation de la demande. L'ubérisation de l'économie répond de cette exigence : l'offre peut aisément s'adapter au marché tout en permettant à l'entreprise de réduire les incertitudes économiques liées à une activité initiale désormais externalisée : le Pr. Jean-Emmanuel Ray parle de « cession-externalisation »²²⁰².

La chaîne de valeur est confortée. Dans un article du 8 septembre 2017 un économiste titrait : « *Nouveau moteur de l'industrie, l'influence remplace la publicité* »²²⁰³. Cela signifie que le client devient aujourd'hui producteur de données. A l'inverse de la publicité, c'est désormais lui qui imprime en temps réel une demande qui était auparavant orientée par la mercatique. Cette nouvelle donne fait évoluer les processus industriels : si l'entreprise ne repense pas sa relation au client, il est désormais craint que la clientèle soit captée par les plates-formes numériques : l'intelligence relationnelle en devient un élément prégnant de la chaîne de valeur.

549 – Conséquences de l'évolution du modèle économique - Le modèle requérant une exigence de flexibilité accrue, il transforme dans le même temps la nature de la relation de travail traditionnelle. Les salariés se trouvent parfois soumis à une double dépendance, annihilant les bénéfices escomptés par une relation de travail duale conduite au travers de la bonne foi contractuelle. Si, globalement, la performance en sort obérée, pragmatiquement, ce sont les droits individuels et collectifs des salariés qui en deviennent bousculés.

La prégnance du besoin de flexibilité amène l'employeur de droit à mettre à disposition son personnel auprès d'une autre société. Grâce au prêt de main d'œuvre notamment, des employeurs utilisateurs de prestations recourent aux services d'une main-d'œuvre experte qui n'exécutera son contrat de travail que de façon temporaire dans l'entreprise. Cela amène l'employeur initial à voir dissociées les fonctions d'entrepreneur et d'employeur. En effet, un tiers intègre - en droit ou en fait - la relation de travail traditionnelle (§I). Si la relation de travail se prolonge dans le temps et que le salarié est placé dans des conditions d'emploi

²²⁰¹ RAY (J.-E.), préc., p. 118 : « *Les entreprises concentrent leurs ressources sur leur cœur de métier et cèdent les activités de nettoyage, de gardiennage, de restauration, de maintenance, de services informatiques et même de RH...* ».

²²⁰² *Ibidem*.

²²⁰³ MARCEAU (J.), « *Nouveau moteur de l'industrie, l'influence remplace la publicité* », Le Monde, 8 sept. 2017.

identiques à celles des salariés de l'entreprise utilisatrice, le tiers finit par exercer un pouvoir de fait sur le salarié de l'employeur de droit. Sauf dans le cas du travail temporaire ou du portage salarial, cette intrusion n'est pas reconnue par le droit du travail français, qui continue de privilégier l'apparence juridique de la subordination, à sa réalité. Seules une législation erratique et une jurisprudence créatrice de droit vivant interviennent pour protéger la situation de salariés ou d'autres tiers qui pourraient en subir les conséquences. Cette triangulation pose donc un problème de régulation qui influence la performance (§II).

§ I – Une émergence qui crée de l'ingérence

550 - Victoire de l'école de l'autonomie - Les exigences de flexibilité posées par le contexte économique contemporain ainsi que l'évolution du statut des travailleurs amènent la relation traditionnelle de travail, construite sur le modèle du salariat, à voir son périmètre pénétré par un tiers. L'acceptation fondamentale de cette intrusion est probablement un aveu d'impuissance de notre système à lutter contre le chômage structurel ; refuser l'ingérence l'alimenterait probablement plus encore. L'arrivée du tiers répond aux exigences de compétitivité, mais finit par interroger la performance globale. En effet, l'insécurité juridique des entreprises, la fragilisation du statut des salariés concernés et, au final, l'acceptation jusqu'au-boutiste de la pensée autonomiste, finissent par bousculer le principe solidariste selon lequel « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* »²²⁰⁴. L'idée de stabilité est pourtant consubstantielle à la notion de contrat de travail : « *La loi du 13 juillet 1973 a fait disparaître l'expression de louage de service. (...) les contrats à durée indéterminée à temps plein représentent clairement la norme de l'emploi* »²²⁰⁵.

On mesure cependant chaque jour combien le rapport au temps change. Cette évolution est préoccupante d'autant, qu'à terme, les robots et l'intelligence artificielle menacent les formes d'emploi qui perturbent déjà la relation traditionnelle de travail : il n'est pas exclu d'imaginer que les *call-centers* seront prochainement remplacés par des logiciels²²⁰⁶. Dans le même temps, les obstacles posés par les textes d'origine légale ou conventionnelle ont abouti à rendre le licenciement plus difficile²²⁰⁷. L'émergence de ces réalités entraîne des évolutions sur le marché du travail qui créent de nouvelles formes d'emploi ; celles-ci permettent de

²²⁰⁴ C. trav., art. 1222-1.

²²⁰⁵ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 83-84.

²²⁰⁶ TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, p. 556 : « *L'informatique tend à bénéficier aux employés, en général très qualifiés, dont les compétences sont complémentaires de l'informatique ; elle diminue évidemment le nombre d'emplois de ceux qui peuvent être remplacés par les ordinateurs et robots* ».

²²⁰⁷ Une pause semble être faite depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation de la relation de travail.

répondre aux impérieux besoins de flexibilité, de prévisibilité et de sécurisation de la relation de travail, tout en promouvant des dispositifs qui développent une liberté de travail²²⁰⁸, qui se trouve aujourd'hui juridiquement favorisée et socialement valorisée. Ainsi, des « innovations » juridiques naissent, à mi-chemin entre les statuts d'indépendant et de salarié. Le risque est donc grand de voir le dialogue social et l'engagement des parties prenantes disparaître au profit de l'utilisation d'outils juridiques peu régulés, dont le prêt de main d'œuvre en général (A), ou le portage salarial en particulier (B), constituent des modalités emblématiques²²⁰⁹.

A) Le cas général du prêt de main d'œuvre

551 – Présentation - La complexité de la sphère économique, les besoins permanents de flexibilité, les facilités offertes aux travailleurs pour se déplacer²²¹⁰, permettent aux entreprises d'utiliser le prêt de main-d'œuvre comme outil juridique de gestion des ressources humaines. Défini comme la situation d'un salarié placé provisoirement au service d'une autre entreprise, le travailleur mis à disposition fait partie des effectifs de l'entreprise d'origine qui peut le rémunérer²²¹¹. Le prêt de main d'œuvre devient alors un outil de gestion, à la fois pour l'entreprise qui met à disposition le personnel et pour celle qui le reçoit.

552 - Chez l'employeur de droit, un accompagnement juridique dans l'emploi - Pour l'employeur de droit, la mise à disposition permet d'éviter de mettre en place des mesures d'activité partielle²²¹² (chômage partiel ou technique) coûteuses pour l'État et pour les entreprises²²¹³.

²²⁰⁸ Art. 7 décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 : « A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon » – Le décret pose donc le principe fondamental de la liberté du travail. Le texte vise d'abord la liberté du travail indépendant, mais concerne aussi la liberté du travail dépendant.

²²⁰⁹ On fait ici le choix de ne pas traiter des modalités traditionnelles que constituent le travail temporaire ou intérimaire par exemple.

²²¹⁰ Ratifiée par la France le 19 juin 1990 et entrée en vigueur le 26 mars 1995, la convention de Schengen organise l'ouverture des frontières entre les pays européens signataires.

²²¹¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

²²¹² Sources textuelles : art. L. 5122-1 à L. 5122-5 C. trav.

²²¹³ Les salariés touchés par une perte de salaire (diminution de la durée hebdomadaire de travail, fermeture temporaire de tout ou partie de l'établissement) doivent être indemnisés par une indemnité au titre de l'activité partielle versée par l'employeur. L'employeur doit engager des démarches auprès de la Direccte avant la mise en activité partielle de son personnel s'il veut percevoir une allocation compensatrice de l'Etat (dans la limite d'un contingent annuel de 1000 heures par an et par salarié, et 100 heures en cas de modernisation des installations) – Source Service-Public-Pro.fr

Cette situation défavorable intervient notamment en cas de baisse de l'activité économique de l'entreprise²²¹⁴, d'événement exceptionnel empêchant le bon déroulement de l'activité²²¹⁵, de transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise²²¹⁶. Liée aux exigences de flexibilité, c'est une motivation d'ordre économique qui en est souvent à l'origine. Perçue positivement par le juriste travailliste, on peut y voir une volonté de maintien des salariés en situation de contrat à durée indéterminée (CDI)²²¹⁷ ou encore celle de renforcer les compétences de salariés en quête de mobilité. En cela, le prêt de main d'œuvre peut se percevoir comme un dispositif propédeutique aux transitions professionnelles qui sont au cœur de l'idée de flexicurité ; le salarié peut alors exercer dans de nouvelles organisations de travail et y construire d'autres compétences.

553 - Chez l'employeur bénéficiaire, une fragilisation du statut des salariés - Pour l'employeur bénéficiaire, la mise à disposition permet de recourir ponctuellement à une entreprise tierce pour effectuer une tâche spécifique qu'il n'a pas les moyens d'accomplir techniquement avec le personnel dont il dispose. La jurisprudence insiste sur ce caractère distinct du savoir-faire²²¹⁸.

Des dérives juridiques existent si le prêt de main-d'œuvre est simplement destiné à constituer un volant de personnel supplémentaire dans l'entreprise utilisatrice. Mais plus encore, les forces de l'économie²²¹⁹ bousculent parfois l'ordre juridique en cherchant à recourir à des travailleurs détachés issus de pays-tiers, qualifiés de « migrants détachés ». Dans ce contexte les objectifs de compétitivité prennent clairement le pas sur ceux de la performance ; le migrant détaché est un « *étranger qui n'a le droit de rester sur le territoire que dans le cadre de sa relation contractuelle avec son employeur et qui est contraint de repartir à tout moment au bon vouloir de l'employeur et, dans tous les cas, au terme du contrat de service. Un tel régime permet de rendre compatible la fermeture des frontières des États les plus développés avec le besoin des entreprises de recourir à des migrants plus malléables et corvéables* »²²²⁰. Dans la continuité du libre échange cher aux politiques et économistes libéraux, une telle logique institutionnalise le *dumping* social par une pression manifeste sur les salaires et,

²²¹⁴ C. trav., art. R. 5122-1 *al.* 1 et 2.

²²¹⁵ C. trav., art. R. 5122-1 *al.* 3 et 5.

²²¹⁶ C. trav., art. R. 5122-1 *al.* 4.

²²¹⁷ Le CDI vaut mieux pour le salarié que de voir se succéder nombre de CDD ou de missions à temps partiel.

²²¹⁸ V. Crim., 3 mai 1994, pourvoi n° 93-83.104.

²²¹⁹ Le mode 4 de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) débattu en septembre 2003 par les pays membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) vise avant tout à défendre les intérêts économiques des entreprises des pays du Nord.

²²²⁰ MATH (A), SPIRE (AL.), « *Des travailleurs jetables* », *Plein droit*, vol. 61, fév. 2004, p. 33.

jusqu'à la directive adoptée en 1996²²²¹, les conditions d'emploi. Dans le même temps, le recours à de tels procédés semble juste pour les juristes classiques qui considèrent que le contrat est libre et que sa force obligatoire est implacable.

554 – Une modalité d'échange présumée efficiente - Ce contexte d'exercice met en exergue une recherche de compétitivité accrue, tant chez l'employeur de droit que chez l'employeur utilisateur. L'employeur de droit réduit le champ d'application d'une convention collective favorable, évite toute mise en oeuvre de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)²²²², quand l'employeur bénéficiaire recourt à des salariés formés dont il peut aisément se séparer. L'échange augmente l'utilité d'au moins une entreprise, sans dégrader celle de l'autre ; l'indemnisation de la mise à disposition conduite licitement (prohibition du délit de marchandage) présume l'échange Pareto-optimal.

Comme dans tous les dispositifs mettant en relation une pluralité d'employeurs (portage salarial, groupements d'employeurs, prêt de main d'œuvre en général), le lien de subordination peut cependant se voir altéré par l'intrusion du tiers que représente l'entreprise utilisatrice. Les salariés peuvent ensuite se voir placés dans des conditions d'emploi qui les privent du bénéfice des conventions d'entreprise des salariés de l'entreprise utilisatrice. A la différence cependant des entreprises prévues par les dispositions de l'article L. 8241-1 C. trav.²²²³ cette recherche de flexibilité rejette enfin le caractère lucratif du prêt de main-d'œuvre.

Au final, le prêt de main d'œuvre vient complexifier le schéma traditionnel de la relation employeur-salarié sur lequel s'appuie le droit du travail. L'extériorisation de l'emploi vient faire coexister une pluralité d'employeurs et de salariés aux statuts juridiques différents. La recherche de performance nécessite alors d'éclaircir le régime juridique du prêt de main-d'œuvre (1) tout en étant vigilant à ce que la subordination et les conditions d'emploi respectent les droits des salariés (2).

²²²¹ 96/71/CE : depuis cette directive européenne, le salarié envoyé dans le cadre d'une prestation de service au sein de l'EEE bénéficie des règles sociales du pays d'exercice de l'activité.

²²²² RAY (J.-E.), préc., p. 118.

²²²³ Art. L. 8241-1 C. trav. : « Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre :

1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;

2° Des dispositions de l'article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives ;

3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1. (..) ».

1) Le cadre juridique

555 – Présentation - Le régime du prêt de main-d'œuvre est encadré par une législation largement interprétée par une jurisprudence attentive. Le but est de restreindre le recours à des dispositifs posant de nombreux problèmes juridiques. Même si l'autonomie de la volonté de ceux qui se placent librement dans un rapport de soumission vis-à-vis d'autrui vient expliquer que le contrat de travail institue une hiérarchie entre égaux, c'est en sortant de la fiction de l'échange égalitaire qu'une protection peut se justifier au nom de la correction de la subordination et de la dépendance du salarié²²²⁴. On y voit-là une consécration de la pensée solidariste dont le bilan reste probablement faible au regard des conséquences effectives du régime de prêt dans son ensemble.

a) Sources textuelles

556 - Délit de marchandage - Le délit de marchandage a d'abord été instauré par un décret du 2 mars 1848 et l'arrêté du 21 mars de la même année. Pris par le gouvernement provisoire de la République pour interdire le marchandage ou la fourniture de main-d'œuvre par un intermédiaire, ces textes de source réglementaire « *visent exclusivement le sous-entrepreneur, ouvrier ou tâcheron, lorsqu'il emploie des ouvriers travaillant à l'heure ou à la journée, mais ils ne prévoient pas la participation directe de l'entrepreneur soit comme coauteur, soit comme auteur principal à l'accomplissement de ce délit. (...) L'entrepreneur, complice du délit de marchandage, tombe, suivant le droit commun, sous le coup des dispositions générales des articles 59 et 60 du Code pénal* »²²²⁵.

La triangulation de la relation de travail fait craindre une croissance de situations où se glisseraient des « *rapaces intermédiaires qui fassent descendre les salaires au niveau marqué par la faim* »²²²⁶. Le marchandage s'analyse alors comme un contrat de sous-entreprise ayant essentiellement pour objet la fourniture de main-d'œuvre conduisant à une exploitation spéculative de celle-ci²²²⁷. Il est prohibé, l'article L. 8231-1 C. trav. disposant que « *le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de*

²²²⁴ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 80.

²²²⁵ Soc., 4 fév. 1898, publié au bulletin 1898, n° 49.

²²²⁶ RAY (J.-E.), préc., p. 118 : l'auteur cite M. Louis Blanc et justifie notamment l'institution de l'article L. 8231-1 C. trav. relatif au délit de marchandage.

²²²⁷ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit ».

La jurisprudence considère l'infraction constituée si une intention de nuire et un préjudice aux ouvriers sont établis : « *Le délit de marchandage ne résulte pas de tout embauchage d'ouvriers à la journée par un tâcheron, mais de l'exploitation des ouvriers par ce marchandage, et comporte la réunion des trois éléments suivants : fait matériel, intention de nuire et préjudice causé aux ouvriers. Doit être annulé, par suite, l'arrêt qui prononce une condamnation pour marchandage sans constater l'existence d'une fraude et d'un préjudice causé aux ouvriers* »²²²⁸. Paradoxalement, au moment du centenaire du Code civil, cette restriction suscita, parmi les ouvriers, un certain désintérêt : l'empire de la liberté du contrat de louage était encore trop fort.

557 - Délits réprimés par le Code du travail - Le Code du travail réprime deux délits. Le délit de marchandage tout d'abord, prévu à l'article L. 8231-1 du Code du travail, le délit de prêt illicite de main-d'œuvre ensuite. Dans le délit de marchandage, le prêt de main-d'œuvre a pour effet de causer un préjudice (avéré ou potentiel²²²⁹) ou d'éluder l'application d'une disposition, quelle que soit sa nature (légale, réglementaire, conventionnelle). Dans le délit de prêt illicite de main-d'œuvre, c'est le profit qui est réprimé.

A certaines conditions, seules sont autorisées les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif²²³⁰. L'opération est licite si le prix du service reste égal ou inférieur aux frais de personnel de l'entreprise prêteuse. Dans tous les cas, « *il est beaucoup plus délicat de trier le bon grain de la sous-traitance licite de l'ivraie du prêt de main-d'œuvre illicite* »²²³¹. La distinction a tout son sens au sein du modèle réticulaire d'économie que nous connaissons aujourd'hui et qui amène à voir exercer dans l'aire d'autorité du donneur d'ordres des salariés dépendant juridiquement d'autres employeurs.

558 - Périmètre de l'infraction de prêt illicite de main d'œuvre - Par la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels dite loi « Cherpion », le législateur est venu consacrer une jurisprudence

²²²⁸ Ch. Réunies, 31 janv. 1901, *Loup c. Bœuf* et autres, *Dalloz*, 1901, 1, 169.

²²²⁹ V. Crim., 16 juin 1987, pourvoi n° 86-91.037 : les juges considèrent que dans certains cas, le prêt de main-d'œuvre s'apparente à du travail temporaire déguisé. Le but est de ne pas faire bénéficier des dispositions plus protectrices applicables au travail temporaire.

²²³⁰ C. trav., art. L. 8241-2 : accord du salarié, conventions de mise à disposition, avenant au contrat de travail, consultation du comité social et économique, période probatoire possible, etc.

²²³¹ RAY (J.-E.), préc., p. 119.

abondante. Auparavant, le Code du travail autorisait le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif mais ne précisait pas ses modalités d'application, les droits des salariés mis à disposition ou encore les conséquences juridiques liées à l'emploi desdits salariés. Les contours de l'infraction de prêt de main-d'œuvre à but lucratif ont ainsi pu être précisés. Ils trouvent probablement racine dans la conception atavique de la notion de prêt.

La mise à disposition de main d'œuvre est, en effet, une forme de mutualisation, dérive de la racine latine “*mutu*” et plus précisément du mot *mutuus* qui désigne ce qui se fait par voie de réciprocité : « *Le mutuum est un contrat par lequel une partie prête une chose ou une somme d'argent à une autre, qui devra lui en rendre un jour l'exact équivalent, sans avoir à payer d'intérêts. La seule obligation juridique du bénéficiaire étant de restituer la chose ou la somme reçue, le mutuum semble ne présenter aucun intérêt pour le prêteur* »²²³². Conceptuellement, le prêt de main d'œuvre traduit bien ce lien juridique où chaque personne morale peut successivement être tenue à charge de revanche ; il s'ensuit que toute idée de but lucratif est exclue.

L'article L. 8241-1 C. trav. précise qu'« *une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* ». Ce point a été interprété par une jurisprudence fournie : parmi les pratiques de mise à disposition, les juges se sont attachés à définir celles qui étaient compatibles avec les limites fixées par l'art. L. 8241-1 C. trav. Elles concernent à la fois l'employeur de droit et le bénéficiaire de la prestation.

559 - Employeur de droit - Il convient de poser un principe d'intangibilité fort. L'article L. 8241-2 C. trav dispose en effet que « *pendant la période de prêt de main-d'œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise prêteuse n'est ni rompu ni suspendu. Le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse ; il conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse. (...) A l'issue de sa mise à disposition, le salarié retrouve son poste de travail dans l'entreprise prêteuse sans que l'évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt* ».

²²³² SUPIOT (A.), « *Mutualisation : de quoi parlons-nous ?* », Recueil Dalloz, 7 avr. 2016, n° 13, p. 726.

La question se pose alors de savoir comment le juge peut interpréter les situations contentieuses de mise à disposition dans une société utilisatrice où les conditions d'emploi sont en principe meilleures que chez l'employeur de droit, et qui feraient coexister sur le moyen et long terme notamment, des salariés aux statuts différents.

b) Sources jurisprudentielles

Ces sources permettent essentiellement de caractériser le but lucratif chez l'employeur de droit et chez la société utilisatrice.

560 - Absence de but lucratif - Concernant l'employeur de droit, la jurisprudence s'est attachée à définir si un bénéfice ou une marge étaient réalisés entre le coût réel du salarié et le prix facturé au bénéficiaire de la prestation.

La Cour de cassation a, par exemple, été amenée à juger une affaire dans laquelle « *la cour d'appel a d'abord relevé que le prix facturé par la société Dome X'Pats à la société Ameco était fonction des jours de présence du salarié sur le chantier et que la comparaison entre les factures et les bulletins de paie faisait apparaître, au profit de la société prêteuse, une marge bénéficiaire* »²²³³. L'article L. 8241-1 C. trav. modifié par l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 a ensuite levé, *a priori*, toute ambiguïté : « *Une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* ».

Une question économique continue de se poser relativement aux charges de gestion supportées par la société prêteuse en plus du « salaire chargé » et des remboursements de frais. Si le système de coût analytique et de contrôle de gestion de la société prêteuse est suffisamment élaboré, il pourrait probablement être accepté par les juges que la recherche de but lucratif soit écartée : le système entraînerait alors un glissement de charges indirectes vers des charges directement rattachées au salarié concerné. Cela reviendrait à « variabiliser » des charges fixes ; l'employeur de droit y a donc intérêt. Dans les TPE et PME, et par principe de prudence, il conviendrait toutefois de refacturer à l'euro près pour sécuriser juridiquement l'opération. La question est d'importance : le juge a déjà rejeté une situation de prêt dans laquelle la société bénéficiaire du prêt de main-d'œuvre ne supporte aucun frais de gestion du

²²³³ Soc., 17 juin 2005, pourvoi n° 03-13.707, publié au bulletin.

personnel hors la rémunération du salarié, car elle représente une économie de charges établissant le caractère lucratif de l'opération²²³⁴.

Pourtant, la loi a contrecarré cette jurisprudence en interdisant désormais la facturation d'éventuels frais de gestion du personnel ; l'article L. 8241-1 al. 6 dispose en effet qu'« *une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* »²²³⁵.

561 - Délit de marchandage - Concernant la société utilisatrice, dans un arrêt du 16 juin 1998, la Cour de cassation a tout d'abord indiqué que « *caractérise les éléments constitutifs du délit de marchandage, la cour d'appel qui relève qu'une société a fourni à titre onéreux de la main-d'œuvre à 2 autres sociétés, non en raison de la spécificité de la prestation à effectuer mais seulement pour permettre à ces dernières de faire face à un surcroît d'activité, les salariés concernés ayant été embauchés par la société fournisseuse à une date très voisine de celle des conventions de mise à disposition, puis choisis par les sociétés utilisatrices qui les ont intégrés dans leurs équipes de travail et leur ont fourni les moyens nécessaires à leur tâche. Une telle opération a eu pour effet d'éviter l'application de la législation sociale et de causer un préjudice aux salariés mis à disposition dès lors qu'il est établi que, si ces salariés avaient été employés par les sociétés utilisatrices, ils auraient bénéficié de conventions collectives plus favorables que celle applicable au personnel de la société fournisseuse* »²²³⁶.

Le problème reste prégnant dans les prêts de main-d'œuvre se déroulant au sein d'un groupe de sociétés. Si le personnel d'une filiale peut être majoritairement constitué de salariés mis à disposition par la société-mère, il faut néanmoins prendre un certain nombre de précautions afin que l'opération ne soit pas délictuelle. C'est ce que révèle un arrêt rendu le 18 mai 2011 et qui a constaté que le salarié « prêté » restait soumis à la convention collective de l'employeur de droit, ne prévoyant pas « *le recours aux conventions de forfait-jours, le salarié ayant ainsi subi un préjudice du fait du non-paiement des heures supplémentaires effectuées* »²²³⁷. Pour le salarié qui avait pourtant accepté pendant plusieurs années sa mise à disposition auprès de la filiale, tous les éléments constitutifs du marchandage étaient réunis. Il

²²³⁴ Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69.175, publié au bulletin.

²²³⁵ C. trav. art. L. 8241-1, modifié par l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avr. 2015.

²²³⁶ Crim., 16 juin 1998, pourvoi n° 97-80.138, publié au bulletin.

²²³⁷ Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69.175, publié au bulletin.

avait donc assigné la filiale utilisatrice, JD Crédit, afin d'obtenir des indemnités pour travail dissimulé et un rappel d'heures supplémentaires.

Le juge rejette ainsi toute situation faisant courir au salarié un risque d'exploitation ayant pour objectif de réduire le coût du personnel, en évitant d'appliquer à ces emplois extériorisés les avantages et garanties du personnel de l'entreprise utilisatrice. Ces situations prennent de l'ampleur avec l'élargissement de l'Union européenne, puisque les entreprises françaises cherchent à recourir plus fréquemment à des travailleurs détachés.

562 – Construction jurisprudentielle - Par cet arrêt 18 mai 2011, la Cour de cassation a jugé que l'existence du but lucratif peut concerner indifféremment l'employeur de droit ou l'entreprise utilisatrice, s'il peut être prouvé que cette dernière a réalisé une économie de coûts dans l'emploi de salariés aux statuts différents. Cette économie résulte du non bénéfice par le salarié des avantages supérieurs prévus dans les conventions collectives de l'entreprise utilisatrice.

2) La confusion des situations de subordination

563 – Présentation - Le juge a permis de préciser que pour échapper à la qualification de prêt de main-d'œuvre illicite, l'externalisation ne doit pas aboutir à un transfert de la subordination au profit de l'entreprise utilisatrice (a). L'exercice des pouvoirs qui y sont attachés souffre d'une réelle confusion dans les groupes de sociétés où il est fréquent de voir coexister des salariés issus de sociétés juridiquement indépendantes dans un même environnement de travail (b).

a) La confusion entre personnes morales juridiquement indépendantes

564 – Exercice du pouvoir de direction - On rappelle le principe selon lequel le contrat de travail n'est pas une conséquence de dénomination des conventions ou de la volonté des parties. Dans un arrêt du 16 juin 1987, le juge a relevé que « *contrairement à ce qui est allégué, les conventions intervenues entre les parties ne constituaient pas des contrats de sous-traitance et que les faits s'analysaient, en réalité, en prêts de main-d'œuvre à but lucratif, réalisés dans des conditions correspondant à celles offertes par les entreprises de travail temporaire, mais en dehors de la réglementation contraignante imposée à ces*

dernières »²²³⁸. Dans la sous-traitance licite, l'entreprise prestataire assure la propre direction de son personnel avec son expertise et son propre outil de production. Elle peut même dépêcher un personnel de direction chez l'entreprise utilisatrice²²³⁹. L'exercice du pouvoir de direction reste un critère essentiel pour le juge.

L'employeur doit rester vigilant. Le contrat dépend toujours des conditions de fait dans lesquelles la prestation de travail est exécutée, même si le juge semble accorder désormais une place déterminante au concept de « prestation de travail »²²⁴⁰, plus large, car intégrant l'état de subordination et l'exercice d'une véritable activité professionnelle. Les juges sont ainsi amenés à vérifier ses modalités d'exécution (état de subordination), sa finalité (économique) et sa teneur (finalité non-personnelle de la prestation). On y voit un concept émergent, probablement amené à concurrencer celui, exclusif, d'état de subordination²²⁴¹.

565 - Reconnaissance d'un contrat de travail avec l'entreprise utilisatrice - Si un salarié exerce son activité professionnelle sous la direction d'une autorité hiérarchique qui n'est pas celle de son employeur de droit, il serait fondé à solliciter auprès des juridictions compétentes, la reconnaissance d'un contrat de travail avec l'entreprise utilisatrice.

Cette demande s'avère utile si les conditions d'emploi de la société bénéficiaire sont meilleures que celles dont il dispose chez son employeur de droit. En l'espèce, la Cour de cassation a jugé que *« constitue une opération de prêt illicite de main-d'œuvre à but lucratif interdite par l'article L. 125-3 du Code du travail, le fait par une entreprise de mettre à disposition d'une autre entreprise, moyennant rémunération, le salarié qu'elle a engagé, à cet effet, pour la durée déterminée d'un chantier, lequel a été placé sous l'autorité d'une autre entreprise, la société prêteuse n'ayant conservé aucun pouvoir de contrôle et de direction sur*

²²³⁸ Crim., 16 juin 1987, pourvoi n° 86-91.037.

²²³⁹ Soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-44.201 : *« La cour d'appel a estimé que M. X... mettait en œuvre, pour l'exécution de ses missions, une technicité propre à la société ASN technologies et qu'il demeurait sous la subordination juridique de celle-ci ; qu'elle en a exactement déduit que sa mise à disposition de la société Compaq par la société ASN technologies ne constituait pas une opération illicite de prêt de main d'œuvre, à but lucratif ».*

²²⁴⁰ V. arrêt *Glem*, Soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968 et n° 12-17.660. Selon Mme Vanessa MONTEILLET, la doctrine a proposé de préciser le critère de la prestation de travail en mentionnant que celle-ci doit constituer l'exercice d'une véritable "activité professionnelle" (c'est à dire requérir une formation, des compétences dans le but pour le salarié de subvenir à ses besoins) ; l'objectif est d'endiguer l'extension que certains considèrent comme démesurée du domaine du contrat de travail (contentieux des sportifs amateurs, de la télé réalité, etc.). Dans l'arrêt "Koh Lanta" la Cour de cassation rejette clairement ce critère proposé par doctrine comme critère d'identification d'une relation de travail salarié.

²²⁴¹ MONTEILLET (V.), *« Qualification de la relation de travail : redistribution des rôles »*, note sous Cass. Soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968 et 12-17.660 (P+B), RLDA déc. 2013, éclairage 4877, p. 43.

le salarié »²²⁴². Dans cette affaire, nonobstant le fait que l'entreprise prêteuse réalisait une marge bénéficiaire sur la mise à disposition du salarié, la cour d'appel avait constaté que « *le personnel de la société Dome X'Pats était placé sous l'autorité de la société constructrice Mitsubishi, ou d'autres entreprises, et que, n'étant ni présente ni représentée sur le chantier, la société prêteuse n'avait aucun pouvoir de contrôle et de direction sur le salarié qu'elle avait embauché* »²²⁴³.

L'entreprise utilisatrice encourt un risque juridique majeur, celui de devoir s'acquitter de l'ensemble des responsabilités correspondantes à l'emploi d'un salarié de droit : « *Il plane toujours le judiciairement et médiatiquement très menaçant article L. 8221-6-II* »²²⁴⁴ du Code du travail établissant l'existence d'un contrat de travail en présence de subordination avérée. Si économiquement elle représente un coût (immédiat) non négligeable, elle répond d'un souci de justice. Le Pr. Virgile Chassagnon soutient ainsi qu'au regard des travaux universitaires qu'il mène en économie de l'entreprise et en économie du travail, il ne peut « *qu'apprécier l'extension du périmètre du contrat de travail aux situations économiques et sociales "réelles"* »²²⁴⁵.

566 - Une insécurité juridique qui peut devenir relative – Si la reconnaissance du ou des délit(s) fait courir un risque à l'entreprise utilisatrice, la situation est (aussi) risquée pour l'entreprise prêteuse : des conséquences civiles (requalification rétroactive), pénales (jusqu'à 3 ans et 225 000 euros d'amende) et fiscales peuvent découler de la reconnaissance des délits et gravement entacher la performance de la société. L'essor des accords de groupe ou d'accords conventionnels au sein d'unités économiques et sociales peut toutefois les tempérer.

Dans un cas d'espèce²²⁴⁶, après avoir (entre autres) relevé « *qu'à l'occasion d'une enquête effectuée en 1982, à la société "Renault-Véhicules industriels" (RVI) implantée à Annonay, un inspecteur du travail a constaté la présence, au bureau d'études de cette entreprise, d'un certain nombre de dessinateurs, salariés des sociétés précitées, qui travaillaient aux mêmes tâches que les dessinateurs de RVI, dans les mêmes locaux, avec le même matériel et les mêmes documents et sous l'autorité directe des cadres de l'entreprise utilisatrice* » et constaté qu'en outre, « *ce personnel temporaire était soumis aux mêmes horaires hebdomadaires que*

²²⁴² Soc., 17 juin 2005, pourvoi n° 03-13.707, publié au bulletin.

²²⁴³ *Ibidem*.

²²⁴⁴ RAY (J.-E.), préc., p. 117.

²²⁴⁵ CHASSAGNON (V.), « *Nouveaux critères du contrat de travail et catégorisation des travailleurs externalisés et des travailleurs autonomes* », note de travail IREPE, commentaires sur la Proposition de Code du travail, Nanterre, 31 mars 2017.

²²⁴⁶ Crim., 16 juin 1987, pourvoi n° 86-91.037.

le personnel de l'entreprise utilisatrice, dont la direction tolérait seulement, pour certains de ces salariés, un décalage horaire ; que les autorisations d'absences étaient présentées de la même façon que celles concernant l'ensemble des employés ; que les rémunérations étaient calculées, non en fonction de l'exécution d'une tâche déterminée, mais uniquement sur la base des heures de travail accomplies ; qu'enfin, les travaux effectués n'avaient aucun caractère spécifique et entraient dans le cadre ordinaire de l'activité et des connaissances des agents du bureau d'études de la société utilisatrice », le juge a indiqué que le délit de prêt de main-d'œuvre à but lucratif était constitué. La situation de risque semble être dépendante des différences de statuts entre salariés coexistants au sein d'une même unité économique et sociale²²⁴⁷.

Cependant, on peut postuler que le risque se dilue dans les groupes de sociétés où l'égalité de traitement peut être fréquente, notamment si l'insaisissable notion de collectivité de travail²²⁴⁸ est conventionnellement reconnue. En témoigne l'essor des accords de groupe signés au cours de la dernière décennie, qui trouvera à s'accroître par leur encadrement issu de la loi du 8 août 2016. Une disposition en particulier permet de le soutenir : désormais « *lorsqu'un accord conclu dans tout ou partie d'un groupe le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord* »²²⁴⁹. La prévalence des accords de groupe est ainsi instituée et permet d'éviter tout risque juridique dans des prêts de main-d'œuvre conclus au travers du prisme de la bonne foi.

b) La confusion entre personnes morales juridiquement liées

567 - Position du problème - Les structures opérationnelles et économiques transcendent souvent les frontières juridiques des entités qu'elles concernent. Ainsi, une unité économique et sociale (UES) peut recomposer une apparente division juridique d'entreprises distinctes.

Si sa reconnaissance ne peut atteindre les relations individuelles de travail, sa fonction est déterminante pour l'exercice des droits collectifs des salariés : « *L'UES facilite alors la mise*

²²⁴⁷ V. PECAUT-RIVOLIER (L.), « *L'unité économique et sociale, quel avenir ?* », Droit social, n° 11-12, nov.-déc. 2012, p. 974 s. ; V. arrêt fondateur Crim., 23 avr. 1970, pourvoi n° 68-91.333 : « *Il incombe aux juges correctionnels, saisis à cet égard de conclusions régulières d'une partie civile, de rechercher si la substitution d'une société commerciale à une autre n'a pas dissimulé la continuation d'une même entreprise et si le changement de forme juridique apporté à cette entreprise n'a pas été utilisé, en fraude de la loi, pour faire échec à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise* ».

²²⁴⁸ V. VERKINDT (P-Y), « *La collectivité de travail* », Droit social, n° 11-12, déc. 2012, p. 1006 s.

²²⁴⁹ Art. L. 2253-5 C. trav. créé par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 – art. 23.

en œuvre de normes déterminées par le juge ou le législateur, parmi lesquelles figurent en premier lieu celles relatives à la représentation collective du personnel »²²⁵⁰. A l'inverse, une entreprise peut aussi être constituée d'établissements distincts dans la mesure où un certain nombre de critères cumulatifs sont rassemblés²²⁵¹. Les liens financiers étroits, les relations partenariales et économiques peuvent amener des entités juridiquement indépendantes à se mettre à disposition du personnel au sein d'un même groupe de sociétés. Ainsi, en période de haute activité notamment, une société membre d'un groupe peut aisément recourir au prêt de main d'œuvre d'une autre entreprise du groupe se trouvant, elle, en basse activité : cela lui évite d'avoir recours aux services d'une agence de travail temporaire et s'avère économiquement avantageux pour l'employeur de droit comme pour celui qui bénéficie de la prestation. Cette situation est qualifiée de prêt de main d'œuvre intragroupe.

Même si le régime de l'UES apparaît inachevé dans la mesure où « *les relations contractuelles de travail ne dépassent pas le cadre des entités juridiquement autonomes* »²²⁵², ce prêt peut entraîner, *de facto*, une confusion des liens de subordination alors même que les relations individuelles de travail ne peuvent, en principe, être touchées par les interdépendances économiques : les employeurs sont en effet différents car les personnes morales le sont aussi. Cette situation de confusion est source de contentieux puisque des salariés lésés peuvent être fondés à demander, devant la juridiction compétente²²⁵³, la requalification de leur contrat de travail. Le risque civil est grand : on note en effet que dans la pratique certaines mises à disposition se font simplement par échanges de courriels. Par avenant à son contrat de travail, le salarié doit surtout et préalablement donner son accord pour travailler au sein de la société emprunteuse.

568 - Fondement juridique de l'absence de co-emploi - La confusion n'a pourtant pas lieu d'être, *a priori* ; il résulte de l'arrêt du 12 juillet 2006 que « *le salarié d'une entreprise qui appartient à un groupe ne peut diriger une demande salariale que contre son employeur* »²²⁵⁴. La Cour de cassation en avait précédemment jugé de même dans la situation de sociétés

²²⁵⁰ CEA (A.), *L'unité économique et sociale en droit du travail*, Thèse, Bordeaux, 2016.

²²⁵¹ V. PETIT (F.), « *Les périmètres de l'établissement distinct* », *Droit social*, n° 11-12, nov.-déc. 2012, pp. 979 et s. ; VERKINDT (P-Y), préc. : implantation géographique différente, pérennité organisationnelle, autonomie dans la gestion du personnel.

²²⁵² CEA (A.), préc., p. 491.

²²⁵³ L'éclatement du contentieux social est régulièrement dénoncé. V. l'article de Vincent ORIF, « *Les nouveaux blocs de compétence* », *Droit social*, n° 7/8, juil.-août 2017, p. 618 s.

²²⁵⁴ Soc., 12 juil. 2006, pourvoi n° 04-40.331, publié au bulletin.

juridiquement distinctes, mais pour lesquelles une unité économique et sociale (UES) avait été constatée en première instance²²⁵⁵.

Dans leur pourvoi, les salariés avaient pourtant fait état d'une communauté de structures administratives et commerciales, de l'existence d'une « cellule dirigeante », le personnel étant, au moins pour partie, interchangeable. La Cour de cassation a jugé « *qu'il ne découlait pas de la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale entre les différentes sociétés la preuve que celles-ci étaient co-employeurs des salariés* »²²⁵⁶. On peut y voir une différence entre les critères qui fondent la notion de co-employeur avec ceux qui fondent l'existence d'une UES : « *Pour que le co-employeur soit employeur, il faut qu'il vérifie l'existence d'un lien de subordination entre lui-même et le salarié qui invoquera l'existence de la relation de travail* »²²⁵⁷. Ainsi, dans le co-emploi, le lien de subordination est déterminant. Dans la situation de l'UES, on note que la Cour de cassation a décidé qu'elle n'a pas la personnalité juridique et qu'elle n'est pas l'employeur des salariés²²⁵⁸.

569 - Reconnaissance jurisprudentielle des conditions de fait - La réalité du fonctionnement des sociétés continue de bousculer ces principes. Comment peut être qualifiée la situation d'un salarié, engagé sous CDD puis sous CDI par une entreprise qui le met ensuite à disposition d'une autre ? « *Mlle Z..., vendeuse démonstratrice, avait été chargée par son employeur, la société Dane Y..., de la vente et de la promotion des produits Dane Y... sur un stand du magasin BHV, au sein duquel elle était soumise aux conditions d'organisation et de fonctionnement du grand magasin, lequel avait seulement le pouvoir de transmettre à la société Dane Y... un rapport sur le comportement de la démonstratrice, sans avoir la possibilité de la sanctionner disciplinairement* ». Nous sommes ici dans une situation de mise à disposition de personnel entre deux sociétés économiquement et socialement liées, mais juridiquement indépendantes : la société utilisatrice semble pouvoir disposer conjointement des pouvoirs de direction et de contrôle, sans bénéficier spécifiquement du pouvoir de sanctionner.

Dans cette espèce, la Cour de cassation a reconnu une situation de co-emploi : « *La cour d'appel a relevé que, si la société Dane Y... conservait son autorité à l'égard de la salariée, la société BHV y participait pour une part égale et que le pouvoir de direction et de contrôle du travail de l'intéressée était exercé conjointement par les deux sociétés; qu'ayant ainsi*

²²⁵⁵ V. Soc., 22 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.229.

²²⁵⁶ *Ibidem*.

²²⁵⁷ GAURIAU (B.), « *Le co-employeur* », Droit social, n° 11-12, nov. déc. 2012, p. 996.

²²⁵⁸ V. Soc., 22 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.229 - Soc., 23 sept. 2009, pourvoi n° 07-44.200.

caractérisé un lien de subordination vis-à-vis de chacune des deux sociétés, elle a justifié légalement sa décision »²²⁵⁹.

Il en fut de même lorsqu'un « *salarié avait été engagé par la société X... France pour être mis à la disposition de différentes filiales d'Afrique francophone du groupe X..., que si durant cette période son contrat de travail était suspendu pour l'essentiel de ses dispositions, il continuait de poursuivre ses effets sur le plan de l'affiliation et des cotisations au régime français de retraite et du déroulement de carrière de l'intéressé afin d'assurer sa réintégration éventuelle comme ce fut le cas de septembre 1975 à juin 1979, et que, le 7 juillet 1992, la société X... France lui a notifié la rupture de son contrat de travail ; qu'il résultait de ces constatations que la société X... France était co-employeur du salarié avec la société X... Cameroun et avait accepté d'assumer les conséquences de la rupture du contrat de travail avec cette dernière société »²²⁶⁰. Dans cette nouvelle espèce, la chambre sociale établit bien que le pouvoir de direction et de contrôle du travail du salarié est partagé conjointement par deux sociétés, ce qui caractérise un lien de subordination manifeste vis-à-vis de chacune des deux sociétés.*

570 - Motivations des salariés - La question étant désormais juridiquement bornée, il reste à savoir quelles peuvent être les motivations des salariés ou des tiers intéressés²²⁶¹. Pour l'avocat Pierre Bonneau « *la propension des salariés d'une société de se prévaloir de la qualité de salariés d'une autre société dépendra, en effet, surtout sinon exclusivement, de l'intérêt que cette demande pourra présenter au plan des avantages qui pourront en être tirés (montant des salaires, épargne salariale, jours de congés) »²²⁶². Ainsi, les différences entre statuts au sein d'un groupe peuvent entraîner un risque préjudiciable, initialement, aux salariés mis à disposition et postérieurement aux employeurs organisateurs.*

571 - Perspectives prometteuses - Deux hypothèses permettant d'éluder les risques précédemment évoqués peuvent être envisagées : finir par reconnaître la personnalité juridique à l'unité économique et sociale, ou bien conclure un accord de groupe.

Comme effets de ces évolutions, la sécurité juridique se renforcerait en raison de l'aptitude des représentants du personnel à représenter une globalité et pas uniquement les intérêts du

²²⁵⁹ Soc., 18 juin 1996, pourvoi n° 93-40.487.

²²⁶⁰ Soc., 18 oct. 2000, pourvoi n° 98-42.274.

²²⁶¹ Il peut par exemple s'agir d'organismes sociaux réclamant le paiement de cotisations sociales, ou d'un co-employeur réclamant un partage de risque juridique et judiciaire.

²²⁶² BONNEAU (P.), « *La mise à disposition de personnel intragroupe* », Les Echos Executives, 1^{er} juil. 2005.

personnel de leur propre entreprise : « *La représentation de plusieurs comités d'entreprise ou d'établissement risque, en raison du mode de répartition des sièges par collège et du nombre de sièges strictement limité par la loi, de n'être pas assurée ; il semble (alors) exclu de retenir l'hypothèse d'une stricte représentation de ces comités au sein du comité de groupe* »²²⁶³. En cela, on peut envisager une sécurisation des questions de prêt de main d'œuvre dans des situations de fait de plus en plus fréquentes.

De plus, l'attribution de la personnalité juridique à l'UES soutiendrait sa capacité à être représentée en donnant plus de force à ses effets, puisqu'« *un accord collectif emportant reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place d'institutions représentatives du personnel* »²²⁶⁴. L'engagement conventionnel des partenaires sociaux serait ainsi, plus encore, sécurisé.

B) Le cas spécifique du portage salarial

572 – Présentation – Le portage salarial permet à un actif qui trouve une ou plusieurs missions à accomplir pour le compte d'entreprises clientes, de devenir le porté salarié d'une entreprise de portage qui fait office d'intermédiaire. Cette dernière encaisse les honoraires perçus des clients et en reverse une partie à l'actif sous forme de salaire, après retenue des frais de gestion et de la charge intégrale des cotisations sociales. Depuis la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, qui en a consacré le mécanisme, le porté est expressément placé sous le régime du salariat (C. trav., art. L.1251-64). Mais auparavant, le portage avait longtemps été utilisé sans fondement légal²²⁶⁵.

Cette modalité d'exercice d'une activité professionnelle répond d'une évidente utilité économique et sociale. En développant la flexibilité, elle consacre la vocation du droit à se saisir des questions sociales et économiques. Elle permet ensuite un retour sur le marché du travail de certaines catégories de demandeurs d'emploi, souvent de haut niveau. Elle matérialise enfin la volonté de voir sécurisé, chez certains salariés, un statut social qui ne va pas forcément de pair avec leur volonté d'indépendance. Contesté juridiquement par une relative absence de réciprocité dans les obligations contractuelles, le portage salarial relève d'un secteur d'activité dynamique : la fédération des entreprises de portage salarial (FEPS)

²²⁶³ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 239.

²²⁶⁴ Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-40.331, publié au bulletin

²²⁶⁵ Liaisons sociales, bref social, n° 15.554 du 23 fév. 2010 ; V. Soc., 17 fév. 2010, pourvoi n° 08-45298 et Soc., 17 fév. 2010, pourvoi n° 08-40.671, publiés au bulletin.

précise qu'il concerne 7 millions de salariés européens et qu'il pourrait permettre la création de près de 600 000 emplois en France à l'horizon 2025²²⁶⁶. Il concerne essentiellement des prestations intellectuelles dans les domaines du conseil, des ressources humaines, du *coaching*, de l'informatique. Il est une alternative au statut de micro-entrepreneur qui comporte certaines limites²²⁶⁷.

Jusqu'à la promulgation de l'Ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015, le portage salarial était défini ainsi à l'article L. 1251-64 du Code du travail²²⁶⁸ : « *Le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle* ». Les partenaires sociaux avaient la possibilité de définir les règles applicables au secteur, sans que le législateur en ait fixé les principes essentiels. L'article 19 de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, précisait d'ailleurs que « *considérée comme entachée d'illégalité, cette forme d'activité répond cependant à un besoin social dans la mesure où elle permet le retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment des seniors. Il est souhaitable de l'organiser afin de sécuriser la situation des portés ainsi que la relation de prestation de service. A cet effet, la branche du travail temporaire organisera, par accord collectif étendu, la relation triangulaire en garantissant au porté, le régime du salariat, la rémunération de sa prestation chez le client ainsi que son apport de clientèle. La durée du contrat de portage ne devra pas excéder trois ans. Les signataires du présent accord évalueront les effets du dispositif, dont la mise en place est prévue ci-dessus par voie d'accord* ».

573 - Un statut contesté - Dans sa décision rendue publique le 11 avril 2014²²⁶⁹, le Conseil constitutionnel a rendu caducs, à compter du 1^{er} janvier 2015 (article 2), les éléments qui y étaient relatifs et qui étaient contenus dans l'ANI du 11 janvier 2008. L'article 1^{er} précise : « *Le paragraphe III de l'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, est contraire à la Constitution* ». Saisi par le Conseil d'Etat, il était dénoncé, par la Confédération générale du travail Force ouvrière et la Fédération des employés et cadres Force ouvrière, la méconnaissance de la liberté syndicale et

²²⁶⁶ Site internet de la FEPS, chiffres-clés.

²²⁶⁷ Au départ l'auto-entrepreneuriat était pensé comme activité de complément (plafond de chiffre d'affaires) ; fiscalement le statut ne permet pas de déduire la TVA et les frais professionnels, sans compter que l'auto-entrepreneur relevait du RSI jusqu'au 31 déc. 2017.

²²⁶⁸ Créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 – art. 8 (V).

²²⁶⁹ Décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014.

du droit constitutionnel à la participation des travailleurs, et surtout le fait de confier à une branche professionnelle la mission « d'organiser » l'ensemble de relations contractuelles en lieu et place du législateur. Le contexte n'était pas non plus propice au maintien en l'état de ces dispositions, dans la mesure où le portage était sujet à un vif contentieux, tout comme à une forte production doctrinale et syndicale à valeur dénonciatrice. Après avoir explicité les éléments principaux de son cadre juridique actuel (1) on observera que la qualification d'employeur (2) et de salarié (3) est contestée.

1) Le cadre juridique

Le législateur a pris acte de la décision du Conseil constitutionnel du 11 avril 2014²²⁷⁰. L'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 définit le portage salarial en fixant un certain nombre de conditions : il s'agit des principes essentiels du régime. On y verra un réinvestissement du législateur dans l'étendue de ses compétences.

574 - Définition - L'article L. 1254-1 C. trav. dispose que « *Le portage salarial désigne l'ensemble organisé constitué par : 1° D'une part, la relation entre une entreprise dénommée " entreprise de portage salarial " effectuant une prestation au profit d'une entreprise cliente, qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial ; 2° D'autre part, le contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage salarial et un salarié désigné comme étant le " salarié porté", lequel est rémunéré par cette entreprise* ». Les dispositions suivantes en précisent le régime.

575 - La société de portage - En ce qui concerne la situation de l'employeur, c'est en général autour d'un dirigeant spécialisé dans la gestion et de deux assistants de gestion spécialisés dans la comptabilité et l'administratif que se constitue et se développe une société de portage salarial. A l'image d'une société de services en ingénierie informatique (SSII) ou d'une agence de travail temporaire, la société « façonne » des contrats de travail particuliers à des travailleurs indépendants qui recherchent et obtiennent des missions directement auprès de particuliers et d'entreprises : « *Les sociétés de portage salarial se positionnent ainsi comme intermédiaires des relations d'emploi, activité juridiquement réservée à un petit groupe d'agents économiques dont elles étaient exclues jusqu'en 2008, date de leur entrée dans le code du travail (ce petit groupe incluait d'abord les agences d'intérim et les entreprises de*

²²⁷⁰ *Ibidem.*

travail temporaire d'insertion, puis les entreprises à temps partagé et enfin les groupements d'employeurs) »²²⁷¹.

576 - Situation du salarié - En ce qui concerne la situation du salarié, certaines dispositions lui sont directement profitables. Ainsi, le salarié porté bénéficie d'une rémunération minimale définie par l'accord de branche étendu. A défaut d'un tel accord, le montant de la rémunération mensuelle minimale est fixé à 75 % de la valeur mensuelle du plafond de la Sécurité sociale pour une activité équivalant à un temps plein²²⁷². L'entreprise cliente doit inscrire sa relation commerciale avec l'entreprise de portage dans la durée : la conclusion d'un contrat uniquement pour une tâche occasionnelle est proscrite²²⁷³. L'expertise et l'autonomie du salarié restent préservées²²⁷⁴ : on y voit une corrélation avec le statut de micro-entrepreneur.

L'ordonnance précise l'ensemble des clauses²²⁷⁵ que doit comporter un contrat écrit²²⁷⁶, « *conçu pour convertir son chiffre d'affaires individuel en fiche de paie* »²²⁷⁷. Celui-ci peut être conclu à durée déterminée (CDD) ou indéterminée (CDI)²²⁷⁸. Elle indique aussi que « *la seule rupture du contrat commercial de prestation de portage salarial n'entraîne pas la rupture du contrat de travail du salarié* »²²⁷⁹. Au-delà, ce sont les conditions d'exécution de la prestation de travail qui sont précisées : le contrat commercial de prestation de portage salarial comporte des garanties en matière d'hygiène et sécurité²²⁸⁰, de paiement des salaires et de leurs accessoires en cas de défaillance²²⁸¹, d'intéressement et participation²²⁸², d'exercice des droits collectifs²²⁸³.

577 - Disqualification du régime au regard du droit positif - D'autres dispositions continuent d'interroger. On note en particulier la disposition suivante : « *L'entreprise de*

²²⁷¹ DARBUS (F.), « *Troubles dans les relations d'emploi. Dénonciations face à l'ambiguïté du portage salarial* », ENS Cachan, Terrains & travaux, janv. 2013, n° 22, p. 95.

²²⁷² C. trav., art. L. 1254-2.-II.

²²⁷³ C. trav., art. 1254-3.

²²⁷⁴ C. trav., art. L. 1254-2.-I.

²²⁷⁵ C. trav., art. 1254-15.

²²⁷⁶ C. trav., art. L. 1254-14 : « *Le contrat de travail est établi par écrit avec la mention : " contrat de travail en portage salarial à durée déterminée "* ».

²²⁷⁷ DARBUS (F.), préc., p. 96.

²²⁷⁸ C. trav., art. L. 1254-7.

²²⁷⁹ C. trav., art. L. 1254-8.

²²⁸⁰ C. trav., art. L. 1254-23, *al.* 6°.

²²⁸¹ C. trav., art. L. 1254-26.-I-1°.

²²⁸² C. trav., art. L. 3322-4, art. L. 3342-1.

²²⁸³ Ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial, Titre II.

portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté »²²⁸⁴. La prestation de travail est pourtant l'essence même de la relation de travail.

Dans l'arrêt *Bois des Alpes* du 9 juin 2015, la Cour de cassation a indiqué « *qu'ayant constaté que si le salarié avait été affecté, lors de la reprise de son travail, dans un bureau de l'entreprise conformément à l'avis du médecin du travail, l'employeur n'avait pas respecté son obligation contractuelle de lui fournir une prestation de travail suffisante, la cour d'appel a caractérisé un manquement de l'employeur à ses obligations empêchant la poursuite du contrat de travail* »²²⁸⁵. Ainsi la fourniture d'un travail suffisant est une obligation pour l'employeur.

Le contentieux amène à y voir une conséquence d'un état de subordination qui reste relatif. L'entreprise cliente devient l'employeur de fait. L'étude de divers contrats de travail en portage salarial témoigne d'ailleurs que le salarié exerce ses fonctions sous l'autorité de sa « hiérarchie dédiée ». Au final, il est possible d'affirmer « *son caractère illégal, autrement dit la caractère non-conforme du portage à différentes lois* »²²⁸⁶. En l'espèce, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « *l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* »²²⁸⁷ il est possible de contester, tant la qualification d'employeur que la qualification de salarié.

2) La contestation de la qualification d'employeur

578 - Statut de facto hybride - Au regard des critères généraux du contrat de travail la contestation de la qualification d'employeur est possible à deux niveaux : la fourniture de la prestation de travail et la subordination. A titre subsidiaire, la sécurité économique du salarié porté peut être fragilisée. Au final, il semblerait que les salariés portés soient dans une situation hybride, empruntant à la fois au statut d'indépendant et au statut de salarié.

²²⁸⁴ C. trav., art. L. 1254-2.-III.

²²⁸⁵ Soc., 9 juin 2015, pourvoi n° 13-26.834.

²²⁸⁶ DARBUS (F.), préc., p. 99.

²²⁸⁷ Soc., 17 avril 1991, *Bull.* 1991, V, n° 200 ; V. Soc., 19 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 437.

a) Une absence de fourniture du travail

579 - Position du problème - Comme objet du contrat de travail de droit commun, l'employeur doit fournir un travail au salarié qui, en contrepartie, obtient une rémunération sous forme de salaire. Il s'agit-là de l'essence même de la relation de travail. Il est pourtant utile d'interroger la valeur de cet axiome dans le cadre du portage salarial : à quelle prestation chaque partie au contrat s'engage-t-elle ?

580 - Obligation de fournir du travail - Il ressort des dispositions de l'article 1163 C. civ.²²⁸⁸ que « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». En ce qu'elle peut être déduite du contrat, la fourniture de la prestation de travail chez les entreprises clientes est une prestation « déterminable ». De plus, au-delà de ce fondement général de l'obligation, on s'aperçoit que la chambre sociale pose des principes forts ; dans l'arrêt *PEPS* elle indique notamment que « *la conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fourniture du travail* »²²⁸⁹. Il s'agit-là d'une jurisprudence constante puisque précédemment les juges avaient déjà tiré la conclusion suivante : « *Le salarié qui se tient à la disposition de son employeur, a droit à son salaire peu important que ce dernier ne lui fournisse pas de travail* »²²⁹⁰. En conséquence, il est permis de s'interroger sur les conséquences de l'objet de l'obligation en l'absence de fourniture de travail au salarié porté.

Cette obligation sous-tend tout d'abord, et indirectement, les dispositions de l'article L. 1254-26 C. trav. qui impose l'existence d'une garantie financière assurant, en cas de défaillance de sa part, le paiement des salaires et accessoires, cotisations et indemnités diverses. Le montant minimal de cette garantie ne cesse d'ailleurs d'augmenter. Le décret du 30 décembre 2015²²⁹¹ a prévu qu'elle soit portée à 10% de la masse salariale de l'année précédente, au 1^{er} janvier 2018, après avoir été de 9% au 1^{er} janvier 2017 et de 8% au 1^{er} janvier 2016. Elle explique ensuite l'interdiction faite aux entreprises de portage de licencier un salarié porté au motif qu'il serait demeuré sans activité à l'issue d'une mission, et ce quand bien même son contrat comporterait une clause l'engageant à trouver de nouvelles missions auprès des clients.

²²⁸⁸ Modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 – art. 2.

²²⁸⁹ Soc., 4 févr. 2015, pourvoi n° 13-25.627, publié au bulletin.

²²⁹⁰ Soc., 3 juil. 2001, pourvoi n° 99-43.361 ; V. aussi Soc., 17 fév. 2010, pourvoi n° 08-45.298.

²²⁹¹ D. n° 2015-1886 du 30 déc. 2015.

581 - Fragilisation *in concreto* de la source textuelle - La réalité de ce type de contrat est la suivante : contrairement à l'intérim, c'est le salarié lui-même qui trouve ses missions et ses clients. Ainsi, l'obligation essentielle et implicite du contrat semble ne pas être remplie par l'employeur de droit, car c'est le salarié qui, dans les faits, décide avec qui il travaille. Aux termes du nouvel article L. 1221 C. civ. « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». En conséquence, en l'absence de nullité du contrat, des indemnités et rappels de salaires devraient pouvoir être envisagés par le juge dès lors que l'exécution en nature de la prestation²²⁹² devient impossible.

En effet, le salarié n'a pas à supporter les risques et charges de son activité ; c'est là une des ambiguïtés du contrat de travail par rapport au contrat de droit commun : « *Par la séparation qu'elle institue entre le travail et la personne, l'analyse civiliste et contractuelle de la relation de travail s'avère incapable d'assurer cette sécurité économique. (...) Si le travail vient à manquer, le travailleur disparaît tout simplement de la sphère contractuelle* »²²⁹³. Pourtant, en contradiction totale avec le fondement général de l'objet du contrat et la construction jurisprudentielle, certaines entreprises de portage salarial ont été amenées à licencier des salariés à qui elles ne pouvaient fournir matériellement de prestation de travail²²⁹⁴.

582 - Sécurisation de la condition des travailleurs - La Cour de cassation a cherché à garantir la sécurité des revenus du travailleur : « *Dès lors, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement d'un salarié, employé dans le cadre d'un portage salarial, le fait qu'il soit resté sans travail à l'issue de sa dernière mission, sans en avoir trouvé de nouvelles* »²²⁹⁵. Cette solution s'inscrit dans un mouvement global de protection qui touche même les salariés supposés indépendants. Elle répond d'une logique juridique qui ne mérite aucun discrédit : « *Dans une perspective de gestion des risques, il semble judicieux de fonder la responsabilité*

²²⁹² Le législateur a substitué la notion large de prestation à celles d'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

²²⁹³ SUPLOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 74.

²²⁹⁴ V. Soc., 17 févr. 2010, pourvoi n° 08-45.298, publié au bulletin. Dans cette affaire un maçon bénéficiait d'un contrat de portage salarial en CDI. Embauché le 5 avril 2004, il avait été licencié le 16 juin 2005 pour non atteinte de son objectif : après être demeuré sans activité plus de deux mois consécutifs, il n'avait pas réalisé la somme de 500 euros de marge mensuelle. La Cour de cassation a renvoyé les parties devant la cour d'appel soulignant que c'était à la société de portage, en sa qualité d'employeur, de fournir du travail.

²²⁹⁵ Soc., 4 févr. 2015, pourvoi n° 13-25.627, publié au bulletin.

sur celui qui bénéficie du pouvoir normatif »²²⁹⁶. La responsabilité économique du salarié ne peut être qu'exceptionnelle.

Cette situation reste insécure juridiquement pour l'entreprise de portage : malgré la clause d'objectifs figurant au contrat et imposant au salarié porté de conclure avant la fin de sa mission en cours une ou des nouvelles missions, l'employeur peut être condamné au versement d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais également à un rappel de salaires pour la période séparant la fin de la dernière mission et la date du licenciement.

Cette solution jurisprudentielle a d'ailleurs été consacrée, puisque les dispositions prévues à l'article L. 1254-8 C. trav. précisent désormais que « *la seule rupture du contrat commercial de prestation de portage salarial n'entraîne pas la rupture du contrat de travail du salarié* »²²⁹⁷. Les assurances sociales ou l'exécution forcée des engagements contractuels permettent alors de satisfaire des indépendants qui revendiquent désormais des garanties de continuité du revenu parce que « *la sécurité de l'emploi ne touche pas seulement à la sécurité économique, mais aussi, et peut-être surtout, à l'identité du travailleur* »²²⁹⁸.

b) Une subordination altérée

583 - Critères de la subordination - De façon constante, la Cour de cassation précise que « *l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* »²²⁹⁹. Dans un arrêt du 28 avril 2011, elle indiquait encore que « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »²³⁰⁰.

Ces solutions ne sont que la continuité de celles précisées dans un arrêt fondateur (*Société générale*) du 13 novembre 1996 : « *Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné. Le*

²²⁹⁶ MONTEILLET (V.), « *Responsabilité patronale, responsabilité salariale : des ressources juridiques exploitables au service des enjeux environnementaux* », Les cahiers sociaux, n° 301, nov. 2017, p. 3.

²²⁹⁷ Art. L. 1254-8 C. trav., modifié par l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015.

²²⁹⁸ SUPIOT (A.), préc., p. 81.

²²⁹⁹ Soc., 20 janv. 2010, pourvoi n° 08-42.207, publié au bulletin.

²³⁰⁰ Soc., 28 avr. 2011, pourvoi n° 10-15.573, publié au bulletin.

travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail »²³⁰¹. La subordination implique deux critères cumulatifs : l'exercice des pouvoirs de direction et de contrôle ; comme indice de subordination, l'intégration au sein d'un service organisé vient en renforcer la matérialité. De plus, le salarié exécute dans les faits sa mission en toute autonomie : il n'est pas sujet aux règles générales et permanentes en matière d'hygiène, de sécurité, et de discipline dans l'entreprise. Enfin, l'exercice du pouvoir réglementaire fait aussi défaut.

584 – « Portage » de la subordination - Dans le cas du portage salarial, la situation triangulaire révèle un déplacement total du lien de subordination de l'employeur de droit vers le client. Cette intrusion du destinataire de la prestation dans la relation de travail met en lumière un « portage du pouvoir » de l'employeur de droit vers celui qui exerce la subordination dans les faits : « *Lorsque le lien de subordination se déplace en totalité du management vers le client, il y a sans conteste une externalisation de la gestion des ressources humaines* »²³⁰².

On en mesure les conséquences juridiques, mais aussi celles qui relèvent de la performance : seule la flexibilité est mise en exergue, niant chez l'employeur de droit tout engagement individuel et collectif, conventionnel et éthique. Le pouvoir des juges n'étant pas lié par la qualification du contrat²³⁰³ il est aussi possible de s'interroger sur l'existence de la subordination comme élément déterminant du contrat de travail : s'il y a intégration au sein d'un service organisé, il n'y a, dans le portage, aucun ordre, aucune directive, aucun contrôle dans l'exécution de la prestation. Il est aussi permis de s'interroger sur la volonté réelle des parties : par exemple celle de faire du prêt de main-d'œuvre un but lucratif pour l'employeur, celle de bénéficier simplement de prestations sociales actuelles ou à venir pour le salarié porté. Enfin, il est possible de s'interroger sur l'existence de bonne foi en l'absence d'engagement pour l'économie du contrat : « *La bonne foi reviendrait à exécuter le contrat conformément à son économie, c'est-à-dire, en définitive, à ce qui a été réellement voulu* »²³⁰⁴.

²³⁰¹ Soc., 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-13187, publié au bulletin.

²³⁰² HAVARD (Ch.), RORIVE (B.), SOBCZAK (A.), « *Client, employeur et salarié : cartographie d'une triangulation complexe* », Economies et Sociétés (Série Socio-Economie du Travail), 2006, (27), p. 1242.

²³⁰³ Soc., 17 avr. 1991, Bull. 1991, V, n° 200 : « *L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont données à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » ; V. Soc., 19 déc. 2000, Bull. 2000, V, n° 437 ; V. Soc., 9 mai 2001, Bull. 2001, V, n° 155. ; etc.

²³⁰⁴ HOUSSARD (E.), « *L'économie du contrat* », Revue juridique de l'Ouest, janv. 2002, p. 64-65.

Au regard de l'absence de fourniture de travail et d'une subordination qui fait défaut, on peut conclure qu'il existe, dans cette relation triangulaire de travail, deux employeurs : la réalité d'un « employeur présumé » qui se substitue à l'apparence d'un « employeur de droit ».

3) La contestation de la qualification de salarié

585 - Position du problème – Les éléments matériels qui nous permettent de conclure à une disqualification de la qualité d'employeur nous amènent à devoir nous interroger sur la nature du contrat de travail signé par le salarié porté. S'agit-il d'une fiction de contrat ? L'analyse des obligations contractuelles tempère l'engagement de l'employeur présumé autant qu'il consacre la liberté d'entreprendre du salarié.

Le portage salarial s'oppose ainsi au partage du travail (conception quantitative du travail) en ce qu'il réinvestit la liberté d'entreprendre (en tant que source de progrès social) ; en l'occurrence il s'oppose notamment au « *travail en miettes de l'usine tayloriste* »²³⁰⁵. En témoigne cette espèce où le salarié porté est licencié pour non-réalisation des objectifs et qui bénéficie d'un contrat « à temps choisi ». Il réclame, en justice, la requalification de son contrat en contrat à temps complet, mais est débouté de sa demande, la cour d'appel de Toulouse se fondant sur l'autonomie de la volonté des conventions légalement conclues. Le salarié avait signé, en toute connaissance de cause, une charte de collaboration annexée au contrat. Celle-ci faisait état, s'agissant de la durée et de la répartition des horaires de travail, d'une durée minimale symbolique de quatre heures par jour et rendait de ce fait le salarié autonome dans la gestion de son emploi du temps²³⁰⁶.

Si la liberté d'entreprendre se définit juridiquement comme un « *principe à valeur constitutionnelle favorisant l'accès aux professions indépendantes de toute nature et protégeant le pouvoir d'initiative des entrepreneurs dans l'exercice de leur activité professionnelle* »²³⁰⁷, dans le cadre du portage salarial, elle bute sur le respect des dispositions du Code du travail relatives au travailleur salarié. Dans l'espèce précitée, La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel, en rappelant une règle d'ordre public en faveur du porté : sauf exception prévue par la loi, l'employeur a l'obligation de mentionner, dans le contrat à temps partiel, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et la répartition de la

²³⁰⁵ CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2001, p. 309 : l'auteur cite ici Georges Friedman, qui a critiqué le "travail en miettes" de l'usine tayloriste, et Pierre Naville, qui a dénoncé "l'aliénation des ouvriers" par la mécanisation.

²³⁰⁶ Soc., 17 fév. 2010, pourvoi n° 08-40.671, publié au bulletin.

²³⁰⁷ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois (art. L. 3123-14 C. trav.).

La société de portage salarial signe trois contrats : un avec l'entreprise cliente et deux avec le travailleur. Avec le contrat de prestation, c'est la relation commerciale unissant l'employeur à l'entreprise cliente qui est formalisée. Ce contrat décrit le type de prestation exécutée par le salarié porté ainsi que ses conditions d'exécution. Avec la convention d'adhésion, c'est le type de relation entre l'employeur et le salarié qui est détaillé : celle-ci décrit notamment les engagements auxquels sont tenues les parties, les modes de rémunération respectifs, les garanties en matière de propriété de clientèle qui protègent l'intervenant, la convention collective applicable le cas échéant. Avec le contrat de travail enfin, c'est la relation d'emploi qui unit l'employeur au salarié qui est rendue objective. Le contrat peut être de nature variée : contrat à durée déterminée (CDD) ou indéterminée (CDI).

Des clauses d'objectifs viennent souvent dynamiser le contrat : par exemple, celle de réaliser une marge de 500 euros mensuelle²³⁰⁸ ou bien rechercher de nouvelles missions avant l'échéance de celles en cours²³⁰⁹. Ces stipulations ont une importance réelle car d'aucuns les utilisent pour y voir, en cas de non atteinte d'un objectif fixé, un motif légitime de rupture du contrat. Ainsi, dans une espèce jugée par la Cour de cassation, un salarié avait été licencié « *au motif qu'il n'avait pas respecté la clause d'objectifs de son contrat de travail qui lui faisait obligation de conclure avant la fin de sa mission en cours une ou des missions nouvelles équivalentes à cinq jours* »²³¹⁰. Au final, si les clauses d'objectifs ne sont pas satisfaites, s'ensuit un réajustement à la baisse de la rémunération ou à terme, une rupture du contrat. Le problème juridique qui se pose alors est de savoir si elles constituent un motif préconstitué de licenciement.

586 - Une réalité du contrat interrogée - Si le salarié trouve lui-même ses missions et les exerce quand il l'entend, sans contraintes de temps et de lieu, il existe une absence de subordination : qui exerce en l'espèce les pouvoirs de direction et de contrôle ? Ensuite, on mesure qu'avec la convention d'adhésion, le contrat de travail se dédouble ; c'est alors que « *la société de portage ne fournit au travailleur qu'un cadre formel d'affiliation au régime général de Sécurité sociale* »²³¹¹. Enfin, se rajoutent à ces incongruités les interrogations que

²³⁰⁸ V. Soc., 17 fév. 2010, pourvoi n° 08-45.298, publié au bulletin.

²³⁰⁹ *Ibidem*.

²³¹⁰ V. Soc., 4 fév. 2015, pourvoi n° 13-25.627, publié au bulletin.

²³¹¹ DARBUS (F.), « *Troubles dans les relations d'emploi. Dénonciations face à l'ambiguïté du portage salarial* », ENS Cachan, Terrains & travaux, janv. 2013, n° 22, p. 101.

pose l'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale : « *La contribution de l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de plein droit* ». Le coût de la protection sociale ne peut donc être imputé aux salariés.

Pourtant, dans les faits, l'ensemble des cotisations est issu du chiffre d'affaires généré par les salariés ; ces ressources constituent par ailleurs l'assiette permettant de définir le salaire du porté. Si ce procédé d'évitement fiscal pourrait, à ce titre, être considéré comme une infraction au droit de la Sécurité sociale, il pose surtout le problème de l'absence de distanciation que le contrat de travail est censé mettre entre le travailleur subordonné et le marché. En l'absence de subordination, il ne peut y avoir de protection économique.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 6 février 2014, par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la CGT-FO et la Fédération des employés et cadres FO. Cette question était relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit au paragraphe III de l'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail. L'article 8 de la loi du 25 juin 2008 est relatif au portage salarial. Son paragraphe III prévoit qu'un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche professionnelle la mission « d'organiser » le portage salarial par un accord de branche étendu.

Le Conseil constitutionnel a jugé qu'il est contraire à la Constitution pour deux raisons : d'une part, il a relevé que ce paragraphe confie à la convention collective le soin de fixer des règles relevant de la loi ; d'autre part, le Conseil a jugé que cette méconnaissance, par le législateur, de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'exercice de l'activité économique de portage salarial ainsi que dans la fixation des principes applicables au « salarié porté » affecte, par elle-même, l'exercice de la liberté professionnelle dans sa composante de liberté d'entreprendre ainsi que les droits collectifs des travailleurs. Cette décision « *montre avec le plus d'éclat que, sur la scène constitutionnelle, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété sont promis à être utilisés comme bouclier par les grandes entreprises contre des initiatives législatives qui contrarieraient leur stratégie* »²³¹². On voit au final se dessiner une hiérarchie claire entre les valeurs que porte un droit du travail - même réaliste - dans sa fonction protectrice²³¹³ et son appartenance à un ordre normatif qui promeut la liberté professionnelle²³¹⁴.

²³¹² LYON-CAEN (A.), « *La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprise* », *La Revue des droits de l'homme*, mai 2014, p. 2.

²³¹³ Il ressort d'une analyse des travaux de Gérard LYON-CAEN que « *le droit du travail se définit à partir de l'exploitation, qu'il légalise (en cela, il est favorable aux entreprises), et qu'il limite (en cela, il est favorable aux*

587 - Conclusion : liberté de l'entrepreneur et sécurité du salariat – Il semble y avoir dans cette relation triangulaire, une véritable contradiction entre le contrat réel et la réalité du contrat : l'apparence juridique l'emporte sur sa réalité ; un auteur souligne d'ailleurs que « *les parties signataires des contrats de travail sont respectivement de faux-salariés et de faux-employeurs* »²³¹⁵.

On peut ensuite conclure que le contrat de portage salarial constitue une stratégie de contournement de tout ce qui fonde la qualité de l'engagement de l'employeur dans l'édifice du droit du travail contemporain : la rationalité capitaliste, protégée constitutionnellement, ne cesse de s'éloigner des nobles ambitions que porte l'économie des conventions. En matière de portage, point d'engagement conventionnel ou éthique : le contrat de travail n'est qu'un support juridique permettant à de nombreux indépendants d'exercer leur liberté du travail tout en sécurisant leur parcours professionnel ; concomitamment il permet à de nombreuses entreprises d'exercer, sans limites, leur liberté d'entreprendre.

Cette réalité qui vise à ne prendre en compte, chez les cocontractants, que les avantages du contrat de travail sans en supporter les inconvénients, ne peut que prendre de l'ampleur dans le contexte de flexicurité qui caractérise notre droit contemporain. Afin de ne pas vider de son sens la nature de ce contrat, ne serait-il pas utile de prendre en compte cette double réalité économique et sociale en inventant un nouveau statut de « travailleur-salarié-indépendant » qui aurait fondamentalement une nature hybride ?

§2) Une intrusion qui interroge la performance

588 – Présentation - Les salariés sont toujours les grands perdants du risque d'opportunisme des parties aux contrats et conventions. Alors qu'ils subissent déjà une dépendance économique, l'état de subordination peut se renforcer par l'intrusion de tiers peu vertueux. Le délit de marchandage par exemple, défini par l'article L. 8231-1 C. trav. témoigne parfaitement d'une situation qui leur cause préjudice tout en éludant l'application d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle. Plus généralement, l'exercice des droits individuels et collectifs peut être altéré (A). Cela fait courir aux employeurs de droit et de fait une insécurité juridique (B) qui ne renforce pas l'exigence de performance (C).

salariés) » ; V. « *Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté* », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 43.

²³¹⁴ V. décision sur le portage salarial du 11 avril 2014, 2014-388 QPC.

²³¹⁵ *Ibidem*.

A) Une précarisation du statut des salariés

589 - Préjudice avéré ou potentiel - La recherche d'économie de coûts chez l'entreprise utilisatrice peut être préjudiciable au salarié ; ce dernier est en effet souvent placé dans des conditions d'emploi similaires à celles des salariés juridiquement rattachés au bénéficiaire de la prestation. S'il ne jouit pas des mêmes avantages, il aura alors à subir un coût d'opportunité.

Ce coût, qui est représenté juridiquement par le préjudice (avéré ou potentiel) qu'il va subir, peut être source de contentieux. Cependant, si le salarié subit une dépendance économique trop forte, on peut imaginer qu'il résiste à la possibilité de prise d'acte de la rupture du contrat de travail. On peut aussi imaginer qu'il ne saisira pas facilement les instances prud'homales, à la fois par manque de volonté et parce que le gain qu'il aurait à en retirer face au risque pris serait trop faible. Le contexte de flexibilité de l'emploi qu'encourage notre droit du travail contemporain n'aide d'ailleurs pas au rétablissement de ses droits²³¹⁶.

598 - Préjudice pluriel - On peut égrener une multitude d'exemples qui concernent le salaire, le temps de travail, l'obligation de sécurité de résultat ou encore le bénéfice de dispositions conventionnelles. Leur réalité témoigne d'une véritable entorse au principe d'engagement conventionnel de l'employeur notamment : « *Sur le plan technique, de nombreuses règles du droit du travail ne pourront que difficilement être applicables* »²³¹⁷.

Tout d'abord la situation dans laquelle un salarié embauché par une société-mère a été mis le même jour à disposition d'une de ses filiales. Il a alors fait immédiatement l'objet d'un changement de rémunération qui, économiquement, n'avait pas d'incidence, mais qui bousculait un grand principe de droit du travail²³¹⁸ : en l'espèce, « *l'augmentation du salaire de base en octobre 2006 (de 7%) permettait de compenser la baisse du taux des primes (de 6%) de sorte que la modification n'avait pas d'incidence sur le montant de la rémunération*

²³¹⁶ Dernièrement, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation de la relation de travail, et qui institue le plafonnement des indemnités de licenciement dans les entreprises d'au moins onze salariés participe de cette volonté d'efficacité économique du droit. L'idée sous-jacente est d'éviter pour l'entrepreneur-employeur le risque juridique d'intrusion du juge dans la relation de travail qui pourtant, de jurisprudence constante, est le seul habilité à évaluer le préjudice subi (V. Soc., 23 janv. 2008, pourvoi n° 06-42.919 (publié au bulletin).

²³¹⁷ TOURNAUX (S.), « *Mise à disposition par un groupement d'employeurs : un prêt de main d'œuvre comme les autres ?* », Droit social, n° 10, oct. 2012, p. 894.

²³¹⁸ La jurisprudence rappelle régulièrement que la rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément contractuel qui ne peut être modifié ni dans son montant ni dans sa structure sans son accord, peu important que l'employeur affirme que la nouvelle rémunération soit sans effet sur son montant global.

»²³¹⁹. En matière de temps de repos, la confusion des subordinations peut aussi poser problème : si l'entreprise bénéficiaire manque à ses obligations, comment le salarié peut-il prendre acte ou demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail dans la mesure où l'employeur de droit ne peut être tenu pour responsable à la place de l'entreprise utilisatrice ? La coresponsabilité en matière d'obligation de sécurité de résultat²³²⁰ est aussi interrogée : l'entreprise utilisatrice est légalement tenue responsable des conditions d'exécution du travail notamment pour ce qui relève de la santé et la sécurité au travail (C. trav. art. 1251-21 al. 4), quand l'entreprise de travail temporaire en est également garante : « *Sauf dérogation exceptionnelle du Directeur départemental du travail, un contrat de travail temporaire ne peut être conclu pour effectuer des travaux particulièrement dangereux qui figurent sur une liste établie par voie réglementaire* »²³²¹.

599 - Risque civil - Le risque civil qui en découle pourrait être de devoir solidairement indemniser le salarié victime de préjudice. Autre situation, le salarié peut subir le non bénéfice de l'application de dispositions légales ou conventionnelles plus favorables dans l'entreprise utilisatrice : en témoigne la situation dans laquelle ce salarié embauché dans le cadre d'un forfait-jour, soutient que la mise à disposition « *l'a privé du bénéfice d'une convention collective qui lui aurait ouvert droit à une meilleure rémunération au travers du paiement d'heures supplémentaires* »²³²².

On rappelle cependant cette disposition du Code du travail selon laquelle « *le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse ; il conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse* »²³²³. Cette disposition fait alors obstacle à la possibilité, pour le salarié, de revendiquer l'application de la convention collective de l'entreprise utilisatrice même si elle est plus favorable. Il n'en reste pas moins que si le contrat perdure, la subordination peut,

²³¹⁹ Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69175, publié au bulletin.

²³²⁰ Soc., 30 nov. 2010, pourvoi n° 08-70.390 : « *Viole les textes susvisés la cour d'appel qui, sans s'expliquer sur les manquements de l'entreprise intérimaire à ses obligations, déboute un intérimaire engagé en qualité de soudeur inox et déclaré inapte à la suite d'une contamination par le chrome, de sa demande de dommages-intérêts fondée sur l'absence de fourniture de masque de protection, en retenant seulement que la preuve n'est pas rapportée d'un manquement de l'entreprise utilisatrice en matière d'hygiène et de sécurité et que la réalité même d'une contamination par le chrome n'est pas établie, alors qu'elle avait relevé qu'un risque d'exposition aux fumées de soudage avait été identifié en prévention duquel des masques à adduction d'air devaient être mis à disposition des soudeurs, ce dont il résultait que le seule circonstance qu'un tel masque n'ait pas été fourni au salarié dès le début de sa mission constituait un manquement de l'entreprise utilisatrice à son obligation de sécurité de résultat lui causant nécessairement un préjudice* ».

²³²¹ *Ibidem*.

²³²² Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69175, publié au bulletin.

²³²³ Art. L. 8241-2 C. trav.

au final, être exercée réellement par le bénéficiaire de la prestation. Le salarié peut alors se voir fondé à réclamer compensation du préjudice qu'il a subi.

600 - Le standard de la bonne foi comme critère d'efficience - Si la bonne foi est réellement présente dans l'opération de mise à disposition, deux moyens permettent de prévenir un risque de contentieux souvent ignoré par le droit.

En premier lieu, faire évoluer la convention de mise à disposition vers une convention prévoyant le détail de certaines occurrences du contrat prévisibles. La complétude du contrat s'en trouverait renforcée. La négociation viendrait ensuite prévenir le risque d'opportunisme en stipulant que seront appliquées les dispositions conventionnelles les plus avantageuses. Des questions se posent cependant : toutes les éventualités peuvent-elles être prévues ? La négociation que leur stipulation nécessite ne renforce-t-elle pas trop les coûts de prévention ?

Aussi, en seconde hypothèse, il peut être considéré le principe selon lequel le contrat complet n'est qu'une fiction. La loyauté viendra alors contrer le risque d'opportunisme (qui peut n'être que rare ou tout simplement inédit). Deux économistes soutiennent, en effet, que « *les formes d'opportunisme sont infinies. Pour contrer cet éventail de possibilités ouvertes, le droit aurait besoin d'un outil aussi polyvalent et donc ouvert. Quel pourrait être cet outil ? Nous voulons soutenir ici que cet outil conceptuel est la bonne foi* »²³²⁴. Cette exigence permet de lutter naturellement contre toute forme d'opportunisme. Elle en devient un principe d'application directe puisqu'elle s'interprète ici comme un standard juridique. En cas de contentieux et en fonction des circonstances de fait, ce standard permettra au juge d'apprécier les comportements au regard de cette exigence légale²³²⁵. Au final, si la loyauté s'installe dans le processus d'intrusion du tiers, elle en devient un véritable optimum de Pareto. Le changement d'état, permet, en effet d'améliorer le bien-être global : l'utilité de l'employeur de droit est renforcée par l'obtention de plus de flexibilité et de sécurité juridique, sans que celle du salarié n'en devienne plus précaire.

601 - Bonne foi et transparence - Si la bonne foi intervient pour contrer le risque d'opportunisme, il convient de réfléchir à son étendue. Les tenants du solidarisme contractuel ont, en matière d'exécution du contrat, une conception élargie de son application.

²³²⁴ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 171-172.

²³²⁵ V. C. civ., art. L. 1104.

Cette vision vient cependant buter sur l'intégrité réelle des nombreux employeurs qui, en matière de mise à disposition, sont essentiellement mus par l'atteinte d'objectifs économiques. Juridiquement, chaque partie au contrat doit pourtant, non seulement exécuter ses propres obligations en conformité avec cette exigence, mais aussi permettre à l'autre partie d'exécuter les siennes dans les meilleures conditions. Précariser le statut des salariés en ne faisant prévaloir que les intérêts économiques du prêt de main d'œuvre reviendrait à nier le standard de bonne foi qui a pris de la substance avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. En l'occurrence, même au stade de la négociation de prêt de main d'œuvre, il semblerait alors nécessaire d'informer le salarié concerné des conditions réelles de fait dans lesquelles il va être placé. On y verrait, tout d'abord, une effectivité des dispositions prévues à l'article L. 1112-1 al. 1 et 5 C. civ. qui prévoit que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. (...) Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ». On y verrait ensuite, un rapprochement de l'exigence de bonne foi à celle de l'exigence de transparence, qui innerve l'ensemble du droit contemporain. Les employeurs - défendeurs - qui s'exposeraient à une procédure contentieuse et qui seraient dans l'incapacité de se prétendre libérés de ladite obligation, s'exposeraient alors à voir engagée leur responsabilité.

Les droits collectifs du salarié mis à disposition peuvent être entachés par l'absence d'identification à une collectivité spécifique de travail. De quelle collectivité le salarié fait-il en effet partie ? De celle de l'employeur de droit ou de celle de l'utilisateur de la prestation ?

Si le standard de la bonne foi transcende la convention tripartite, l'identification ne devrait pas poser de problème et le salarié bénéficiera réellement d'une représentation collective. Cependant, cet exercice sera d'autant plus complexe que les sociétés en coopération sont différentes. L'employeur de droit peut être, juridiquement, une très petite entreprise (société par actions simplifiée par exemple) alors que l'entreprise utilisatrice peut être une société industrielle, produisant des biens et services et mobilisant de très nombreux salariés. Les droits collectifs du salarié mis à disposition seront alors difficilement identifiables : sauf convention ou accord collectif contraire, l'absence de délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés en témoigne. Dans l'hypothèse où un délégué du personnel se voit désigné comme délégué syndical, son expertise en sera d'autant plus interrogée. On rappellera à ce titre les dispositions de l'article L. 2143-6 C. trav. selon lequel « *dans les établissements qui emploient moins de cinquante salariés, les syndicats représentatifs dans l'établissement peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un délégué*

du personnel comme délégué syndical. Sauf disposition conventionnelle, ce mandat n'ouvre pas droit à un crédit d'heures. Le temps dont dispose le délégué du personnel pour l'exercice de son mandat peut être utilisé dans les mêmes conditions pour l'exercice de ses fonctions de délégué syndical ». Il semble alors que l'exigence de bonne foi plaide pour la reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES).

La loi du 28 juillet 2011 a tenté de combler ce risque d'altération de l'exercice des droits individuels et collectifs en instituant, dans l'entreprise prêteuse, que « *le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise prêteuse sont consultés préalablement à la mise en œuvre d'un prêt de main-d'œuvre et informés des différentes conventions signées. Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l'entreprise prêteuse est informé lorsque le poste occupé dans l'entreprise utilisatrice par le salarié mis à disposition figure sur la liste de ceux présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés mentionnée au second alinéa de. Le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, les délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice sont informés et consultés préalablement à l'accueil de salariés mis à la disposition de celle-ci dans le cadre de prêts de main-d'œuvre* »²³²⁶.

Cette consultation semble imparfaite. On note en effet que les institutions représentatives du personnel ne sont consultées que préalablement à la mise en œuvre d'un prêt de main-d'œuvre et informées des différentes conventions signées. Pourquoi le législateur n'a-t-il pas institué une consultation antérieure à la signature de la convention ? En quoi consiste la consultation ? L'article ne parle pas du contenu de la convention : celui-ci aurait pu aborder la question de la protection des droits individuels et collectifs des salariés.

B) Des modalités imparfaites de résolution des conflits

602 – Promotion de la raisonnable - Il ressort de l'analyse économique des conflits que « *suivant un raisonnement coasien, les conflits devraient être directement résolus entre les parties dans la mesure où l'arrangement permet de dégager un surplus positif par rapport au jugement* »²³²⁷. Coase part du principe que si les parties peuvent négocier sans frais, elles peuvent alors résoudre le problème par elles-mêmes, sans nécessité d'une intervention correctrice de l'État. Ce principe d'ordre général mérite d'être exploré dans le contexte de la relation de travail. En cas de conflit entre un employeur et le salarié détaché ou mis à

²³²⁶ Art. L. 8241-2 C. trav.

²³²⁷ DEFFAINS (B), LANGLAIS (É), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} éd., 2009, p. 354.

disposition, on peut se demander à quelle règle, entre le recours aux tribunaux et la transaction, il convient de recourir.

Cette logique semble être une déclinaison de la morale du juste milieu défendue par le Pr. Michel Villey. Economiquement, elle est issue de la pensée pragmatique des philosophes John Dewey et William James²³²⁸ : si l'expérience doit amener les parties prenantes à mesurer la relativité des postures, elle trouvera un plein accomplissement dans la recherche d'une solution singulière à un conflit qui aura alors, valeur de « bien commun » : les modalités juridiques de résolutions de litiges doivent donc encourager le pluralisme, tout au moins la confrontation des intérêts. Rassemblant les deux approches, le Pr. Virgile Chassagnon promeut un principe de raisonabilité du capitalisme et de l'entreprise : l'analyse de l'entreprise que l'on saurait dès lors proposer ne peut entrer en dissidence relativement aux principes du juste et du raisonnable²³²⁹.

La transaction, en tant que mode alternatif de résolution des conflits, semble alors pertinente aux sens coasien et deweyen : elle serait économiquement et juridiquement optimale. La question reste d'apprécier sa juridicité²³³⁰ : la transaction bénéficie-t-elle de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ? (1). A défaut, l'intéressé lésé aura recours à la solution privilégiée par Pigou qui estimait que, pour corriger cela, il fallait recourir à la responsabilité civile, à des taxes ou des subventions pour changer le mode de production causant l'externalité²³³¹ (2).

1) Négociation d'une transaction

603 – Rôle – Même si elle reste coûteuse pour les intéressés car des concessions réciproques devront être apportées, la négociation d'une transaction peut permettre d'éviter le risque d'intervention du juge dans la résolution du différend qui oppose le salarié à l'employeur. Elle se perçoit comme une possibilité autre de recherche et d'acceptation amiable d'une issue

²³²⁸ Avec Charles PEIRCE et William JAMES, John DEWEY est un penseur du pragmatisme méthodologique. Voir l'ouvrage collectif : James, Peirce, Dewey... Tradition et Vocation du Pragmatisme, Paris, Art de Comprendre, 2007. William JAMES en particulier récuse l'idée d'une vérité pure et absolue. Ce principe doit avoir des conséquences morales, politiques et juridiques.

²³²⁹ CHASSAGNON (V.), « *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, p. 19.

²³³⁰ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} éd., 2017 : « Caractère de ce qui relève du droit, par opposition aux mœurs, à la morale, aux convenances ». Le *dolus bonus* ou les chartes éthiques par exemple n'atteignent pas un seuil de juridicité.

²³³¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 121.

consensuelle pour faire cesser un conflit, considérant qu'une décision du juge imposerait une solution.

Cette solution de principe a de plus en plus les faveurs du législateur. Ainsi, dans son article L. 8114-4 C. trav. (*nouv.*)²³³², il légalise la « proposition transactionnelle » en matière pénale ; par suite, une fois le procès-verbal de l'inspecteur du travail transmis au Direccte, ce dernier peut, au lieu de le transmettre au Parquet, décider d'opter pour une transaction (infractions les moins graves)²³³³. Précédemment, le Code civil lui avait conféré l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, l'article L. 2044 C. civ. disposant que la transaction est un contrat écrit par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Plus généralement, afin de favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges, la loi du 22 décembre 2010 a créé une « convention de procédure participative » (art. L. 2062 C. civ.) qui s'apparente à une transaction. Il s'agit d'une forme de négociation assistée par avocat et dotée d'effets juridiques étendus.

La transaction a aussi les faveurs du juge qui, pour la première fois en 2014 a rendu possible la conclusion d'une transaction postérieurement à l'homologation d'une rupture conventionnelle²³³⁴. En l'occurrence, si la transaction est admise, c'est à la condition qu'elle porte uniquement sur un différend lié à l'exécution du contrat (des impayés d'heures supplémentaires par exemple), et en outre qu'il ne porte pas sur un élément relatif à sa rupture (et donc déjà compris dans la convention de rupture).

Plus généralement, la doctrine la porte en ambition. Le Pr. Alexis Bugada milite pour une modernisation et une réévaluation des processus amiables de résolution des différends, tant sur le plan local que national. Selon lui, « *il y a une urgence absolue à repenser les procédures de médiation, de conciliation et d'arbitrage du Code du travail (C. trav., art. L. 2521-1 et s.)* »²³³⁵. A défaut, les parties auront à subir l'intrusion du juge pour composer une résolution (probablement) imparfaite des conflits. Cet invitation vient renforcer la conclusion de modèles économiques développés par *Landes et Gould* (1972-1973) et par *Cooter et Ulen* (2000) ; ces auteurs posaient, qu'*a priori*, l'arrangement négocié est préférable au procès au

²³³² Créé par l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avr. 2016 – art. 4.

²³³³ V. RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e édition, nov. 2017, p. 68 : l'auteur détaille des « *sanctions moins visibles, mais plus effectives* ».

²³³⁴ Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21.136, figurant au rapport annuel.

²³³⁵ BUGADA (A.), « *L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel* », *La semaine juridique*, édition sociale, n° 6, 13 fév. 2018, p. 7.

regard de l'existence d'un surplus de la négociation²³³⁶. Il apparaît par ailleurs comme une solution coopérative, préférable au jugement, considéré par l'économie du droit comme solution non coopérative²³³⁷.

604 - Une négociation efficiente mais imparfaite - Juridiquement, il résulte des dispositions de l'article L. 2044 C. civ. que « *la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Dans la mesure où elle résulte d'une volonté ferme et réciproque, l'article L. 2052 C. civ. dispose que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ».

Elle sécurise donc l'employeur et le salarié pour les points qu'elle vise, tout en restant précaire : il ressort, en effet, des dispositions de l'article L. 2049 C. civ. que « *les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé* ». Le caractère insécure²³³⁸ ne semble cependant pas résister au fait que ce mode de résolution du conflit soit de nature à promouvoir un mode alternatif et consensuel de règlement d'un éventuel différend. La sécurité juridique est renforcée par le fait que les parties connaissent l'issue de la négociation : un procès immédiat (voire futur) finit par coûter cher, et le coût modéré de la transaction auquel se rajoutent le gain de temps ou encore la discrétion (on pense là au risque réputationnel) ne sont pas à négliger.

Économiquement, la transaction sera aussi la conséquence d'un calcul rationnel : « *Lors de la tentative de règlement amiable du litige, le demandeur (défendeur) détermine, sur la base de ses anticipations quant à l'issue du procès éventuel, le montant minimal (maximal) de sa proposition d'arrangement, la confrontation des deux propositions déterminant l'issue du litige* »²³³⁹. C'est alors que si le gain espéré de la transaction est supérieur au coût du procès, les agents dotés de rationalité finiront par négocier (surplus de négociation évoqué *supra*). Ils y gagneront aussi en temps et en sécurité juridique.

²³³⁶ Les parties fixent leur prétention en fonction de la valeur espérée du jugement et de celle de la transaction. La différence entre la valeur des deux solutions donne un surplus, qui sauf excès d'optimisme des parties, favorise la solution transactionnelle.

²³³⁷ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 92.

²³³⁸ V. Soc., 2 juil. 1996, pourvoi n° 93-43.529 ; V. l'évolution de l'article L. 2052 C. civ. depuis la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 ; V. aussi C. civ., art. 2049.

²³³⁹ DEFFAINS (B), LANGLAIS (É), préc., p. 355.

605 - Une efficacité évidente mais incertaine - Le bénéfice lié au calcul rationnel reste contingent. Il n'existe que si certaines conditions sont réalisées : les anticipations doivent être fiables, le risque d'immixtion du juge doit être faible, et la confiance doit être de mise.

Tout d'abord, employeur et salarié peuvent faire preuve d'un optimisme excessif en anticipant un gain négocié qui, à l'issue du litige, serait modique. L'avantage relatif de la transaction face au jugement en devient moindre, d'autant que dans cette situation chaque partie fait des concessions réciproques. L'issue de la transaction peut aussi être frappée d'ineffectivité. Que se passe-t-il si les capacités financières du débiteur sont altérées (entreprise faisant l'objet d'une procédure collective par exemple) ? Que se passe-t-il encore si une action judiciaire vient poursuivre la transaction conclue²³⁴⁰ ? Autrement dit, le biais d'optimisme engendre une erreur de perception du surplus associé au règlement amiable du litige²³⁴¹.

La transaction reste avantageuse et plus sûre qu'un procès si, et seulement si, les parties ont une responsabilité partagée dans le dommage subi et si elles ne sont pas sûres de remporter un procès. Il convient, en effet, de ne pas sous-estimer la possibilité d'influencer le résultat d'un procès par l'investissement que constitue le recours à des services d'avocats et d'experts réputés : « *Les dépenses légales réalisées par chaque partie sont vues comme des investissements qui ont pour objectif d'accroître leur probabilité de gagner* »²³⁴². En l'espèce, on retient qu'en 1980 Tullock a proposé « *un modèle dans lequel la probabilité de succès dépend des dépenses des parties* »²³⁴³. Au final, malgré la fragilisation du concept de transaction, son encouragement peut permettre de constituer un mécanisme de filtrage opérant une sélection des différends qui nécessitent réellement d'être jugés. La société peut y gagner par la réduction des externalités de congestion qui apparaissent de façon récurrente au niveau des tribunaux.

Ensuite, le juge peut s'immiscer dans une transaction qui a été régulièrement conclue. C'est ce qu'il ressort notamment de la disparition du principe d'autorité de la chose jugée qui, jusqu'à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, était attaché à la transaction. L'évolution de l'article 2052 C. civ. en témoigne : avant

²³⁴⁰ V. Soc. 2 juil. 1996, pourvoi n° 93-43.529. Dans cette espèce, l'employeur a licencié une salariée en arrêt de travail pour faute grave; la salariée a réclamé le paiement d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité de préavis. A l'issue d'un échange de correspondance, l'employeur a accepté de lui régler une indemnité de préavis ; la salariée a alors saisi le conseil de prud'hommes d'une demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

²³⁴¹ DEFFAINS (B), LANGLAIS (É), préc., p. 355.

²³⁴² *Idem*, p. 120.

²³⁴³ *Idem*, p. 62.

ladite loi, l'article disposait que « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* » ; depuis, le même article dispose que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet.* » On y voit une consécration de l'activité casuistique selon laquelle certaines transactions étaient, au final, interprétées par les juges.

L'origine de cette interprétation, malgré la préexistence dans l'article 2052 C. civ (*anc.*) du principe d'autorité de la chose jugée en dernier ressort, peut avoir deux origines. L'absence de « bonne foi » tout d'abord dans le règlement définitif du différend. Si la sanction de principe est la réparation, la nullité de la transaction peut être envisagée si le consentement a été vicié ; le défaut d'information a pu aussi causer une erreur, voire même un dol, s'il y a eu intention de tromper. Ensuite, une différence d'interprétation sur l'existence réelle d'une transaction. Il ressort de l'arrêt du 2 juillet 1996 que la salariée licenciée « *a alors saisi le conseil de prud'hommes d'une demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que la Caisse s'est opposée à cette demande en faisant notamment valoir qu'aux termes des correspondances échangées entre les parties et valant transaction, il avait été mis fin au litige par le versement de l'indemnité de préavis* »²³⁴⁴. La solution de la Cour de cassation est mixte : elle conclut que « *c'est par une interprétation que l'ambiguïté de la lettre du 28 juin 1985 rendait nécessaire, que la cour d'appel a estimé que cette lettre ne mettait fin au litige qu'en ce qui concerne l'indemnité de préavis, et ne privait pas la salariée de la possibilité de saisir la juridiction prud'homale d'une demande en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse; que le moyen n'est pas fondé* ». On y voit là l'application du principe posé par l'article 2049 C. civ. selon lequel « *les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé* ».

Enfin, il convient de préciser que le processus transactionnel ne peut fonctionner que si la confiance est de mise. Le monopole bilatéral qu'il permet est rapporté aux conditions sous lesquelles le plaignant peut être convaincu par le défendeur de renoncer au jugement. En d'autres termes, « *le recours au tribunal sanctionne un défaut d'arrangement privé. Il exprime l'existence d'une défaillance des mécanismes de marché* »²³⁴⁵.

²³⁴⁴ Soc., 2 juil. 1996, pourvoi n° 93-43.529.

²³⁴⁵ KIRAT (Th.), *Économie du droit*, La Découverte, sept. 2012, p. 91.

606 - Critique – Si la transaction fait en partie obstacle à la poursuite d’une action en justice ayant le même objet, elle reste frappée d’insécurité juridique. Elle manque aussi d’efficience, ne prenant pas en compte, le cas échéant, la question des externalités négatives supportées par d’autres agents ; celles-ci se manifestent si le produit marginal net privé perçu par le demandeur reste inférieur au produit marginal net social. En cela « *le système n’évolue pas vers le véritable optimum social* »²³⁴⁶. L’économiste anglais Pigou estimait, au début du XX^e siècle, que pour corriger cela, il fallait alors une intervention correctrice de l’Etat.

2) Accroissement des risques civil et pénal

607 – Présentation – L’intrusion de tiers dans la relation de travail peut conduire à ce que des salariés soient placés sous la subordination d’un employeur qui n’est pas celui avec qui ils ont conclu leur contrat de travail. Si la subordination *de fait* s’inscrit sur le long terme, ou s’il existe des différences sensibles de statuts entre les personnels placés dans les conditions commensurables de travail, le règlement des différends peut donner naissance à des situations contentieuses.

On s’inscrit alors dans le cas d’une transaction qui aurait échoué ou qui n’aurait pas été envisagée. Ces situations font courir aux employeurs deux types de risques juridiques : un risque civil (a) et un risque pénal (b). Le premier revient à réparer le dommage que l’employeur aurait causé à son salarié, quand le second impose de répondre des infractions commises.

a) Risque civil

608 - Subordination de fait et confusion d’intérêts - En matière de triangulation de la relation de travail, le risque civil repose sur deux grands principes jurisprudentiels. Dans le premier cas, « *le contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination de leur convention mais des conditions dans lesquelles la prestation de travail s’est exécutée ; que le lien de subordination est caractérisé par l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »²³⁴⁷. Dans

²³⁴⁶ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d’analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 121.

²³⁴⁷ Soc., 12 juil. 2005, pourvoi n° 03-45.394, publié au bulletin.

le second, il est de jurisprudence constante que doit être reconnue « *une confusion d'intérêts, d'activités et de direction* »²³⁴⁸.

En l'espèce, « *la société mère doit être considérée comme co-employeur du personnel de sa filiale, sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la filiale à l'égard de la société mère, lorsqu'il existe entre la société-mère et sa filiale une confusion d'intérêts, d'activités et de direction* »²³⁴⁹. De la même manière « *une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre, hors l'existence d'un lien de subordination, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière* »²³⁵⁰. Pour la jurisprudence, le principe de réalité prime donc sur l'apparence juridique.

609 - Réponse des tribunaux à l'opportunisme - Ainsi, la situation de co-emploi peut amener les salariés concernés à tenter d'obtenir le bénéfice d'avantages à l'égard de la société avec laquelle ils se considèrent effectivement liés. En effet, « *la qualité de co-employeur emporte pour chacun des co-employeurs l'obligation d'assumer la responsabilité de l'ensemble des obligations qui s'attachent à la qualité d'employeur* »²³⁵¹.

Par l'utilisation de moyens détournés (une convention de mise à disposition par exemple) l'employeur bénéficiaire aura ainsi pu chercher à agir de manière opportuniste en modifiant à son avantage, et au détriment du salarié concerné, « *la répartition des gains conjoints du rapport que chaque partie pouvait normalement envisager au moment d'y entrer. L'opportuniste tente ainsi d'obtenir plus que sa part* »²³⁵². Le bénéficiaire de la prestation, animé par un esprit de « mauvaise foi », aura par exemple voulu priver le salarié d'avantages qu'il octroie conventionnellement à ses propres préposés : jours de congé et heures supplémentaires, épargne salariale, salaire de qualification²³⁵³, etc.

²³⁴⁸ Soc., 30 nov. 2011, pourvoi n° 10-22.964, publié au bulletin.

²³⁴⁹ Soc., 16 mai 2013, pourvoi n° 11-25.711.

²³⁵⁰ Soc., 10 déc. 2015, pourvoi n° 14-19.316, publié au bulletin.

²³⁵¹ Soc., 12 sept. 2012, pourvoi n° 11-12.351.

²³⁵² MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 171.

²³⁵³ Sur la notion de salaire de qualification, V. PERETTI (J-M), *Gestion des ressources humaines*, Vuibert, 2016, pp. 121 et s. L'élaboration d'une échelle des salaires reposant sur une opération effective de qualification constitue un préalable à la gestion des rémunérations. Dans le cadre d'une méthode analytique, elle peut

La reconnaissance du co-emploi fait du contrat une relation tripartite. Elle a pour but premier de permettre la réparation intégrale du préjudice subi, prévu ou prévisible par le salarié concerné. Cette réparation peut se faire en nature, telle la requalification du contrat de travail ou par équivalent, grâce à l'octroi d'indemnités. L'action des salariés en responsabilité extracontractuelle a ainsi été retenue contre une société-mère ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise et à la perte des emplois des salariés. Il ressort en effet d'un arrêt du 8 juillet 2014 que « *si l'adhésion des salariés à la convention passée entre l'employeur et l'État les prive, sauf fraude ou vice du consentement, de la possibilité de discuter la régularité, la légitimité ou la validité de leur licenciement en raison de leur classement dans la catégorie des salariés ne pouvant faire l'objet d'un reclassement et du versement d'une allocation spéciale jusqu'au jour de la retraite, elle ne rend pas irrecevable une action en responsabilité extra-contractuelle dirigée contre un tiers auquel sont imputées des fautes ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise* »²³⁵⁴.

b) Risque pénal

610 - Fondements principaux - Les opérations de triangulation de la relation de travail, tout comme celles de mise à disposition intra-groupe, exposent l'employeur au risque pénal. Il résulte de l'article L. 8241-1 C. trav. que « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite* ». Cette disposition s'applique en dehors du cadre fixé par le code du travail : les entreprises de travail temporaire, de portage salarial, ou les agences de mannequins par exemple.

Même si la question est relativement bien encadrée par certaines dispositions du code du travail²³⁵⁵ et par une jurisprudence abondante, l'exigence de compétitivité peut amener certains employeurs à vouloir s'exonérer des dispositions légales. Le préjudice qui aura été causé au salarié mis à disposition et/ou l'infraction aux règles de droit justifient alors le fondement de la peine. Aux fins de répondre (en principe) à leurs fonctions de prévention et de réparation, de lourdes sanctions administratives et pénales sont alors prévues pour répondre de telles infractions.

reposer sur la formation, l'autonomie, la contribution, les dimensions relationnelles, la conception, l'expérience, etc. En ayant recours aux salariés mis à disposition par un autre employeur, sans ancienneté et contribution régulière à l'activité, le salarié ne pourra bénéficier des meilleures classifications dans l'échelle des salaires de l'employeur-utilisateur. Cela peut inviter le salarié lésé à demander la requalification de son contrat.

²³⁵⁴ Soc., 8 juil. 2014, pourvoi n° 13-15.470.

²³⁵⁵ Le délit de marchandage prévu à l'article L. 125-1 C. trav. ; le délit de prêt illicite de main-d'œuvre ensuite, prévu à l'article L. 125-3 C. trav.

611 - Effectivité relative des fonctions - Un auteur reste circonspect quant à l'efficacité des peines. Dans un article de juillet 2005, M. Michel Van de Kerchove doute de la capacité des sanctions pénales à remplir réellement leur fonction de prévention ; il indique que l'effectivité de cette fonction est remise en cause par de nombreuses études empiriques : « *Il semble que beaucoup d'illusions s'écroulent, car tout ce qui pourrait ressortir de ces travaux, c'est que la menace de la peine n'apparaît efficace, en principe, que pour les catégories de personnes pour lesquelles elle n'est pas utile, c'est-à-dire pour les personnes dont l'attirance pour la déviance est relativement faible* »²³⁵⁶.

La fonction de réparation est aussi mise en doute puisqu'elle se situe à un niveau symbolique empêchant une fonction réparatrice plus concrète et instrumentale, parallèle à celles que remplissent les sanctions civiles : « *Dans l'état actuel des choses, rares sont les peines susceptibles de remplir ce rôle de manière caractéristique et on peut se demander si elles pourraient le faire autrement qu'en se confondant progressivement avec les sanctions de nature civile* »²³⁵⁷.

C'est probablement dans sa fonction de rétribution que la peine sera la plus efficace : « *La peine constitue, en raison de sa nature spécifiquement afflictive et infamante, l'instrument adéquat par excellence de la rétribution, en tant que symbole conventionnel d'une réprobation publique* »²³⁵⁸. Comme incongruité, on estimera alors que la fonction la plus effective est celle qui est tournée vers le passé (la rétribution) : l'efficacité de celles tournées vers le présent (réparation) et le futur (prévention) reste mise en doute.

612 - Sanctions - En ce qui concerne le prêt illicite de main-d'œuvre, l'employeur de droit et le bénéficiaire peuvent être conjointement sanctionnés : la sanction s'identifiera alors à la peine instituée et appliquée par l'autorité publique. En situation de marchandage, il faut établir une opération de fourniture de main-d'œuvre à but lucratif qui cause un préjudice au salarié ou qui élude l'application d'une disposition légale, réglementaire, ou conventionnelle : utiliser du personnel sans avoir à lui accorder les mêmes avantages conventionnels que ceux dont disposent les salariés permanents est ainsi constitutif du délit. Pour les sanctions, il est prévu une amende de 150 000 euros pour les personnes morales et, le cas échéant, les peines mentionnées aux 1° à 5°, 8° et 9° de l'article 131-39 du Code pénal. Les sanctions

²³⁵⁶ VAN DE KERCHOVE (M.), « *Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie* », Informations sociales, juil. 2005, n° 127, p. 26.

²³⁵⁷ *Idem*, p. 29.

²³⁵⁸ *Ibidem*.

administratives quant à elles peuvent entraîner la fermeture administrative²³⁵⁹ temporaire (au plus trois mois) et l'exclusion de certains contrats. Pour ce faire, il faut que la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés.

C) Performance interrogée

613 - Position du problème - Il convient d'étudier désormais, les relations de cause à effet entre la relation de travail tripartite et la notion de performance en droit du travail. On rappelle que celle-ci reste à différencier de celle de compétitivité en ce que la première englobe largement la seconde, qui n'est qu'un de ses constituants. Si la performance vise évidemment l'efficacité économique, elle prend en compte un champ bien plus large : la qualité du droit en tant que technique de coordination, la sécurité juridique de la personne morale, la conquête des aires d'autonomies individuelle et collective du personnel et, enfin, la question de sa soutenabilité : « *La performance définie en terme financier ne suffit plus. A une ère où la concurrence s'exerce sur plusieurs facteurs et où les risques d'entreprise se multiplient, la réussite de l'entreprise ne se traduit plus simplement en terme d'augmentation du bénéfice ou du rendement sur capital investi. La performance devient multicritères* »²³⁶⁰. Par voie de conséquence, l'analyse doit porter sur l'efficacité en termes de performances juridique (1) et économique (2).

1) Performance juridique

614 – Présentation - L'adaptation du droit aux réalités sociales et économiques reste récente. Les sources textuelles sont limitées, et l'activité interprétative s'impose comme un pouvoir ayant pour finalité de sauvegarder la fonction protectrice du droit du travail. Les enjeux en terme d'effectivité (caractère réel et concret du droit) et d'efficacité du droit (capacité à s'inscrire dans une chaîne de causalité) en dépendent.

a) La protection du droit du travail mise en cause

615 - Le droit du travail : une Idée - Quel que soit le contexte économique, la finalité première et historique du droit du travail se traduit par la protection des salariés contre toutes les formes d'exploitation et de discriminations dont ils peuvent faire l'objet : « *Rien n'est sans*

²³⁵⁹ La décision de fermeture est mise en œuvre dans les conditions précisées par les articles L. 8272-2 et R. 8272-7 à R. 8272-9 du Code du travail.

²³⁶⁰ BERGERON (H.), « *Les indicateurs de performance en contexte PME, quel modèle appliquer ?* », 21^e Congrès de l'AFC, mai 2000.

raison dans l'Histoire, et quelque chose de sensé s'y accomplit donc bien. Ce quelque chose n'est autre que la réalisation de l'Idée, cette science absolue dont le déploiement dialectique constitue précisément le réel et son devenir historique. Antérieure à toute Histoire, l'Idée se réalise dans le temps à travers des conflits, des contradictions, en dépassant des obstacles, et elle se découvre progressivement à elle-même et aux hommes »²³⁶¹.

Face à certains théoriciens qui opposent la fin du travail²³⁶² au droit du travail, face au développement d'un modèle réticulaire de l'économie qui n'a plus rien de comparable avec le système usinier de la première révolution industrielle²³⁶³, « *le droit du travail conservera toujours ses charmes pour les individus attachés à leur liberté* »²³⁶⁴.

616 - Une fonction bousculée par la force du contrat - Qu'il s'agisse des normes internationales de l'OIT, des normes communautaires ou d'un droit positif que nombreux appellent à évoluer²³⁶⁵, toutes ont en commun de protéger les salariés contre la subordination et le pouvoir économique de l'employeur. Elles portent l'ambition de sécuriser sinon de restaurer le salarié dans ses droits individuels et collectifs. En effet, le contrat ne semble pas en mesure d'assurer seul *l'Idée* que confère l'Histoire au droit du travail : la protection.

Cependant, lorsqu'est posé le *voile d'ignorance* sur l'analyse de la relation contractuelle, on s'aperçoit qu'elle est, dans la plupart des cas, biaisée par le pouvoir économique. Même chez les praticiens mobilisés par la volonté de voir poindre un droit plus contractuel, ceux-ci dénoncent « *une confiance exagérée dans le contrat. La relation étant déséquilibrée, on ne peut faire totalement confiance au contrat pour faire la loi des parties. A tout le moins, et*

²³⁶¹ MARX (K.), *L'opium du peuple*, Mille et une nuits, 2016, p. 46.

²³⁶² CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2001, p. 546 : l'auteur prend acte que le temps de travail occupe une place de moins en moins centrale ; les années de travail effectives diminuent fortement dans les grands pays industrialisés, au moment où l'espérance de vie augmente sensiblement. Dans ces pays, sous l'effet conjugué de la retraite anticipée, de l'invalidité, du chômage permanent, du licenciement, du découragement, entre un tiers et la moitié de la main d'œuvre masculine quitte définitivement le marché du travail au début de la cinquantaine. La vie de travail effective pourrait se réduire à une trentaine d'années (24-54 ans) sur une existence réelle de 75 à 80 ans.

²³⁶³ CASTELLS (M.), préc., p. 211 : L'auteur met en évidence le passage de la production de masse à la flexibilité de la production, se manifestant par la "*spécialisation flexible*" et les "*systèmes de production flexibles de haut volume*", combinant production de masse et production sur mesures, reprogrammable. Les nouvelles technologies permettent la transformation des chaînes de montage propres aux grandes firmes en unités de production faciles à programmer, qui peuvent s'adapter aux variations du marché (flexibilité du produit) et aux changements d'intrants technologiques (flexibilité du procédé).

²³⁶⁴ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 124.

²³⁶⁵ BUGADA (A.), « *L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel* », La semaine juridique, édition sociale, n° 6, 13 fév. 2018, p. 6 ; RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e édition, nov. 2017, p. 453 ; LYON-CAEN (A.), « *A propos de l'adjectif économique dans la langue du droit* » dans JEAMMAUD (A.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 137.

compte tenu des évolutions majeures des dernières années rendues possibles par les progrès des TIC, il faudrait faire une distinction suivant les types d'emploi en tenant compte du degré d'autonomie, donc de responsabilité du travailleur »²³⁶⁶. La triangulation des relations de travail met à l'épreuve la fonction protectrice du droit du travail en promouvant une confiance exagérée dans la convention.

Fondamentalement tout d'abord, on s'aperçoit que face à la persistance du chômage structurel, face à la perception chez les entrepreneurs, qu'il faille s'accommoder du droit du travail voire pire encore, tenter de s'en exonérer, la triangulation consacre la victoire de l'économie sur le droit. En cela, l'économie conditionne le social. Le droit a pourtant, récemment, tenté de s'adapter à la nouvelle donne que constitue le modèle réticulaire de l'économie ou encore le principe de liberté professionnelle poussé à son extrême : depuis le Décret d'Allarde issu des lois du 2 et 17 mars 1791, cette liberté s'est largement émancipée. En témoigne l'innovation qu'a pu constituer la publication de l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial ou encore la rareté des règles de droit positif concernant le prêt de main-d'œuvre. Les politiques de flexibilisation et d'émancipation qui sont conduites jouent dans le sens d'une « *promotion du contrat dirigée contre le statut acquis des salariés* »²³⁶⁷. Nous sommes bien loin d'une situation où le droit influencerait le comportement observé des acteurs et modifierait, *in fine*, les dynamiques économiques et sociales. Il ne fait souvent que s'y adapter ou promouvoir leur entéléchie.

617 - Les fondements du contrat de travail fragilisés - Précisément ensuite, on a pu mesurer que la question de la triangulation bouscule des domaines essentiels de la relation de travail. Dans le cadre du portage salarial, par l'absence de fourniture de travail²³⁶⁸ ou l'altération de la subordination, la qualification d'employeur est contestée. De plus, le contrat de travail peut, à certains égards, être qualifié de fiction : on est en présence d'une véritable contradiction entre le contrat réel et la réalité du contrat. Les droits des salariés peuvent en être entachés²³⁶⁹. Dans le cadre du prêt de main d'œuvre, on se retrouve aussi en situation de

²³⁶⁶ BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), « Réforme du droit social et efficacité économique », Revue française d'économie, vol. 23, n° 2, 2008, p. 63-64.

²³⁶⁷ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 34.

²³⁶⁸ V. Soc., 17 fév. 2010, pourvoi n° 08-45.298 ; Soc., 4 fév. 2015, pourvoi n° 13-25.627 : « *La conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fourniture du travail. Dès lors, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement d'un salarié, employé dans le cadre d'un portage salarial, le fait qu'il soit resté sans travail à l'issue de sa dernière mission, sans en avoir trouvé de nouvelles* ».

²³⁶⁹ V. Crim., 17 janv. 2012, pourvoi n° 11-81.669.

confusion de l'exercice de subordination²³⁷⁰. Celle-ci se retrouve aussi bien dans les relations entre personnes morales juridiquement dépendantes, qu'indépendantes.

618 - Nécessité de l'émergence d'un nouvel ordre public - Si les relations sont pérennes, la solution pourrait venir d'une reconnaissance conventionnelle des unités économiques et sociales²³⁷¹ transcendant les choix de gestion faits par les organes de direction. Celle-ci permettrait de parvenir à la restauration d'un équilibre entre pouvoir et droits des salariés.

Cette reconnaissance permettrait probablement de limiter le pouvoir du tiers, dont l'ingérence entache l'exercice des droits individuels et collectifs : le statut collectif du contrat viendrait en effet tempérer la volonté contractuelle et la réalité dudit contrat. En cas de contentieux, s'il se conclut par la négociation d'une transaction, et par-delà le principe d'autonomie de la volonté, il est probable qu'elle se fasse au détriment du salarié, *mineur social*²³⁷² confronté à la dépendance économique dans laquelle il se trouve.

Ainsi, pour ne pas affaiblir la fonction protectrice du droit du travail, la protection d'un ordre public absolu, sinon conventionnel, s'impose, en raison d'un équilibre contractuel qui n'est pas établi ; celle-ci peut concerner particulièrement les questions de santé et de sécurité au travail, ainsi que les dispositions qui consacrent les libertés fondamentales des intéressés. Elle est d'autant plus facile à mettre en œuvre que l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 évince une hiérarchie structurelle entre les dispositions d'entreprise et celles de branche²³⁷³.

b) L'effectivité pour consacrer la fonction du droit

619 – Présentation - Au-delà de la reconnaissance abstraite dans les sources textuelles ou jurisprudentielles, la question du caractère réel et concret des droits des salariés reste éminemment posée par la triangulation de la relation de travail. L'exercice des droits fondamentaux des salariés est-il effectif ? Des salariés placés dans des situations d'emploi identiques à leurs homologues de l'entreprise utilisatrice bénéficient-ils des mêmes droits, ou bien subissent-ils préjudice de leur situation d'emploi ? Il est intéressant d'étudier cette

²³⁷⁰ V. Soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-44.201.

²³⁷¹ Depuis l'arrêt Soc., 12 juil. 2006, pourvoi n° 04- 40.331, la jurisprudence reconnaît aux partenaires sociaux la possibilité de décider par accord collectif d'attribuer des droits collectifs.

²³⁷² Selon l'expression de l'avocat Jacques Barthélémy.

²³⁷³ BUGADA (A.), « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », La semaine juridique, édition sociale, n° 6, 13 fév. 2018, p. 1.

question dans le cadre du portage salarial qui constitue classiquement la forme de triangulation la plus autonome, car souvent « choisie » par le salarié.

620 - Difficultés d'interprétation des conditions d'emploi - Dans une espèce jugée par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 17 janvier 2012, des salariés en portage salarial exerçaient des missions de responsables d'animation commerciale pour une entreprise bénéficiaire. Intégrés aux équipes de travail en place, les portés se sont plaints d'avoir été privés d'avantages en comparaison de ceux reçus par les salariés de l'entreprise bénéficiaire. Le cas échéant, le droit devient ineffectif.

Dans cette espèce, la Cour a jugé que les travailleurs ne se trouvaient pas dans des conditions d'emploi identiques car les portés « *se présentaient à leur clientèle comme des consultants indépendants lui apportant une expertise, et que les sociétés de portage rémunéraient leurs interventions et leur ont fourni leurs divers moyens de travail ; (...) la démonstration du préjudice, constitutif de marchandage, allégué par les plaignants, n'est pas possible dès lors que leur statut de consultant leur permettait d'offrir leurs services à d'autres clients* »²³⁷⁴. Au final, le droit ne fut pas, en l'espèce, frappé d'ineffectivité.

Dans une autre espèce relative à l'arrêt du 17 février 2010, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en indiquant « *qu'en statuant ainsi par des motifs tirés de ce que M. X... n'avait pas travaillé pendant plusieurs périodes faute d'avoir trouvé des missions à effectuer alors que c'était à la société AVS Concept, en sa qualité d'employeur, de lui fournir du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »²³⁷⁵. La Cour de cassation confirme ensuite que le doute profite au salarié. Dans une autre affaire jugée le 17 février 2010, elle soutient que « *viole les articles L. 1211-1, L. 1221-1 et L. 3123-14, dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008, du code du travail une cour d'appel qui rejette la demande d'un salarié, engagé dans le cadre d'un portage salarial, en requalification de son contrat de travail à temps partiel en temps plein après avoir constaté que le contrat prévoyait une durée de travail minimale symbolique, la durée réelle étant variable et dépendant de l'activité déployée par le salarié selon sa propre initiative* »²³⁷⁶.

621 - Besoin de stabiliser la réglementation protectrice - Le communiqué relatif à ces arrêts est éloquent : la Cour de cassation y « *affirme la soumission des contrats de portage*

²³⁷⁴ Crim., 17 janv. 2012, pourvoi n° 11-81.669.

²³⁷⁵ Soc., 17 fév. 2010, pourvoi n° 08-45.298, publié au bulletin.

²³⁷⁶ *Ibidem*.

salarial aux règles d'ordre public du droit du travail et précise les obligations des parties en découlant »²³⁷⁷. Grâce à une activité casuistique qui s'impose ici plus comme un pouvoir que comme une autorité, le droit du travail permet de tempérer la fragilité évoquée de sa fonction protectrice.

Pour autant, alors même que ces contrats traduisent juridiquement le besoin de flexibilité de nombre d'entreprises, sinon l'ambition de liberté portée par certains travailleurs, il reste nécessaire de stabiliser une réglementation protectrice des intérêts de ceux-ci tout en veillant à ne pas tomber dans l'écueil d'un droit qui (re)deviendrait une contrainte. A cette condition, le droit du travail pourra devenir une réelle technique de coordination qui, à travers le voile d'ignorance, laissera entrevoir l'immanence d'une rime entre la rationnelle efficacité et l'ambition de la performance.

622 - Critique - L'effectivité prend une plus grande ampleur lorsqu'elle s'envisage du point de vue de sa capacité à permettre une application naturelle par les agents rationnels. Le Pr. Marie-Anne Frison-Roche explique que « *c'est le calcul de l'intérêt qui produit le respect de la loi. L'inversion produit une conséquence considérable : la violation est la règle si elle est économiquement rationnelle, et son respect l'exception* »²³⁷⁸. Aussi convient-il de s'interroger sur la capacité du droit en matière de triangulation à permettre aux entreprises d'évaluer correctement où se situe leur intérêt.

2) Performance économique

Les diverses modalités du droit autorisant l'extériorisation de l'emploi semblent donner la possibilité aux entreprises d'accroître leur flexibilité. Au regard de certains critères d'analyse économique on peut considérer que l'intrusion qu'elle génère est à court terme efficace (a). Cependant, parce qu'elle limite l'installation des facteurs-clés de la compétitivité dans la durée, celle-ci ne permet pas d'accroître la performance économique sur le long terme (b).

a) Un réalisme évident

623 - Émergence d'un droit efficace - La mise en œuvre du travail temporaire, du portage salarial, du prêt de main d'œuvre, des groupements d'employeurs, etc. permet d'accroître de

²³⁷⁷ Communiqué relatif aux arrêts n° 370 et 373 de la Chambre sociale du 17 février 2010.

²³⁷⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « *L'efficacité des décisions en matière de concurrence* », Fondation pour l'innovation politique, La Lettre n° 13, juin 2005, p. 13.

manière licite la capacité à adapter le volume de main d'œuvre aux besoins des entreprises. La norme traduit alors sa capacité à appréhender une réalité sociale, autrement dit à ramener le savoir juridique à la factualité ; c'est alors que « *ce savoir peut épouser les présupposés et les ambitions de l'analyse économique du droit dans l'une de ses versions canoniques* »²³⁷⁹.

Ses modalités concrétisent un mouvement d'externalisation qui ne cesse de s'amplifier depuis deux décennies : « *Rares sont les entreprises qui disposent de spécialistes en tout genre. Il est donc nécessaire de sous-traiter* »²³⁸⁰. Partant d'un postulat de rationalité, les entreprises n'ont alors pas besoin de contourner l'application du droit pour satisfaire leurs besoins de flexibilité, quel que soit le type d'emploi concerné : « *La nouvelle vulnérabilité de l'emploi dans les conditions d'une flexibilité sans frein n'est pas l'apanage de la main-d'œuvre non qualifiée. Mieux rémunérés et plus stables, les emplois qualifiés sont néanmoins touchés* »²³⁸¹.

Le droit du travail en devient un droit pragmatique, efficient, aussi bien juridiquement qu'économiquement. Ainsi, « *on dira qu'un phénomène est efficient lorsqu'il produit un effet, ce qui le situe donc au-delà de son existence pour l'insérer dans une chaîne de causalité. En schématisant, le droit civil donnera plus de place à la notion d'effectivité qu'à la notion d'efficience, tandis que le droit économique ou financier intègre plus nettement dans les décisions particulières les effets systématiques attendus ou craints, en tout cas assumés.* »²³⁸².

624 - Le prêt de main d'œuvre comme procédé de gestion de la masse salariale -

L'extériorisation de l'emploi par le prêt de main d'œuvre est efficiente car elle tient compte d'une considération directe des choses et des politiques qu'elle veut réguler : « *Alors que les lois sur le travail temporaire ou sur le portage salarial sont intervenues pour régulariser des situations nées de la pratique, les groupements d'employeurs sont une création du droit dans l'espoir d'influencer les pratiques. (...) En droit du travail, l'adaptation du droit aux faits n'est pas nécessairement un mythe* »²³⁸³.

Sur le plan microéconomique, l'opération d'externalisation de l'emploi permet de réguler une masse salariale dont l'influence sur la compétitivité-prix n'a d'égal que l'attention particulière portée à son contrôle. Elle reste de surcroît un phénomène *expansif* du marché de l'emploi

²³⁷⁹ LYON-CAEN (A.), « *A propos de l'adjectif économique dans la langue du droit* » dans JEAMMAUD (A.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 138.

²³⁸⁰ PERETTI (J-M), *Gestion des ressources humaines*, Vuibert, 2016, p. 268.

²³⁸¹ CASTELLS (M.), *La société en réseaux*, Odile Jacob, 2001, p. 355.

²³⁸² FRISON-ROCHE (M.-A.), préc., p. 11.

²³⁸³ TOURNAUX (S.), « *Mise à disposition par un groupement d'employeurs : un prêt de main d'œuvre comme les autres ?* », *Droit social*, n° 10, oct. 2012, p. 891.

contemporain²³⁸⁴. Le prêt de main d'œuvre produit alors un *effet d'effectif*²³⁸⁵ faisant varier la masse salariale au gré des besoins. En outre, cette modalité de gestion de l'emploi permet de voir s'éloigner le spectre du chômage partiel et du droit du licenciement, qui peuvent faire figure d'épouvantail en générant du conflit social, des coûts financiers et réputationnels.

625 - La triangulation au service d'un droit de l'emploi en mutation - Sur le plan macroéconomique, la triangulation a une propension à servir le droit de l'emploi. Le développement des diverses formes de prêt de main d'œuvre a pour pendant la lutte contre le chômage et, pour certaines de ses modalités, la lutte contre le travail précaire.

Conclure un contrat à durée indéterminée à temps plein avec un groupement d'employeurs par exemple est probablement plus intéressant pour le salarié que de voir se succéder une multitude de contrats courts (CDD ou de contrats de mission à temps partiel). Les chiffres sont là pour prouver l'attrait des entreprises à telle ou telle forme de triangulation de la relation de travail. Sur ses publications, la fédération des entreprises de portage salarial indique, par exemple, que cette modalité d'emploi est « *très largement développée avec 7 millions de salariés en Europe et près de 70 000 salariés en France* » et que « *le portage salarial doit permettre la création de près de 600 000 emplois en France à horizon 2025* ». On sait ensuite que « *la mobilité des salariés représente un enjeu considérable pour accompagner les évolutions nécessaires de notre mode de relations professionnelles. La sécurisation des parcours professionnels, en particulier, repose sur la capacité des individus à ne plus être statiques. Le prêt de main-d'œuvre est incontestablement un outil pouvant contribuer à atteindre cet objectif* »²³⁸⁶. En tant que modalité juridique au service du droit de l'emploi, le doute n'est donc que peu permis. La triangulation est à court terme - au moins – présumée efficiente comme « mesure pour l'emploi », c'est-à-dire, comme le souligne le Pr. Christophe Willmann, en tant que mesure destinée « *à la création d'emploi, au maintien dans l'emploi ou, pour ceux qui sont exclus du marché du travail, au retour vers l'emploi, c'est-à-dire de régulation du marché du travail* »²³⁸⁷.

²³⁸⁴ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e éd., nov. 2017, p. 116 : une moyenne de 17% dans l'U.E. voire de 44% en Roumanie.

²³⁸⁵ PERETTI (J-M), préc., pp. 152-153 : l'auteur distingue trois types d'effets pour gérer l'importance de la masse salariale : effet d'effectif, effet de structure, effet de noria.

²³⁸⁶ CHAMPEAUX (F.), « *Prêt de main d'oeuvre, un nouveau régime juridique* », *Semaine sociale Lamy*, 5 sept. 2011, n° 1503, p. 6.

²³⁸⁷ WILLMANN (Ch.), « *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... et l'emploi ?* », *Droit social*, n° 10, oct. 2015, p. 768.

Les règles relatives à la triangulation de la relation de travail permettent de jouer un effet régulateur. Les dispositions tiennent compte de la place grandissante des phénomènes économiques qui touchent à son objet même (co-emploi, entrepreneuriat, modèle réticulaire, sauvegarde de l'emploi, etc.). La mise à disposition permet ainsi, en cas de baisse d'activité, d'éviter le financement du chômage partiel ou encore d'avoir recours, le cas échéant, au licenciement pour motif économique. De plus, l'entreprise prêteuse peut transférer des compétences à des partenaires, sans les perdre. Du point de vue des salariés, leur employabilité est favorisée. En cas de chômage, leur capacité à en sortir est plus aisée.

Le portage permet, quant à lui, de soutenir l'emploi sans engendrer d'insécurité. En effet, la création d'une entreprise représente un risque sur les plans personnel et financier. L'indépendant qui devient salarié-porté n'a pas besoin de créer d'entreprise. Son activité, dans les faits indépendante, débute dès la signature de la première mission. Aucune démarche de création n'aura été engagée, ce qui signifie également qu'en cas de difficultés aucune procédure de cessation des paiements n'aura à être mise en oeuvre. Le salarié porté qui souhaite stopper son activité devra simplement mettre fin à son contrat de travail avec la société de portage. La liberté du travail est consacrée puisque les modalités de conclusion de contrats sont extrêmement diversifiées : il peut s'agir, en cas de mission ponctuelle, d'un contrat à durée déterminée (CDD) couvrant simplement le temps de cette mission ; en cas d'absence de vision sur l'étendue des missions, la conclusion d'un CDD de quelques mois semble être une solution. Enfin, en cas de missions récurrentes, c'est alors la conclusion d'un CDI qui est à envisager. L'ensemble de ces contrats se prévoit en général sur la base d'un temps partiel. L'encadrement de ces nouvelles formes d'emploi permet ainsi de conjuguer liberté professionnelle et besoin de flexibilité des entreprises intéressées ; elle crée de plus de nouveaux statuts sécurisants pour tous les acteurs, à mi-chemin entre le travail indépendant et salarié.

626 - Une législation minimaliste qui permet à la rationalité de s'exercer - Les caractères de la législation relative à ces nouveaux contrats expliquent probablement leur succès pour la compétitivité à court-terme des diverses entités. Les nouvelles dispositions inscrites aux articles L. 8241-1 C. trav. ou L. 8241-2 C. trav. ou les grands principes prohibant le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre sont en nombre limité. Il en est de même pour la législation relative aux groupements d'employeurs de l'article L. 1253-1 C. trav. : celui-ci se contente de dire ce qu'ils sont et de rappeler leur caractère non lucratif²³⁸⁸. Les sources

²³⁸⁸ C. trav., art. L. 1253-1 : « Des groupements de personnes entrant dans le champ d'application d'une même convention collective peuvent être constitués dans le but de mettre à la disposition de leurs membres des

jurisprudentielles s'imposent aussi comme un pouvoir posant des principes forts. La loi du travail fait donc œuvre de simplicité. Lorsque la relation tripartite s'appuie sur la conclusion de CDI ou de CDD, à temps partiel ou complet, elle ne fait que permettre l'émergence de nouvelles formes d'exercice d'activités professionnelles qui ont recours à des techniques juridiques connues des acteurs économiques et sociaux. Ces techniques s'articulent aisément avec celles traditionnellement utilisées. La loi du travail produit donc des effets dans le temps (stabilité) et dans l'espace (imbrication). Les changements d'état du monde économique et de l'exercice de la liberté professionnelle peuvent ainsi être facilement assimilés, ce qui engendre une sécurité juridique beaucoup plus grande au bénéfice des intéressés. Corrélativement à l'effet de "déjuridicisation" du droit, les opérateurs peuvent aisément évaluer où se situe leur intérêt.

Au cœur du droit, la prévention et l'atteinte d'un certain optimum deviennent l'objet de l'action du législateur qui veut orienter l'activité du pays pour, dans un premier temps, lever les blocages qui entravent notre économie et renforcer la reprise économique puis, dans un second temps, développer l'emploi²³⁸⁹.

627 - Discussion - Si les effets économiques à court terme peuvent être aisément mesurés et semblent économiquement profitables aux entrepreneurs, il est permis de se poser la question des gains que procurent de tels dispositifs aux salariés concernés. Ces procédés de triangulation sont-ils la consécration d'une vision, ou bien le symptôme d'un modèle économique et social qui se délite ?

Lorsque le client intervient de manière directe ou indirecte dans la relation de travail, il en influence logiquement le contenu et les conditions d'emploi. Le droit du travail qui régit la triangulation, au demeurant simple et stable, semble conçu pour des missions de courte durée, même si elles viennent à s'inscrire dans le temps. Il en résulte un déplacement de relation de subordination de l'employeur vers l'utilisateur qui exerce un pouvoir de fait sur le salarié concerné. Or, les motivations de l'entreprise utilisatrice sont éminemment économiques et l'on peut supposer qu'elle va tenter d'agir plus au travers du prisme de la rationalité qu'au

salariés liés à ces groupements par un contrat de travail. Cette mise à disposition peut avoir pour objet de permettre le remplacement de salariés suivant une action de formation prévue par le présent code. Ils peuvent également apporter à leurs membres leur aide ou leur conseil en matière d'emploi ou de gestion des ressources humaines. Les groupements qui organisent des parcours d'insertion et de qualification pour les salariés rencontrant des difficultés d'insertion qu'ils mettent à la disposition de leurs membres peuvent être reconnus comme des groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification dans des conditions fixées par décret. Les groupements mentionnés au présent article ne peuvent se livrer qu'à des opérations à but non lucratif ».

²³⁸⁹ WILLMANN (Ch.), préc., p. 769 : l'auteur s'émeut de dispositions qui consacrent l'hégémonie de l'économie avant celle de l'emploi : « *Le niveau de l'emploi dépend [alors] de l'activité économique des entreprises* ».

travers de celui de la loyauté. C'est ainsi le calcul de son intérêt qui va guider sa logique. Le risque est grand, car tous les salariés concernés ne sont pas, comme dans le cadre du portage, des cadres supérieurs souhaitant donner confort social et/ou sécurité (stabilité des revenus, protection sociale de meilleure qualité, etc.) à leur pratique d'indépendant.

Le cas des centres d'appels externalisés de télévente ou télémarketing travaillant pour le compte de donneurs d'ordres est à ce titre éloquent : « *De court terme, ces opérations sont guidées par une logique de pure rationalisation économique et industrielle où le volume d'appels prime, les compétences mobilisées restent peu spécifiques, les tâches fortement contrôlées et les indicateurs de performance essentiellement quantitatifs. Ces centres sont emblématiques des situations largement dénoncées comme constituant un retour au taylorisme et à une organisation scientifique et déshumanisée du travail* »²³⁹⁰. Peu régulée par des dispositions spécifiques, la relation hiérarchique est établie entre l'employeur direct, le centre d'appels et le salarié (téléopérateur). La relation commerciale caractérise quant à elle le rapport entre le centre d'appels et le tiers, donneur d'ordres. En cas de relation *panoptique*²³⁹¹, une situation d'ingérence s'établit entre le tiers et le téléopérateur. Le donneur d'ordres intervient directement dans la prescription et le contrôle *in situ* de l'activité du sous-traitant en élaborant des scripts d'entretien, en mettant en œuvre des systèmes d'écoute de conversations téléphoniques, etc. L'activité en devient codifiée, avec des changements importants qui se succèdent au gré des nouveaux contrats commerciaux conclus par le prestataire centre d'appels. L'employeur de droit a alors beaucoup de mal à faire preuve d'engagement, ce qui, de plus, devient un déni du respect des engagements contractuels inscrits au contrat de travail.

628 - Une efficience différenciée - Au final et sauf dans quelques cas particuliers, on a du mal à percevoir où se situe l'engagement de l'employeur ou du salarié dans les situations de triangulation. Résultante, voire symptôme d'un système économique en mutation, le droit du travail semble centré sur le respect d'un ordre public de protection et sur certaines prohibitions. Ce sont les salariés concernés, qui, par des temps partiels imposés, des successions de contrats courts, des situations panoptiques à forte fréquence de changement, en subissent les effets les plus vifs.

²³⁹⁰ SOBCZAK (A.), RORIVE FEYTMANS (B.), HAVARD (C.), « *Comment réguler les relations triangulaires de travail ? La RSE face au droit dans le travail intérimaire et les centres d'appels* », Travail et Emploi n° 114, avril-juin 2008, p. 25 : les auteurs opposent la situation « panoptique », où le donneur d'ordres prend le pouvoir, à celle de « politique », où le centre d'appels garde le pouvoir.

²³⁹¹ V. art. préc.

Ces changements économiques et sociaux sont, pour l'économie du droit, efficaces au sens de Kaldor-Hicks : les gains obtenus par les opérateurs sont quantitativement supérieurs aux pertes subies par les salariés concernés, fragilisés. Ces pertes par défaut apparaissent incongrues au regard de l'ambition que porte le droit du travail comme technique de coordination et de coopération, comme police du marché du travail²³⁹², en terme de dialogue social, d'épanouissement personnel et collectif ou d'engagement conventionnel et éthique.

b) Une performance hypothétique

629 – Position du problème - C'est à l'aune des développements et des conclusions de cette thèse que nous pouvons évaluer la question de la performance dans le cadre des relations triangulaires. Le portage salarial et le prêt de main d'œuvre servent-ils le droit de l'emploi ? Ces contrats peuvent-ils s'analyser comme une technique de coordination ? L'incomplétude des contrats peut-elle être tempérée par la rédaction de stipulations contractuelles ? L'engagement de l'employeur peut-il aller au-delà de la simple efficacité²³⁹³ ?

630 - Une performance présumée - Si la performance vise évidemment l'efficacité économique, elle prend en compte un champ bien plus large : la sécurité juridique de la personne morale, la conquête de l'aire d'autonomie individuelle et collective du personnel, la question de sa soutenabilité notamment : « *La performance définie en terme financier ne suffit plus. A une ère où la concurrence s'exerce sur plusieurs facteurs et où les risques d'entreprise se multiplient, la réussite de l'entreprise ne se traduit plus simplement en terme d'augmentation du bénéfice ou du rendement sur capital investi. La performance devient multicritères* »²³⁹⁴.

On a tout d'abord mesuré que le réalisme ontologique était une caractéristique patente des règles juridiques spécifiques aux opérations de triangulation : celles-ci servent les opérateurs privés, organisent leurs activités économiques et, plus largement, le droit de l'emploi. On y verra clairement « *une ontologie empiriste du droit* »²³⁹⁵ pour reprendre l'acception du Pr. Ricardo Guastini. Les lois et règlements, l'activité interprétative qui les encadrent, témoignent d'une éminente considération directe des choses qu'ils veulent contrôler : sur le plan microéconomique, par un effet d'effectif notamment, la triangulation permet de réguler la

²³⁹² WILLMANN (Ch.), préc., p. 776 ; l'auteur cite ses objectifs : santé publique, solidarité intergénérationnelle, gestion des équilibres entre main-d'œuvre nationale et étrangère.

²³⁹³ En devenant conventionnel et/ou éthique.

²³⁹⁴ BERGERON (H.), « *Les indicateurs de performance en contexte PME, quel modèle appliquer ?* », 21^e Congrès de L'AFC, Mai 2000.

²³⁹⁵ GUASTINI (R.), « *Le réalisme juridique redéfini* », Revus, 19, p. 118.

masse salariale. Sur le plan macroéconomique, elle sert le droit de l'emploi : il est ainsi évité de recourir au chômage partiel ou au licenciement pour motif économique. On rappelle que cette notion a été clairement définie par le Doyen Franck Petit en 2005 : « *Il correspond à l'étude des mesures générales ou spécifiques qui, financées, contrôlées ou organisées par l'État, sont mises au service de la recherche, de la création, de l'adaptation, du partage et de la sauvegarde de l'emploi. Il englobe aussi l'étude des mesures mises au service de la disparition de l'emploi, lorsqu'il est jugé obsolète. Ainsi compris, le droit de l'emploi renvoie principalement à la compréhension et à l'articulation des dispositifs juridiques mis en place par les politiques d'emploi* »²³⁹⁶. Avec la triangulation, la question de l'adaptation, du partage et de la sauvegarde de l'emploi sont spécifiquement visés.

631 - Une ambition - Une - nouvelle - vision économique du droit du travail permet de relever qu'il peut être « *entendu métaphoriquement comme technologie de coordination* »²³⁹⁷. L'économie et la sociologie peuvent naturellement bénéficier de ses changements d'état.

C'est ce qui fonde une vision sociale de l'économie du droit, la différenciant très sensiblement de la logique interne et quantitative de l'analyse économique du droit ; elle permet notamment d'entrevoir une démarche conventionnelle des relations individuelles et collectives du travail. Il s'agit d'une approche où ceux qui ont le pouvoir d'initier, de décider, de créer, de juger, d'influencer, adhèrent aux comportements qui font une société en développement.

La confiance devient alors le corollaire de l'esprit d'entreprise : M. Alain Peyrefitte le soutient : « *L'extrême urgence, c'est de nous réconcilier intellectuellement, moralement, psychologiquement, avec ce qui, dans notre passé, a fait le développement et avec ce qui, dans notre présent, le fait encore vivre* »²³⁹⁸. En mettant l'accent sur le caractère social des difficultés françaises, il est possible d'envisager une économie *sociale* du droit du travail qui analyse les conséquences de l'activité coopérative : celle-ci permet de passer des comportements prescrits aux comportements observés, le droit en devenant corrélativement une technique de coordination.

²³⁹⁶ PETIT (F.), *Droit de l'emploi*, Montchrestien, collection « AES », 2005, p. 7.

²³⁹⁷ V. FAVEREAU (O.), « *Critères d'efficacité économique du droit du travail* ». Texte rédigé pour l'étude "L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes", réalisée par « l'Institut International Pour les Etudes Comparatives » (IIPEC), dans le cadre de l'appel à projets "L'analyse économique du droit du travail" (Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques, Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement) sous la responsabilité scientifique d'Antoine LYON-CAEN, 1^{er} déc. 2006. Texte publié sur le site de l'AFDT.

²³⁹⁸ PEYREFITTE (A.), préc., p. 424.

632 - Un dialogue social nécessaire mais absent – L'analyse a tout d'abord permis de conclure à la capacité du droit de la triangulation à être un droit vivant (consécration *post* activité interprétative, activité interprétative de la Cour de cassation). Ce critère permet de jeter les bases d'une réelle coordination entre les agents. Mais l'interrogation subsiste en matière de dialogue social : les salariés portés ou prêtés semblent très à l'écart de l'exercice de leurs droits collectifs. Il est ainsi étonnant, sinon incongru, d'observer combien ces innovations au regard du modèle classique des relations de travail s'éloignent de la nécessité d'instaurer un dialogue social réinventé.

La confiance reste pourtant un adjuvant essentiel aux fins d'accroître la productivité apparente du travail. Comme hier, il s'agit toujours de s'exonérer d'un *capitalisme d'héritiers* qui ne cesse de reproduire des pratiques conservatrices : « *L'enjeu est de créer de la confiance et des relations de travail constructives au sein des entreprises* »²³⁹⁹. D'après un sondage TNS-Sofres de 2005, 92% des salariés pensent que les entreprises sont surtout attentives aux intérêts de leurs dirigeants, 82% à la satisfaction de leurs actionnaires, et 18% seulement à la satisfaction de leurs employés ; la confiance ne se décrète pas ; elle se construit : peut-on la déceler dans l'économie du contrat de travail triangulé ? Cette enquête n'est que l'expression, *a minima*, du subjectivisme que les salariés confèrent à des pratiques patronales souvent empreintes de manipulation et de persuasion. Le Pr. Virgile Chassagnon utilise le néologisme de « *contrôlation* » pour en définir leur caractère protéiforme²⁴⁰⁰.

633 - Les intérêts des employeurs privilégiés - La situation des salariés portés s'analyse plus comme du travail indépendant que comme du travail salarié ; celle des salariés prêtés n'est pas meilleure, puisqu'ils ne peuvent pas être, concrètement, rattachés à quelque collectivité de travail.

Ces salariés non représentés génèrent un rapport de force profitable à l'employeur. Si la bonne foi transcende la convention tripartite, cela ne devrait pas poser de problème. Cependant, dans la réalité, ce sont bien des motivations purement économiques qui entraînent le prêt de salariés : attitude défensive d'un employeur en difficultés financières, attitude opportuniste d'une entreprise utilisatrice qui ne veut ou ne peut avoir recours à l'embauche de salariés permanents. La réconciliation envisagée par M. Alain Peyrefite est loin d'être installée. Le changement d'état que génère la triangulation ne permet pas d'augmenter le bien-être social :

²³⁹⁹ PHILIPPON (Th.), *Le capitalisme d'héritiers – La crise française du travail*, Seuil, 2007, p. 98.

²⁴⁰⁰ CHASSAGNON (V.), DUBRION (B.), « *Responsabilité sociale de l'entreprise et manipulation des salariés au travail : un éclairage institutionnaliste à partir d'une analyse de la littérature sur les codes de conduite* », *Revue de la régulation*, 17, juin 2015, n° 18.

les gains des entreprises sont largement supérieurs à ceux des salariés. Tout au plus, l'allocation reçue des salariés s'analyse comme l'évitement de la disparition de leur emploi. Aucune ère d'autonomie collective, aucune réconciliation n'est envisageable dans cette efficience au sens de Kaldor-Hicks. Comme dans d'autres domaines²⁴⁰¹, la simplification portée par un droit plus pragmatique ne présente que peu de vertus au regard de la performance sociale.

Au final, si l'on postule que c'est dans sa propension à agir que l'autorité du contrat trouvera toute sa pertinence, force est de constater que les opérations de triangulation ne permettent aucun engagement. Les conventions, souvent nommées, ne sont pas adaptées à la mise en place de stipulations permettant d'insérer un contenu obligationnel allant au-delà de la simple offre de travail. *Exit* les clauses de rendement ; des clauses de mobilité peuvent par contre y figurer. Si des motivations économiques sont à la genèse de leur utilisation, seule une démarche RSE (responsabilité sociale de l'entreprise) dont on sait qu'elle n'est pas normative, peut *a priori* témoigner d'un engagement de l'employeur. En situation d'inexistence, les questions éminemment stratégiques nécessitant la mise en place d'un dialogue social restauré, ne pourront que difficilement être instaurées ; celles, par contre, qui relèvent de ce que le Pr. Marie Claire Villeval nomme le *contrat relationnel*²⁴⁰² peuvent s'envisager. Elles permettront en outre de limiter les comportements opportunistes des salariés, le calcul s'effaçant au profit de l'éthique.

634 - Conclusion - Au final, si la performance est ici économique, elle peut fragiliser l'entreprise sur la question de la sécurité juridique : des risques civil et pénal existent. Si la conquête de l'aire d'autonomie individuelle est effective en matière de portage, elle n'existe nullement en matière d'autonomie collective. Enfin, la soutenabilité de ces relations triangulaires dont on sait qu'elles répondent avant tout à des considérations économiques, n'est guère envisageable, sauf à ce qu'un engagement éthique des employeurs soit organisé, tout au moins encadré.

En cela, et sauf à développer un droit de l'accompagnement dans l'emploi où « *les droits sociaux seraient ainsi davantage attachés à la personne que dérivant du seul lien d'emploi en*

²⁴⁰¹ V. VERICEL (M.), « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, octobre 2015 ; V. WILLMANN (Ch.), préc.

²⁴⁰² VILLEVAL (M. C.), *L'économie comportementale du marché du travail*, Sciences Po, Sécuriser l'emploi, nov. 2016, P. 84.

cours d'exercice »²⁴⁰³, les relations triangulaires peuvent devenir un frein à la croissance. L'histoire sociale et économique de notre pays a montré combien la déshumanisation du travail salarié était pourtant contre-productive : « *Malheureusement cet enracinement dans l'histoire économique n'est que trop rarement pris en compte dans l'élaboration des dispositions juridiques* »²⁴⁰⁴. Si le législateur et le pouvoir politique désirent faire de cette période de transition un nouveau modèle de relations de travail, un volontarisme (ne serait-ce qu'incantatoire) doit être sérieusement engagé.

Section 2 : L'organisation d'un essai de régulation

635 – Position du problème - Abandonner la coordination de l'action des agents au marché est un vecteur d'incertitude : il en résulte un risque d'abandon des objectifs de performance, dans la mesure où un changement des rapports de force profitable aux employeurs s'installe au sein de la relation de travail si le marché est sujet à fort taux de chômage. Le Pr. Bernard Gazier soutient, en l'occurrence, que les entreprises ne sont pas philanthropiques par miracle : elles cherchent à retenir leurs salariés dans un marché puissamment inégalitaire uniquement s'il est proche du plein-emploi²⁴⁰⁵. Par principe, seuls des objectifs de profitabilité à court terme sont visés.

Ne pas tenter de réguler ces nouvelles formes d'emploi viserait à abandonner les légitimes attentes des salariés à un opportunisme généralisé. Aussi, tout en respectant les principes d'ordre public précédemment définis, il semble nécessaire de mieux organiser les rapports de triangulation au travers de deux types de démarches : une démarche de droit souple tout d'abord, qui laisse beaucoup d'autonomie à la volonté des entrepreneurs (A), une démarche de négociation collective ensuite, plus contraignante, et qui vise à créer des effets de droit (B).

§1 – Une démarche de droit souple

636 - Définition de la RSE – Si le rééquilibrage de la relation salariale dépend du changement des rapports de force au profit des salariés, il relève aussi de « *l'affirmation de nouveaux droits reconnus aux travailleurs* »²⁴⁰⁶. Dans ce cadre, la démarche de responsabilité

²⁴⁰³ BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de *Juris Diversitas*, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 421.

²⁴⁰⁴ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 5.

²⁴⁰⁵ GAZIER (B.), *Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi*, Flammarion, 2003, p. 275.

²⁴⁰⁶ *Idem*, p. 274.

sociale et sociétale (RSE) répond d'une volonté managériale d'engagement de l'employeur au profit de la soutenabilité de la croissance de l'entreprise : « *L'entreprise, dans le cadre d'une démarche volontaire, doit prendre des décisions qui vont dans le sens des orientations et des valeurs souhaitées par la société dans laquelle elle opère* ». ²⁴⁰⁷

Non normative, la démarche RSE permet un engagement volontaire des parties aux contrats, au profit d'une triple performance. Le conseiller en stratégie d'entreprise John Elkington en a théorisé en 1997 le concept ²⁴⁰⁸. Selon lui il faut repenser la notion de performance qui est englobante. La performance *financière* est évidemment intégrée, mais se rajoutent les acceptions de responsabilité *sociale* et *environnementale* des organisations. En réalité, dans toute analyse d'économie (sociale) du droit, il convient de considérer la triple performance des organisations : *People, Planet, Profit*. On soulignera le lien sémantique que l'auteur fait avec la rentabilité des entreprises, le « résultat net » en comptabilité privée française, et qui se répartit au profit de l'entreprise (réserves statutaires et facultatives) et des porteurs de titres (retour sur investissement). Juridiquement, cette démarche d'adhésion relève du droit souple (*soft law*) : elle s'entend pour le Conseil d'État comme « *les instruments qui relèvent du droit mais qui sont dépourvus de force contraignante* » ²⁴⁰⁹. Quand le droit souple renforce la confiance, le droit codifié crée de la défiance : il invite à l'opportunisme. C'est pour cela qu'il convient, *a priori*, de le privilégier.

La coordination de la confiance est profitable aux employeurs, à leurs partenaires internes et externes. Ce type de régulation juridique doit « *être élaboré dans la transparence, en associant les parties prenantes. Pour pouvoir être effectif, il doit susciter leur adhésion* » ²⁴¹⁰. Il s'agit-là d'une hypothèse valide pour l'analyse économique du droit dans le sens où les agents privés ont souvent une meilleure connaissance que l'autorité des conditions d'efficience. Conventionnaliser des relations triangulaires avec des partenaires mobilisés autour de la même démarche permet de créer une valeur partagée profitable au développement des capacités des salariés (A) et, au final, aux intérêts des entreprises qui les emploient (B).

A) Le développement des capacités des salariés

²⁴⁰⁷ PERETTI (J.-M.), préc., p. 237.

²⁴⁰⁸ V. ELKINGTON (J.), *Cannibals with Forks : The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, Capstone Publishing Ltd, Oxford, 1999.

²⁴⁰⁹ Propos de Jacky RICHARD, rapporteur général au Conseil d'Etat, dans « *Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ?* », Dalloz Actualité, 3 oct. 2013.

²⁴¹⁰ *Ibidem*.

637 - Position du problème : la mobilité - C'est en prenant la mesure des risques attachés à la triangulation qu'il est possible d'imaginer qu'une autorégulation puisse être mise en œuvre par les entreprises concernées. Cette volonté d'engagement permet de compenser le traditionnel rapport qui marquait l'échange salarial d'antan : la sécurité contre la subordination. Avec la triangulation, on voit se dessiner un nouvel équilibre : la mobilité contre la liberté.

Les entreprises attendent de la *mobilité* de la part de leurs salariés. Si la doctrine juridique l'identifie comme l'adaptation aux changements dans la qualification des emplois rendue nécessaire par le progrès technique et les modifications des structures économiques²⁴¹¹, le Pr. Bernard Gazier l'assimile à la volonté de placer la bonne personne au bon endroit, d'exercer une mission temporaire, d'organiser la mobilité interne ou la concurrence entre salariés²⁴¹². Dans les deux cas, la flexibilité de l'organisation du travail est visée. La triangulation de la relation de travail relève de la mobilité telle que désirée par l'employeur. Si elle témoigne d'une aptitude à faire face aux nécessaires transformations de l'emploi, elle a pour effets de voir partagée la subordination et se déliter l'exercice des droits individuels ou collectifs des salariés concernés. Elle impliquera pour eux un certain nombre d'arbitrages complexes lorsque les souhaits et les résultats des négociations se heurtent aux exigences ou aux règles édictées par l'entreprise²⁴¹³. Ces arbitrages peuvent être source de contentieux²⁴¹⁴. C'est pourquoi, il convient de permettre au salarié d'exercer cette mobilité en lui donnant les moyens de conquérir de nouvelles libertés.

638 – Notion de « capacités professionnelles » - L'aptitude à les conquérir trouve matérialité si les entreprises concernées ont la volonté de développer la *capacité professionnelle* des salariés. Distinguant les capacités de droit²⁴¹⁵ des capacités de fait, M. Alain Supiot définit la notion comme une déclinaison de la capacité de fait : « *Celle-ci diffère d'une personne à l'autre et doit être formée et entretenue sur le long terme par des dispositifs appropriés,*

²⁴¹¹ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017 (mobilité professionnelle).

²⁴¹² GAZIER (B.), *Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi*, Flammarion, 2003, p. 170.

²⁴¹³ *Idem*, p. 171.

²⁴¹⁴ Soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-41.016, publié au bulletin : « *Une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile et ne justifie dès lors pas la nullité du licenciement du salarié qui l'a refusée* ».

²⁴¹⁵ Les capacités de droit procèdent de la qualification juridique de celui qui s'engage (majorité civile, nationalité, etc.). Les capacités de fait procèdent de son être concret (intégrité physique et mentale par exemple).

*notamment de formation et de qualification, auxquels tous les travailleurs, salariés ou indépendants, doivent pouvoir accéder tout au long de leur vie »*²⁴¹⁶.

Développer la capacité professionnelle des salariés « prêtés » implique donc de compenser l'exigence de flexibilité qui est attendue d'eux. Au profit premier des salariés, la démarche de coordination, qui vise à faire vivre une plus grande citoyenneté au sein d'un groupe d'entreprises liées par des relations partenariales ou capitalistiques, peut être une réponse. On a pu voir que l'efficacité économique du prêt de main d'œuvre relevait plus de celle de Kaldor-Hicks que de celle de Pareto. Grâce au jeu de coordination, les employeurs de droit et utilisateurs auront des salariés plus impliqués : un gain pour tous se dessine alors. Il se rajoutera à ceux issus de l'évitement des risques juridiques et des diverses conséquences financières nées de mesures de chômage partiel ou de licenciement économique. Dans ce jeu de coordination, et hormis pour le cas des entreprises de travail temporaire ou de portage salarial, les entreprises usant du prêt de main d'œuvre adoptent alors un comportement mutualisateur. Ce comportement, privé de but lucratif direct, développe un esprit de solidarité et d'entraide. L'entéléchie d'une telle pratique bénéficie à la restauration des capacités professionnelles des salariés.

Le compte personnel d'activité (CPA) contribue au renforcement des capacités professionnelles des salariés puisqu'il est destiné à aider les actifs à construire leur parcours professionnel. Il est ainsi constitué du compte personnel de formation (CPF), du compte professionnel de prévention (CPP) et du compte d'engagement citoyen (CEC). Il rassemble au final un ensemble de droits portables que les actifs peuvent utiliser pour évoluer et sécuriser leurs parcours professionnels²⁴¹⁷. Il permet l'aménagement de transitions et passerelles qui sont devenues inévitables sur l'actuel marché du travail²⁴¹⁸. Il est probable que la réforme de la formation professionnelle lancée le 5 mars 2018 par Madame la ministre du travail devant acter la comptabilisation des droits du compte personnel de formation en euros (et non plus en heures), l'accès à la formation simplifié (application numérique, absence d'appel à un

²⁴¹⁶ SUPIOT (A.), « *La justice sociale saisie par la régulation* », dans *Justice et droits fondamentaux*, Études offertes à Jacques Normand, Paris, Litec, 2003, p. 430.

²⁴¹⁷ V. Liaisons sociales quotidien, n° 17.016, 10 fév. 2016 (CPA) et site du Ministère du travail, "Le CPA" : le CPF permet à toute personne active d'acquérir des droits à la formation et de les mobiliser tout au long de sa vie professionnelle. Le CPP comptabilise des points convertibles en formation, temps partiel ou retraite anticipée pour Tout actif exposé à des facteurs de risque de pénibilité dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle. Le CEC enfin, recense les activités de bénévolat ou de volontariat. Certaines de ces activités ouvrent droit à formation. Dans le même esprit de protection, il est à noter qu'un arrêté du 26 décembre 2017 fixe la liste des maladies professionnelles au titre desquelles un salarié peut demander un départ anticipé à la retraite s'il justifie d'une incapacité permanente d'au moins 10 %, et consécutive à l'exposition à un ou plusieurs des quatre facteurs de risques exclus du compte professionnel de prévention (C2P).

²⁴¹⁸ GAZIER (B.), *Tous « Sublimes »*, Vers un nouveau plein-emploi, Flammarion, 2003, p. 132.

intermédiaire et de validation administrative), le renforcement du droit à l'accompagnement (conseil en évolution professionnelle), l'accès élargi au dispositif pour les chômeurs, incitera les actifs à devenir plus autonomes dans leur capacité à « *prendre en main leur destin dans le monde du travail* »²⁴¹⁹. On y voit un renforcement des capacités de fait exposées *supra*.

639 - Origines théoriques de la démarche de coordination – La source de cette démarche devient *a priori* effective si elle provient complémentirement de la volonté du législateur²⁴²⁰ et du juge.

Dans ce dernier cas, elle est alors la conséquence de l'intrusion du juge dans la relation de travail. Elle vise à compenser légitimement les préjudices subis par diverses parties prenantes : selon Pigou, « *seule la puissance publique s'avère apte à pouvoir lutter contre les situations socialement non souhaitables, mais cependant possibles en raison du libre-jeu du marché* »²⁴²¹. Le cas échéant, elle fait peser sur les entreprises une incertitude qui n'est guère profitable au développement de l'intermédiation.

Même s'il semble apporter des solutions à cet égard, le développement marginal des groupements d'employeurs est là pour témoigner de l'aversion pour l'incertitude, ou au mieux, pour le risque non couvert par une quelconque assurance : « *Les règles de solidarité entre les membres du groupement étaient montrées du doigt, les entreprises acceptant de partager l'emploi mais rechignant à mutualiser les dettes* »²⁴²². La coordination peut alors relever de la traditionnelle procéduralisation des rapports sociaux : c'est alors recourir à une régulation étatique qui se voit cependant de plus en plus contestée en droit du travail. Entre les deux, une voie se dessine...

640 - L'hypothèse de la démarche RSE - De nombreuses entreprises sujettes à la triangulation opèrent dans des secteurs dégradés en terme de capital réputationnel (entreprises de travail temporaire, centres d'appels notamment) ; elles développent alors des démarches de RSE pour répondre ou anticiper les attentes nouvelles de leurs parties prenantes : « *Ces démarches se traduisent d'abord par l'adoption de codes de conduite ou par la signature de textes élaborés à un niveau supérieur. (...) Les initiatives de RSE se traduisent ensuite par des*

²⁴¹⁹ LE MONDE, « *Muriel Pénicaud dévoile son plan pour la formation professionnelle* », 5 mars 2018.

²⁴²⁰ GAZIER (B.), préc., p. 274 : « *Le rééquilibrage de la relation salariale découle de deux sources. L'une, directe, est l'affirmation de nouveaux droits reconnus aux travailleurs, qui dépend des décisions politiques* ».

²⁴²¹ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 180.

²⁴²² TOURNAUX (S.), « *Mise à disposition par un groupement d'employeurs : un prêt de main d'œuvre comme les autres ?* », *Droit social*, n° 10, oct. 2012, p. 890.

démarches de certification »²⁴²³. Ces normes privées permettent le prolonger le contenu obligationnel de l'obligation patronale de sécurité.

641 – Mise en œuvre de la démarche RSE - Ainsi, nombre d'entreprises de travail temporaire ont signé le Global Compact des Nations Unies, acceptant donc de respecter dix principes universellement reconnus pour construire des sociétés plus stables et inclusives. Relais officiel en France, le Global Compact France rassemble ainsi près de 1200 entreprises et plus de 100 organisations à but non lucratif.

Parmi les dix principes, six concernent les droits de l'Homme et les normes internationales du travail. Certains agissent directement sur la restauration des capacités professionnelles des salariés. L'article 3 dispose que « *les entreprises sont invitées à respecter la liberté d'association et à reconnaître le droit de négociation collective* ». L'article 6, quant à lui, précise que « *les entreprises sont invitées à contribuer à l'élimination de toute discrimination en matière d'emploi et de profession* ». Plus généralement, l'article 2 souligne que « *les entreprises sont invitées à veiller à ne pas se rendre complices de violations des droits de l'Homme* ». On notera opportunément que des organisations professionnelles d'employeurs adhèrent à ce code de bonne conduite : la CGPME et le MEDEF sont partenaires de Global Compact France. D'autres vont plus loin, en cherchant à faire reconnaître et certifier par des tiers leur respect des droits fondamentaux du travail et, en l'espèce, les règles de l'OIT, de l'*United Nations Convention on the Rights of the Child* et de la Déclaration des Droits de l'Homme. Elles ont alors recours à la norme ISO 26000²⁴²⁴ qui apporte un cadre de référence pour la responsabilité sociétale ou encore la norme SA 8000 mise en place par l'agence de certification SAI, qui a ensuite recours à des organismes accrédités²⁴²⁵.

642 – L'éthique de la RSE interrogée – En ce qu'elle traduit un engagement conventionnel de l'ensemble des parties prenantes, l'exploitation intensive de la responsabilité de l'employeur semble favorable à la performance. Le type de juridicité de cette norme privée permettra cependant d'éviter tout risque de manipulation de la communauté de travail.

Si la norme est réceptionnée par une convention d'entreprise, renforcée par une démarche de certification, elle aura valeur d'engagement éthique. A l'inverse, si l'élaboration des repères

²⁴²³ SOBCZAK (A.), RORIVE FEYTMANS (B.), HAVARD (C.), « *Comment réguler les relations triangulaires de travail ? La RSE face au droit dans le travail intérimaire et les centres d'appels* », Travail et Emploi n° 114, avril-juin 2008, p. 26-27.

²⁴²⁴ V. PERETTI (J-M), préc., p. 238.

²⁴²⁵ Le Bureau Véritas Qualité Internationale (BVQI), DNV et SGS sont reconnus à cet effet par SAI.

est trop unilatérale et relève (essentiellement) des organes de direction, on peut y trouver une volonté de contourner les acteurs syndicaux ; c'est alors que la dimension prescriptive subséquente des codes de conduite ne fera que renforcer l'état de subordination : « *Plusieurs travaux montrent que ceux-ci participent du maintien du contrôle des travailleurs et de la reproduction de l'ordre hiérarchique alors même que les firmes ne présentent pas ces dispositifs comme servant un tel objectif, bien au contraire* »²⁴²⁶.

643 – Un nouvel objet pour la RSE : les transitions - De la même manière, les entreprises intervenant dans la triangulation peuvent donner corps à une réelle démarche éthique de RSE en agissant sur les cibles des *marchés transitionnels du travail* (MTT) : il s'agit alors de promouvoir les dispositifs d'accompagnement aux fins de lutter contre l'exclusion et de favoriser l'emploi soutenable²⁴²⁷. Certaines entreprises développent ainsi des démarches qui, au-delà de la régulation des relations avec les salariés, visent à promouvoir l'emploi des *outsiders*, et en particulier celui des personnes exclues du marché du travail. Partant du constat selon lequel « *l'intégration sociale ne suffit pas à elle-même pour permettre une totale insertion des personnes* »²⁴²⁸, l'accompagnement professionnel n'apparaît pas exclusif des techniques d'accompagnement social, notamment lorsque la situation sociale de la personne vulnérable devient un obstacle à la recherche ou au maintien d'un emploi.

Au-delà de l'action d'embauche, les initiatives de RSE peuvent donc faciliter l'intégration professionnelle et sociale ainsi que la stabilisation des capacités d'employabilité. En août 2005, il a ainsi été conclu un accord-cadre national entre les partenaires sociaux : la DDTEFP de Territoire de Belfort, la société Téléperformance (un des principaux acteurs dans le domaine de la relation client, centre d'appels), le Conseil régional de Franche-Comté, Cap emploi, l'Afpa, l'ANPE, l'Assedic, la Maison de l'emploi et de la formation et l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (AGEFIPH). Sur le nouveau site visé, les perspectives en termes de recrutement sont croissantes : 100 personnes avant fin 2005, 400 à fin 2006 et 600 à fin 2007. L'entreprise entend saisir cette opportunité pour s'ouvrir aux personnes handicapées, d'autant plus que le Territoire de Belfort est confronté à une importante problématique de reclassement d'anciens salariés de l'industrie, reconnus travailleurs handicapés. La démarche intervient quelques mois après la signature par

²⁴²⁶ CHASSAGNON (V.), DUBRION (B.), « *Responsabilité sociale de l'entreprise et manipulation des salariés au travail : un éclairage institutionnaliste à partir d'une analyse de la littérature sur les codes de conduite* », Revue de la régulation, n° 17, juin 2015, n° 41 : l'auteur y voit un "renforcement de l'autorité et de l'ordre hiérarchique".

²⁴²⁷ GAZIER (B.), *Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi*, Flammarion, 2003, p. 281.

²⁴²⁸ BRES (Ch.), *Le droit à l'accompagnement*, Thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse (UAPV), 2015, p. 200.

la direction nationale, d'un accord-cadre sur la responsabilité sociale, initié par l'Association française de la relation client. Dans le même temps, le groupe Téléperformance travaille à l'élaboration d'un accord national sur l'emploi des personnes handicapées, qui sera finalement signé en novembre 2006. Un taux d'emploi de 6% de personnes à besoins particuliers est visé. Le développement des capacités professionnelles est ensuite recherché par le biais d'accords d'entreprise : le maintien en emploi est visé, à travers des aménagements de postes et une montée en compétences²⁴²⁹.

644 - L'émergence d'un contenu obligationnel pour améliorer la productivité -

Développer les capacités professionnelles des salariés permet aussi d'améliorer leur productivité. Il peut s'agir *a minima* de viser l'amélioration des conditions de travail et de sécurité des salariés, la diffusion d'informations transparentes ou encore des initiatives de formation continue²⁴³⁰. Cette base solide permet ensuite de chercher à améliorer la valeur produite par les salariés concernés.

On rappelle que la loi du marché repose sur l'idée d'échange et que son meilleur instrument est le contrat de travail : sa conclusion est portée par l'idéal d'une liberté contractuelle relevant économiquement du principe de rationalité absolue. Son contenu permet alors d'y insérer des stipulations contractuelles, sinon conventionnelles. Ainsi, le contrat à durée indéterminée (CDI) offre à la fois l'opportunité de l'engagement et la sécurité nécessaire au bon développement de la productivité du travail : l'effort réciproque est nécessaire d'autant qu'« *un certain nombre de travaux ont déjà mis en avant la complémentarité des stratégies entre salariés et dirigeants* »²⁴³¹. L'employeur s'engageant, il est permis d'exiger de même de la part du salarié.

Comme en matière de droit commun, des clauses contractuelles peuvent venir insérer, dans le prêt de main d'œuvre, un contenu organisationnel ou obligationnel allant au-delà de la simple offre de travail. Il peut s'agir de clauses de rendement ou de mobilité. C'est alors que, l'engagement des employeurs précédant celui des salariés, il instaure la confiance entre les parties aux contrats ; de la même manière, il contribue à l'amélioration de la performance des relations de triangulation dont les conséquences sociales sont parfois contestées. Une productivité du travail améliorée succèdera alors à des efforts particuliers mis en place par les

²⁴²⁹ Source, AGEFIPH, Téléperformance Belfort.

²⁴³⁰ BERGER-DOUCE (S.), « *Rentabilité et pratiques de RSE en milieu PME premiers résultats d'une étude française* », Management & Avenir, janv. 2008, n° 15, p. 23.

²⁴³¹ BOURREAU-DUBOIS (C.) et DEFFAINS (B.), « *Economie et droit du travail* », Revue Travail et Emploi, n° 12, oct.-déc. 2009, p. 11.

employeurs : plans de formation ou dispositifs de gestion de compétences permettront, par exemple, dans une logique de *flexisécurité*, d'adapter de façon permanente la mobilité des salariés aux besoins de la diversité des employeurs chez qui ils devront œuvrer.

645 - Conclusion - La question du maintien ou de la restauration des capacités professionnelles des salariés concernés par la triangulation nous amène à confronter la performance de l'individu à la démarche de RSE. Alors que ladite démarche vise à fédérer, l'extériorisation de l'emploi entraîne une individualisation de la relation de travail. Œuvrer dans ce cadre, revient pour le salarié à envisager la question suivante : qu'ai-je à gagner à travailler dans un ensemble d'entreprises socialement responsables ?

Tous les individus ne sont pas égoïstes : par des comportements d'engagement personnel, certains sauront rendre aux employeurs ce qu'ils en obtiennent. Cette thèse semble confortée par les chiffres : à une enquête administrée auprès de 84 PME françaises rentables (11,77% de taux de rentabilité en moyenne), une auteure indique que « *les PME rentables répondent majoritairement d'une adhésion et d'une motivation plus fortes des salariés (67, 9%) loin devant une meilleure image (22,6%)* »²⁴³². On peut y voir une reconquête de leur aire d'autonomie individuelle.

B) Le développement de la profitabilité des sociétés

646 - Vision minimaliste de la RSE - La démarche RSE est par nature un engagement d'une ou plusieurs entreprises s'accomplissant au-delà du socle de leurs obligations légales et économiques. Utile à l'exercice de la rationalité, elle en devient un outil de gestion permettant de lutter contre les contraintes qu'imposent les lois d'un marché désormais mondialisé.

C'est alors une vision minimaliste qui est visée, portée notamment par les libéraux et dont le représentant, M. Milton Friedman, s'est fait le porte-voix en 1970. Le cas des centres d'appels en témoigne. Les orientations sociales, tout comme les coûts de production desdits centres sur le territoire national, diffèrent grandement de ceux externalisés dans les pays à faible coût de main d'œuvre. Pour cette orthodoxie minimaliste en matière de volontarisme social, la RSE « *ne correspond qu'à une labellisation hypocrite de la recherche du profit* »²⁴³³ : la relation *principal* (actionnaires) / *agent* (dirigeants sociaux) dicte son ambition, celle de la satisfaction maximisée de l'actionnaire. On souligne à ce titre la célèbre assertion de M. Milton Friedman

²⁴³² BERGER-DOUCE (S.), préc., p. 16.

²⁴³³ GOND (J-P.), IGALENS (J.), *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 5^{ème} éd., 2016, p. 19.

selon laquelle « *The social responsibility of business is to make a profit* »²⁴³⁴ ! En matière de vision minimaliste, la prévention des risques juridiques est particulièrement recherchée. L'adoption d'une telle démarche de RSE par des entreprises partenaires permet de les limiter et de prouver *a minima* qu'elle est utile au développement de la valeur actionnariale (thèse de Milton Friedman).

Dans une espèce jugée par la Cour de cassation le 17 janvier 2008, les juges soutiennent que « *le principe de l'autorité de la chose jugée ne pouvait pas être opposé par la société à la demande en paiement des cotisations et majorations de retard dues par son sous-traitant* »²⁴³⁵. Dans cette affaire, un contrôle de l'URSSAF de Paris avait révélé que l'entreprise X avait employé plusieurs salariés sans les avoir déclarés auprès des organismes de protection sociale, et travaillé en sous-traitance pour le compte de la société *Mory Team* (la société). Par une décision définitive rendue en matière correctionnelle, les dirigeants de l'entreprise X ont été déclarés coupables, notamment, du délit d'exécution d'un travail dissimulé et condamnés à verser à l'URSSAF une certaine somme à titre de dommages et intérêts. «La société» et son directeur ont été relaxés du chef des poursuites engagées contre eux pour avoir eu recours sciemment aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé. Mais l'URSSAF, après avoir mis «la société» en demeure de lui régler les cotisations et majorations de retard dues par son sous-traitant, a saisi la juridiction de Sécurité sociale. Même en l'absence de reconnaissance du délit de travail dissimulé, «la société» a, au final, été jugée responsable *in solidum* avec le sous-traitant du délit de travail dissimulé. Postérieurement, il a encore été jugé le 19 juin 2012 qu'une société mettant du personnel à la disposition d'une autre société contre rémunération, mais sans que cette dernière ne le déclare, peut être condamnée pour prêt de main-d'œuvre illicite. La seconde supportera aussi une condamnation pour travail dissimulé²⁴³⁶. Si les partenaires étaient amenés à inscrire leur collaboration dans la durée, l'adoption d'une démarche RSE aurait pu éviter de telles difficultés. Au final, leur partenariat explose, ce qui nuit à l'intérêt social de chacune des entités.

647 - Vision médiane de la RSE - Le prisme de la bonne foi nous invite à aller au-delà de l'approche minimaliste portée par les libéraux. La RSE s'exerce au profit maximisé des

²⁴³⁴ ALLOUCHE (J.), LAROCHE (P.), « *Responsabilité sociale et performance financière des entreprises : une synthèse de la littérature* ». Colloque Responsabilité sociale des entreprises : réalité, mythe ou mystification ?, Mar 2005, Nancy, France.

²⁴³⁵ Civ., 17 janv. 2008, pourvoi n° 06-21961.

²⁴³⁶ Crim., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-82.391.

parties prenantes²⁴³⁷ dont on sait qu'elles influencent grandement la profitabilité de la firme : « *Le résultat est simple. Les firmes les plus rentables sont celles qui ont instauré un système de travail à hautes performances, associant autonomie des travailleurs et management participatif. Et elles génèrent moins de stress que les autres !* »²⁴³⁸. Au regard de la triangulation des relations de travail, c'est dans ce cadre ambitieux que porte la réflexion de la RSE. Aller plus loin relèverait de l'incantation. Les motivations des entrepreneurs ne sont pas philanthropiques ; elles sont de nature économique et visent la flexibilité. Il est donc rationnellement impossible de viser un modèle maximaliste du volontarisme social où les entreprises favoriseraient activement les projets sociaux, même rentrant en conflit avec la valeur créée pour les porteurs de titres.

648 - La bonne foi comme socle du modèle d'élargissement positif de la RSE - L'analyse économique du droit nous enseigne que le droit a pour mission de proposer des règles qui permettent aux parties prenantes de coordonner leurs actions de manière pacifique. En l'occurrence, la théorie des jeux intervient pour expliquer de quelle manière les interactions peuvent évoluer vers une solution gagnante pour tous. Des jeux sont à somme positive, c'est-à-dire qu'un gain pour tous peut en être retiré. Il s'agit de ceux de coopération et de coordination²⁴³⁹, le respect du principe de bonne foi relevant de ces derniers.

Ce principe permet de faire diminuer les risques civil et pénal²⁴⁴⁰. En effet, l'ingérence d'un client, producteur de biens et de services et soucieux de maîtriser les échanges avec sa propre clientèle, induit des risques juridiques et de conflits. Sans nuire au traitement égalitaire entre salariés, les pratiques managériales peuvent être différenciées selon les marchés, ce qui crée une inconstance nuisible au climat social et au respect des accords d'entreprise qui auraient pu être conclus. Ce traitement différencié des salariés de la part de l'employeur de droit risque d'en priver certains de la protection offerte par ses propres IRP et par les organisations syndicales qui finissent par disparaître physiquement. L'externalisation peut aussi entacher l'obligation patronale de sécurité pour laquelle la jurisprudence²⁴⁴¹ soutient que l'employeur

²⁴³⁷ Il s'agit du « modèle intermédiaire de l'élargissement positif » porté par FREEMAN (E. R) dans *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Boston, Pitman, 1984.

²⁴³⁸ GAZIER (B.), *Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi*, Flammarion, 2003, p. 275.

²⁴³⁹ A la différence des jeux de coordination, les jeux de coopération mettent en évidence que si un joueur choisit l'option non coopérative (défection), celui-ci aura un gain supérieur à ce qu'il aurait eu sous la coopération de tous. Cette posture relèverait de la compétitivité de court terme et non de la performance. Elle n'intéresse donc pas notre réflexion.

²⁴⁴⁰ V. Crim., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-82.391 ; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-09.175. ; Civ., 17 janv. 2008, pourvoi n° 06-21.961.

²⁴⁴¹ Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-18.603. V. aussi un tempérament à l'obligation de résultat avec l'arrêt Soc., 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-19.702.

est tenu d'une « obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs »²⁴⁴² et qu'il manque « à cette obligation lorsqu'un salarié est victime, sur le lieu de travail, d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures pour faire cesser ces agissements »²⁴⁴³. Cette responsabilité est d'ailleurs partagée avec l'employeur de fait.

Le modèle intermédiaire d'élargissement positif de RSE permet de mettre en place, entre partenaires, des normes de coordination ou des standards de comportements de toutes sortes. Les externalités de réseau qui en découlent génèrent des effets d'entraînement, juridiquement, socialement et économiquement profitables aux diverses parties prenantes : « À mesure que le nombre d'adhérents à une convention augmente, l'intérêt pour les autres d'adhérer également augmente encore plus »²⁴⁴⁴. Le droit n'a alors qu'un rôle minimaliste à jouer, laissant aux parties prenantes le soin d'autoréguler leurs attitudes ; il peut simplement « énoncer la norme pour accélérer l'adhésion »²⁴⁴⁵. C'est ce qu'il fait lorsque, *via* le droit commun des contrats, il étend le principe de loyauté à l'ensemble du processus contractuel : l'article L. 1104 C. civ. (*nouv.*) dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ». L'article L. 1134 C. civ. (*anc.*) posait le principe de loyauté dans l'exécution des conventions uniquement²⁴⁴⁶.

649 - L'action précède la rationalisation des opinions : la RSE est un acte engageant économiquement profitable - Cette posture traduit un engagement qui s'auto-entretient, sachant que certains individus agissent et pensent en fonction de leurs actes antérieurs.

L'adoption d'une démarche RSE entre partenaires à la triangulation des relations de travail permet de diminuer certains coûts de coordination liés à la négociation de contrats. Dans un système de marché, chaque entreprise doit négocier et conclure des contrats séparés pour chaque transaction. S'il est nécessaire de chercher à persuader le partenaire pour chaque contrat, le prêt de main d'œuvre risque de diminuer la profitabilité, car certains négociateurs n'auront plus leur attention focalisée sur la création de valeur marchande.

²⁴⁴² Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-18.603, publié au bulletin.

²⁴⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴⁴ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 53.

²⁴⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁴⁶ C. civ., art. L. 1134 (*anc.*) créé par la loi 1804-02-07 promulguée le 14 fév. 1804 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

La substitution des principes de la RSE et des actes engageant aux stratégies de négociation et de persuasion se révèle alors profitable : « *Les effets à long terme de l'engagement librement consenti semblent supérieurs aux stratégies de persuasion. En définitive, les apports potentiels de l'engagement sont considérables* »²⁴⁴⁷. L'action d'adhésion à des codes de bonne conduite ou la démarche de certification procèdent donc d'une vision selon laquelle l'action précède la rationalisation. Elle s'avère à ce titre compatible avec un (nouvel) esprit du capitalisme capable de s'autoréguler et où l'entreprise devient un lieu de fabrication de biens communs²⁴⁴⁸. Parce que la démarche rend possible la coexistence des intérêts financiers avec la responsabilité sociale des sociétés, croissance de l'entreprise et productivité des salariés deviennent rationnellement soutenables.

§2 - Une démarche de négociation collective

650 – Présentation - La négociation collective permet de réguler avec une plus grande ampleur et de nouvelles ambitions les relations de triangulation. On peut tout d'abord observer que les dispositifs actuels basés sur l'engagement et la responsabilité butent sur certaines limites (A). On peut ensuite mesurer, au sens de l'analyse économique du droit, combien la négociation collective se révèle efficiente (B).

A) Une nécessaire démarche de négociation

651 - Position du problème - Il s'agit de réfléchir à une protection des intérêts économiques et des actifs concernés par les mutations du travail²⁴⁴⁹ qui soit plus stable que la démarche de droit souple ; celle-ci reste, en effet, basée sur le volontariat. Cette réflexion doit pouvoir s'opérer dans l'immédiat, sans avoir à créer de nouveaux statuts tels que l'ont fait certains pays européens. L'Espagne par exemple, a créé en 2007 un statut hybride de travailleur autonome économiquement dépendant²⁴⁵⁰, adossé à un accompagnement assurantiel consacrant une volonté de sécurisation *dans* l'emploi. L'Italie, le Royaume-Uni de Grande-

²⁴⁴⁷ PLANE (J-M), *Théorie des organisations*, Dunod, 4^{ème} édition, 2013, p. 104.

²⁴⁴⁸ V. EYMARD-DUVERNAY (F.), *Économie politique de l'entreprise*, 2004, Repères, La Découverte. Dans cet ouvrage l'auteur décèle une crise de l'entreprise capitaliste visible dans une tension entre capitalisme et démocratie. Si l'entreprise est vue comme un lieu de fabrication de biens communs, elle érigera les valeurs comme dogme au sein du contrat ; V. aussi PHILIPPON (Th.), *Le capitalisme d'héritiers – La crise française du travail*, Seuil, 2007.

²⁴⁴⁹ A propos des mutations du travail, V. France stratégie 2017-2027, *Nouvelles formes du travail et de la protection des actifs, enjeux*, mars 2016.

²⁴⁵⁰ Loi n°20/2007 du 11 juil. 2007 portant statut du travail autonome.

Bretagne, l'Irlande du nord et l'Allemagne ont fait de même²⁴⁵¹ : « *On relèvera la disparité des solutions nationales qui ne favorise guère une démarche d'harmonisation européenne* »²⁴⁵². De même, la réflexion doit pouvoir être envisagée sans imaginer conceptuellement une refonte plus globale des statuts et des protections au sein d'un droit plus englobant, qui pourrait être celui d'un *droit de l'activité professionnelle*. Il s'agit simplement de mieux appliquer la norme telle qu'elle existe actuellement.

652 – « Mieux » dialoguer - Dans le cadre des statuts actuels qui conservent la distinction entre salariat et travail indépendant, il importe de considérer les leçons que nous apporte l'évolution du droit du travail. Cette prise en compte permet d'appréhender la *qualité* de la régulation normative par les parties prenantes. En matière de droit du travail, les logiques de droit dur et d'interventionnisme étatique deviennent en effet très largement contestées, par le législateur, tout comme par les acteurs économiques et sociaux.

Tout d'abord, en dehors des règles d'ordre public de protection, de règles de droit économique, mais aussi des rapports de production entre plusieurs normes, la conduite efficace des affaires nécessite de ne pas inscrire la question normative dans un temps long. Investir le champ des *clauses dites « de rendez-vous »* par exemple, peut renforcer la qualité de la négociation entre partenaires sociaux. Celles-ci ne sont par ailleurs pas spécifiques au droit (positif) du travail puisqu'elles concernent aussi, dans la pratique, de grands secteurs d'activités²⁴⁵³ tout comme certaines lois ou directives communautaires prévoyant que des questions seront l'objet d'un nouvel examen à une échéance déterminée²⁴⁵⁴. Ces clauses pourraient *nécessairement* être mises en œuvre par la prise en compte de l'imprévision²⁴⁵⁵ : elles participeraient alors d'une volonté d'efficacité et donc, de performance. La *renégociation* qu'elles peuvent entraîner témoigne, plus encore, de l'effectivité du principe de *bonne foi*. Elles permettraient alors d'adapter les conditions d'emploi à des situations

²⁴⁵¹ ANTONMATTEI (P.-H.), SCIBERRAS (J.-C.), *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à Monsieur le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, nov. 2008, p. 7.

²⁴⁵² *Ibidem*.

²⁴⁵³ Liaisons sociales, Conventions et accords, « *Industries chimiques, valeur du point et complément de salaire en 2011* », n° 74/2011, 11 avr. 2011 : « *Un accord sur l'évolution des salaires en 2011 dans les industries chimiques a été conclu, le 26 janvier 2011, entre la partie patronale, emmenée par l'UIC, et les fédérations CFTD, CFE-CGC et CFTC. Retenant deux étapes de revalorisation et incluant deux clauses de rendez-vous, ce texte succède à une recommandation patronale, faute d'accord en 2010* ».

²⁴⁵⁴ Circ. 9 nov. 1998 relative à la procédure de suivi de la transposition des directives communautaires en droit interne, art. 2.3 : « *Enfin, dans le cas particulier où la directive comporte des dispositions prévoyant que certaines des questions relevant de son champ d'application feront l'objet d'un nouvel examen à une échéance prédéterminée (clause dite " de rendez-vous "), le SGCI veillera à ce que toutes mesures soient prises pour que le délai ainsi accordé soit employé à préparer la position de la France dans les discussions à venir* ».

²⁴⁵⁵ C. civ., art. L. 1195 (nouv.).

nouvelles, à un coût maîtrisé, au profit de l'ensemble des parties prenantes. Cette démarche relève d'une posture efficiente car elle prend en compte les intérêts réciproques : « *L'intérêt bien compris peut motiver directement les entreprises et leur faire conclure des partenariats ou des engagements à long terme* »²⁴⁵⁶. On y voit alors une condition d'efficience au sens de Posner, et plus spécifiquement l'effectivité de la finalité économique des conventions, puisque la diversité de ces clauses permet la réduction des coûts de transactions et incite à la coopération²⁴⁵⁷.

Ensuite, il convient d'éviter un facteur de risque, un cercle vicieux évident dans lequel la mauvaise qualité du dialogue social peut justifier l'intervention de l'Etat, cette intervention désresponsabilisant en retour les négociateurs potentiels²⁴⁵⁸ : la désresponsabilisation n'aide alors pas à la prise en compte des activités de coordination et de coopération qui participent à la valorisation de l'intérêt social. Nourrir cette valeur supérieure nécessite de construire ou simplement de restaurer des dispositifs développant le dialogue social et son liant, la confiance : elle est au marché du travail ce que la main invisible de Smith est aux marchés en général.

653 - Émergence d'une hypothèse : la convention comme outil de flexicurité - Tenir compte de l'histoire de notre droit ne nous exonère pas de tenir compte, aussi, de ses réussites. À plusieurs égards, ses évolutions contemporaines témoignent de l'efficacité de dispositifs qui développent les possibilités de compromis entre les acteurs sociaux tout en se révélant profitables à leurs intérêts.

Tout d'abord, au travers de l'étude du concept politique de *flexisécurité*, le Pr. Alexis Bugada explique que sa promotion récente « *vise à provoquer un changement de paradigme, sur la base de grands compromis, dans les politiques sociales en France et en Europe* »²⁴⁵⁹. Au soutien de cette analyse, il développe la capacité des employeurs et des salariés à *marier les contraires*, à rechercher les méthodes et substituts pour adapter les acquis sociaux des Trente glorieuses aux nécessités économiques, sans négliger « *l'acceptabilité sociale nécessaire au*

²⁴⁵⁶ GAZIER (B.), *Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi*, Flammarion, 2003, p. 274.

²⁴⁵⁷ SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015, p. 193.

²⁴⁵⁸ FERRACCI (M.), GUYOT (Fl.), *Dialogue social et performance économique*, Sciences PO. Les Presses, 2015, p. 94.

²⁴⁵⁹ BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de Juris Diversitas, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 419.

maintien de l'appareil productif »²⁴⁶⁰. On y voit aussi une possibilité désormais privilégiée, tout au moins offerte, de produire des dispositions conventionnelles organisant des relations de travail rompues aux nécessaires principes de souplesse et de sécurisation réciproques.

Ensuite, grâce au statut collectif du contrat, le Pr. Franck Petit indique qu'il est désormais plus aisé d'obtenir l'acceptation anticipée du salarié à l'évolution de son contrat. Au soutien de son analyse, il présente l'exemple typique de la clause de mobilité : « *La nécessité de recueillir à chaque modification du contrat l'acceptation du salarié rend sa gestion difficile. C'est pourquoi de nombreuses clauses ont vu le jour pour obtenir, de manière anticipée, l'acceptation du salarié à l'évolution de son contrat* ».

Dans tous les cas, et quelles que soient les négociations contractuelles ou conventionnelles entreprises, les évolutions récentes ne pourront s'envisager qu'au travers du prisme de la bonne foi²⁴⁶¹. Les textes nouveaux permettent de le soutenir : la consécration du principe d'éthique devient ancrée dans la raison et non plus uniquement dans la sensibilité ou la subjectivité. Il devient un "liant" au travers duquel l'ensemble des relations de travail doit désormais s'envisager. Il permet dans le même temps de garantir que ne soit pas opposé au processus de contractualisation du droit social un soupçon d'injustice : quelquefois, la loi des parties peut en effet, sous couvert d'autonomie de la volonté, opprimer et affranchir²⁴⁶² le plus faible. Selon la célèbre formule de Fouillée, il pourra désormais être affirmé : « *Qui dit contractuel dit juste* »²⁴⁶³.

Cette évolution culturelle permet de dessiner une nouvelle modalité de régulation. On sait, en effet, que l'organisation de la société actuelle accorde une place de plus en plus importante à la responsabilité : responsabilité sociale et sociétale, responsabilité civile, responsabilités relationnelles.

²⁴⁶⁰ *Ibidem*.

²⁴⁶¹ Comme facteur transcendant, le *prisme de la bonne foi* est désormais envisagé comme principe d'ordre public. L'article L. 1104 C. civ. (*nouv.*) affirme qu'il s'applique désormais à tout le processus contractuel : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.* »²⁴⁶¹ L'ancien article L. 1104 C. civ. ne mentionnait une affirmation du principe que lors de l'exécution du contrat : il a été modifié par l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016. Désormais, la bonne foi précontractuelle trouve légalement toute sa place, alors que le principe n'était auparavant affirmé que par la doctrine ou ne résultait que de décisions de la Cour de cassation. On retrouve ainsi la jurisprudence relative à la conduite et à la rupture de pourparlers à l'article L. 1112 *al.* 1^{er} C. civ. (*nouv.*) « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.* » ; l'article L. 1222-1 C. trav. disposant uniquement que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* », il mériterait probablement d'être modifié.

²⁴⁶² V. FABRE-MAGNAN (M.), « *Le forçage du consentement du salarié* », *Le Droit Ouvrier*, juil. 2012, n° 768.

²⁴⁶³ *Ibidem*.

654 – Responsabilité patronale collective - Pour ce qui concerne la responsabilité sociale et sociétale, afin que les groupes prennent en charge la prévention des externalités négatives que peuvent produire leur comportement économique, la loi est venue instituer le *devoir de vigilance*²⁴⁶⁴. On y voit une restauration de la responsabilité là où elle a tendance à se diluer, en raison du fonctionnement réticulaire. Mme Vanessa Monteillet met ainsi en évidence une exploitation extensive de la responsabilité de l'employeur s'étendant au-delà de la relation contractuelle de travail²⁴⁶⁵.

Dans le même temps, elle permet aux grandes entreprises de prévenir les risques humains et environnementaux que peuvent causer leurs activités ; le devoir de vigilance vise indifféremment les activités de la société-mère, mais également celles des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement (C. com., art. L. 225-102-4, I *nouv.*) ; de même, le plan de vigilance doit concerner celles de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation (C. com., art. L. 225-102-4, I *nouv.*). Il se décline en deux modalités : un « *plan de vigilance* », ainsi que des sanctions en cas de méconnaissance des obligations.

Cependant, les dispositions portées aux articles 1, 2 et 3 de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres, ont cependant été déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017²⁴⁶⁶. Elles soulevaient, en effet, des questions

²⁴⁶⁴ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordres, JO 28 mars. V. aussi Liaisons sociales, Quotidien, Le dossier juridique, « *Devoir de vigilance : les nouvelles obligations* », n° 87/2017, 10 mai 2017.

²⁴⁶⁵ MONTEILLET (V.), « *Responsabilité patronale, responsabilité salariale : des ressources juridiques exploitables au service des enjeux environnementaux* », Les cahiers sociaux, n° 301, nov. 2017, p. 2.

²⁴⁶⁶ Il ressort de cette décision que : « 8. *S'il est loisible au législateur de soumettre les sociétés entrant dans le champ d'application du paragraphe I de l'article L. 225-102-4 du code de commerce à différentes obligations ayant pour but de concourir au respect, par ces sociétés et leurs partenaires économiques, de différents droits et libertés, il lui revenait toutefois, dès lors qu'il assortissait les obligations qu'il posait d'une sanction ayant le caractère d'une punition, de définir celles-ci en termes suffisamment clairs et précis.* 13. *Compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis.* 17. *En premier lieu, si les dispositions contestées soumettent certaines sociétés à l'obligation d'établir un plan de vigilance et d'adopter des mesures de contrôle interne propres à prévenir les risques engendrés par leurs activités ainsi que celles des sociétés qu'elles contrôlent et de certains de leurs sous-traitants et fournisseurs, elles ne leur*

sémantiques²⁴⁶⁷, de périmètre de responsabilité et d'atteintes portées à la liberté d'entreprendre. On en reste finalement à l'obligation de moyens portée par le consensus international : « *L'ambition partagée est ainsi de favoriser, par la gestion des risques sur toute la chaîne de valeur, des prises de décisions plus responsables* »²⁴⁶⁸.

On note toutefois que la Cour de cassation a dernièrement permis d'engager la responsabilité extracontractuelle du donneur d'ordre dès lors que les salariés subissent un préjudice du fait d'un manquement qui lui est imputable ; le juge décide de « *la possibilité pour un tiers au contrat de se prévaloir, sur le fondement délictuel, d'un manquement contractuel qui lui a causé un préjudice ne peut pas résulter du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vice* »²⁴⁶⁹.

655 - La responsabilité civile - L'analyse économique des règles de responsabilité souligne ensuite leurs effets sur les incitations à limiter le risque. Elle vise une logique de réunion en une seule intervention juridique : un effet dissuasif en direction de l'auteur des dommages et une indemnisation en direction des victimes.

S'il n'est pas possible d'user du principe de précaution pour réduire ou éliminer les facteurs de risque, et en l'absence d'assurance, la responsabilité civile apparaît donc comme le moyen de contrôler le risque, c'est-à-dire le comportement à l'origine d'un dommage : « *L'individu adopte un niveau de précaution socialement optimal, c'est-à-dire celui qui minimise la somme du coût de prévention et de l'espérance de dommage aux tiers* »²⁴⁷⁰. Son régime permet aussi d'y associer la question de l'indemnisation des victimes. Ainsi, le niveau de la sanction est égal au dommage infligé tel qu'établi par la preuve au cours du procès²⁴⁷¹ : il s'agit du principe de réparation intégrale qui établit une stricte équivalence entre le niveau

confèrent toutefois aucune prérogative de nature à porter atteinte à la liberté d'entreprendre de ces derniers », etc. Liste non exhaustive. Au final, le Conseil Constitutionnel a décidé : « Article 1er. - Sont contraires à la Constitution les dispositions suivantes de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : - le dernier alinéa de l'article 1er ; - le troisième alinéa de l'article 2 ; - l'article 3. »

²⁴⁶⁷ Par exemple, la question du périmètre ; la loi ne définit pas la notion de « relation commerciale établie », déjà utilisée par les articles L. 420-2 et L. 442-6 C. com. Selon la jurisprudence, elle se caractérise par la régularité, le caractère significatif et la stabilité de la relation commerciale. Une « relation établie » n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties. Elle peut être caractérisée par une succession de contrats ponctuels lorsqu'il en résulte une relation commerciale régulière, significative et stable (Com., 15 sept. 2009, pourvoi n° 08-19.200, publié au bulletin).

²⁴⁶⁸ FRANCE STRATEGIE, « *Texte de référence sur la responsabilité des entreprises partagé par les membres de la Plateforme RSE* », www.strategie.gouv.fr

²⁴⁶⁹ Cass. 3e civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, publié au bulletin.

²⁴⁷⁰ DEFFAINS (B), LANGLAIS (É), *Analyse économique du droit*, de boeck, 1^{ère} édition, 2009, p. 75.

²⁴⁷¹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 163 ; V. aussi Soc., 13 avr. 2016, pourvoi n° 14-28.293, publié au bulletin.

d'indemnisation et la réparation du préjudice. On y voit la tradition d'une responsabilité civile qui a longtemps été pensée en France comme une matière autonome, s'alimentant elle-même au fur et à mesure des conflits : « *Du côté de la Common Law au contraire, la Tort Law n'est plus l'apanage du droit. (...) L'objectif économique principal d'un système de responsabilité civile doit être la minimisation du coût social des accidents, voire leur prévention* »²⁴⁷². Dans ce cadre, certains envisagent de sanctionner la faute en privant l'auteur de tous les gains dont il aurait pu bénéficier. Le caractère dissuasif est alors plus marqué puisqu'il peut compenser plus efficacement un préjudice personnel pour lequel le juge peut maximiser la valeur de la personne et de ses intérêts. Pour le Pr Christophe Radé, même en l'état actuel du droit, « *le principe de réparation intégrale ne constitue un obstacle à l'allocation de dommages et intérêts punitifs qu'en présence de préjudices matériels directement chiffrables* »²⁴⁷³.

En matière de relations triangulaires d'emploi et de travail temporaire, l'entreprise de travail temporaire qui rompt la relation de travail avant la date prévue est tenue de proposer au salarié un nouveau contrat prenant effet dans les trois jours ouvrés. Ce contrat ne doit comporter aucune modification d'un élément essentiel lié au socle contractuel (rémunération, horaire de travail, temps de transport, etc.). Si tel n'est pas le cas, et que le nouveau contrat est d'une durée inférieure à celle restant à courir, une rémunération équivalente à celle perçue jusqu'au terme, y compris l'indemnité de fin de mission, doit être servie au salarié²⁴⁷⁴. C'est le principe de réparation intégrale qui est visé.

Si l'utilisateur met fin de façon irrégulière à l'activité du salarié, il engage sa responsabilité selon le droit commun. L'entreprise de travail temporaire n'aura pas à reclasser, en l'espèce, le travailleur puisqu'elle n'est pas à l'origine de la rupture. Ce dernier aura alors à solliciter la requalification de son contrat auprès de l'utilisateur. De la même manière, ledit travailleur pourra demander la requalification de son contrat de mission en contrat à durée indéterminée (CDI) si le recours aux contrats successifs est abusif. Cette conséquence est basée sur le principe selon lequel « *le contrat de mission, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice* »²⁴⁷⁵. L'employeur s'expose alors à voir le contrat initial transformé en CDI : il ressort des dispositions de l'article L. 1251-39 C. trav. que « *lorsque l'entreprise utilisatrice continue de faire travailler un salarié temporaire après la fin de sa mission sans*

²⁴⁷² SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), préc., p. 178.

²⁴⁷³ RADÉ (C.), « *Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ?* », dans *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2000. Le principe de précaution. p. 75.

²⁴⁷⁴ C. trav., art. L. 1251-26.

²⁴⁷⁵ C. trav., art. L. 1251-5.

avoir conclu avec lui un contrat de travail ou sans nouveau contrat de mise à disposition, ce salarié est réputé lié à l'entreprise utilisatrice par un contrat de travail à durée indéterminée ».

Pire encore, la condamnation *in solidum* des deux personnes morales peut être prononcée dès lors que l'une et l'autre ont manqué à leurs obligations. Sur le fondement de l'article L. 1231 C. civ. (*anc.*), la Cour de cassation a décidé qu'« *encourt dès lors la cassation l'arrêt qui rejette le recours en garantie formé par l'entreprise de travail temporaire à l'encontre de l'entreprise utilisatrice aux motifs qu'ayant régulièrement et sciemment affecté le salarié à l'usage exclusif de cette dernière, elle ne pouvait demander à être garantie de toute condamnation alors qu'ayant condamné in solidum les deux sociétés, la cour d'appel devait déterminer la contribution de chacun des coobligés dans la réparation du dommage* »²⁴⁷⁶. Antérieurement, le 20 mai 2009, elle avait eu à juger une espèce dans laquelle « *la société Victor Bonnevie fait grief à l'arrêt d'avoir requalifié à son égard en contrat de travail à durée indéterminée le contrat de travail de M. X..., d'avoir décidé que la rupture de la relation contractuelle devait être analysée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, de l'avoir déclaré avec la SAE travail temporaire responsables in solidum des conséquences de la rupture abusive du contrat de travail de M. X... et de l'avoir condamnée à payer à ce dernier une indemnité de requalification, une indemnité de préavis, des congés payés sur préavis, un rappel de salaires, les congés payés correspondants, des dommages-intérêts pour rupture abusive* » ; se cumulaient alors la question de l'indemnisation et celle de la responsabilité *in solidum*. Le juge a ainsi un rôle essentiel dans le renforcement du caractère dissuasif des condamnations civiles, que l'allocation de dommages et intérêts punitifs pourrait accroître. Il est probable que la prévention prendrait alors le pas sur la répression et que la performance globale en sortirait renforcée.

656 - L'ambition du « contrat relationnel durable » comme réponse aux limites de la responsabilité civile - Même si la lecture économique des responsabilités est singulièrement éclairante, elle pointe une logique incitative liée à la crainte (dissuasion liée à l'indemnisation). L'ambition peut aussi mobiliser les partenaires sociaux : celle de faire vivre un contrat relationnel. Elle voit ainsi ériger leur comportement vers le souci de performance globale, au détriment des quatre fondements de la responsabilité civile : le dommage, la faute, la causalité, la faculté de discernement.

²⁴⁷⁶ Soc., 24 avr. 2013, pourvoi n° 12-11.793 ; V. aussi Soc., 20 mai 2009, pourvoi n° 07-44.755.

Ce processus ne peut fonctionner que si les relations de travail visent à construire un véritable pacte de confiance : Mme Marie Claire Villeval le qualifie de « *contrat relationnel durable* »²⁴⁷⁷. Il permet, au travers de modèle du choix rationnel²⁴⁷⁸, de gérer les éléments d'incertitude sur le plan de la prévention. La construction du contrat relationnel s'analyse économiquement comme un calcul de prévention : « *Si les solutions sont connues, on vérifie si le coût de la solution est inférieur au montant de la perte qu'elle empêche. Dans l'affirmative, on l'adopte par soi-même ou par l'entreprise d'un tiers* »²⁴⁷⁹. En l'occurrence, le droit négocié peut être analysé comme un « calcul de prévention » : il permet l'adaptabilité d'une norme de droit dur génératrice de comportements opportunistes²⁴⁸⁰, le légitime en entraînant une évolution pérenne des comportements²⁴⁸¹, tout en permettant de consacrer la voix des salariés²⁴⁸².

Tout en devenant une norme à la fois éthique et juridique²⁴⁸³, les conventions d'entreprise ou les accords de branche, indifféremment, permettent téléologiquement de jeter les bases d'un dialogue social réussi. Ce dessein se renforce avec la disparition de la hiérarchie structurelle entre les accords de champ plus large et ceux de champ plus restreint, appelés auparavant de niveau inférieur²⁴⁸⁴. Ainsi, pour faire face à la grande hétérogénéité des situations de dialogue social que génère la mondialisation notamment, « *l'État peut garantir que les démarches de RSE n'excluent pas les représentants des salariés et favoriser un dialogue social (...). Une telle politique des pouvoirs publics s'inscrirait dans la logique du droit du travail qui tend à limiter l'autorégulation unilatérale des relations de travail par les entreprises (Supiot, 1989)* »²⁴⁸⁵. Ainsi, un code de bonne conduite ne peut être adopté sans consultation préalable des représentants du personnel *via* le CHSCT ou le comité social et économique (CSE, pour avis).

²⁴⁷⁷ VILLEVAL (M. C.), *L'économie comportementale du marché du travail*, Sciences Po, Sécuriser l'emploi, nov. 2016.

²⁴⁷⁸ Pour MM. Ejan MACCKAAY et Alain PARENT « *le modèle du choix rationnel présume que nous comparons les retombées pour nous de différentes actions que nous pouvons entreprendre, pour retenir celle qui nous avantage le plus.* » ; V. MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 43.

²⁴⁷⁹ MACKAAY (E.), PARENT (A.), préc., p. 44.

²⁴⁸⁰ Il permet de prévoir un contenu organisationnel au contrat de travail tout en organisant la défiance en son sein.

²⁴⁸¹ VILLEVAL (M. C.), préc., p. 84 : « *les recherches sur l'engagement (...) ont montré que l'homme agit et pense en fonction de ses actes antérieurs.* » : les actes précèdent ainsi la rationalisation des opinions.

²⁴⁸² Si la confiance repose sur l'équité de la politique salariale, elle repose aussi sur des éléments relatifs au partage du pouvoir, à l'expression et à la reconnaissance.

²⁴⁸³ CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010, p. 94-95.

²⁴⁸⁴ BUGADA (A.), « *L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel* », La semaine juridique, édition sociale, n° 6, 13 fév. 2018.

²⁴⁸⁵ SOBCZAK (A.), RORIVE FEYTMANS (B.), HAVARD (C.), « *Comment réguler les relations triangulaires de travail ? La RSE face au droit dans le travail intérimaire et les centres d'appels* », Travail et Emploi n° 114, avril-juin 2008, p. 28.

Par application du principe de bonne foi, il conviendrait même d'impliquer les représentants du personnel lorsque leur consultation n'est pas obligatoire. L'État peut enfin aller au-delà de l'imposition d'une simple consultation formelle, en favorisant la négociation sur la RSE dans les entreprises dont il est actionnaire. Cette pratique existe déjà dans certaines entreprises multinationales – dont beaucoup d'origine française - concluent des accords-cadres avec les fédérations syndicales internationales ; enfin, « *pour stimuler le développement de ces accords, l'État peut aussi faire de ces accords un critère d'attribution des marchés publics* »²⁴⁸⁶.

657 - La nécessité d'une négociation collective - Les conventions de branche ou d'entreprise sont des modèles, des normes à caractère directif et éthique. Intégrées à l'ordre juridique, elles en acquièrent le statut de norme juridique. Malgré le principe d'autonomie de la volonté qui pourrait avoir pour conséquence d'exclure la convention de l'ordre juridique, appréhender l'accord ou la convention comme des actes normatifs autonomes à l'égard du droit objectif n'a aucune valeur en droit positif : « *L'autonomie de la volonté est une doctrine philosophique, ou politique, dont les promoteurs sont encore nombreux mais il n'est, en revanche, pas un principe juridique qui exclurait la convention de l'ordre juridique. Une grande majorité de la doctrine contemporaine s'accorde sur ce point, le contrat est valable dans la mesure où il est produit conformément aux exigences du Droit* »²⁴⁸⁷.

Grâce aux différentes facettes de la responsabilité, les acteurs économiques peuvent sécuriser leurs relations juridiques. Cependant, la confusion dans les situations de subordination tout comme l'absence de caractère normatif des démarches RSE, créent une *normativité ambiguë*²⁴⁸⁸. Grâce au processus de conventionnalisation du droit, il convient de mettre en place des démarches préventives associant l'exigence de liberté d'entreprendre à la nécessaire incitation aux comportements convergents. En *normalisant ces ambiguïtés*, le droit négocié permet alors de répondre à ces exigences.

B) Une démarche de négociation optimale

La démarche de négociation collective permet de restaurer les droits sociaux des salariés. Dans le même temps, la question reste posée de savoir si l'entreprise peut y trouver intérêt.

²⁴⁸⁶ *Ibidem*.

²⁴⁸⁷ CHARBONNEL (L.), préc., p. 96.

²⁴⁸⁸ En référence à l'article du Pr. Olivier FAVEREAU, « *Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005.

S'il est nécessaire de s'interroger sur la question de sa légitimité (1) il convient ensuite d'en mesurer les effets au regard d'une démarche d'efficience en analyse économique du droit (2).

1) La négociation est légitime

658 - Les syndicats ont un rôle à jouer – L'évolution du modèle de régulation est possible grâce à la voie conventionnelle. Elle évite de remettre en cause les distinctions de travail salarié et indépendant que nous connaissons actuellement, tout en bénéficiant des évolutions que nos modèles normatif et interprétatif permettent. Concomitamment, cela devrait pouvoir satisfaire les confédérations et fédérations syndicales qui peuvent y trouver une pérennisation sinon un regain de la légitimité de leur action : gérer efficacement les questions de triangulation pourrait, en effet, entraîner un regain d'adhésions syndicales, d'autant qu'elles touchent un nombre croissant de travailleurs. Le modèle conventionnel ayant valeur de norme juridique, il permet de légitimer les actions de défense des intérêts individuels et collectifs, ou, tout au moins, d'asseoir leur pouvoir, grâce aux bénéfices tirés d'un dialogue social réussi.

659 - L'évolution conventionnelle compense la balkanisation des droits - Elle répond à l'indispensable protection des salariés rendue nécessaire par la réalité du fonctionnement économique : « *La précarité et l'extériorisation (y compris internationale à l'intérieur du pays) gagnent de jour en jour et la prétendue économie collaborative multiplie les occasions de contourner l'ensemble des règles du droit du travail* »²⁴⁸⁹.

À l'endroit des salariés stabilisés dans la relation individuelle de travail, le droit conventionnel réinstaura un rapport de forces compensant le forçage du consentement individuel, dont on sait qu'il peut nuire par ailleurs à l'ensemble des protections juridiques prévues par le Code du travail. Les risques liés à l'obligation de sécurité, de stabilité de la rémunération contractuelle, d'exercice des droits individuels en général, sont là pour en témoigner.

Les travailleurs concernés par l'extériorisation de l'emploi sont quant à eux touchés par une inexistence (relative et contingente) de l'exercice des droits collectifs liée à l'éclatement de la notion d'entreprise : « *Il y a même des externalisations d'externalisations, combinant les sous-traitants en cascade, avec une dilution croissante des responsabilités entre les différents*

²⁴⁸⁹ RAY (J.-E.), « *La loi qui libère...* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 757 ; dans cet article l'auteur défend les vertus d'une lecture *hétérodoxe* de la simplification du droit du travail. Pour une acception complémentaire, sinon différente du concept, voir celle portée par le Pr. Marc VERICEL dans son article « *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, oct. 2015.

employeurs »²⁴⁹⁰. Cette situation rend possible la dispersion et la coexistence des traitements accordés aux travailleurs, renforçant la dualité du modèle des *insiders* et des *outsiders*. L'atteinte de leurs droits peut même toucher à des garanties constitutionnelles : comment exercer le droit de grève par exemple ? Comment participer à l'œuvre commune de la collectivité de travail ? Ces travailleurs victimes de la « *galaxie de la flexibilité* »²⁴⁹¹ subissent nombre d'arbitrages économiques qui nuisent de plus à leur nécessaire protection économique²⁴⁹². La normalisation constitue ainsi une forme de protection à l'endroit d'un équilibre contractuel malmené qui se nourrit naturellement de l'état de dépendance économique. Des auteurs soulignent que « *la faiblesse du salarié ne dépend pas de la durée de la relation mais de la nature du pouvoir que l'employeur tient de l'existence même du contrat de travail* »²⁴⁹³.

Dans le cadre des relations triangulaires de travail, l'employeur peut organiser un prêt de main d'œuvre qui intègre le contrat de travail, préalablement signé, dans un réseau de relations éclaté. Cette intégration dilue l'autonomie juridique du salarié qui subit concomitamment l'éclatement du collectif de travail ; si la dépendance économique est manifeste, elle ne l'est pas plus que l'ineffectivité des droits de la personne concernée. Promouvoir un souci de flexibilité, sans accompagnement des mobilités, ne fait alors qu'aligner les conditions d'utilisation des travailleurs sur la fluctuation des besoins des entreprises.

660 - La conventionnalisation au service du droit de l'emploi – Il est incontestable que les personnes morales voient désormais stabilisés les bénéfices qu'apporte le prêt de main d'œuvre (dans son acception large) : celui d'une flexibilité nécessaire au maintien de l'appareil productif²⁴⁹⁴. La flexibilité interne notamment, sur ses modalités qualitatives (polyvalence des salariés) et fonctionnelles (organisation du travail, externalisation), permet d'éviter d'avoir à recourir aux modalités de flexibilité externe (contrats précaires, licenciements). Si son régime juridique bouscule les droits individuels et collectifs des salariés, il rend, dans le même temps, plus fluide le marché du travail en participant d'une limitation de ses rigidités structurelles et en sécurisant l'emploi.

²⁴⁹⁰ GAZIER (B.), *Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi*, Flammarion, 2003, p. 35.

²⁴⁹¹ *Idem*, p. 34.

²⁴⁹² V. Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69.175, publié au bulletin.

²⁴⁹³ ANTONMATTEI (P.-H.), SCIBERRAS (J.-C.), *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à Monsieur le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, nov. 2008, p. 12.

²⁴⁹⁴ A propos de la flexibilité, V. BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de *Juris Diversitas*, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 421.

L'organisation conventionnelle de la mobilité permet de rehausser les bienfaits du concept de flexicurité. Le cas échéant, elle permet de sécuriser la condition des salariés au cœur même de l'exécution du contrat travail : c'est alors une logique de protection *de* l'emploi qui est visée, en voyant s'éloigner le spectre des ruptures (contractuelles, sociales) que promeut la logique de parcours professionnel visée par la sécurité *dans* l'emploi. Celle-ci accepte l'allégeance à l'économie en reportant sur les acteurs politiques et sociaux l'accompagnement des salariés concernés. Elle ne semble éthiquement acceptable que dans la mesure où « *les aménagements doivent être systématiques et négociés* »²⁴⁹⁵. Ainsi, il sera permis d'y voir un solidarisme conventionnel, tant au profit de l'employeur (flexibilité) qu'au profit du salarié (nouveaux espaces de liberté).

661 - Le consentement n'est plus forcé - L'harmonisation conventionnelle des conditions d'emploi permet de valider, *in fine*, l'hypothèse d'autonomie de volonté et notamment le consentement *éclairé* ; même si l'article L. 1102 C. civ. *al.* 1 dispose que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* », les modalités d'exécution du contrat de travail ne sont pas toujours connues lors de son acceptation. La conventionnalisation des relations de travail externalisées permet au salarié d'accepter, en connaissance de cause, son statut collectif ; cela l'éloigne des risques qu'engendrent la mobilité ainsi que la confusion des subordinations.

Une convention qui prévoirait, dans une de ses stipulations, que le salarié sera soumis au statut conventionnel le plus favorable, ne peut que l'inciter à s'engager pleinement. Cet engagement lui permettra de voir consacrée, dans le même temps, son aire d'autonomie collective : droit d'appartenance à une vraie collectivité de travail, capacité à participer, par le biais de ses représentants du personnel et syndicaux, au dialogue avec l'employeur, développement de la confiance dans les relations collectives du travail par la sécurité que peuvent apporter des accords de méthode, accroissement de la puissance de négociation²⁴⁹⁶, etc.

662 - La bonne foi comme objet de droit, efficace - La légitimité de la normalisation conventionnelle repose enfin sur des hypothèses de travail valides. Le droit négocié, qu'il

²⁴⁹⁵ GAZIER (B.), *Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi*, Flammarion, 2003, pp. 132 et s. : l'auteur invite à prendre en compte, de façon réellement consentie, l'ensemble des interactions entre transitions, et leurs répercussions économiques.

²⁴⁹⁶ JEAMMAUD (A.), MASSE-DESSEN (H.), « *Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ?* », Semaine sociale Lamy, avr. 2006, n° 1257, p. 11.

concerne les unités économiques et sociales ou les accords de groupe par exemple, matérialise les modalités de sécurité que nous avons précédemment envisagées. Il s'inscrit dans des relations pérennes entre employeurs de droit et utilisateurs. Il rend possible le dialogue social dont on sait qu'il est corrélé à l'équilibre des forces entre employeurs et salariés : ainsi, l'unité que constitue l'harmonisation conventionnelle entre plusieurs employeurs permet de lutter contre un éclatement du secteur conventionnel qui, en l'absence de communauté de travail, émiette le potentiel de dialogue. Il traduit surtout, la bonne foi de l'employeur²⁴⁹⁷.

La consécration de l'éthique ancrée dans la rationalité des agents peut être matérialisée par le statut collectif d'un contrat de travail. Le principe est amené à être sujet des questions intéressant la triangulation des relations de travail. La bonne foi instituée par le dispositif conventionnel permet alors la mise en œuvre des trois modalités d'engagement précédemment évoquées dans cet ouvrage : l'engagement contractuel, l'engagement conventionnel, l'engagement éthique. Il sanctuarise au final, le fait que l'action précède la rationalisation des opinions : « *L'apport de la théorie de l'engagement au management est de montrer que la créativité et la mise en œuvre d'idées nouvelles débutent par des actes significatifs* »²⁴⁹⁸. L'entrepreneur peut alors en espérer un réel bénéfice en terme de productivité du travail attendue.

663 - Analyse économique - Si la négociation collective peut s'analyser comme un mode de régulation de la relation de travail extériorisée légitime, il convient d'envisager objectivement les conditions d'allocation de ses bénéfices économiques.

Pour devenir opérante, il sera nécessaire, *a minima*, que l'utilité soit Pareto-optimale, c'est-à-dire que le changement de mode de régulation serve l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes, employeur, utilisateur, salariés, sans que celui de l'un des intéressés ne soit dégradé. En l'occurrence, il semble apparent que l'utilité des salariés sort renforcée par le dispositif conventionnel. *A priori* seulement, on peut formuler l'hypothèse que celle des employeurs et utilisateurs se dégraderait, sauf qu'à moyen terme, la productivité du travail augmenterait à l'aune de risques civil et pénal qui eux, diminueraient. Ces derniers effets, conjugués, peuvent alors s'analyser comme l'acceptation d'une indemnité compensatrice de l'engagement des employeurs.

²⁴⁹⁷ V. les dispositions de l'article L. 1222-1 C. trav. qui prévoit que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » ; v. aussi l'article L. 1104 C. civil. Cet article prévoit en effet que la bonne foi s'applique, depuis l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, à l'ensemble du processus contractuel. Désormais, « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

²⁴⁹⁸ PLANE (J-M), *Théorie des organisations*, Dunod, 4^{ème} éd., 2013, p. 104.

2) La négociation est efficiente

664 - Position du problème - Si elles produisent de nombreux avantages en termes de flexibilité et de rentabilité à court terme, les questions de triangulation des relations de travail génèrent de nombreuses difficultés sur les plans économiques et juridiques. Il serait vain de tenter de les égrener exhaustivement, mais on peut souligner, sur le plan économique, que la fluidité accrue sur le marché du travail, ne peut générer de protection *dans l'emploi* qu'à la condition que le droit des mobilités et de l'accompagnement des parcours professionnels devienne une œuvre aboutie. En France, ce droit n'est qu'en chantier : « *La mobilité s'est d'abord située du côté du droit de la modification (du contrat) et du droit du licenciement avant de se trouver un contenu spécifique* »²⁴⁹⁹. De plus, « *qu'on le veuille ou non, la « flexi », même sécurisée, comporte une part de dérèglementation. D'une certaine façon, elle fait écho, à sa façon, à la doctrine de la destruction créatrice de Joseph Schumpeter* »²⁵⁰⁰.

Ensuite, la flexibilité de court terme recherchée, est un déni de la question de l'engagement nécessaire au travail innovant et coopératif : « *De nombreux fonds de placement se revendiquant de l'investissement socialement responsable mettent l'accent sur une perspective à long terme. Comme les économistes, ils insistent sur l'idée que le profit est une notion intemporelle, c'est-à-dire de long terme. (...) La réponse à ces questions réside dans une fréquente corrélation entre un comportement court-termiste de l'entreprise et un comportement nuisible à la société* »²⁵⁰¹. Par le développement d'une circulation des informations et/ou d'échanges, le dilemme du prisonnier²⁵⁰² facilite la prise de conscience que le pilote d'un groupe doit encourager la coopération, laquelle favorisera une meilleure cohésion de l'équipe. La soutenabilité est ainsi au cœur de la question de la performance. Enfin, flexibilité ne rime pas, en l'espèce, avec sécurité mais insécurité ; les rapports de triangulation non organisés sont donc des pourvoyeurs de « flexincurité »²⁵⁰³ et s'exonèrent du liant essentiel à toute velléité de solidarité.

²⁴⁹⁹ V. Semaine sociale Lamy, 10 fév. 2014, n° 1617, p. 2.

²⁵⁰⁰ BUGADA (A.), « *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de Juris Diversitas, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, p. 420.

²⁵⁰¹ TIROLE (J.), *Économie du Bien Commun*, PUF, 1^{ère} édition, 2016, p. 253.

²⁵⁰² V. BENAYOUN (A.), *L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?*, Auteurs Du Monde, janv. 2014, p. 53 s.

²⁵⁰³ Par analogie avec le concept de flexicurité.

Le droit commun des contrats dispose pourtant que la bonne foi s'applique désormais à l'ensemble du processus contractuel²⁵⁰⁴. De plus, la culture de la prévention doit investir toutes les organisations économiques puisque les causes de risques psychosociaux au travail « ne tiennent plus seulement aux relations de pouvoir dans l'entreprise, mais qu'ils sont également liés à la conjoncture économique internationale qui favorise le recours à des méthodes de gestion plus dures »²⁵⁰⁵ : les conséquences de l'exigence de compétitivité accompagnent une insécurité de l'emploi insuffisamment prise en compte par les divers mécanismes actuels de régulation. Le Pr. Alain Supiot envisage enfin une interprétation nouvelle du principe de solidarité, en ce que son organisation à l'échelon international doit permettre de faire respecter la responsabilité personnelle de ceux qu'elle lie²⁵⁰⁶. La possibilité de poursuivre en responsabilité, dans les pays où elles ont leur siège, les entités exerçant une grande influence sur les activités des autres, serait alors utile à l'efficience : « Cette obligation encouragerait les bonnes pratiques de sous-traitance et découragerait les mauvaises. De telles pratiques pourraient elles-mêmes être conduites de façon coordonnée par les syndicats du réseau ou de la filière »²⁵⁰⁷.

665 - Droits sociaux malmenés - Si l'identification des droits de l'Homme ne semble pas poser problème, il n'en est pas de même pour la reconnaissance effective des droits sociaux des salariés. Celle-ci s'avère marquée par de nombreuses incertitudes.

Le seul postulat est (incongrûment) celui d'une forme d'impérialisme des libertés économiques, puisqu'il n'est pas admis que l'une d'entre-elles cède devant les droits sociaux : « La solution sera, au pire, celle d'un assujettissement pur et simple aux contraintes de la liberté économique en cause, au mieux, celle d'une conciliation, dont les observateurs estiment volontiers qu'elle penche plutôt en faveur de l'économique que du social »²⁵⁰⁸. Parmi les droits sociaux bousculés, on pourra citer la question de l'acceptation du prêt de main d'œuvre par le salarié que le Pr. Muriel Fabre-Magnan qualifie de *mascarade de consentement*²⁵⁰⁹ : la dépendance économique l'impose parfois et rend illégitime le dispositif contractuel dans la mesure où les salariés sont parfois contraints à consentir à des dispositions qui leur sont défavorables. Le déclin du pouvoir discrétionnaire de l'employeur au profit de sa

²⁵⁰⁴ V. C. civ., art. L. 1104.

²⁵⁰⁵ AUBERT-MONPEYSSEN (Th.), BLATMAN (M.), « Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention », Droit social, n° 9, sept. 2012, p. 832.

²⁵⁰⁶ C. civ., art. L. 1313 (nouv.) : « La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier ».

²⁵⁰⁷ SUPIOT (A.), *Homo juridicus*, Points, 2009, p. 312.

²⁵⁰⁸ AUBERT-MONPEYSSEN (Th.), BLATMAN (M.), préc., p. 577.

²⁵⁰⁹ FABRE-MAGNAN (M.), « Le forçage du consentement du salarié », Le Droit Ouvrier, juil. 2012, n° 768, p. 460.

subordination économique, configure la relation individuelle de travail contemporaine : « *La généralisation du modèle du réseau dans l'organisation des entreprises se traduit à la fois par une redistribution des lieux de pouvoir et par une transformation profonde de ses formes d'exercice* »²⁵¹⁰. Comme conséquence de cette absence de consentement effectif, on relèvera une précarisation du statut des salariés, une propension à l'ineffectivité du droit, une augmentation des risques liés à la confusion des subordinations. Dans le même temps, l'exercice des droits collectifs fait souvent défaut en matière de triangulation : les unités économiques peuvent être de taille modeste, les salariés concernés n'appartiennent dans les faits à aucune communauté de travail, l'exercice de l'ensemble des droits collectifs - le droit de grève par exemple - revient à être remis en cause ; ainsi, « *les centres d'appels échappent largement à l'encadrement par le droit du travail, alors que la situation y est complexifiée par la présence d'un quatrième acteur, le client final ou consommateur, lui-même client du donneur d'ordre* »²⁵¹¹.

Il convient alors d'imaginer de quelle manière couvrir les risques qui pèsent sur les droits individuels et collectifs des salariés, tout en prenant en compte les enjeux propres aux employeurs. Puisque les risques générés par le comportement économique d'un réseau d'employeurs pèse sur la condition des salariés, il semble légitime qu'ils s'engagent pour développer une régulation conventionnelle des relations de travail. Ce volontarisme peut traduire un engagement éthique qui donnera corps au principe de solidarité. La notion d'unité économique et sociale notamment, est « *née de la volonté prétorienne de lutter contre la fraude consistant pour certains employeurs à utiliser le droit des sociétés pour fractionner une entreprise en autant de composantes juridiquement autonomes et n'atteignant pas les seuils de déclenchement des instances de représentation du personnel* »²⁵¹².

666 - Critères de détermination d'une unité économique et sociale (UES) - La triangulation peut s'opérer entre entreprises indépendantes juridiquement, mais inscrites dans une unité économique et sociale (UES). Dans ce cas, dans la mesure où les entreprises ne sont pas juridiquement liées, les relations conventionnelles peuvent venir interpénétrer les relations partenariales, sinon commerciales.

²⁵¹⁰ SUPIOT (A.), « *Les nouveaux visages de la subordination* », Droit social, n° 2, fév. 2000, p. 133.

²⁵¹¹ SOBCZAK (A.), RORIVE FEYTMANS (B.), HAVARD (C.), « *Comment réguler les relations triangulaires de travail ? La RSE face au droit dans le travail intérimaire et les centres d'appels* », Travail et Emploi n° 114, avr.-juin 2008, p. 23.

²⁵¹² VERKINDT (P. Y.), « *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés* », Droit social, n° 7/8, juil. août 2010, p. 775.

Dans tous les cas, l'enjeu revient à identifier une communauté dont on sait que l'appréhension est délicate, mais déterminante : c'est « *le constat de l'existence d'une communauté de travail qui permet au juge de caractériser l'unité économique et sociale et qui constitue le paramètre discriminant permettant de distinguer l'unité économique et sociale du groupe d'entreprises* »²⁵¹³. Si elle se distingue aisément de celle de collectif de travail, l'appréciation reste plus délicate dans ses rapports avec celle de collectivité de travail. La Cour de cassation a dernièrement décidé que « *les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, sont inclus dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10 du code du travail. Le tribunal qui a retenu que les intéressés, fonctionnaires municipaux qui étaient chargés de façon permanente de la billetterie et de l'entretien du théâtre, étaient intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'association, a fait une exacte interprétation du texte susvisé en décidant qu'ils devaient être décomptés dans ses effectifs* »²⁵¹⁴.

On en déduit que la *communauté* est probablement le concept le plus achevé en terme d'unité sociale, ce qui revient à la différencier de la notion de collectivité qui relève plus, selon le Pr. Pierre-Yves Verkindt, d'un *agrégat d'individus* que les circonstances rassemblent professionnellement de façon provisoire. C'est ce qui revient aussi à matérialiser le concept d'unité sociale puisque la communauté de travailleurs constitue un des trois indices prétoriens. En effet, le juge a indiqué que « *les dispositions d'une convention collective relatives aux institutions représentatives du personnel, même si elles améliorent le fonctionnement desdites institutions, ne peuvent faire obstacle à la reconnaissance postérieure d'une unité économique et sociale, qui a pour objet la détermination du périmètre des institutions représentatives dont bénéficient les salariés de personnes morales distinctes lorsqu'ils forment une communauté ayant des intérêts propres* »²⁵¹⁵.

S'ajoutent à ce critère social, deux autres, à caractère économique : il doit être établi une concentration du pouvoir de direction, tout comme une similarité ou complémentarité des activités. Ainsi en a jugé la Cour de cassation qui indique que « *la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs personnes juridiquement distinctes nécessite notamment que les éléments qui la composent soient soumis à un pouvoir de direction unique. Ne satisfait pas à cette exigence le tribunal d'instance qui se borne à faire ressortir l'appartenance des sociétés concernées par la demande à un même groupe et ne caractérise*

²⁵¹³ *Idem*, p. 774.

²⁵¹⁴ Soc., 1^{er} avr. 2008, pourvoi n° 07-60.283.

²⁵¹⁵ Soc., 18 juin 2003, pourvoi n° 02-60.033, publié au bulletin.

pas la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction des sociétés concernées »²⁵¹⁶. Elle précise encore que « la circonstance que l'activité d'une société dans son ensemble ne soit complémentaire que de l'activité d'un secteur de production d'une autre société, ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre ces deux sociétés, dès lors que tous les salariés des deux sociétés constituent une seule communauté de travailleurs, peu important l'application de deux conventions collectives différentes »²⁵¹⁷. C'est en tout cas une évidence dans certains secteurs économiques où les opérations de triangulation sont légion (les entreprises du secteur informatique notamment²⁵¹⁸). Les entreprises ont souvent recours à des personnels qui possèdent une expertise non présente en interne. Le détachement de personnel permet alors d'y répondre, tout en sachant que ces situations peuvent perdurer. De là naît l'existence d'une communauté sociale, par l'agrégation de collectifs de travail à un projet économique et social commun. Dans cette situation, on notera de même, l'évidence d'une confusion des situations de subordination.

667 - Avantages communs d'une reconnaissance conventionnelle de l'UES – La reconnaissance conventionnelle permet de répondre aux inconvénients que génèrent les opérations de triangulation. L'existence d'institutions représentatives des personnels *ad hoc* permet de mieux faire respecter les droits individuels et collectifs des salariés appartenant à la communauté : c'est autant la restauration d'un équilibre des pouvoirs qui est visée que l'extension des garanties du droit, là où leur nécessité ne fait pas de doute. La représentation est plus efficace notamment dans un contexte de droit négocié expansif qui requiert le recours à des partenaires sociaux conscients des enjeux, mieux informés et formés.

On sait, en effet, que dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, la négociation avec les élus ou les salariés mandatés n'a pas toujours eu le succès escompté²⁵¹⁹. Fort de ce constat, le recours aux élus ne doit – *a minima* - rester que subsidiaire, d'autant que, comme le précise M. Franck Petit, « le souhait du Conseil constitutionnel était de faire prévaloir toute forme de représentation des syndicats dans la négociation collective (ce que constitue effectivement la technique du mandatement) sur les méthodes impliquant la participation des élus »²⁵²⁰. Ainsi, la reconnaissance d'une UES emporte avec elle l'obligation de mettre en place les institutions représentatives du personnel et d'engager des élections communes. Il

²⁵¹⁶ Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 00-60.048 ; V. aussi Soc., 26 janv. 2005, pourvoi n° 04-60192.

²⁵¹⁷ Soc., 12 janv. 2005, pourvoi n° 03-60.477, publié au bulletin.

²⁵¹⁸ Sur la question de l'externalisation V. PERETTI (J-M), préc., pp. 268-269.

²⁵¹⁹ V. PETIT (F.), *Droits syndicaux dans l'entreprise et liberté syndicale*, La documentation française, collection « Les études », 2014, p. 197.

²⁵²⁰ Idem, p. 198.

ressort de l'arrêt du 16 décembre 2008 que « *la reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une unité économique et sociale (UES) entre des entités juridiques distinctes a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs* ». L'UES servira ainsi de cadre à l'exercice des droits collectifs, sans qu'il ne génère d'impact sur les statuts individuels des salariés qui conservent leur employeur de droit. En effet, la thèse de la fiction n'a pas permis à l'UES d'être reconnue juridiquement. C'est en tout cas la solution adoptée par la Cour de cassation qui, dans le même arrêt, précise que « *si la reconnaissance d'une UES, permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité, elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale* »²⁵²¹.

Les avantages de cette reconnaissance sont pluriels. Dans la mesure où la négociation collective peut régir toutes les questions relatives aux conditions d'emploi, on peut y voir une sécurisation légitime de la condition des salariés à l'endroit d'un monde du travail sujet à de nouvelles sources de fragmentation juridique²⁵²². Si le consentement est parfois forcé, le statut collectif du contrat viendra en tempérer les conséquences. L'harmonisation des conditions d'emploi permettra de lutter contre la confusion des subordinations dont on sait qu'elles peuvent être préjudiciables au salarié : la question de la mise en place effective *in solidum* de l'obligation de sécurité est là pour en témoigner. Dans le même temps, les salariés peuvent réinvestir l'exercice de leurs droits collectifs pour lutter contre une « *réalité de position dominante connue depuis longtemps dans le monde des affaires où certains acteurs savent y faire pour imposer leurs conditions aux autres, à travers la négociation ou non* »²⁵²³. Mais ils ne sont pas les seuls à en bénéficier. Les entreprises voient leurs risques juridiques mieux prévenus. Le facteur confiance viendra interpénétrer l'ensemble des relations de travail, ce qui ne pourra influencer que positivement la productivité globale : on sait en effet qu'un changement de régulation est utile s'il « *crée de la confiance et des relations de travail constructives au sein des entreprises* »²⁵²⁴.

²⁵²¹ Soc., 16 déc. 2008, pourvoi n° 07-43.875, publié au bulletin.

²⁵²² Le Pr. Alain SUPIOT indique que « *cette fragmentation s'observe aux deux extrémités de la hiérarchie des salariés : vers le bas par le développement du travail atypique, et vers le haut par l'apparition de cette figure curieuse qu'est le dirigeant-salarié. L'aspect le plus préoccupant de cette évolution est d'étendre les garanties du droit du travail là où elles paraissent le moins nécessaires* » ; SUPIOT (A), *Critique du droit du travail*, PUF, 2015, p. 36.

²⁵²³ PEKAR-LEMPEREUR (A.), « *L'évolution des rapports de force en négociation, dix cas de revirement* », *Revue française de gestion*, juin 2004, n° 153, pt. 4.

²⁵²⁴ PHILIPPON (Th.), *Le capitalisme d'héritiers – La crise française du travail*, Seuil, 2007, p. 98.

668 - Conclusion – On peut postuler que la reconnaissance conventionnelle d'une UES n'a de sens que dans les secteurs où les prêts de main d'œuvre entraînent des relations durables entre collectifs de travail. Cette conséquence de la théorie de l'engagement invite l'employeur à faire perdurer une pratique de dialogue social dont la bonne foi peut s'appuyer sur la mise en place effective d'accords de méthode, de clauses de rendez-vous et de renégociations, à fin de prise en compte de l'imprévision. Au final, par l'augmentation de la productivité des salariés, par la dilution des risques juridiques, par la restauration des droits sociaux des salariés, l'intérêt social, dans une vision extensive, va y gagner. Ces conséquences permettent alors d'affirmer que la reconnaissance conventionnelle d'une UES en matière de triangulation est Pareto-efficente.

Conclusion du chapitre 2

669 – L'autonomie du collectif face à l'individualisme - Le modèle réticulaire de l'économie bouscule le périmètre commun de régulation du contrat de travail. Comment pourrait-il ne pas être impacté par la puissance d'un capitalisme qui se transforme, mondialisé de surcroît, et dont les effets font fi de la norme (nationale, sinon internationale) en droit du travail ? Le Pr. Virgile Chassagnon témoigne même de l'émergence de « *firmes-monde centrées sur une logique de dilution et de fragmentation des frontières réglementaires juridiques et étatiques* »²⁵²⁵. Le principe de rationalité qui les nourrit ne prend pas en compte les standards de régulation, dont on connaît, en outre, l'hétérogénéité à travers le monde. La norme nationale, qui n'est qu'un nœud de pouvoir parmi d'autres, ne fait aujourd'hui que s'adapter, pour tenter de limiter les effets de la prévalence naturelle des intérêts économiques.

L'enjeu est décisif : au risque de voir disparaître le droit du travail par l'éviction, *de facto*, du statut de salarié au profit de statuts mixtes sinon opposés, il semblerait bien que le droit social ait intérêt à dépasser sa fonction première, pour embrasser celle du solidarisme contractuel et conventionnel. C'est pourquoi l'économie (sociale) du droit du travail doit être aujourd'hui encouragée. A l'invitation du juge et du législateur, c'est en tout cas ce que semble permettre l'évolution actuelle de la norme sociale, amenée notamment à organiser les questions d'extériorisation de l'emploi. Tout comme l'économie ou les firmes-monde, la réticularité doit devenir un nouvel objet d'étude. Alors que le dogmatisme juridique bute sur un certain nombre de limites, et tel que le soutient l'universitaire Serge Schweitzer, « *le holisme s'est aujourd'hui substitué au contrat* »²⁵²⁶, il semble bien que seul le statut collectif du contrat puisse, au cœur du bloc des opportunités actuel, apporter une réponse pertinente. Là est probablement l'enjeu d'un pouvoir à restaurer.

Cela conduit nécessairement les partenaires sociaux à appréhender différemment la notion de subordination juridique. Celle-ci « *s'adoucit pour faire place à celle d'intégration dans une organisation, au sein de laquelle les travailleurs sont libres de la manière de réaliser des objectifs convenus avec eux et qui constituent autant de normes interpersonnelles s'imposant*

²⁵²⁵ CHASSAGNON (V.), « *Contrôle et manipulation au cœur de la firme-monde ?* », Revue de la régulation, 14, 2^e semestre / autumn 2013, n° 1.

²⁵²⁶ SCHWEITZER (S.), « *Le référendum d'entreprise ne démode-t-il pas le syndicalisme ?* », colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

aussi bien à eux-mêmes qu'à leurs chefs »²⁵²⁷. Dans le cadre du contrat de travail, pour que les employeurs puissent accepter la perte de prérogatives, ils doivent pouvoir restreindre objectivement l'idée de stabilité qui a marqué l'évolution de sa régulation au cours du XX^{ème} siècle²⁵²⁸.

C'est alors que pour ne pas perdre son sens premier, l'ambition de protection propre au droit du travail ne semble aujourd'hui pouvoir être portée que par l'autonomie de la représentation de la diversité des unités sociales²⁵²⁹. Seule la pertinence de cette action collective est actuellement en mesure d'instaurer un rapport de forces suffisant, face à la consécration naturelle d'un individualisme qui n'aura fait que s'amplifier depuis la loi du 14 juin 1791 (Loi dite loi « Le Chapelier »). C'est sa réussite contingente, en ce qu'elle doit prouver sa capacité à s'adapter à une pluralité de réalités sociales, qui permettra de voir perdurer le statut de salarié, même extériorisé, tel que nous le connaissons aujourd'hui.

²⁵²⁷ SUPIOT (A.), *Homo juridicus*, Points, 2009, p. 258.

²⁵²⁸ Loi du 18 juillet 1901 sur le service militaire (rupture des contrats de réservistes), loi du 19 juillet 1928 sur la rupture du contrat de travail (modification de la situation juridique de l'employeur), loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 (relative à la mensualisation des ouvriers), loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 (encadrement du licenciement), loi du 11 février 1950 et loi n° 2008-789 du 20 août 2008 (démocratie sociale), etc.

²⁵²⁹ PETIT (Fr.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J., 2000, p. 526 : le mandat représentatif confère à son titulaire une autonomie d'action à l'égard des salariés et de l'employeur.

CONCLUSION GENERALE

670 – Synthèse : un solidarisme loyal - Étudier la question du droit du travail dans l'esprit de sa performance est un sujet éminemment actuel, pour des raisons historiques, économiques et juridiques. Son histoire contemporaine est en effet marquée par une révolution, celle de son réalisme. Entre deux écueils que représenteraient la prévalence d'une fonction purement protectrice, ainsi qu'une vision résolument quantitative soutenue par une analyse économique du droit trop autonome, une voie médiane semble se dessiner. Gouvernée par une démarche sociologique qui investit l'étude des situations d'action, soutenue par un modèle économique qui ne semble plus avoir de limites (institutionnelles, géographiques, culturelles), l'économie *sociale* du droit du travail fait prévaloir le subjectivisme au cœur de la rationalité. La liberté contractuelle et conventionnelle ne semble alors pouvoir s'opérer qu'à l'intérieur d'un cadre dont le prisme est celui d'un solidarisme²⁵³⁰ et qui n'a d'autre contrainte qu'une exigence de bonne foi propre à régir la prévention des risques et les situations d'incertitude²⁵³¹.

L'ambition de performance, dont on a pu mesurer l'éclectisme et la richesse par opposition à la notion (restrictive) de compétitivité, ne semble pouvoir être atteinte qu'au prix de la prééminente et subjective idée de progrès. Celle-ci s'oppose au délitement des liens sociaux, restaure la notion de contrat social et propose une nouvelle forme de rationalité à condition que le droit du travail soit envisagé comme « technologie de coopération ». En tant que droit vivant, il porte l'innéisme d'un certain altruisme, en ce qu'il peut, sous l'égide du principe de bonne foi, rapprocher des intérêts initialement divergents. Les acteurs sociaux et le juge doivent cependant rester vigilants et veiller à borner la volonté d'un législateur qui associe trop souvent le désir de simplification à celui de soumission. Le progrès ne peut s'instiller dans la relation de travail s'il y a inféodation aux modèles quantitatifs ou à ceux de domination²⁵³².

²⁵³⁰ CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017 : le solidarisme s'entend comme une « doctrine qui considère que le contrat a pour ressort la solidarité et la fraternité ».

²⁵³¹ V. *supra*, n° 20.

²⁵³² La domination est une forme particulière de pouvoir, en ce qu'elle ouvre « la possibilité de contraindre à infléchir leur comportement en fonction de sa propre volonté » : l'état de subordination, en tant que pouvoir institué, en est une modalité. V. WEBER (M.), *La domination*, La Découverte, coll. « Politique & sociétés », 2013, édition critique française établie par Yves Sintomer, traduction française Isabelle Kalinowski, p. 44. Le consentement forcé, ou les abus de dépendance économiques en sont d'autres vecteurs.

La performance doit être animée par la volonté de perfection, celle que promeut l'esprit des Lumières : « *Raviver ses principes est une nécessité qui ne s'arrête jamais* »²⁵³³. Sur le plan juridique, cela amène à rejeter le dogmatisme juridique, sauf pour ce qui concerne les libertés fondamentales. Sur le plan économique, cela conduit à contester l'asservissement aux forces hégémoniques du marché. C'est aux partenaires sociaux, le cas échéant, au-delà des frontières juridiques de l'entreprise, de concevoir l'idonéité d'un nouvel ordre public conventionnel solidariste. Les écueils susvisés ne peuvent qu'être des normes contingentes et ancillaires. En donnant un relief particulier à la notion de bonne foi, l'équilibre conventionnel, tout au moins contractuel, permettra de répondre aux ambitions.

671 – Organiser une loyauté nouvelle - Il semble désormais nécessaire d'explorer les voies qui, dans le cadre des relations individuelles et collectives du travail, permettront de rendre plus efficace le prisme de bonne foi. Si celui-ci passe indubitablement par le partage naturel de valeurs communes, et donc par l'éducation, il relève aussi du juge qui doit affirmer sa supériorité²⁵³⁴ au regard des intérêts égoïstes de contractants tentant de se coordonner dans la défiance. Afin de promouvoir massivement la performance, la jurisprudence a désormais les moyens de subordonner la force obligatoire du contrat au respect de la bonne foi.

Si le bilan du principe de loyauté reste aujourd'hui faible, le droit du travail a, de façon prégnante, un rôle nouveau à jouer. Il doit désormais, au-delà de l'institution de principes de base²⁵³⁵, chercher à l'organiser. Il en va d'un intérêt double : dans un contexte de libération du travail, promouvoir une recherche de justice, au demeurant indubitablement attachée à la démarche du juriste²⁵³⁶, mais aussi, permettre au droit du travail de rester une activité pratique²⁵³⁷ s'inscrivant dans une réalité complexe et contingente ; en particulier, l'organisation de la bonne foi permettra d'accompagner, au cœur de l'élaboration et de l'application de la norme nouvelle, les effets de l'évolution d'un système juridique confronté à la dilution de son modèle hiérarchique. Organiser la loyauté par la matérialisation du principe de coopération contractuelle permettra, au cœur d'un capitalisme qui se transforme, de promouvoir l'idoine incomplétude du contrat. C'est parce qu'il est incomplet que les aires

²⁵³³ LE MONDE Culture, « *L'esprit des Lumières a encore beaucoup à faire dans le monde d'aujourd'hui* », entretien avec Tzvetan Todorov, commissaire de l'exposition « Lumières ! Un héritage pour demain », 6 mars 2006.

²⁵³⁴ V. *supra*, n° 451.

²⁵³⁵ C. civ., art. L. 1104.

²⁵³⁶ CHAZAL (J.-P.), « *Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique* », Archives de philosophie du droit, T.45, Dalloz, 2001, p. 230.

²⁵³⁷ *Ibidem*.

d'autonomie individuelle et collective, en tant que normes de pouvoir au service de la performance, pourront être efficacement réinvesties.

Si l'extension de la loyauté est encouragée par le juge, le prisme de la bonne foi pourra devenir un outil de structuration des rapports sociaux, utile à la flexicurité. C'est pourquoi, il doit être - effectivement - érigé au rang de principe général du droit, au même titre que la liberté contractuelle. Si la bonne foi relève de la capacité à respecter les engagements conclus, elle doit désormais tendre vers la manière de le faire. L'engagement éthique de l'employeur relève de cette espérance²⁵³⁸ et répond à la volonté d'un pan de la doctrine qui voit en elle une condition du corpus contractuel : loyauté, solidarité, fraternité²⁵³⁹.

672 – L'efficience comme outil au service d'une libération partagée du travail – Si on a cherché à montrer que l'objectif de performance en droit du travail requiert l'effectivité du prisme de la bonne foi, et subséquemment son organisation, il apparaît nécessaire de souligner sa pertinence au regard d'un des critères les plus aboutis en matière d'analyse économique du droit, celui de *Posner*.

Ce concept apparaît particulièrement bien adapté au droit du travail, car il s'applique à un domaine manifestement concerné par la maximisation de richesse de ses parties prenantes. S'il n'en est pas fait un idéal de résultat, le critère apparaît plus comme une valeur incitative que concurrente à l'esprit de justice²⁵⁴⁰. Selon cette conclusion qui, d'après l'auteur, peut avoir valeur de principe, l'organisation du prisme de la bonne foi est une opportunité historique de « *penser puis créer le droit d'un travail immatériel, dans une vision rénovée de l'entreprise, avec toutes ses parties prenantes* »²⁵⁴¹. Grâce à cet « instrument » qui, on l'a vu, peut relever d'une « technologie de coopération », il est enfin permis de croire en une libération du travail²⁵⁴² rehaussant, enfin, la notion de flexicurité à celle de flexibilité partagée.

673 – Bien commun du droit du travail à consolider – La richesse du droit du travail ne peut trouver son épanouissement que dans sa capacité à investir la complexité du concept de pouvoir. Si l'activité casuistique a permis de donner, *via* l'état de subordination, une

²⁵³⁸ V. *supra*, n° 217 et s.

²⁵³⁹ MAZEAUD (D.), « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », dans Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz-PUF-J.-Cl, 1999, p. 603.

²⁵⁴⁰ MACKAAY (E.), PARENT (A.), *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015, p. 75.

²⁵⁴¹ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2018*, Wolters Kluwer, 26^e édition, nov. 2017, p. 453.

²⁵⁴² V., SUPIOT (A.), « *Le travail, liberté partagée* », *Droit social*, n° 9-10, sept.-oct. 1993.

définition du « pouvoir institué », il reste opportun de comprendre que le contrat génère un énorme coût de transaction²⁵⁴³, pourtant relégué à une place ancillaire : sa complexité.

Or celui-ci n'est pas réglé par la définition jurisprudentielle, comme en témoignent, à ce jour, le rejet de la notion d'activité professionnelle en tant que critère du contrat de travail ou la timide montée en puissance de la prestation de travail²⁵⁴⁴. Si le préalable de la complexe notion de pouvoir ne peut être dilué que par une restauration de l'équilibre entre les parties au contrat, cette dernière relève surtout d'un éclaircissement des relations de pouvoir entre les cocontractants : son origine semble déterminante pour assurer un engagement bicéphale au profit de la performance. Ce n'est que la traduction aux règles qui gouvernent le contrat de travail de la pensée de Locke qui pose les principes généraux de l'origine du pouvoir ; sans remettre en cause le pouvoir législatif, ce qui compte avant tout, c'est d'établir que tous les intéressés soient à la seule source des règles qui les gouvernent, et donc qu'ils puissent en changer : « *L'autonomie intellectuelle de l'homme est posée comme la pierre d'angle de tout système libéral authentique* »²⁵⁴⁵. C'est aussi celle que porte en ambition une économie des conventions qui considère qu'il faut « *rechercher les conditions d'une meilleure distribution de pouvoirs de valorisation qui associe une autre conception du bien commun et du juste* »²⁵⁴⁶ : elle suppose une démocratisation de l'entreprise. L'enjeu consiste à désaliéner le salarié de l'ensemble des subordinations dont il est l'objet. Le solidarisme loyal qui en naîtra sera l'un des effets du dialogue, naturellement pourvoyeur d'efficacité, devenu norme sociale et morale de conclusion et d'exécution du contrat²⁵⁴⁷.

674 – Droit du travail et soutenabilité de la performance - Si l'objet de cette étude a permis de dessiner quelques lignes de force capables de promouvoir une vision éthique, tout au moins argumentative du concept de performance²⁵⁴⁸, il convient d'étudier, désormais, la capacité du droit du travail à encourager sa permanence.

²⁵⁴³ CHASSAGNON (V.), « *Contrôle et manipulation au cœur de la firme-monde ?* », Revue de la régulation, 14, 2^e semestre / autumn 2013, n° 4 : « *Alors que les économistes du mainstream pensent souvent que les contrats sont là pour résoudre ex ante les conflits de pouvoirs, nous croyons au contraire que parce qu'ils sont fatalement incomplets ils sont aussi des enjeux de pouvoirs* ».

²⁵⁴⁴ MONTEILLET (V.), « *Qualification de la relation de travail : redistribution des rôles* », note sous Cass. Soc., 25 juin 2013, nos 12-13.968 et 12-17.660 (P+B), RLDA déc. 2013, éclairage 4877, p. 43.

²⁵⁴⁵ PEYREFITE (A), *La société de la confiance*, Odile Jacob, 1995, pp. 265-266 ; pour Locke (*Traité sur le gouvernement* (1690), il s'agit de promouvoir la confiance et le consentement de la majorité, l'autorité partagée, qui s'oblige à éduquer là l'autonomie ceux sur qui elle s'exerce. Les autorités politiques sont des autorités de recours et de secours.

²⁵⁴⁶ BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.), *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016, pp. 75-76.

²⁵⁴⁷ V. *supra*, n° 264.

²⁵⁴⁸ V. *supra*, n° 13 et 14.

Il s'agit notamment de porter la réflexion sur le soutien d'une efficacité dont les effets resteront supportables pour un capitalisme ainsi qu'un corps social de travailleurs qui, structurellement, se renouvellent. Elle doit prendre en compte la question de l'engagement éthique²⁵⁴⁹ de l'employeur au cœur de la pertinence de relations de travail triangulées, au bénéfice des intérêts de chacun des travailleurs concernés et de ceux d'une collectivité de travail en devenir. Celle-ci reste en effet, toujours plus « insaisissable », alors qu'elle ne peut ni se superposer au périmètre de l'entreprise²⁵⁵⁰, ni exister sans matérialisation d'une unité sociale dépassant les frontières juridiques de l'entreprise.

Si la reconnaissance judiciaire ou conventionnelle²⁵⁵¹ des unités économiques et sociales (UES) a déjà permis de faire évoluer les termes du débat, il serait utile que la reconstitution relève d'un nouveau réalisme tel que, par exemple, l'appartenance à un secteur d'activité, ou la participation récurrente à des transitions au sein d'un marché du travail renouvelé. Associé à l'hypothèse d'une attribution de la personnalité morale sur le fondement de la théorie de la réalité²⁵⁵², cette représentation permettrait d'offrir un îlot d'unité et de stabilité face à des entreprises dont certaines restent (trop) prises dans un mouvement perpétuel de changement de propriétaires pour assumer (d'éminentes) responsabilités sociales²⁵⁵³.

Cette réflexion peut s'opérer dans le cadre contingent de la liberté du travail et d'une flexicurité qui saura donner à la question de la sécurité toute l'importance qu'elle mérite. Elle doit indubitablement se nourrir des travaux relatifs aux marchés transitionnels du travail imaginés par le Pr. Bernard Gazier, tout en prenant en compte les alertes récurrentes portées par les partenaires sociaux et un pan de la doctrine, relatives aux risques liés à une mauvaise interprétation de la simplification du droit du travail²⁵⁵⁴. Telle peut être la voie d'une nouvelle ambition pour un droit éminemment pragmatique et vivant.

²⁵⁴⁹ V. *supra*, n° 392 et s.

²⁵⁵⁰ VERKINDT (P.-Y.), « *La collectivité de travail* », *Droit social*, n° 11-12, déc. 2012, p. 1009.

²⁵⁵¹ V. *supra*, n° 275.

²⁵⁵² CEA (A.), *L'unité économique et sociale en droit du travail*, Thèse, Bordeaux, 2016, p. 491 : « *L'UES apparaît comme un groupement porteur d'intérêts collectifs propres et pourvu d'une possibilité d'expression collective* ».

²⁵⁵³ GAZIER (B.), *Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi*, Flammarion, 2003, p. 181.

²⁵⁵⁴ V. *supra*, n° 170.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I – OUVRAGES GENERAUX

AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKES (E.)

Droit du travail, Dalloz, sept. 2017.

BADINTER (R.), LYON-CAEN (A.),

Le travail et la loi, Fayard, juin 2015.

BENAYOUN (A.)

L'entreprise à visage humain : utopie ou réalité ?, Auteurs Du Monde, 2014.

BOLTANSKI (L.), CHIAPELLO (E.),

Le nouvel esprit du capitalisme, Gallimard, 1999.

CABANEL (P.), FÉVRIER (J.-M.),

Questions de démocratie, Presses universitaires du Mirail, 2000.

CASTELLS (M.),

La société en réseaux, Odile Jacob, 2001.

COMBE (E.)

Précis d'économie, collection Major, PUF, 13^{ème} édition, 2014.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.),

Droit des sociétés, Litec, 10^{ème} édition, 1997.

DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.),

Analyse économique du droit, de boeck, 1^{ère} édition, 2009.

DESPAX (M.),

« *L'entreprise en droit du travail* », Annales de la faculté de droit de Toulouse, 1965.

DIETRICH (A.), PIGEYRE (F.),

La gestion des ressources humaines, Repères, La découverte, 2005.

DUQUESNE (F.)

Droit du travail, Gualino, 10^{ème} édition, 2015.

EYMARD-DUVERNAY (F.),

Économie politique de l'entreprise, 2004, Repères, La Découverte.

FERRACCI (M.), GUYOT (Fl.),

Dialogue social et performance économique, Sciences PO. Les Presses, 2015.

FOUILHE (D.) et FÜRSTENBERGER (J.)

Relations juridiques, Foucher, Ordre des Experts-Comptables, 1991.

FRANC (P.-E.), CALEF (M.),

Entreprise et bien commun, la performance et la vertu, Éditions du Palio, 2017.

GAZIER (B.),

Tous « Sublimes », Vers un nouveau plein-emploi, Flammarion, 2003.

GETZ (I.), MARNEY (B.),

Quand la liberté des salariés fait le succès des entreprises, Flammarion, 2012.

HARNAY (S.), MARCIANO (A.),

Posner : l'analyse économique du droit, Michalon, 2003.

INSTITUT MONTAIGNE,

Mieux gouverner l'entreprise, mars 2003.

JEAMMAUD (A.),

Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, déc. 2005.

JONAS (H.),

Le principe responsabilité, Flammarion, 2014.

KIRAT (Th.),

Économie du droit, La Découverte, sept. 2012.

KOENIG (G.),

Les Théories de la Firme, Économica, 1993.

LACROIX (M.),

Le courage réinventé, Marabout, 2011.

MACKAAY (E.), PARENT (A.),

Précis d'analyse économique du droit, La grande école de la francophonie, 1^{re} édition, 2015.

MARX (K.),

L'opium du peuple, Mille et une nuits, 2016.

MORIN (E.)

La Voie, Fayard, 2011.

Pour une politique de civilisation, diffusion seuil, 2008.

OLSZAK (N.)

Histoire du droit du travail, Économica, 2011.

PERETTI (J-M),

Gestion des ressources humaines, Vuibert, 2016.

PEYREFITTE (A.)

La société de confiance, Odile Jacob, oct. 1995.

PIKETTY (Th.)

Économie des inégalités, Collections repères, Éditions La Découverte, 2015.

PISANI-FERRY (J.) et LENGART (F.),

2017 2027 Enjeux pour une décennie, France Stratégie, La documentation française, 2016.

PLANE (J-M),

Théorie des organisations, Dunod, 4^{ème} édition, 2013.

PORCHY-SIMON (S.),

Droit civil, Les obligations 2018, Dalloz, 10^e édition, 2017.

RAY (J.-E.),

Droit du travail, droit vivant 2018, Wolters Kluwer, 26^e édition, nov. 2017.

ROCHFELD (J.),

Les grandes notions du droit privé, Thémis droit, PUF, 2015.

ROSANVALLON (P.)

Le parlement des invisibles, Seuil, 2014.

La République des Idées, Refaire société, Seuil, 2011.

ROUSSEAU (J-J)

Du contrat social ou Principes du droit politique, Librio, collection philosophie, 2017 (publié initialement en 1762).

PETIT (F.)

Droit du travail : les relations individuelles, Gualino, collection Les Carrés, 1^{ère} édition, 2017.

PEYREFITE (A)

La société de la confiance, Odile Jacob, 1995.

PHILIPPON (Th.),

Le capitalisme d'héritiers – La crise française du travail, Seuil, 2007.

SUPIOT (A.)

Le droit du travail, Que-sais-je ?, PUF, 2016.

Critique du droit du travail, PUF, 2015.

Homo juridicus, Points, 2009.

TIROLE (J.),

Économie du Bien Commun, PUF, 1^{ère} édition, 2016.

TOCQUEVILLE (A.)

Contre le droit au travail, Les belles lettres, 2015.

VERICEL (M.),

Le droit des conditions de travail, Dalloz action, à paraître.

VILLEVAL (M. C.),

L'économie comportementale du marché du travail, Sciences Po, Sécuriser l'emploi, nov. 2016.

VILLEY (M.),

Philosophie du droit, Dalloz, 2001

II – OUVRAGES SPECIAUX

ANTONMATTEI (P.-H.), **SCIBERRAS (J.-C.)**,

Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?, Rapport à Monsieur le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, nov. 2008.

BARTHELEMY (J.), **CETTE (G.)**,

Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique, Rapport, Conseil d'Analyse Economique, 2010.

BAUDRY (B.), **CHASSAGNON (V.)**, *Les théories économiques de l'entreprise*, La Découverte, sept. 2016.

BLEDNIAK (E.), **PETIT (F.)**

Délégué du personnel délégué syndical institutions voisines, 15^e éd., « Encyclopédie Delmas », Dalloz, 2017-2018.

BRES (Ch.),

Le droit à l'accompagnement, Thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2015.

CEA (A.),

L'unité économique et sociale en droit du travail, Thèse, Bordeaux, 2016.

CHARBONNEL (L.),

La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat, Thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010.

COMMISSION EUROPEENNE,

Première ébauche préliminaire de socle européen des droits sociaux, 8 mars 2016, annexe 1.
Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 1989.

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL, ENVIRONNEMENTAL,

Performance et gouvernance de l'entreprise, mai 2013.

DE VIRVILLE (M.),

Pour un code du travail plus efficace, Rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004.

DU MARAIS (B.),

« *La dématérialisation des titres dans la compétition entre systèmes juridiques* », Banque et Droit, hors série, juin 2015.

DUONG QUYNH (L.),

« *La responsabilité sociale de l'entreprise, pourquoi et comment ça se parle?* », Communication et organisation, n° 26.

GALLOIS (L.),

Pacte pour la compétitivité de l'industrie française, Rapport au Premier ministre, 5 nov. 2012.

GAUTIER (M.),

Les clauses de rendement, Thèse, Lyon III, 2011.

GRAS (N.),

Essai sur les clauses contractuelles, Thèse, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand I, 2014.

GRATTON (L.-K.),

Les clauses de variation du contrat de travail, Thèse, Paris 1, 2009.

GOND (J-P.), IGALENS (J.),

La responsabilité sociale de l'entreprise, PUF, 5^e éd., 2016.

INSTITUT MONTAIGNE,

Mieux gouverner l'entreprise, mars 2003.

LALAND (P.),

L'association financière des salariés à la performance de l'entreprise, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016.

LIEUTIER (J.-P.),

Le modèle de l'actionnariat salarié, PUAM, 2012.

MANDEVILLE (B.),

« *Recherche sur l'origine des vertus morales* », Institut Coppet, Paris, 2011.

« *La fable des abeilles ou Les vices privés font les vertus publiques* », Institut Coppet, Paris, 2011.

MEDEF-AFEP

Code de gouvernance des sociétés cotées, 2013.

NAUDET (J.-Y.),

L'éthique de l'entrepreneur, (sous la direction de.), PUAM. 2015.

PETIT (F.)

Droits syndicaux dans l'entreprise et liberté syndicale, La documentation française, collection « Les études », 2014.

Droit de l'emploi, Montchrestien, collection « AES », 2005.

La notion de représentation dans les relations collectives du travail, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), L.G.D.J, 2000.

SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.)

Droit et économie : un essai d'histoire analytique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, AMU, 2015.

SIMONPOLI (J-D), GATEAU (G.), « *Accompagner la dynamique du dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques* », Rapport remis à Muriel Pénicaud, Ministre du Travail, fév. 2018.

VERDUN (F.),

La gestion des risques juridiques, Éditions d'Organisation, 2006.

VILLERME (L R),

Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de laine, de coton et de soie, Paris, Jules Rénouard et C^{ie} Libraires, Tome premier, 1840.

III - CODES - DICTIONNAIRES - LEXIQUES

Code civil, Code du commerce, Code pénal, Code de la sécurité sociale, Code du travail.

CORNU (G.) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 12^{ème} édition, 2017.

CORNU (G) (sous dir. de). – *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 2000.
Lexique d'Économie, Dalloz, 14^{ème} édition.

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017.

IV – ARTICLES - CHRONIQUES – ETUDES

AMOSSÉ (T.), CHARDON (O.),

« *Les travailleurs non qualifiés : une nouvelle classe sociale ?* », dans *Economie et statistique*, n° 393-394, 200, p. 224.

Accord national interprofessionnel « Qualité de Vie au Travail »

Accord du 19 juin 2013, NOR ASET11351058M.

ANTONMATTEI (P-H),

« *Peut mieux faire* », *Droit social*, n° 11, nov. 2016, p. 877.

« *Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère !* », *Droit social*, n°7/8 ; juil.-août 2012, p. 672.

ANTONMATTEI (P-H.), ENJOLRAS (L.),

« *Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016* », *Droit social*, nov. 2016, p. 933.

ASKENAZY (PH.),

« *Loi travail : beaucoup de points ne correspondent pas à ce qui était annoncé* », *Le Monde*, 29 sept. 2017.

AUSSILLOUX (V.), SODE (A.),

« *Compétitivité : que reste-t-il à faire ?* », dans *2017 2027 Enjeux pour une décennie*, sous la direction de PISANI-FERRY (J.) et LENGART (F.), France Stratégie, La documentation française, 2016.

AUBERT-MONPEYSSEN (Th.), BLATMAN (M.),

« *Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention* », *Droit social*, n° 9, sept. 2012, p. 832.

AUZERO (G.),

« *La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise* », *Droit social*, n° 12, déc. 2015, p. 1006.

« *L'exercice du pouvoir de licencier* », *Droit social*, n° 3, mars 2010, p. 289.

AUZERO (G.), WURTZ (E.),

« *Accords de mobilité et accords de maintien dans l'emploi* », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 807, 15 sept. 2014.

BARET (Ch.), HUAULT (I.), PICQ (Th.),

« *Management et réseaux sociaux Jeux d'ombres et de lumières sur les organisations* », *Revue française de gestion*, vol. n° 163, n° 4, 2006.

BARTHELEMY (J.), CETTE (G.),

« *Réforme du droit social et efficacité économique* », Revue française d'économie, volume 23, n° 2, 2008, p. 57.

BARTHELEMY (J.),

« *Protection sociale et sécurité sociale Réflexions à propos du colloque du Conseil d'État "impôts et cotisations : quel financement pour la protection sociale ?"* », Regards 2014/2 (n° 46).

« *L'employabilité* », Les Cahiers du DRH, 2009.

« *L'ingénierie juridique : un concept* », JCP, E, 1993, suppl., n°2.

BAUDRY (B.), CHASSAGNON (V.),

« *L'ubérisation ne signe pas la fin de l'entreprise et du salariat* », Le Monde, 24 fév. 2016.

« *L'arbitrage entre le salariat et le travail indépendant* », Revue de l'Ofce, n° 149, p. 167.

BAUGARD (D.),

« *Le plafonnement de l'indemnisation des licenciements injustifiés ne peut pas varier selon les effectifs de l'entreprise* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 803.

BAZZOLI (L.), DUTRAIVE (V.),

« *L'entreprise comme organisation et comme institution* », *Économie et institutions*, janv. 2002, p. 5.

BENARDI (M.), BESSY (C.), CHASERANT (C.), EYMARD-DUVERNAY (F.), MARCHAL (E.),

Stratégies contractuelles et gestion de la relation de travail, Rapport de recherche, Centre d'Études de l'Emploi, juillet 2003, p. 72.

BERGERON (H.),

« *Les indicateurs de performance en contexte PME, quel modèle appliquer ?* », 21^e Congrès de l'AFC, Mai 2000, halshs-00587425.

BERGER-DOUCE (S.),

« *Rentabilité et pratiques de RSE en milieu PME premiers résultats d'une étude française* », Management & Avenir, janv. 2008, n° 15, p. 9.

BERNAUD (V.),

« *La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 960.

BERTA (N.), SIGNORETTO (C.), VALENTIN (J.),

« *La rupture conventionnelle : objectifs officiels et enjeux implicites* », Revue Française de Socio-Économie, n° 9, janv. 2012, p. 191.

BIED-CHARRETON (M-F),

« *Les obligations de loyauté dans la négociation d'une convention ou d'un accord collectif* », Le Droit Ouvrier, juil. 2017, n° 828, p. 415.

BOISTEL (Ph.),

« *La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise* », Management et Avenir, mars 2008, n° 17, p. 9.

BONNEAU (P.),

« *La mise à disposition de personnel intragroupe* », Les Echos Executives, 1^{er} juil. 2005.

BOUDON (R.),

« *Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique ?* », *Revue du Mauss*, vol. n° 24, n° 2, 2004, p. 281.

BOULMIER (D.),

« *Pot-pourri des acteurs de la justice sociale* », Droit social, n° 7/8, juil.-août 2017, p. 584.

BOUQUET (V.),

« *Croissance externe : les entreprises françaises ont de l'appétit* », 28 avr. 2016, Les Echos Business.fr.

BOURREAU-DUBOIS (C.) et DEFFAINS (B.)

« *Economie et droit du travail* », *Revue Travail et Emploi*, n° 12, oct.-déc. 2009, p. 9.

BOULETEL (C.),

« *Le patron de Tesla découvre le dialogue social à l'allemande* », Le Monde, Économie et Entreprise, 22 avr. 2017.

BUGADA (A.),

« *L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel* », La semaine juridique, édition sociale, n° 6, 13 fév. 2018, 1056.

« *La flexisécurité, fille des politiques sociales comparées* », *Le droit comparé et ... /Comparative law and...*, Actes du congrès annuel de *Juris Diversitas*, PUAM, 2014, collection Droit Pouvoirs et Sociétés, hal-01358066.

CARBONNIER (J.),

« *L'hypothèse du non-droit* », Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1963 ; repris dans Flexible droit, p. 25.

CASTADO (A.),

« *L'histoire juridique de l'article 1781 du Code Civil : « Le maître est cru sur son affirmation »* », *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), Quatrième série, vol. 55, n° 2 (avr.-juin 1977).

CEDRAS (J.),

« *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation* », dans *Cour de cassation, rapport 2003*, Paris, études diverses, Doc. fr. 2004.

CHABAUD (D.), MESSEGHEM (K.),

« *Le paradigme de l'opportunité. Des fondements à la refondation* », *Revue française de gestion*, n° 206, juil. 2010, p. 87.

CHAPAS (B.), CHASSAGNON (V.),

« *Pour une rémunération des dirigeants fondée sur le long-termisme* », *Les Échos business*, 31 mai 2016.

CHAMPEAUX (F.),

« *Prêt de main d'œuvre, un nouveau régime juridique* », *Semaine sociale Lamy*, 5 sept. 2011, n° 1503, p. 4.

CHANUT (J.-C.),

« *Climat social : la lassitude des salariés face à la crise pèse sur la compétitivité* », *La Tribune*, 14 mars 2014.

CHANUT (V.), GUIBERT (N.), ROJOT (J.), DUBOIS (P-L),

« *Les limites de la rationalité limitée ? Un essai de réflexion en sciences de gestion* », *revue management & avenir*, n° 48, août 2011, 21 p. 4.

CHASSAGNON (V.),

« *Nouveaux critères du contrat de travail et catégorisation des travailleurs externalisés et des travailleurs autonomes* », note de travail IREPE, commentaires sur la proposition de Code du travail, Nanterre, 31 mars 2017, halshs-01508077.

« *La démocratisation de l'entreprise dans la société : pensons un capitalisme plus juste* », Grenoble : Centre de recherche en économie de Grenoble, juil. 2016, halshs-01346445.

« *Contrôle et manipulation au cœur de la firme-monde ?* », *Revue de la régulation*, 14, 2^e semestre / autumn 2013.

« *Une analyse historique de la nature juridique de la firme* », *Revue de la régulation*, 12, 2^e semestre / autumn 2012.

CHASSAGNON (V.), DUBRION (B.),

« *Responsabilité sociale de l'entreprise et manipulation des salariés au travail : un éclairage institutionnaliste à partir d'une analyse de la littérature sur les codes de conduite* », *Revue de la régulation*, n° 17, juin 2015.

CHASSAGNON (V.), FERRERAS (I.), « *Nous aussi, nous aimons l'entreprise* », *Le Monde*, 24 janv. 2015, p. 7.

CHATRIOT (A.),

« *La réforme de l'entreprise. Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur* », *Vingtième Siècle, Revue d'histoire*, fév. 2012, n° 114, p. 183.

CHAUCHARD (J-P),

« *Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ?* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 947.

CHAZAL (J.-P.)

« *Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique* », Archives de philosophie du droit, T.45, Dalloz, 2001, p. 303.

COASE (R. H.),

« *The Nature of the Firm* », *Économica*, vol. 4, issue 16, nov. 1937, p. 386.

COMBREXELLE (J-D.)

« *Présentation du nouveau code du travail* », Dossier de presse de la DGT, mardi 29 avr. 2008.

« *Vie professionnelle et vie personnelle* », Droit social, n° 1, janv. 2010, p. 12.

COUTURIER (G.),

« *Accords de maintien d'emploi* », Droit social, n° 10, oct. 2013.

« *De quoi le salaire est-il la contrepartie ?* », Droit social, n° 1, janv. 2011, p. 10.

CROISSANT (Y.) et VORNETTI (P.),

« *Etat, marché et concurrence : les motifs de l'intervention publique* », Cahiers français, n° 313, mars-avr. 2003.

CLERC (D.),

« *De la croissance à la décroissance ?* », *L'Économie politique*, mars 2008 (n° 39).

COUTURIER (G.)

« *De quoi le salaire est-il la contrepartie ?* », Droit social, n° 1, janv. 2011, p. 10.

DAMERON (St.),

« *La dualité du travail coopératif* », *Revue française de gestion*, 5/2005 (n° 158), p. 105.

DARBUS (F.),

« *Troubles dans les relations d'emploi. Dénonciations face à l'ambiguïté du portage salarial* », ENS Cachan, Terrains & travaux, janv. 2013, n° 22, p. 95.

DARES analyses,

« *La syndicalisation en France* », mai 2016, n° 025.

DE BRIER (H.),

« *Les aménagements conventionnels des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015* », *Études, Revue de Droit du Travail*, oct. 2016, p. 91.

DEFALVARD (H.), LUROL (M.), POLZHUBER (E.),

« *Le droit négocié d'entreprise : force ou faiblesse ?* », Centre d'études pour l'emploi, n° 61, janv. 2004, p. 1.

DE GRAVE (A.),

« *L'intermittence et les contrats courts deviennent la règle* », Libération, mardi 20 sept. 2016.

DEHARO (G.),

« *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats* », 2011, hal-00649107.

DEPEYRE (C.),

« *Retour sur la théorie des ressources* », Le Libellio d'Aegis, n° 1, nov. 2005, p. 9.

DIDRY (Cl.),

« *Du sujet de droit à la citoyenneté du travail, une autre histoire du salariat* », Le sujet dans la cité, fév. 2012, n° 3, p. 238.

DIRECTION GENERALE DU TRESOR,

« *Quelle articulation des normes en droit du travail pour une plus grande efficacité économique ?* », 20 nov. 2015, *synthèse des interventions et débats*, intervenants J-D Combrexelle Président de la section sociale du Conseil d'État, P. Cahuc Professeur d'économie à l'école Polytechnique, R. Soubié, Président des sociétés de conseil Alixio et Taddeo.

DIRRINGER (J.),

« *L'esprit du dialogue social : de la loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés* », *La Revue de l'Ires*, vol. 87, n° 4, 2015, p. 125.

DOCKÈS (E.),

« *Notion de contrat de travail* », *Droit social*, n° 5, mai 2011, p. 546.

DOHOU (A.), BERLAND (N.),

« *Mesure de la performance globale des entreprises* », *Congrès de l'Association Francophone de Comptabilité, Poitiers*, 2007, p. 13.

DORMONT (B.), FOUGÈRE (D.), PRIETO (A.),

« *L'effet de l'allocation unique dégressive sur la reprise d'emploi* », *Économie et statistique*, n° 343, 2001, p. 3.

DORTIER (J-F.),

« *Le pragmatisme, une philosophie venue d'Amérique* », *Sciences Humaines*, HS n°30, décembre 2000 / janv.-fév. 2001.

DUQUESNE (F.),

« *Imputation de l'imprudance aggravée au dirigeant en titre ; le juge criminel ne fléchit pas* », *La Semaine Juridique – Social*, 27 sept. 2016, n° 38, p. 1322.

DURAND (P.),

« *Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* », Droit social, n° 12, déc. 2010, p. 1246.

DURUPT (F.),

« *Dans la chaîne absurde des boulots de merde* », Libération, mardi 22 nov. 2016, p. 26.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.),

« *Treize paradoxes du droit du travail* », Semaine sociale Lamy, Suppl. n° 1508, 10 oct. 2011.

EYMARD-DUVERNAY (F.),

« *Calculer ou débattre* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 9.

FABRE-MAGNAN (M.),

« *Le forçage du consentement du salarié* », Le Droit Ouvrier, juil. 2012, n° 768, p. 459.

FABRE (É.), DE RICCARDIS (N.),

« *Les contrats courts vus par les salariés* », Premières Synthèses, DARES, mars 2007, n° 12.3.

FADEUILHE (P.),

« *La démocratie dans l'entreprise* », dans *Questions de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2000, p. 359.

FAVENNEC-HERY (F.),

« *La négociation collective dans le droit de la durée du travail* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 892.

FAVEREAU (O.)

« *Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée* », texte rédigé pour l'étude « l'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes », AFDT, 2006.

« *Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 39.

FERRERO (G.), GAZANIOL (A.), LALANNE (G.),

« *L'industrie : quels défis pour l'économie française ?* », Lettre Trésor-Éco, n° 124, fév. 2014.

FIMBEL (E.),

« *Nature et enjeux stratégiques de l'externalisation* », RFG, vol. n° 143, n° 2, 2003, p. 27.

FINKIN (M.),

« *L'arbitrage aux États-Unis, une véritable histoire d'amour* », Droit social, n° 2, fév. 2017, p. 128.

FLÜCKIGER (Al.),

« *Le principe de la clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal* », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, dossier : La normativité, janv. 2007, p. 83.

FOURNIER (P.-F.),

« *Les grands groupes doivent développer une stratégie d'acquisitions de start-up* », Le Monde, 24 nov. 2016.

FRANCE STRATEGIE 2017-2027,

Nouvelles formes du travail et de la protection des actifs, enjeux, mars 2016.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

« *L'efficacité des décisions en matière de concurrence* », Fondation pour l'innovation politique, La Lettre n° 13, juin 2005, p. 10.

FRETEL (A.)

« *Editorial. La réforme du droit du travail : le nouvel impératif économique* », Revue Française de Socio-Economie, janv. 2016, n° 16, p. 5.

FROMONT (Y.),

« *L'avenir des clauses de mobilité géographique* », Droit social n°9/10, sept.-oct. 2011, p. 919.

FRUIT (R.),

« *La fonction de production de Cobb-Douglas* », Revue économique, vol. 13, n° 2, mars 1962, p. 186.

FRYDMAN (B.),

« *Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit* », Centre Perelman de Philosophie du Droit, Structure, système, champ et théories du sujet, l'harmattan, 1er janvier 1997, p. 127.

GAUDU (F.)

« *Les notions d'emploi en droit* », Droit social, 1996, p. 569.

GAURIAU (B.),

« *La diminution des délais de prescriptions* », Droit social, n° 10, oct. 2013.

« *Un droit au bonheur* », Droit social, n° 4, avr. 2012, p. 354.

« *Le co-employeur* », Droit social, n° 11-12, nov.-déc. 2012, p. 995.

GAZIER (B.),

« *Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative* », Travail et Emploi, 113, mars 2008, p. 117.

GÉA (F.),

« *Le licenciement comme objet de dialogue social* », *Droit social*, n° 12, déc. 2015, p. 994.

GERMAIN (S.),

« *Réorganisation : comment éviter le coût élevé d'un plan social* », *Les Echos*, supplément management, 30 mars 2010.

GERMAIN (C.), TRÉBUCQ (S.),

« *La performance globale de l'entreprise et son pilotage : quelques réflexions* », *Semaine sociale Lamy*, 18 oct. 2004, n° 1186, p. 35.

GINGLINGER (E).

« *L'actionnaire comme contrôleur* », *Revue française de gestion*, vol. n° 141, n°5, 2002, p. 37.

GRIMAUT (V.),

« *Les Français, travailleurs et flexibles* », *Alternatives Economiques*, HS n° 109, oct. 2016.

GUASTINI (R.),

« *Le réalisme juridique redéfini* », *Revus*, 19 (2013), <http://revus.revues.org/2511>.

GUÉRY-STÉVENOT (A.),

« *Conflits entre investisseurs et dirigeants. Une analyse en termes de gouvernance cognitive* », *Revue française de gestion* 2006/5 (n° 164), p. 157.

GHESTIN (J.),

« *Le contrat en tant qu'échange économique* », *Revue d'économiste industrielle*, vol. 92, 2e et 3^{ème} trimestres 2000. *Économie des contrats : bilan et perspectives*, sous la direction de Éric Brousseau et Jean-Michel Glachant, p. 81.

GUGLIELMI (G.J.)

« *Réflexions critiques sur la notion d'externalisation* », *Le Droit Ouvrier*, avr. 2008, p. 175.

HATCHUEL (A.) et SEGRESTIN (B.)

« *La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif* », *Droit et société*, n° 65, janv. 2007, p. 27.

HAURIOU (M.),

« *Conditions et limites de la responsabilité pour risque* », Note sous Conseil d'Etat, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, S. 1918-19.3.25, 2014 (version numérique du site de la Revue Générale du Droit).

HAVARD (Ch.), RORIVE (B.), SOBCZAK (A.),

« *Client, employeur et salarié : cartographie d'une triangulation complexe* », *Economies et Sociétés (Série Socio-Economie du Travail)*, 2006, (27), p. 1229.

HÉAS (F.),

« *Temps et santé au travail, pour une connexion plus explicite dans la loi* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 837.

HERBET (M.),

« *Vers un label européen pour les financeurs solidaires ?* », Eurodactiv, 8 juin 2012.

HERSCOVICI (A.),

« *Du capitalisme industriel au capitalisme immatériel : quelques pistes de réflexion* », colloque international « Mutations des industries de la culture, de l'information et de la communication », sept. 2006.

HEYER (E.),

« *Loi travail : à court terme ce genre de mesure a un effet récessif sur l'emploi* », Le Monde, 13 sept. 2017.

HILBINK (Th.),

« *Radicalisme, pratique juridique et doctrine dans les années 1960 aux Etats-Unis* », Droit et cultures, n° 56, 2008-2, www.droitcultures.revues.org.

HOUSSARD (E.),

« *L'économie du contrat* », Revue juridique de l'Ouest, janv. 2002, p. 7.

INFOSTAT JUSTICE,

« *Les litiges du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses* », août 2015, n° 135.

JEAMMAUD (A.), MASSE-DESSEN (H.),

« *Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ?* », Semaine sociale Lamy, avr. 2006, n° 1257.

JEANNOT (G.),

« *La théorie de l'institution de Maurice Hauriou et les associations* », Les Annales de la Recherche Urbaine, 2001, p. 18.

JENSEN (M.) et MECKLING (W.),

« *Theory of the firm : managerial behavior, agency cost, and ownership structure* », Journal of Financial Economic, 1976, p. 305.

JOLLY (C.), PROUET (E.), WISNIA-WEILL (V.),

« *Nouvelles formes du travail et de la protection des actifs* », France Stratégie, mars 2016.

KAHN (A.),

« *Haro sur la boulimie collaborative* », Le Monde, Idées, 1^{er} avr. 2017, p. 7.

KOCHER (M.),

« *L'actionnariat-salarié : à la croisée des chemins de gouvernance* », *Droit social*, n° 6, juin 2014, p. 540.

KRIVINE (J.),

« *Les accords de mobilité interne, nouvel échappatoire au PSE ?* », *Semaine sociale Lamy*, 8 juil. 2013, n° 1592, p. 53.

LAHAYE (A-S.),

« *Un travail de longue haleine* », mensuel travail sécurité, « *Le grand entretien* », n° 7802, fév. 2017, p. 12.

LANDRIEU (V.),

« *Rémunération du dirigeant : quels critères de performance ?* », *Les Echos Business*, 22 déc. 2015.

LAULOM (S.), NICOD (C.), MIAS (A.), GUILLAUME (C.), DENIS (J.-M.) ET BOUFFARTIGUE (P.),

« *La promotion du dialogue social dans l'entreprise. Loi Rebsamen et rapport Combrexelle* », *La nouvelle revue du travail*, août 2016.

LECLERC (O.),

« *Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail* », *Droit social*, fév. 2005, p. 173.

LE CROM (J.-P.),

« *La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples* », *Diritto romano attuale*, sept. 2006, p. 15.

LE DUIGOU (J.-C.),

« *Quelle sécurité sociale professionnelle ?* », *Droit social*, n° 12, déc. 2011, p. 1300.

LE GALL (J-M.),

« *L'impensé de l'entreprise irréprochable* », *Études* 2011/11 (tome 415), p. 473.

LEHMANN (É.),

« *L'impact de l'assurance chômage et de l'assistance chômage sur le chômage d'équilibre* », dans *Annales d'économie et de statistique*, 1999, vol. 53, p. 31.

LEROUGE (L.),

« *Les effets de la précarité du travail sur la santé : le droit du travail peut-il s'en saisir ?* », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé*, pistes.revues.org, 2009.

LEROY (Y.),

« *Les limites d'une analyse de l'efficacité économique du droit : l'exemple du droit du travail français* », article s'inspirant de certains développements de l'ouvrage *L'effectivité du droit au*

travers d'un questionnement en droit du travail, LGDJ, bibl. de droit social, tome 55, 2011, p. 401.

LE SAINT (R.),

« *Accidents du travail : les entreprises relâchent leurs efforts* », Entreprises et Carrières, 16 nov. 2016.

LIEUTIER (J.-P.),

« *La participation des salariés au capital et à la gestion à travers quelques aspects de droit des sociétés* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 1012.

LOCHAK (D.),

« *Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française* », Le Genre humain, janv. 1996, n° 30-31, p. 453.

LOISEAU (G.), PECAULT-RIVOLIER (L.), PIGNARRE (G.),

« *L'ordre public social a-t-il un avenir ?* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 886.

LOKIEC (P.)

« *La modulation du temps de travail* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 957.

LOUVEL (B.),

« *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation* », Journal spécial des Sociétés, n° 22, mars 2017.

LYON-CAEN (A.),

« *La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprise* », *La Revue des droits de l'homme*, mai 2014, <http://revdh.revues.org/830>.

« *Le comité d'entreprise à l'heure du changement* », Droit social, 1982, p. 300.

« A propos de l'adjectif économique dans la langue du droit » dans JEAMMAUD (A.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 137.

MAGGIORI (R.), VECRIN (A.),

« *Mireille Delmas-Marty : à l'heure de la mondialisation nous avons besoin d'un droit flou* », Libération, samedi 24 et dimanche 25 sept. 2016, p. 22.

MALINVAUD (E.),

« *Réformes structurelles du marché du travail et politiques macroéconomiques* », *Revue de l'OFCE*, mars 2013, n° 86, p. 7.

MARTINON (A.),

« *Le salaire* » dans *Les notions fondamentales du droit du travail* (dir. B. Teyssié) : éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 137.

MATH (A), SPIRE (AL.)

« *Des travailleurs jetables* », *Plein droit*, vol. 61, fév. 2004, p. 33.

MAZEAUD (D.), « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », dans Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz-PUF-J.-CI, 1999, p. 603

MILLARD (É.),

« *Hauriou et la théorie de l'institution* », Droit et Société, n° 30/31, 1995, p. 381.

MILLET (W.),

« *La faculté d'assumer la généralisation de la complémentaire santé d'entreprise par une aide financière patronale* », Droit social, n° 6, juin 2017, p. 561.

MINGAM (C.), DUVAL (A.),

« *L'abus de droit, état du droit positif* », dans Revue juridique de l'Ouest, avr. 1998, p. 543.

MONTEILLET (V.),

« *Responsabilité patronale, responsabilité salariale : des ressources juridiques exploitables au service des enjeux environnementaux* », Les cahiers sociaux, n° 301, nov. 2017.

« *Qualification de la relation de travail : redistribution des rôles* », note sous Cass. Soc., 25 juin 2013, nos 12-13.968 et 12-17.660 (P+B), RLDA déc. 2013, éclairage 4877, p. 40.

MONTAGNE (S.),

« *Le rôle des juristes de la Law and Economics dans l'élaboration de la nouvelle norme d'investissement. Politique et Finance aux États-Unis 1960-1970* », communication au Colloque Théorie de la Régulation, 10-12 juin 2015.

MOULY (J.),

« *Rupture conventionnelle : validité du retrait du refus d'homologation par la Direccte* », Droit social, n° 7/8, juil.-août 2017, p. 665.

NEZOZI (G.),

« *Faut-il brûler le modèle social français ?* », Recherches et Prévisions, n° 87, mars 2007, p. 105.

OCDE,

« *Innovation et performance économique* », Études économiques de l'OCDE, oct. 2006.

ODOUL-ASOREY (I.),

« *La négociation collective, confortée par le principe de participation ?* », Droit social, déc. 2015, p. 987.

OLLIER (P.),

« *La responsabilité de l'employeur en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles* », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2002 (version numérique du site de la Cour de cassation).

ORIF (V.),

« *Les nouveaux blocs de compétence* », Droit social, n° 7/8, juil.-août 2017, p. 618.

PECAUT-RIVOLIER (L.),

« *L'unité économique et sociale, quel avenir ?* », Droit social, n°11-12, nov.-déc. 2012, p. 974.

PEKAR-LEMPEREUR (A.),

« *L'évolution des rapports de force en négociation, dix cas de revirement* », Revue française de gestion, juin 2004, n° 153, p. 125.

PESQUEUX (Y.),

« *La gestion du risque : une question d'expert ?* », Prospective et stratégie, janv. 2012, (numéros 2-3), p. 243.

PEZE (M.),

« *Le management doit mieux reconnaître le travail accompli* », Libération, 20 sept. 2016.

PETIT (B.),

« *Une regard juridique sur la dynamique du modèle social européen* », Droit social, n° 2, fév. 2010, p. 213.

PETIT (F.)

« *Les actions en justice du CHSCT* », Droit social, n° 7/8, juil.-août 2017, p. 645 s.

« *L'extension du statut protecteur à tout membre d'une commission paritaire professionnelle* », Droit social, n° 6, juin 2017, p. 577 s.

« *Le droit social et l'analyse économique du droit : l'ubérisation et le contrat de travail* », Colloque Droit et économie : des divergences aux convergences, 6 avr. 2017, ICES, La Roche-sur-Yon.

« *La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise* », Droit social, n° 2, févr. 2017, p. 156.

« *Le référendum en entreprise comme voie de secours* », Droit social, n° 11, nov. 2016, p. 903.

« *Gérer et anticiper la modification du contrat de travail* », Le Droit Ouvrier, n° 817, p. 483.

« *La modification du contrat de travail* », Conférence à l'assemblée générale des Conseillers prud'homaux d'Avignon, 13 juin 2016 au Palais de Justice d'Avignon.

« *Une représentation du personnel à la carte* », Droit Social, n° 6, juin 2016, Dossier.

« *Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ?* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 952.

« *La loi Macron au service du dialogue social dans l'entreprise* », Droit Social, n° 10, oct. 2015, p. 815.

« *Les clauses et accords de mobilité* », La négociation de la force de travail, 2014, Éditions Universitaires d'Avignon, p. 83.

« *La représentativité acquise pour toute la durée du cycle électoral* », Droit social, n° 4, avr. 2013, p. 374.

« *Les périmètres de l'établissement distinct* », Droit social, n° 11-12, nov.-déc. 2012, p. 979.

« Une clause d'objectifs non tenue peut-elle justifier un licenciement ? », JCPE, n° 13, 29 mars 2001.

PEKAR LEMPEREUR (A.),

« L'évolution des rapports de force en négociation. Dix cas de revirement », Revue française de gestion, n° 153, juin 2004, p. 125.

PEREIRA (B.),

« Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *Management & Avenir*, vol. 21, n° 1, 2009, p. 26.

PICOD (Y.),

« L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », dans *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, n°10.

PIKETTY (TH.),

« Repenser le code du capital », *Le Monde*, 12 sept. 2017.

POLLIN (J.-P.), VAUBOURG (A.-G.),

« Environnement juridique et systèmes de gouvernance. Quelles conséquences pour l'intégration financière européenne ? », *Revue économique*, avr. 2006, vol. 57, p. 919.

POSTEL-VINAY (G.),

« De l'épaisseur du code du travail », *Libération*, 16 mars 2016, p. 23.

« Les fonds éthiques et socialement responsables : des livres sacrés au capitalisme financier », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, vol. mai 2011, n° 2, 2011, p. 86.

RADE (Ch.),

« Leurre de la réforme », *Droit social*, n° 10, oct. 2015, p. 749.

« Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ? », dans *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2000. Le principe de précaution. p. 75.

RAY (J-E.),

« Un accord d'entreprise peut-il être légitime ? », *Le Monde*, 14 mars 2016, www.lemonde.fr

« La loi qui libère... », *Droit social*, n° 10, oct. 2015, p. 752.

« Des conditions de travail aux conditions de vie dans l'entreprise », *Droit social*, n° 2, févr. 2015.

« La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, oct. 2014.

« Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », *Droit social*, n° 5, mai 2012, p. 443.

« Métamorphoses du droit du travail », *Droit social*, n° 12, déc. 2001.

REYNAUD (B.),

« Le contrat de travail dans le paradigme standard », *Revue française d'économie*, volume 3, n° 4, 1988, p. 157.

RODIERE (P.),

« *Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen* », Droit social, n° 1, janv. 2011, p. 6.

« *L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE* », Droit social, n° 5, mai 2010, p. 573.

ROMAGNOLI (U.),

« *Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail* », dans JEAMMAUD (A.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 7.

RONZANO (A.),

« *Clauses de rendement et contrats-cadres de distribution* », JCP, E, 1996, I, 535.

ROUVIERE (F.), « *La remise en cause du contrat par le juge* », *L'efficacité du contrat*, juin 2010, Aix-en-Provence, France, Dalloz, p. 41.

ROUVILLOIS (F.),

« *La règle de droit entre efficacité et légitimité* », FIP, juin 2005, La Lettre, n° 13.

SACHS (T.),

« *Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 1019.

SAHUT (J.-M.), OTHMANI GHARBI (H.),

« *Activisme des investisseurs institutionnels : cadre général et facteurs d'influence* », La Revue des Sciences de Gestion, mars 2010, n° 243-244, p. 25.

SALAIS (R.),

« *Conventions de travail, mondes de production et institutions : un parcours de recherche* », L'Homme et la société, avr. 2008, n° 170-171.

« *L'analyse économique des conventions de travail* », Revue économique, volume 40, n° 2, 1989, p. 199.

SANCHEZ-MAZAS ,

« *Enjeux éthiques et socialité au défi dans le phénomène du harcèlement psychologique* », Éthique publique, vol. 11, n° 2, 2009, p. 51.

SEGRESTIN (B), HATCHUEL (A.),

« *Pour un nouveau droit de l'entreprise* », *La République des Idées* de Pierre Rosanvallon, Seuil, nov. 2011, p. 65.

SIAU (B.),

« *Chronique d'actualité du droit de la négociation collective : actualité jurisprudentielle* », Droit social, n° 6, juin 2017, p. 552.

SIMAR (L.),

« *Le modèle des insiders-outsiders : entre théorie et pratiques* », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 4, 2003, p. 81.

SIMITIS (S.),

« *Un débat international* », dans *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, déc. 2005, p. 145.

SOBCZAK (A.), RORIVE FEYTMANS (B.), HAVARD (C.),

« *Comment réguler les relations triangulaires de travail ? La RSE face au droit dans le travail intérimaire et les centres d'appels* », *Travail et Emploi* n° 114, avr.-juin 2008.

SUPIOT (A.)

« *Mutualisation : de quoi parlons-nous ?* », *Recueil Dalloz*, 7 avr. 2016, n° 13, p. 726.

« *Remettons le travail au centre de la réflexion et du droit du travail* », entretien réalisé par Yves Housson, *L'Humanité*, 31 mars 2016.

« *Fragments d'une politique législative du travail* », *Droit social*, n°12, déc. 2011, p. 1151.

« *Le droit du travail bradé sur le marché des normes* », *Droit social*, n°12, déc. 2005, p. 1087.

« *La justice sociale saisie par la régulation* », dans *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 427.

« *La contractualisation de la société* », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001, p. 51.

« *Les nouveaux visages de la subordination* », *Droit social*, n° 2, fév. 2000, p. 131.

« *Le travail, liberté partagée* », *Droit social*, n° 9-10, sept.-oct. 1993, p. 721.

TABUTEAU (D.),

« *Typologie des politiques sociales* », *Droit social*, n° 6, juin 2012, p. 620.

TAÏEB (F.), YOUSSEFZAI (F.),

« *Dirigeants d'entreprises, focaliser sur les actionnaires n'est pas légitime !* », *Revue française de gestion*, vol. 183, n° 3, 2008, p. 111-30.

TASKIN (L.),

« *Les Enjeux du télétravail pour l'organisation* », *Reflets et perspectives de la vie économique*, vol. tome XLII, n° 1, 2003, p. 81.

TOURNAUX (S.),

« *Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail* », *Droit social*, n° 2, fév. 2017, p. 136.

« *Le code du travail et ses mues* », *Droit social*, n° 9, sept. 2016, p. 680.

« *Mise à disposition par un groupement d'employeurs : un prêt de main d'œuvre comme les autres ?* », *Droit social*, n° 10, oct. 2012, p. 890.

TRUDEAU (G.),

« *En conclusion... Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail* », Droit social, n° 1, janv. 2010, p. 76.

TUFFERY-ANDRIEU (J-M.),

« *Le régime juridique des intermédiaires de commerce : la requalification du contrat dans son évolution de 1840 à 1958* », Droit social, n° 9, sept. 2016, p. 689.

VAN DE KERCHOVE (M.),

« *Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie* », Informations sociales, juil. 2005, n° 127.

VANULS (C.),

« *Travail et environnement. Regards sur une dynamique préventive et normative à la lumière de l'interdépendance des risques professionnels et environnementaux* », préf. de BUGADA (A.), PUAM, coll. « Droit social », 2014.

VAUCHEZ (A.),

« *Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society* », Belin, « Genèses », avr. 2001, n° 45.

VENTELOU (B.),

« *Nouveaux keynésiens, nouveaux classiques : vers une nouvelle synthèse ?* », Cahiers français, n° 363, juil.-août 2011, p. 8.

VERICEL (M.)

« *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* », Droit Social, n° 10, oct. 2015, p. 833.

« *Accords de mobilité* », Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 807, 15 sept. 2014.

VERKINDT (P.-Y.),

« *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi* », Droit social, n° 12, déc. 2015, p. 954.

« *La collectivité de travail* », Droit social, n° 11-12, déc. 2012, p. 1006.

« *Un droit conventionnel pour les groupements d'employeurs ?* », Droit social, n° 10, oct. 2012, p. 906.

« *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés* », Droit social, n° 7/8, juil. août 2010, p. 771.

« *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale* », Droit social, n° 5, mai 2010, p. 519.

VITTORI (J.-M.),

« *Gary Becker, l'économiste qui voyait l'économie partout* », Les Échos, 16 mai 2014.

WAQUET (Ph.),

« *Le renouveau du contrat de travail* », RJS, mai 1999, p. 383.

WIEM (E.), KHLIF (W.),

« *Effets de la structure de propriété sur la performance des entreprises tunisiennes* », La Revue des Sciences de Gestion, vol. 243-244, n° 3, 2010, p. 63.

WILLMANN (Ch.),

« *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... et l'emploi ?* », Droit social, n° 10, oct. 2015, p. 767.

« *Politiques de l'emploi : la loi du 16 août 2012, l'occasion manquée* », Droit social, n° 10, oct. 2012, p. 960.

« *Emploi, chômage, minima sociaux : une analyse juridique de la notion de contrepartie* », Droit et pauvreté, contribution issue du séminaire ONPES et DRESS-Mire, 2007, p. 83.

« *La protection sociale des sans-emploi. Une prise en charge des principaux risques* », Informations sociales 2007/6 (n° 142), p. 60.

WIRTZ (P.),

« *Meilleures pratiques de gouvernance et création de valeur : une appréciation critique des codes de bonne conduite* », Comptabilité – Contrôle – Audit, janv. 2005, tome 11, p. 141.

V – COLLOQUES – CONFÉRENCES – SEMINAIRES

Colloque « *Le référendum dans l'entreprise, nouvel outil de dialogue social ?* », Faculté de droit et de science politique, Aix-en-Provence, AMU, 2 mars 2018.

BARTHELEMY (J.) et PETIT (F.), « *Le droit social comme technique d'organisation de l'entreprise* », Conférence-débat, 31 mars 2016, Université d'Avignon (UAPV).

Colloque « *L'éphémère, objet de droit* », 7 oct. 2016, Université d'Avignon (UAPV).

Conférence AFDT « *Réforme du droit des contrats et droit du travail* », 28 avr. 2017, Ministère des Affaires sociales, présidence par Gérard Couturier, intervention de Judith Rochfeld, Professeure à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, premiers commentaires de Gilles Auzero, Professeur à l'Université de Bordeaux et Lucas Bento de Carvalho, maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour.

Conférence « *La responsabilité sociétale des entreprises* », conférence inaugurale « *Appréhension de la RSE par le Droit : une nécessité ?* », 25 janv. 2017, Grand'chambre de la Cour de cassation.

TREBUCQ (St.),

« *La gouvernance de l'entreprise héritière de conflits idéologiques et philosophiques* », Communication pour les neuvièmes journées d'histoire de la comptabilité et du management, CREFIGE – Université Paris-Dauphine, avec le soutien de l'Association Francophone de Comptabilité, mars 2003.

ZARA (O.), conférence organisée par l'IAE de Paris sur le thème : « *L'intelligence collective est-elle au cœur de la compétitivité des entreprises... ou un mirage 2.0 ?* », 26 nov. 2012.

VI – ARRETS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE – DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL - NOTES ET OBSERVATIONS

Soc., 22 nov. 2017, pourvoi n° 16-24.801, publié au bulletin.
Soc., 22 nov. 2017, pourvoi n° 13-19.855, publié au bulletin.
Crim., 14 nov. 2017, pourvoi n° 16-85.161, publié au bulletin (*préjudice, harcèlement moral*)
Crim., 31 oct. 2017, pourvoi n° 16-83.683, publié au bulletin (*responsabilité pénale personne morale*)
Soc., 5 juil. 2017, pourvoi n° 16-15.623, publié au bulletin.
Soc., 22 juin 2017, pourvoi n° 16-15.507.
Soc., 21 juin 2017, pourvoi n° 15-24.272.
Soc., 8 juin 2017, pourvoi n° 16-10.458.
Cass. 3e civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, publié au bulletin (*responsabilité extracontractuelle*).
Soc., 12 mai 2017, pourvoi n° 15-24.220, publié au bulletin (*rupture conventionnelle*).
Soc. 1^{er} mars 2017, pourvoi n° 13-20.688, publié au bulletin.
Soc., 1^{er} févr. 2017, pourvoi n° 15-24.310.
Soc., 1^{er} déc. 2016, pourvoi n° 15-21.609.
Soc., 23 nov. 2016, pourvoi n° 15-18.093, publié au bulletin.
Com., 8 nov. 2016, pourvoi n° 14-29770 (*obligation de loyauté, limites*).
Soc., 3 nov. 2016, pourvoi n° 15-18.444, publié au bulletin.
Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-16.994, publié au bulletin (*rupture conventionnelle*)
Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 14-29.246, publié au bulletin
Soc., 14 sept. 2016, n° 15-11.386, publié au bulletin (*rémunération, égalité des salaires*)
Soc., 14 juin 2016, n° 14-28.872.
Crim., 7 juin 2016, pourvoi n° 15-81.023.
Soc. 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, publié au bulletin.
Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-10.025.
Soc., 13 avr. 2016, pourvoi n° 14-28.293, publié au bulletin (*revirement de la jurisprudence relative au « préjudice nécessaire »*)
Soc., 7 avr. 2016, pourvoi n° 14-27.949
Soc., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-29.865.
Soc., 12 janv. 2016, pourvoi n° 14-23.290.
Soc., 27 janv. 2016, pourvoi n° 15-10.640, publié au bulletin.
Crim., 12 janv. 2016, pourvoi n° 14-87.685, publié au bulletin.
Soc. 12 janv. 2016, n° pourvoi 14-23.290, publié au bulletin.
Soc., 6 janv. 2016, pourvoi n° 14-12.717
Soc. 10 déc. 2015, pourvoi n° 14-19.316, publié au bulletin (*groupe de sociétés*)
Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-21.521 (*faute grave, manœuvre dolosive, dissimulation d'information*)

Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n°14-24.444, publié au bulletin (*employeur, obligation de résultat*).

CA Lyon, 9 nov. 2015, n° 14-06/409.

Soc., 22 oct. 2015, pourvoi n° 14-20.175.

Soc., 20 oct. 2015, pourvoi n° 14-23-712.

Ass. plén., 9 oct. 2015, n° 13-25.279.

Crim., 8 sept. 2015, pourvoi n° 14-83.053.

CAA Marseille, 7^e ch., 21 août 2015, n° 14MA02413.

Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC (*censure barémisation indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse*).

Soc., 9 juin 2015, pourvoi n° 13-19327.

Soc., 19 mai 2015, pourvoi n° 13-26.916, publié au bulletin (*pouvoir disciplinaire, sanction*).

Com., 12 mai 2015, pourvoi n° 13-28504 14-11028

Soc., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-10.408, publié au bulletin.

Soc., 9 avr. 2015, pourvoi n° 13-26.817.

Com., 31 mars 2015, pourvoi n° 14-14575.

Soc. 11 mars 2015, pourvoi n° 13-22.257, publié au bulletin (*obligation patronale de sécurité*)

Com., 10 mars 2015, pourvoi n° 12-16.956, publié au bulletin.

Soc. 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20.549, publié au Bulletin (*rupture conventionnelle*)

Soc., 5 mars 2015, pourvoi n° 13-26.321.

Soc., 4 févr. 2015, pourvoi n° 13-25.627, publié au bulletin (*portage salarial*)

Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-18.354.

Soc., 21 janv. 2015, pourvoi n° 13-26.011.

Soc., 7 janv. 2015, pourvoi n° 13-20.224.

Soc. 17 déc. 2014, pourvoi n° 13-23.645.

Soc. 17 déc. 2014, pourvoi 13-19.659.

CA Versailles, 4 déc. 2014, n°12/03.370.

Soc. 19 nov. 2014, pourvoi n° 13-17.729.

Soc., 30 sept. 2014, pourvoi n° 13-20.082.

Soc. 29 sept 2014, pourvoi n° 13-13.661, publié au bulletin (*licenciement, cause réelle et sérieuse, manquement à la loyauté*)

Soc., 24 sept. 2014, pourvoi n° 13-13.893.

Soc., 24 sept. 2014, pourvoi n° 13-17.379.

Soc., 17 sept. 2014, pourvoi n° 13-19.499.

Soc., 9 juil. 2014, n° 13-12.423.

Soc. 8 juil. 2014, pourvoi n° 13-15.470 (*coemployeur, responsabilité civile*).

Soc., 2 juil. 2014, pourvoi n° 13-12562, publié au bulletin.

Soc., 2 juil. 2014, pourvoi n° 13-15.208.

Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-16.632, publié au bulletin (*embauche*)

Soc., 4 juin 2014, pourvoi n° 12-23.759.

Décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014.

Soc., 9 avr. 2014, pourvoi n° 13-10.939.

Soc., 2 avr. 2014, pourvoi n° 12-19.573, publié au bulletin

Soc. 2 avr. 2014, pourvoi n° 12-19.573.

Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21.136, publié au bulletin, figurant au rapport annuel (*transaction*)

Soc., 12 fév. 2014, pourvoi n° 12-11.554, publié au bulletin.

Soc., 22 janv. 2014, pourvoi n° 12-27.478, publié au bulletin.

Soc., 20 nov. 2013, pourvoi n° 12-16.370

Soc., 16 oct. 2013, pourvoi n° 12-15.638.

Soc., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.680, publié au bulletin.

Soc., 10 juil. 2013, pourvois n° 12-16.210 et 12-21.180, publié au bulletin.

Soc. 26 juin 2013, pourvoi n° 12-15.208.

Soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968 et 12-17.660, publié au bulletin (*requalification contrat de travail*).

Cons. const. 13 juin 2013, décision n° 2013-672 DC.

Soc., 5 juin 2013, pourvoi n° 11-21.255, publié au bulletin.

Soc. 16 mai 2013, pourvoi n° 11-25.711.

Cour de justice de l'Union européenne, Grande Chambre, arrêt du 16 avr. 2013, affaire n° C-202/11.

Civ., 10 avr. 2013, pourvoi n° 11-19530, publié au bulletin.

Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 12-14.973.

Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 11-19734.

Crim., 5 mars 2013, pourvoi n° 11-83.984, publié au bulletin.

Soc., 15 janv. 2013, pourvoi n° 11-19.640, publié au bulletin (*contrat de travail, exécution*)

Soc., 15 janv. 2013, pourvoi n° 11-28.109, publié au bulletin.

Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-24.305, publié au bulletin.

Civ. 2, 8 nov. 2012, pourvoi n° 11-23.855.

Soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-60.199, publié au bulletin.

Soc. 12 sept. 2012, pourvoi n° 11-12.351 (*coemployeur*).

Soc., 4 juil. 2012, pourvoi n° 11-30.266, publié au bulletin.

Crim. 19 juin 2012, pourvoi n° 11-82.391.

Soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 10-25.937.

CA Rennes, 8^e ch. prud., 23 mars 2012, n° 10-06873

Soc., 29 fév. 2012, pourvoi n° 11-13.748, publié au bulletin.

Soc., 7 févr. 2012, pourvoi n° 10-18.686.

Soc., 31 janv. 2012, pourvoi n° 10-17.593, publié au bulletin.

Com., 31 janv. 2012, n° 10-15.489.

Soc., 19 janv. 2012, pourvoi n° 10-23.653 (*subordination, service organisé*).

Crim., 17 janv. 2012, pourvoi n° 11-81.669 (*portage salarial*)

Crim., 6 déc. 2011, pourvoi n° 10-82.266

Soc., 1^{er} décembre 2011, pourvoi n° 09-71.204.

Soc., 30 nov. 2011, pourvoi n° 10-22.964, publié au bulletin (*coemployeur, confusion d'intérêts*)

Com., 15 nov., 2011, pourvoi n° 10-15.049, publié au bulletin.

Soc., 12 oct. 2011, pourvoi n° 10-16.649, publié au bulletin.

Com., 20 sept. 2011, pourvoi n° 10-22.888, publié au bulletin (*contradiction au détriment d'autrui*).

Soc., 26 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107.

CA Paris, 24 mai 2011, n° 10/09.266 (*principe de cohérence*)

Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69.175, publié au bulletin (*portage, société-mère et filiale*)

Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69175, publié au bulletin (*prêt de main d'œuvre, DIF, marchandage*)

Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464, publié au bulletin.

Com., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-17667.

Soc., 15 mars 2011, pourvoi n° 09-72.541.

Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-68.546.

Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-11.545.

Soc., 2 fév. 2011, pourvoi n° 10-14.263.

Soc., 19 janv. 2011, pourvoi n° 09-67.463.

Com., 9 nov. 2010, pourvoi n° 09-71.284.

Soc., 3 nov. 2010, pourvoi n° 09-65.254, publié au bulletin (*obligation de fournir le travail convenu, prise d'acte*).

Soc., 26 oct. 2010, pourvoi n° 09-42.470, publié au bulletin (*liberté d'expression, bonne foi*)

Soc., 26 oct. 2010, pourvoi n° 09-15.187.

Soc., 20 oct. 2010, pourvois n° 08-594 à 08-44.596, paru au bulletin.

Civ., 20 oct. 2010, pourvoi n° 09-13.635, publié au bulletin.

Soc., 28 sept. 2010, pourvoi n° 08-43.161.

Soc., 13 juil. 2010, pourvoi n° 09-41.626, publié au bulletin.

Com., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-14.838.

Com., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-17.841, publié au bulletin.

Com., 9 mars 2010, pourvoi n° 08-21.547 ; 08.21.793.

Soc., 17 fév. 2010, pourvoi n° 08-40.671, publié au bulletin (*portage salarial*)

Soc., 17 févr. 2010, pourvoi n° 08-45.298, publié au bulletin (*portage salarial*)

Soc. 3 févr. 2010, pourvoi n° 08-44.019.

Soc., 3 fév. 2010, pourvoi n° 08-40.144, publié au bulletin.

Soc., 28 janv. 2010, pourvoi n° 08-42.616.

Soc., 12 janv. 2010, pourvoi n° 08-42.835, publié au bulletin (*qualification professionnelle*).

Soc. 8 déc. 2009, pourvoi n° 08-42097.

Soc., 10 nov. 2009, pourvoi n° 08-41.497.

Soc., 10 nov. 2009, pourvoi n° 07-45.528, publié au bulletin.

Soc., 23 sept. 2009, pourvoi n° 07-44.200.

Com., 15 sept. 2009, pourvoi n° 08-19.200, publié au bulletin (*rupture brutale des relations commerciales, relation établie*).

Décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

Soc., 3 juin 2009, pourvois n° 08-40.981 à 08-40.983 / 08-41.712 à 08-41.714, publié au bulletin (*arrêt Glem – requalification en contrat de travail*).

Soc., 23 sept. 2009, pourvoi n° 07-44.200.

Soc., 1^{er} juil. 2009, pourvoi n° 08-43.179, publié au bulletin.

CNIL, délibération n° 2009-201 du 16 avril 2009.

Soc., 18 mars 2009, pourvoi n° 07-45.212.

Soc., 21 janv. 2009, pourvoi n° 07-41.935.

Soc., 16 déc. 2008, pourvoi n° 07-43.875.

Soc., 1^{er} avr. 2008, pourvoi n° 07-60.283.

Soc. 19 mars 2008, pourvoi n° 06-44.201 (*confusion subordination*).

Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-45.093, publié au bulletin.

Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-40.852, publié au bulletin (*preuve*).

Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, publié au bulletin (*obligation de sécurité de résultat, prévention*).

Soc., 23 janv. 2008, pourvoi n° 06-42.919.

Soc., 23 janv. 2008, pourvoi n° 07-40.522, publié au bulletin (*modification lieu de travail*).

Civ., 17 janv. 2008, pourvoi n° 06-21961.

Soc., 30 oct. 2007, pourvoi n° 06-43.327.

Com., 10 juil. 2007, pourvoi n° 06-14.768, publié au bulletin (*exécution, bonne foi*).

Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 06-41.574.

Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 04-42740, publié au bulletin (*prise d'acte, clause de non-concurrence*).

Soc., 15 mai 2007, pourvois n° 05-42.894 et 05-42.895, publié au bulletin.

Soc., 27 fév. 2007, pourvoi n° 05-44.106.

Com., 6 févr. 2007, pourvoi n° 05-19.008, publié au bulletin.

Soc., 24 janv. 2007, pourvoi n° 05-40.639 (*mutation, bonne foi contractuelle*).

Soc., 18 oct. 2006, pourvoi n° 04-48.612, publié au bulletin (*pouvoir de direction*).

CA Paris, 13 oct. 2006, n° 05/23.871.

Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-45.396 (*zone géographique d'application*).

Soc., 12 juil. 2006, pourvoi n° 04-40.331, publié au bulletin (*U.E.S.*).

Soc., 29 juin 2006, pourvoi n° 05-43.914, publié au bulletin.

Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85.255, publié au bulletin (*responsabilité pénale personne morale*).

Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-45.846, publié au bulletin.

Soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-41.016, publié au bulletin (*mutation, restriction libertés fondamentales*).

Cass. Civile 2, 13 déc. 2005, pourvoi n° 04-18.104, publié au bulletin (*lien de subordination*).

Soc., 21 sept. 2005, pourvoi n° 03-44.855, publié au bulletin (*contrat de travail, formation, dol*).

Soc., 12 juil. 2005, pourvoi n° 03-45.394, publié au bulletin (*clause de résiliation*).

Soc., 29 juin 2005, pourvoi n°03-44.412.

C. cass. Assemblée plénière, 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038 (*faute inexcusable*).

Soc. 17 juin 2005, pourvoi n° 03-13.707

Soc., 12 janv. 2005, pourvoi n°03-60.477, publié au bulletin (*élections professionnelles, représentation des salariés*).

Soc., 25 mai 2005, pourvoi n° 04-40.169, publié au bulletin.

Com., 24 mai 2005, pourvoi n° 02-19.704, publié au bulletin (*fonds de commerce*).

Soc., 25 janv. 2005, pourvoi n° 02-41.819, publié au bulletin.

Crim., 25 mai 2004, pourvoi n°03-84.734.

Com., 12 mai 2004, pourvoi n° 00-15.618, publié au bulletin.

Soc., 12 fév. 2014, pourvoi n° 12-11.554, publié au bulletin (*clauses d'objectifs, cause réelle et sérieuse*).

Soc., 21 janv. 2004, pourvoi n° 02-12.712, publié au bulletin.

Soc., 18 juin 2003, pourvoi n°02-60.033, publié au bulletin (*élections professionnelles, représentation des salariés*).

Com., 20 mai 2003, pourvoi n° 99-17.092, publié au bulletin.

Soc. 18 mars 2003, pourvoi n° 01-41.343.

Soc., 25 fév. 2003, pourvoi n° 00-42.031, publié au bulletin.

Soc., 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-60628.

Soc., 22 janv. 2003, pourvoi n° 00-43.826, publié au bulletin (*secteur géographique*)

Soc., 22 janvier 2003, pourvoi n° 01-40.713.

Soc., 26 nov. 2002, pourvoi n° 00-41.633, publié au bulletin.

Soc., 6 sept. 2002, pourvoi n° 98-22.981, publié au bulletin (*dommage, réparation, appréciation souveraine*).

Soc., 27 juin 2002, pourvoi n° 00-42646, publié au bulletin.

Soc., 2 juil. 2002, pourvoi n° 00-13.111.

Civ., 1^{re}, 3 avr. 2002, pourvoi n° 00-12.932, publié au bulletin.

Soc., 28 fév. 2002, pourvoi n° 00-11.793, publié au bulletin (*obligation patronale de sécurité*).

Soc., 28 févr. 2002, pourvoi n° 99-18.389.

Com., 9 oct. 2001, pourvoi n° 99-16.512.

Soc., 22 mai 2001, pourvois n° 99-41.838 et 99-41.970 (*clauses d'objectifs*).

Soc., 15 mai 2001, pourvoi n°00-60048.

Soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-45.818, publié au bulletin.

Soc., 28 nov. 2000, pourvoi n° 98-43.765.

Soc., 14 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.371, publié au bulletin.

Com., 24 oct. 2000, pourvoi n° 98-18.367.

Soc., 18 oct. 2000, pourvoi n° 98-42.274.

Soc., 18 juil. 2000, pourvoi n° 98-41.222.

Soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-43.400, publié au bulletin (*modification unilatérale du contrat de travail, sanction*).

Soc., 30 mai 2000, pourvoi n° 97-45.068.

Soc., 18 avr. 2000, pourvoi n° 97-43.743, publié au bulletin.

Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-43.268, publié au bulletin.

Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-42.090.

Soc., 1^{er} fév. 2000, pourvoi n° 98-40.738 (*cause réelle et sérieuse de licenciement*).

Soc., 24 nov. 1999, pourvoi n° 97-45.202, publié au bulletin.

Soc. 6 juil. 1999, pourvoi n° 97-41036, publié au bulletin.

Soc., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-42.248, publié au bulletin (*modification imposée par l'employeur*)

Soc., 15 juin 1999, pourvoi n° 96-44.772., publié au bulletin.

Soc., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-40.576, publié au bulletin (*secteur géographique*)

Soc., 30 mars 1999, pourvoi n° 96-42.912, publié au bulletin.

Soc., 16 fév. 1999, pourvoi n° 96-45.565.

Soc., 16 déc. 1998, pourvoi n° 96-40.227, publié au bulletin (*secteur géographique*)

Soc., 2 déc. 1998, pourvoi n° 96-45.187, publié au bulletin.

Soc., 16 juin 1998, pourvoi n° 96-41.558.

Soc., 16 juin 1998, pourvoi n° 95-45033.

Crim., 16 juin 1998, pourvoi n° 97-80.138, publié au bulletin (*pouvoir disciplinaire, sanction*)

Soc., 19 mai 1998, pourvoi n° 96-41.573.

Soc., 2 avr. 1998, pourvoi n° 95-43.541.

Soc., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-43.094, publié au bulletin.

Soc., 13 janv. 1998, 95-41.480.

Soc., 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-13187, publié au bulletin (*subordination, Société générale*)
 Soc., 10 juil. 1996, pourvoi n° 93-41.137.
 Soc., 10 juil. 1996, pourvoi n° 93-40.966, publié au bulletin.
 Soc., 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-13.187, publié au bulletin.
 Soc., 29 oct. 1996, pourvoi n° 92-43.680, publié au bulletin
 Soc., 10 juil. 1996, n° pourvoi 93-40.966, publié au bulletin (*secteur géographique*)
 Soc., 18 juin 1996, pourvoi n° 93-40.487.
 Com., 27 fév. 1996, pourvoi n° 94-11.241, publié au bulletin.
 Soc., 17 oct. 1995, pourvoi n° 94-41.239.
 Crim., 3 mai 1994, pourvoi n° 93-83.104.
 Soc., 2 juin 1993, pourvoi n° 90-44.956, publié au bulletin.
 Crim., 11 mars 1993, n° de pourvoi: 91-80.598, publié au bulletin (*délégation de pouvoirs*).
 Com., 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18.547, publié au bulletin (*imprévision, exécution de bonne foi du contrat*).
 Soc., 25 fév. 1992, Bull. civ. V, n°122 (*adaptation - mobilité*).
 Soc., 13 juin 1991, pourvoi n° 89-20.966, publié au bulletin.
 Soc., 17 avr. 1991, Bull. 1991, V, n° 200 (*état de subordination*)
 Soc., 17 avr. 1991, pourvoi n° 90-42.636, publié au bulletin.
 Soc., 25 mai 1989, pourvoi n° 86-45.642.
 Crim., 16 juin 1987, pourvoi n° 86-91.037.
 Soc., 18 mars 1986, pourvoi n° 83-42.191.
 Civ. 2^e, 23 oct.. 1985, pourvoi n° 83-12.007, publié au bulletin.
 Com., 3 janv. 1985, pourvoi n° 83-16.014, publié au bulletin.
 Civ. 3^e, 17 janv. 1984, pourvoi n° 82-15.753, publié au bulletin (*violence, voie de droit*).
 Cons. Const., n° 83-156 DC du 28 mai 1983.
 Soc., 4 oct. 1979, pourvoi n° 78-41.097.
 Soc., 21 fév. 1978, pourvoi n° 76-14.909, publié au bulletin.
 Crim., 23 avr. 1970, pourvoi n° 68-91.333, publié au bulletin.
 Com., 30 avril 1968, D, 1969, note Lacombe.
 Arrêt du 14 décembre 1960 – publication n° 1181 - Cour de Cassation – chambre sociale.
 Civ 2^e, 28 janv. 1954, pourvoi n° 54-07.081, publié au bulletin.
 Arrêt Motte, Cass. civ., 4 juin 1946, JCP G, 1947, II, note Bastian.
 Soc., 16 juin 1945, Polliet et Chausson, Dr. Soc. 1946, 427, note Paul Durand.
 Ch. Réunion, 31 janv. 1901, Loup c. Boeuf et autres, *Dalloz*, 1901, 1, 169.
 Soc. 4 fév. 1898, publié au bulletin, 1898, n°49.

VII – SITES ET DOCUMENTS NUMERIQUES REFERENCES

BENAYOUN (A.),

« *Le rôle social de l'entreprise : une réalité ?* », www.huffingtonpost.fr, 17 fév. 2014.

Collège de France,

Articles d'Alain Supiot

<http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/articles-en-ligne.htm>

Conseil National des Barreaux,

www.cnb.avocat.fr

GAJDOS (Th.),

« *Les limites fondamentales du référendum* », Le Monde Économie, www.lemonde.fr, 28 fév. 2012.

Global Compact

Responsabilité sociale et sociétale des entreprises

<http://www.globalcompact-france.org>

Infostat Justice,

août 2015, n° 135 « *Les litiges du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses.* », www.justice.gouv.fr

France Stratégie,

www.strategie.gouv.fr

Liaisons Sociales,

www.liaisons-sociales-quotidien.fr

Bref social, n° 15.949, 5 oct. 2011 (Danone).

Bref social, n° 15.941, 23 sept. 2011 (Capgemini).

Conventions et accords, « *Industries chimiques, valeur du point et complément de salaire en 2011* », n° 74/2011, 11 avr. 2011 .

Les thématiques, « *La responsabilité pénale et civile de l'employeur* », n° 55, janv. 2018.

Les thématiques, « *Barème d'indemnisation* », n° 54, 1er déc. 2017.

Les Thématiques, « *Un régime unique d'accords collectifs primant sur le contrat de travail* », n°54.

Les Thématiques, « *Sécurisation des accords collectifs* », n°54.

Les thématiques, « *Définition du droit à la déconnexion* », n° 48.

Les Thématiques, « *Responsable pénal* », n°2.

Quotidien, « *Les administrateurs salariés, l'une des priorités de la CFDT* », n° 17.488, 15 janv. 2018.

Quotidien, « *Les administrateurs salariés, l'une des priorités de la CFDT* », n° 17.488, 15 janv. 2018.

Quotidien, « *Solvay adapte son accord sur le dialogue social aux ordonnances Macron* », n° 17.467, 13 déc. 2017.

Quotidien, « *SNCF : l'Unsa-Ferroviaire appelle à la grève le 21 septembre contre la réforme du droit du travail* », n° 17.408, 20 sept. 2017.

Quotidien, « *Comment étendre l'assurance chômage aux démissionnaires et aux indépendants ?* », n° 17.385, 16 août 2017.

Quotidien, « *Les bureaux d'études offrent protection sociale aux dirigeants et travailleurs non salariés* », n° 17.365, 12 juil. 2017.

Quotidien, « *Cour de cassation : Bilan d'activité 2016 et nouvelles suggestions de réformes* », n° 17.364, 11 juil. 2017.

Quotidien, « *Les propositions du Sénat pour améliorer la concertation sur la réforme du Code du travail* », n° 17.341, 8 juin 2017.

Quotidien, Le dossier juridique, « *Devoir de vigilance : les nouvelles obligations* », n° 87/2017, 10 mai 2017.

Quotidien, IBM France : « *La direction condamnée pour sa déloyauté dans l'application de la GPEC* », n° 17.241, 11 janv. 2017.

Quotidien, « *LCL garde sa politique de rémunération variable collective grâce à un nouvel accord d'intéressement* », n° 17.170, 29 sept. 2016.

Quotidien, « *licenciement lié au voile : l'avocat général penche pour une discrimination directe illicite* », n° 17.125, 20 juil. 2016.

Quotidien, « *... et les syndicats appellent à deux nouvelles journées d'action les 26 mai et 14 juin* », n° 17.085, 23 mai 2016.

Quotidien, « *Projet de loi Travail : nouvelles grèves et manifestations à partir du 17 mai* », n° 17.082, 18 mai 2016.

Quotidien, « *Délais aux prud'hommes : l'État condamné pour fonctionnement défectueux de la justice* », n° 17.058, 11 avr. 2016.

Quotidien, « *Les HCR obtiennent une extension partielle des avenants sur le forfait jours et la modulation* », n° 17.40, 15 mars 2016.

Quotidien, « *Compte personnel d'activité : un projet de position commune est ouvert à signature* », quotidien, n° 17.016, 10 fév. 2016.

Quotidien, « *Réforme du Code du travail : les 61 principes essentiels du droit du travail* », n° 17.006, 27 janv. 2016.

Quotidien, « *Carrefour renouvelle son engagement mondial sur le respect des droits fondamentaux au travail* », n° 16.928, 6 oct. 2015.

Quotidien, « *Otis : la grève prend fin, mais les syndicats annoncent de nouvelles actions* », n° 16.857, 19 juin 2015.

Quotidien, « *Négociation sur le dialogue social : la patronat propose la création d'un conseil d'entreprise* », n° 16.702, 30 oct. 2014.

Quotidien, « *Adrexo condamnée en appel à requalifier des contrats de travail* », n° 16.684, 6 oct. 2014.

Quotidien, « *La montée du chômage augmenterait les recours prud'homaux* », n° 16.634, 21 juil. 2014.

Quotidien, « *Les priorités pour le prochain Plan santé au travail 2015-2019* », n° 16.622, 2 juil. 2014.

Quotidien, « *Invivo harmonise et généralise l'intéressement au niveau du groupe* », n° 16.525, 7 fév. 2014.

Ministère du commerce, de l'industrie, des postes et des télégraphes, Direction du travail (2^e bureau), Bulletin de l'Inspection du travail, dixième année, 1902.

Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social,
www.travail-emploi.gouv.fr

Note de service des études juridiques du SENAT,
« La qualité de la loi », www.senat.fr, 15 oct. 2007

MACHU (L.),
« Front populaire : le temps des conventions collectives », www.lejournal.cnrs.fr, juin 2016.

OCDE,
Site de l'OCDE, www.oecd.org/fr

Pôle-Emploi,
www.pole-emploi.org

Références statistiques Justice,
Le contentieux du travail, année 2014, pp. 41-42.

Site officiel de l'Administration française,
Service-Public-Pro.fr

SOLAL (Ph.),
« *A quoi sert la théorie des jeux* », www.la vie des idées.fr, 31 déc. 2014.

INDEX

(Les chiffres renvoient
aux numéros des paragraphes)

A

Abus de droit, 43, 322, 470, 484, 537.

Abus d'état de dépendance, 436.

Accord collectif

- **condition**, 264.
- **de branche**, 640.
- **défensif**, 357.
- **de groupe**, 236, 566.
- **de résultat**, 354 et s.
- **fonction**, 667, 669.
- **imparfait**, 194, 195, 198
- **origine normative**, 193.
- **prévalence**, 135.
- **nullité**, 180.

Accord de méthode, 180, 186, 187, 249.

Accord national interprofessionnel (ANI), 235, 281.

Accoutumance au danger (loi), 158.

Actionnariat salarié, 472.

Action sociale, 523.

Action *ut singuli*, 504, 523.

Activisme, 461.

Affectio societatis, 217.

Aléa moral, 221.

Alerte professionnelle, 455.

Analyse économique du droit, 8, 16.

Ancien Régime, 5.

Antidanger (loi), 158

Appréciation souveraine, 305.

Assurance, 140, 146.

Asymétrie informationnelle, 220.

ARISTOTE, 59.

Autonomie de la volonté, 40, 53, 168, 173, 238, 528, 661.

Autorité de la chose jugée, 161.

B

Béhaviorisme, 530.

Bloc d'opportunités, 23.

Boîte noire, 201.

Bonne foi, 18, 19, 142, 157, 159, 170, 174, 182, 344, 394, 399, 537, 601, 648, 652, 656, 662, 671.

Bien commun, 226, 453, 603, 673.

But lucratif, 560.

C

Capacités professionnelles, 638.

Capital social, 8.

CARBONNIER, 183.

Cause réelle et sérieuse, 389, 587.

Cessation des paiements, 502.

Chaîne de valeur, 145, 548.

Changement dans les conditions de travail, 318.

Chômage, 110, 113, 171.

CHSCT, 163.

CJUE, 129.

Clauses contractuelles

- **bonne fin**, 346.
- **confidentialité**, 402.
- **débit formation**, 422.
- **interdites**, 421.
- **mobilité**, 316, 537.

- **non-concurrence**, 312, 537.
 - **non-rétablissement**, 406.
 - **pertinence**, 287, 313.
 - **rendement**, 332, 342, 587.
- Clause de neutralité**, 430.
- Clause de rendez-vous (revoyure)**, 18, 652.
- COASE**, 60, 104, 161, 168, 218, 285, 329, 602.
- Codétermination**, 530.
- Collectif de travail**, 666.
- Collectivité de travail**, 673.
- Comité d'entreprise**, 61 et s.
- Communauté de travail**, 666, 673.
- Conditions protestative et mixte**, 344.
- Consensualisme**, 295.
- Confiance**, 20.
- Contrat à durée déterminée**, 73.
- Contrat d'entreprise**, 174.
- Contrat social**, 184.
- Collectif**, 66, 666.
- Co-emploi (groupes)**, 150.
- Comité social et économique (CSE)**, 166, 167, 278.
- Commission paritaire régionale**, 190.
- Compétitivité**
- **définition**, 13.
 - **externalisation**, 140.
 - **prix**, 13.
 - **structurelle**, 13, 334.
- Compte personnel (CPA, CPP, CPF)**, 390.
- Concertation**, 224.
- Conciliation**, 142.
- Concurrence pure et parfaite**, 91.
- Confiance**, 109, 115, 221, 228, 231, 262, 289, 631.
- Conseil constitutionnel**, 8, 23, 242, 586.
- Conseil d'entreprise**, 197, 278, 279.
- Consentement**, 14, 174, 179, 292, 452, 652.
- Consultation des salariés**, v. référendum en entreprise.
- Contentieux**, 24.
- Contingence**, 222.
- Contrat de travail**
- **autonomie du salarié**, 13, 202, 435.
 - **clause de bonne fin**, 346.
 - **clause de mobilité**, 316, 537.
 - **clause de non-concurrence**, 406
 - **consentement forcé**, 435, 452.
 - **état de subornation**, 171, 565.
 - **intangibilité du contrat**, 314, 332.
 - **louage**, 204.
 - **mission**, 337, 396.
 - **modification**, 207, 338.
 - **négociation**, 422.
 - **pérennité**, 301.
 - **rédaction**, 295, 296, 298.
 - **rupture**, 309, 322, 405.
 - **sécurité économique**, 347.
 - **statut économique**, 290, 336.
 - **suspension**, 404.
- Contrat social**, 184.
- Contrôle**, 144, 221, 427.
- Convention de forfait**, 134, 303.
- Convention d'effort**, 377.
- Coopération**, 20, 185, 228, 451.
- Coordination**, 18, 71, 264, 631.
- Courbe de Philips**, 111.
- Courtage juridique**, 141.

Coût d'accès à la justice, 141, 295.
Coût de transaction, 218, 451, 467, 488.
Croissance de l'entreprise, 493 et s.

D

Décentralisation du droit, 232.
Délai de prescription, 106, 206, 250.
Délégation de pouvoirs, 151, 304.
Délégation unique du personnel, 72.
Délégué du personnel, 274.
Délit de marchandage, 556.
Délit d'entrave, 158, 199.
Délit de prêt de main-d'œuvre illicite, 557.
Dématérialisation, 528.
Démembrement, 479.
Démocratie sociale, 9, 17, 261.
Dépendance du salarié, 172 et s.
Dérégulation, 88.
Dérogação, 243.
Dettes

- **publique**, 101
- **sociale**, 105.

Devoir d'alerte, 163.
Devoir de collaboration, 301.
Devoir de correction, 401.
Devoir de réserve, 402.
Devoir de vigilance, 654.
DEWEY, 602.
Dialogue social, 9, 34, 37, 194, 196, 261, 264, 326, 456, 632.
Différences de traitement, 33, 36, 371.

Dirigeant de fait, 151.
Discussion, 264.
Doctrines, 130.
Doing Business, 103, 233.
Dol, 20, 420.
Dommages et intérêts punitifs, 655.
Domage nécessaire, 305.
Droit à la déconnexion, 19, 195.
Droit à la participation, 11, 162, 195, 225, 457.
Droit au bonheur, 425, 441.
Droit de l'emploi, 9, 21, 83, 94, 625, 660.
Droit de vote, 510.
Droit pragmatique, 24, 26, 623.
Droit pénal du travail, 151.
Droit romain, 226.
Dualité du marché, 35, 88, 112.
Dumping social, 553.

E

Économie du contrat, économie de la convention, 181, 184, 673.
Économie du droit, 2, 8, 24, 71, 117, 142, 287, 303, 337, 413, 628, 631.
Économie sociale et solidaire, 228.
Effectivité, 10.
Effet d'hystérèse, 111.
Effet de droit, 10.
Effet direct, 128.
Effet relatif des contrats, 173.
Efficacité, 12, 66, 684.

Efficiency, 69, 75, 326, 377, 520, 554, 664.
Égalité, 63, 370.
Emploi, 94.
Employabilité, 107.
Engagement, 365 et s., 445.
Entrepreneuriat, 147.
Entreprise, 64, 193, 541.
Équité, 171, 183, 184, 188, 189, 200, 291, 332, 378.
Esprits animaux, 271.
Établissement distinct, 497.
État-providence, 101.
Éthique, 14, 146, 392, 434, 455.
Extériorisation de l'emploi, 546.
Externalisation, 138, 143, 659.

F

Faute, 102, 144.
Faute grave, 322.
Faute inexcusable de l'employeur, 164, 381, 409.
Faute inexcusable de l'employeur, 150.
Faute séparable des fonctions, 524.
Flexibilité, 546, 637, 624, 660.
Flexicurité, 308, 313, 391, 552, 653, 672.
Force obligatoire, 18, 303.
Forclusion, 423.
Formation, 192.
FRIEDMAN, 100.

G

Gain de Pareto, 19, 225, 360, 413.
Grève

- **définition**, 156.
- **expression**, 6, 184.
- **illicite**, 6, 117, 156.

Groupe de sociétés, 150, 280, 566.
Groupement d'employeurs, 661.

H

Harcèlement, 219, 426.
HAURIOU, 152, 164.

I

Imprévision, 19, 301, 398.
Imprudence aggravée, 151.
Incertitude, 38, 20, 74, 146.
Incitation, 211, 267, 283, 457.
Incomplétude, 120, 339, 373.
Indemnisation, 95, 168, 211, 663.
Inégalités, 24, 35.
Intelligibilité, 23, 80.
Intérêt collectif, 271, 280.
Intérêt général, 18, 169, 239.
Intérêt social, 51, 243, 322, 463, 485, 504, 541.
Interpellation interrogatoire, 423.
Interventionnisme, 88, 104, 111, 331, 652.

J

Judéo-chrétienne (pensée), 217.

Jurisprudence, 2, 151, 178.

Juste milieu, 25, 54, 59, 237.

Juste motif, 160, 492.

Justice sociale, 200, 226, 454.

K

KALDOR-HICKS, 93.

KEY NES, 121, 365.

L

Législateur, 3, 8, 32, 77, 393.

Libération du travail, 6, 442, 672.

Liberté contractuelle, 173, 207, 332.

Liberté d'entreprendre, 176, 332, 587.

Liberté d'expression, 455.

Liberté professionnelle, 160, 202, 326.

Licenciement, 294, 309, 324, 345, 587.

Lien de subordination, 215.

LOCKE, 673.

Lois Auroux, 193.

Loi expérimentale, 32.

Loi générale, 12, 233.

Loi professionnelle, 237.

Louage de services, 1.

Loyauté, 17, 18, 248, 396, 450, 476, 671.

Loyauté de la preuve, 5, 450.

M

MALINVAUD, 104.

Mandat, 201, 467.

Mandataire *ad hoc*, 511.

Marchandage, 556.

MEDEF, 177, 228.

Modèle du choix rationnel, 140, 170.

Marché du travail, 16, 85, 107.

Marchés transitionnels du travail (MTT), 105, 643.

Mobilité, 637, 664.

Modes alternatifs de règlement des différends (MARD), 142, 161, 190, 602.

Modèle social, 114.

Modèle réticulaire de l'économie, 167.

N

Nairu, 111.

Négociation, 422.

Négociation collective

- **champ**, 241.
- **clauses de revoyure**, 40.
- **critique**, 243.
- **émergence**, 235.
- **légiférante**, 281.
- **limites**, 286.
- **marchés transitionnels du travail**, 257.
- **modalités**, 247, 18.
- **notion**, 264.
- **nullité**, 250, 251.
- **pertinence**, 193, 233, 264, 344, 358, 359.

Non-droit, 183.

Norme, 82, 455.

Nullité, 180, 421.

O

Obligation d'information, 420.

Obligation de moyens, 341, 383.

Obligation patronale de sécurité, 10, 44, 148, 149, 151, 382, 383, 385, 409, 640.

Obligation salariale de sécurité, 12.

OCDE, 233.

Organisation internationale du travail (OIT), 1, 196.

Opportunisme, 142, 182, 220, 373, 374, 507.

Opportunité de profit, 147.

Opposabilité, 345, 396.

Ordre gestionnaire, 2.

Ordre juridique, 1.

Ordre social, 233.

Outsiders, 260.

P

Paradoxe d'Ostrogorski, 198.

PARETO, 93, 225, 360, 554, 600, 663.

Participation, 162, 195, 224, 457.

Parties prenantes, 165.

Paupérisation, 5.

Performance, 13, 14, 153, 613, 634, 636.

Péril imminent, 511.

Périmètre social, 258, 667, 668.

Personne morale, 462.

PEYREFITE, 109.

Plan de sauvegarde de l'emploi, 57, 324.

PLATON, 183.

POLANYI, 76, 376.

Pôle de compétitivité, 107.

Politique économique, 98, 99.

Politique sociale, 101 et s.

Portage salarial, 574 et s.

Positivisme juridique, 71.

Positivisme scientifique, 71.

POSNER, 14, 80, 261, 452, 672.

Pouvoir, 57, 193.

Pouvoir de jure, 66.

Pouvoir de sanction, 206, 428.

Pouvoirs du dirigeant de société, 465.

Pouvoir patronal, 537, 564.

Pragmatisme du droit du travail, 22.

Préjudice,

- **d'anxiété**, 146.
- **d'image**, 221.
- **nécessaire**, 200, 305.
- **nécessairement causé**, 305.
- **portage**, 589.

Prescription, 206, 250.

Prestation de travail, 564.

Prêt de main d'oeuvre, 551 et s., 624.

Présomption réfragable, 252.

Preuve, 450.

Principe de cohérence, 414.

Principe de spécialité, 151.

Prisme de la bonne foi, 188, 319, 672.

Procédure d'extension, 237.

Productivité du travail, 210.

Protocole d'accord préférendaire, 156, 178.

Q

Qualité de vie au travail, 226, 247.

Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), 586.

Quitus, 521.

R

Raisonnabilité, 602.

Rapport de forces, 183, 659, 669.

Rationalité, 123, 140, 339.

Réalisme, 2, 12, 35, 80.

Recodification, 45.

Référenda, référendum,

- accord pré-électoral, 157.
- conséquences, 195, 261, 264.
- initiative, 196.

Règlement intérieur, 205.

Rémunération, 368.

Renégociation, 674.

Représentation, 243, 280, 667.

Représentativité, 117, 259.

Réputation, 154, 324.

Requalification du contrat, 176, 214, 565.

Responsabilisation, 204, 221.

Responsabilité

- civile, 211, 305, 433, 630, 655.
- cumulative, 151, 433.
- délictuelle, 163.
- dirigeants sociaux, 151.
- du fait d'autrui, 163.
- fonction incitative, 154.
- imprudence aggravée, 151.
- pécuniaire du salarié, 303.
- pénale, 153, 211, 305, 433, 630.

- pour risques, 146.
- sociale et sociétale (RSE), 156, 165, 195, 433, 453, 640 et s.

Réticularité cindynique (loi), 159.

Révision pour imprévision, 19, 398.

Révocation *ad nutum*, 458.

Risque, 20, 125, 140, 146, 156, 212, 500

Risque de coûts de litiges, 146.

ROUSSEAU, 195.

Rupture conventionnelle, 53 et s., 168.

S

Sanction, 206, 397, 634.

Secteur géographique, 317.

Sécurité sociale professionnelle, 107.

Sécurité économique, 347.

Sécurité juridique, 169, 248.

Sélection adverse, 221.

Simplification, 12, 132, 170, 633.

SMITH, 271.

Société à objet social étendu (SOSE), 545.

Soft law, 164.

Solidarisme, 102, 103, 226, 660, 669.

Sources du droit, 48, 126.

Soutenabilité, 195.

Stakeholders, 164.

Statut collectif du contrat,

- prévalence, 156, 325.

Subordination

- ambitieuse, 223.
- définition, 171, 215, 216, 583.
- état, 174, 178, 215, 340, 564.

- **fonction**, 217, 230, 588.
- **sanction**, 206, 214.

Supplétivité, 8.

Suspension du contrat de travail, 404.

Syndicats, 259, 260, 269, 274, 658.

T

Technologie de coordination, 76.

Télétravail, 439 et s.

Temps, 133.

Théorie de la fiction, 150.

Théorie de l'imprévision, 181.

Théorie de l'institution, 152, 193, 201, 226, 389, 460, 464, 535.

Théorie des incitatifs juridiques, 170, 283, 287.

Théorie des *insiders-outsiders*, 112, 233.

Théorie des jeux, 185, 355.

Théorie de l'abus de droit, 484.

Théorie de la firme comme entité fondée sur le pouvoir (TFEP), 57, 163.

Thèse de la réalité, 150.

Thèse de la passivité, 461.

Thèse de la rupture efficiente, 346, 407.

Théorie de l'autonomie du représentant, 464.

Théorie de l'X-efficience, 377.

Théorie du mandat d'intérêt commun, 483.

Théorie du niveau juste des dommages, 303.

Théorie du *Public Choice*, 163.

Théorie du risque anormal de voisinage, 148.

Théorie du solidarisme contractuel, 422.

Théorie du système de coopération, 185, 330.

Théorie moderne de la nullité, 421.

Théorie utilitariste de Bentham, 425.

Thèse de la fiction, 195, 462.

Thèse de la réalité, 194, 462.

Thèse du contrôle externe, 500.

Transaction, 602, 603.

Travail illégal, 297.

Travailleur autonome économiquement dépendant, 673.

Travailleur indépendant, 174.

Travail temporaire, 676.

Transaction, 161, 626.

Transfert de risques, 140.

Trente Glorieuses, 87, 268.

Triangulation de la relation de travail, 280, 288, 547.

U

Ubérisation, 216.

Unité économique et sociale (UES), 194, 275, 280, 496, 567, 665, 666, 667.

Utilité, 79, 448.

V

Valeur, 13, 30, 220, 335, 356, 370, 548.

Vice de violence, 174, 292, 15.

VILLERME, 408.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION (p. 7)

I – DUALITE DES RATIONALITES	7
II – DIVERSITE DE LA NORME EN DROIT DU TRAVAIL	12
III – ECLATEMENT DE LA NOTION DE PERFORMANCE	19
IV – PROBLEMATISATION DU SUJET	25
V – PLAN DE L'ETUDE	33

PARTIE I (p. 35) POUR UNE PERFORMANCE FACILITEE PAR LE DROIT DU TRAVAIL

TITRE I – CONVERGENCE DES ORDRES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES (p. 39)

CHAPITRE 1 – UNE CONVERGENCE MOTIVEE	41
SECTION 1 : DES MOTIVATIONS D'ORDRE JURIDIQUE	41
§ 1 – L'inefficacité de la règle de droit	41
A) Une règle inadaptée	42
B) Une règle inégalitaire	44
§ 2 – L'uniformité remise en cause	48
A) La règle de droit se révèle illégitime	49
B) La règle de droit évolue	54
1) Le droit devient réaliste : le cas de l'obligation de sécurité	54
2) La nécessaire simplification du droit : la recodification en question	57
SECTION 2 : DES MOTIVATIONS D'ORDRE ÉCONOMIQUE	60
§ 1 - L'entreprise : une communauté d'intérêts	61
A) La rupture conventionnelle du contrat de travail	63
1) La rupture pour convenances personnelles	64
2) La rupture pour motif économique	68
B) Le rôle des comités d'entreprise	72
C) La reconnaissance d'un collectif de travail	75
§ 2 - Le droit : une technologie de coordination	79
A) L'optimum normatif comme fonction du droit	80
B) Le réalisme comme ambition du droit	90
Conclusion du chapitre 1	93

CHAPITRE 2 – UNE CONVERGENCE POSSIBLE	95
SECTION 1 : UN MARCHÉ DE L’EMPLOI IMPARFAIT	97
§ 1 – Un droit de l’emploi nécessaire	97
§ 2 - Une dérégulation inefficace	102
§ 3 - Une politique de l’emploi contestée	106
A) Un traitement de l’emploi perdu inefficace	107
B) Un traitement de la globalité d’emplois anticipé	110
C) Une politique sociale controversée	113
SECTION 2 : UN DROIT DU TRAVAIL STRUCTURANT	119
§ 1 - La nécessaire mise en place de politiques structurelles	123
A) Une grande part du chômage est structurelle	124
B) Le chômage structurel impose une réponse structurelle	
§ 2 - Le droit comme vecteur de compétitivité	134
A) Une loi du travail qui institue	139
B) Une loi du travail qui libère	145
Conclusion du chapitre 2	153

TITRE 2 –FACILITATION DE LA CONVERGENCE PAR LE DROIT DU TRAVAIL
(p. 155)

CHAPITRE 1 – L’EMPLOYEUR DEBITEUR	157
SECTION 1 : LE PILOTAGE COMME NÉCESSITÉ	157
§ I – La gestion de la fonction juridique	158
A) L’externalisation de la fonction juridique	159
B) L’internalisation de la fonction juridique	165
§ II – La gestion du risque	168
A) Une nécessaire culture de la responsabilité	171
1) L’énoncé du principe juridique	171
2) Le principe de responsabilité cumulative	175
B) Une gestion active du risque	181
1) L’évaluation du risque	182
2) Le pilotage du risque	190
a) Un devoir de participation de tous les acteurs	190
b) La nécessité de faire du risque un objet de droit	197
SECTION 2 : L’EXIGENCE D’ETHIQUE	202
§ I – L’équité des rapports de forces	205
A) Une dépendance sous vigilance	207
1) La soumission librement consentie	207
2) Les mesures de protection individuelle	214
3) Les mesures de protection collective	227

B) La gestion du rapport de force dans le cadre des accords d'entreprise	234
1) Une négociation à faciliter	236
a) Les accords de méthode	236
b) Les commissions paritaires régionales pour les TPE	238
c) La professionnalisation des acteurs	240
2) Des difficultés à surmonter	241
a) Les accords imparfaits	242
b) La négociation avec le conseil d'entreprise contestable	248
c) La restauration du dialogue social.	250
§ II – La subordination éthique	251
A) Une subordination bornée	254
1) Le droit encadre l'exercice de la subordination	255
2) Les conséquences économiques tempèrent les employeurs	260
3) Le salarié est un sujet de droits	263
B) Une subordination renouvelée	266
1) La subordination rationnelle	267
2) La subordination ambitieuse	271
3) La subordination inspirative	276
Conclusion du chapitre 1	278
CHAPITRE 2 – LE PACTE DE CONFIANCE	279
SECTION 1 : LA DECENTRALISATION DU DROIT INSTITUÉE	280
§ I - La prévalence de la source de droit négociée	282
A) Une conventionnalisation du droit aux multiples atouts	282
1) Le droit négocié permet l'adaptabilité de la norme	282
2) La réponse aux intérêts privés fait l'intérêt général	288
B) Une nouvelle voie pour consacrer la voix	290
§ II – La démocratie en chantier	295
A) Le droit négocié comme instrument de flexicurité	295
1) Un pouvoir conventionnel qui s'accroît	296
2) Une flexibilité qui se renforce	300
B) La réussite du dialogue social institué	303
1) Un cadre de négociation exigeant	303
2) L'exigence de négociation	311
SECTION 2 : LA REPRESENTATION DE LA COLLECTIVITE DE TRAVAIL RESTAUREE	314
§ I – L'émergence de difficultés	315
A) Obstacle économique	315
B) Obstacle sociologique	318
C) Obstacle institutionnel	321

§ II – Le dialogue social recomposé	323
A) Les formes nouvelles de représentation	323
B) Les voies d'une libération	328
Conclusion du chapitre 2	334
PARTIE II : POUR UNE PERFORMANCE MAITRISEE PAR LE DROIT DU TRAVAIL (p. 335)	
TITRE I – ENGAGEMENT DES PARTIES AU CONTRAT	341
CHAPITRE 1 : ENGAGER LA RESPONSABILITE DU SALARIE	343
SECTION 1 – NEGOCIER POUR LIMITER LE RISQUE JURIDIQUE	348
§ 1) Nécessité de rédiger le contrat de travail	348
§2) Nécessité de prévoir les stipulations contractuelles	351
A) Organiser l'exécution du contrat	351
1) Manifester l'accord des parties	351
2) Traiter différemment les salariés	354
3) Réduire la responsabilité de l'employeur	356
B) Organiser la rupture du contrat	359
1) Préconstituer un motif de rupture	360
2) Privilégier la sécurité économique	361
SECTION 2 – NEGOCIER POUR DYNAMISER LA RELATION DE TRAVAIL (p. 363)	
§1) La mobilité géographique du salarié	365
A) Le secteur géographique comme élément contractuel	366
B) La validité et la mise en œuvre des clauses et accords de mobilité	370
C) L'accord de mobilité au service de la compétitivité	376
§2) Le rendement du salarié	378
A) La pertinence des clauses de rendement	379
1) Clauses et approche conventionnaliste	381
2) Clauses et compétitivité structurelle	385
B) Un modèle normatif évolutif	390
1) Un encadrement juridique stabilisé	391
a) La clause de résultats, dynamisation et sécurité pour l'employeur	392
b) La clause de résultats, dynamisation et sécurité pour le salarié	397
2) Une émergence possible d'accords de résultats.	402
a) Des motivations plurielles	402
b) Des effets variés.	406
Conclusion du chapitre 1	408

CHAPITRE 2 : ENGAGER LA RESPONSABILITE DE L'EMPLOYEUR	409
SECTION 1 - L'ENGAGEMENT EFFICIENT	412
§1) La pertinence de l'engagement	412
§2) La rémunération efficiente	416
§3) La lutte contre l'incomplétude du contrat	420
SECTION 2 - L'ENGAGEMENT CONVENTIONNEL	422
§1) La sécurité contractuelle	424
§2) La sécurité physique et mentale	426
§3) La sécurité économique	431
SECTION 3 - L'ENGAGEMENT ÉTHIQUE	436
§1) L'éthique instituée	437
A) La stabilité du contrat de travail	439
1) L'éthique comme substrat du contrat	439
2) L'éthique comme élément de stabilité du contrat	442
B) La protection des intérêts des cocontractants	445
1) Protection des intérêts de l'employeur	445
a) Lors de la conclusion du contrat	445
b) Lors de l'exécution du contrat	446
c) Lors de la rupture du contrat	450
2) Protection des intérêts du salarié	453
a) Le contrat comme objet d'éthique	453
b) L'éthique comme objet du contrat	459
§2) L'opportunité d'éthique	461
A) Relations individuelles et volonté d'éthique	463
1) Lors de la conclusion du contrat	464
2) Lors de l'exécution du contrat	469
a) Éthique et pouvoir de direction	470
b) Éthique et pouvoir de contrôle	471
c) Éthique et pouvoir disciplinaire	473
B) Relations collectives et volonté d'éthique	476
1) Éthique de responsabilité	477
a) Engagement défensif	478
b) Engagement offensif	480
2) Éthique de performance	489
a) Économie du contrat de travail	489
b) Économie des contrats de travail	493
c) Participation et économie des contrats de travail	498
Conclusion du chapitre 2	501

TITRE II – CONTINGENCE DE L’ENGAGEMENT	503
CHAPITRE 1 : LA GOUVERNANCE DE L’ENTREPRISE	505
SECTION 1 – LES APORIES D’UNE RELATION DUALE	506
§ 1) Une relation normée	508
§ 2) Une relation instable	512
A) Fusion entre propriété et gestion	512
1) La révocation « <i>ad nutum</i> »	513
2) L’encadrement de la rémunération des dirigeants	516
3) L’obligation de loyauté	521
B) Séparation entre propriété et gestion	524
1) Une activité de gestion normée	525
a) La théorie de l’institution	525
b) La révocation contrôlée	527
2) Des coûts et des risques à mesurer	529
3) Une loyauté à organiser	531
SECTION 2 - LES CONSEQUENCES DU DIVORCE	533
§1) Crises et croissance de l’entreprise	534
A) Croissance interne	535
B) Croissance externe	538
§2) Crises et parties prenantes internes	544
A) L’émergence de l’opportunisme	544
1) Prévalence de l’intérêt des propriétaires	545
2) Prévalence de l’intérêt des dirigeants	550
3) Responsabilité civile des dirigeants	555
B) L’intérêt social en question	559
1) Atteinte au dialogue entre propriété et direction	560
2) Annihilation du dialogue entre salariés et direction	564
3) De l’utilité d’un droit de l’entreprise	570
Conclusion du chapitre 1	579
CHAPITRE 2 : L’INTRUSION DES TIERS	581
SECTION 1 – UNE RELATION DE TRAVAIL BOUSCULEE	582
§ 1) Une émergence qui crée de l’ingérence	584
A) Le cas général du prêt de main-d’œuvre	585
1) Le cadre juridique	588
a) Les sources textuelles	588
b) Les sources jurisprudentielles	591

2) La confusion des situations de subordination	593
a) La confusion entre personnes morales juridiquement indépendantes	593
b) La confusion entre personnes morales juridiquement liées	596
B) Le cas spécifique du portage salarial	600
1) Le cadre juridique	602
2) La contestation de la qualification d'employeur	604
a) Une absence fourniture du travail	605
b) Une subordination altérée	607
3) La contestation de la qualification de salarié	609
§2) Une intrusion qui interroge la performance	612
A) Une précarisation du statut des salariés	613
B) Des modalités imparfaites de résolution des conflits	617
1) Négociation d'une transaction	618
2) Accroissement des risques civil et pénal	623
C) Une performance interrogée	627
1) Performance juridique	627
a) La protection du droit du travail mise en cause	627
b) L'effectivité pour consacrer la fonction du droit	630
2) Performance économique	632
a) Un réalisme évident	632
b) Une performance hypothétique	638
SECTION 2 – L'ORGANISATION D'UN ESSAI DE REGULATION	642
§ 1) Une démarche de droit souple	642
A) Le développement des capacités des salariés	644
B) Le développement de la profitabilité des sociétés	650
§ 2) Une démarche de négociation collective	654
A) Une nécessaire démarche de négociation	654
B) Une démarche de négociation optimale	663
1) La négociation est légitime	664
2) La négociation est efficiente.	668
Conclusion du chapitre 2	675

CONCLUSION GENERALE (p. 677)

Références bibliographiques	683
Index	719
Table des matières	727.

PERFORMANCE ET DROIT DU TRAVAIL

La polysémie de la notion de performance est attachée au type de rationalités de la personne juridique s'y référant. Son caractère restrictif appauvrit la fonction protectrice du droit et rend concurrents les ordres juridiques et économiques. Il a comme effet d'opposer employeurs et salariés. Pourtant, il semblerait bien que le droit du travail permette de solidariser les objectifs d'efficacité économique à ceux de sécurisation du statut des travailleurs. Le cas échéant, c'est une nouvelle définition de la performance, extensive, qui peut naître des applications et des implications juridiques en droit du travail.

Il sera alors loisible de promouvoir la coordination, sinon la coopération, au coeur du contrat de travail. Cet effet permet d'introduire de la flexibilité dans les relations de travail, tant individuelles que collectives, tout en préservant la volonté première des contractants : le statut économique du contrat en tire alors bénéfice. Cependant, afin de limiter les risques que les intéressés pourraient subir d'une relation dégradée, la dynamisation du contrat ne pourra se réaliser que sous l'égide de la bonne foi. A cette seule condition, l'efficacité économique, tout comme l'efficacité juridique, pourront en être les conséquences. Il reste enfin nécessaire d'envisager cet idéal au coeur d'une autre réalité sociale ; cela rend la performance contingente. Son caractère global requiert d'abord des rapports apaisés au coeur de la gouvernance de l'entreprise, qui, en tant qu'institution, verra respectées les prérogatives de ses organes et l'autonomie de l'intérêt social. Il nécessite ensuite de s'adapter à un modèle réticulaire de l'économie, fortement marqué par la triangulation des relations de travail.

La thèse s'emploie à démontrer les raisons et implications de la convergence, dans les domaines économiques et juridiques, pour ensuite envisager les applications, qui, en droit du travail notamment, permettront d'en assurer la maîtrise.

DISCIPLINE : Droit privé

MOTS-CLES : Performance, bonne foi, loyauté, efficacité, négociation, statut individuel, statut collectif, triangulation, gouvernance, confiance.

PERFORMANCE AND LABOR LAW

The polysemy of the notion of performance is linked to the type of rationalities of the legal person referring to it. Its restrictive nature impoverishes the protective function of law and makes the legal and economic orders competitive. The effect is to oppose employers and employees. However, it may seem that Labor Law enables a connection between the objectives of economic efficiency to those of the security of the employees 'status. When necessary, it is a new and comprehensive definition of performance that may arise from the follow-up work and legal involvement in Labor Law.

Then, promoting the coordination or even the cooperation at the heart of the employment contract will be open. This consequence enables the introduction of flexibility in work relationships, both collective and individual, while maintaining the main aim of the contractors the contract economic status then benefits from it all. However, in order to limit the risks that the parties concerned may undergo from a deteriorated relationship, the dynamic development of the contract will only be able to happen under the auspices of good faith. Only then can economic efficiency as well as legal effectiveness be the consequences of it. It is still necessary to consider this ideal at the heart of another social reality ; this makes the performance contingent. Its global nature requires soothed relationships in the first place at the heart of the corporate governance, which, as an institution, will see the prerogatives of its organs and the autonomy of the social interest respected. It is then necessary to adapt to a network model of economy, strongly characterized by the triangulation of work relationships.

The PHD project is to demonstrate the reasons and implications of convergence, in the economic and legal fields, and then to consider the follow-up works, which, in Labor Law in particular, will enable to ensure its control.

DISCIPLINE : Private law

KEYWORDS : Performance, loyalty, efficiency, negotiation, individual status, collective status, triangulation, governance, trust.
