



Négociier pour faire face au Covid-19



Jacques BARTHÉLÉMY

Avocat honoraire

Ancien professeur associé à la Faculté
de droit de Montpellier

Fondateur en 1965 du Cabinet éponyme

POSTURES CONTRE- PRODUCTIVES

La réaction primaire, viscérale même, des dirigeants

d'entreprise face au coronavirus et au confinement, sera de mettre en veilleuse les stratégies offertes par le nouveau champ de la négociation collective.

Une telle attitude est doublement critiquable.

Elle repose, tout d'abord, sur une vision purement technocratique du droit du travail, alors qu'en cultivant l'approche organisationnelle, on peut en faire un outil essentiel de développement de l'entreprise, tant du point de vue économique que social.

Face à la crise actuelle, le dialogue social est indispensable pour assurer la survie de l'entreprise, pour autant qu'il concilie optimisation stratégique et démocratie interne.

Elle méprise ensuite les vertus du dialogue social en tant qu'instrument d'optimisation du fonctionnement de l'entreprise.

Gestion administrative des contraintes juridiques

Le droit du travail est trop vécu, par les acteurs économiques et sociaux, mais aussi par la doctrine, comme une somme de contraintes justifiées par la mission protectrice de cette discipline héritée du caractère déséquilibré de la relation entre l'employeur et le « *travailleur* ».

De ce fait se profile une dérive technocratique inspirée de la prise en compte de la norme pour ce



qu'elle est, et non au vu de sa raison d'être. Et par voie de conséquence, les politiques RH ⁽¹⁾ sont déconnectées d'une gestion devenue administrative des contraintes du droit social. Ceci a un coût injustifié et nuit surtout à l'efficacité des stratégies, dès lors que la prise en compte du droit ne se fait qu'*a posteriori* de leur adoption. Il en résulte à la fois des risques d'insécurité juridique, donc de contentieux, et d'insuffisance de valeur ajoutée par suite de non-adaptation des normes juridiques au contexte et à l'objectif.

Sans mépriser la fonction protectrice de cette discipline, il est important de la positionner sous l'angle de sa mission d'organisation, notamment en prenant en compte que le droit du travail est tout autant celui des relations collectives que celui des relations industrielles.

L'approche organisationnelle du droit social ⁽²⁾ permet de mieux concilier efficacité économique, dont dépend la pérennité de l'entreprise et l'emploi, et fonction protectrice du travailleur.

Ceci grâce, d'un côté, à l'adaptation des normes à chaque contexte et à chaque projet et, de l'autre, à la gestion préventive du risque. L'objectif étant d'éviter que, par le souci légitime de faire émerger des normes concrètes en harmonie avec le contexte et les projets, on sombre dans une posture purement technique faisant courir le risque de dérive technocratique. Dans cette perspective, et à titre d'exemple topique, le CSE et, *a fortiori*, le conseil d'entreprise, ne peuvent que gagner à être appréhendés comme un moyen de donner plus de consistance juridique à la collectivité de travail et, de ce fait, de contribuer à donner de la vigueur à l'intérêt général de l'entreprise, qui ne peut se résumer à celui des détenteurs du capital.

Remarque

L'approche technocratique du droit social invite au contraire à présenter cette dernière comme la manifestation du démantèlement de ce droit, partant du postulat (faux) selon lequel cette institution vit pour elle-même. Alors qu'elle n'est qu'instrument au service de l'intérêt des travailleurs.

(1) Politiques sociales plus largement.
(2) C'est-à-dire de la somme des droits du travail et de la protection sociale, légale et complémentaire.

Vision réductrice du dialogue social

La politique sociale des entreprises prend davantage en compte ⁽³⁾ le dialogue social dans ses aspects obligations imposées à l'employeur et non dans celui de l'intérêt des salariés. C'est cette vision réductrice qui conduit les entreprises à engager prioritairement (pour ne pas dire exclusivement) une négociation collective, lorsque le législateur ou un accord interprofessionnel ⁽⁴⁾ l'impose.

Or, le droit du dialogue social est non seulement un droit fondamental ⁽⁵⁾, mais aussi un instrument permettant de décliner l'approche organisationnelle du droit social, dès lors que l'accord collectif a une nature duale, de contrat ⁽⁶⁾ certes, mais aussi de loi professionnelle en raison de son caractère normatif. La négociation collective est dès lors l'instrument d'excellence pour adapter les normes à chaque contexte et à chaque objectif, ce qui en soi est vecteur de conciliation entre efficacité économique et promotion des travailleurs. Surtout s'il débouche sur un accord qui va faire la loi des parties, le dialogue social est en outre un moyen, à la fois de réduire les risques en les gérant préventivement, et d'améliorer le climat social, qui est un ratio économique.

On peut en déduire que le seul obstacle au développement du volume et du rôle de l'accord collectif, qui peut et doit être un outil de gestion dans l'intérêt général de l'entreprise, est l'allergie du dirigeant à voir son pouvoir de direction altéré au travers des compromis qu'il consentira par ce biais. Dans son ouvrage sur la négociation collective de la collection *Camerlynck* des années 70, l'immense *Michel Despax* mettait déjà en avant cet avatar, soulignant que la capacité à négocier réellement était au contraire une manière d'optimiser la fonction de manager dans l'intérêt de l'entreprise.

(3) C'est surtout vrai dans celles ayant un certain effectif.
(4) À cet égard, il n'est pas inutile de souligner que les grandes confédérations (surtout patronales), promptes à critiquer la tendance du législateur à sophistiquer les règles et les complexifier, procèdent exactement de la même manière dans les « *lois professionnelles* » que sont les ANI.
(5) Droit d'essence constitutionnelle et supranational (émanant de textes de l'Union européenne et de l'Europe).
(6) Du fait de ses acteurs ayant des intérêts opposés, mais recherchant un compromis.



NOUVELLES APPROCHES À PRIVILÉGIER

C'est au vu de ces considérations d'une importance considérable aux plans tant philosophique que juridique que doit être appréhendé le comportement devant être celui des dirigeants d'entreprise dans la période de crise, consécutive au Covid-19, que nous allons traverser pendant de très longs mois, et peut-être plusieurs années.

Cette pandémie permet de prendre la mesure du positionnement de la stratégie de l'entreprise autrement qu'à partir de l'activité industrielle et de la santé économique. Plus fondamentalement, on en vient à l'entreprise-institution chère à *Paul Durand* et que, dans une certaine mesure, le rapport *Senard* a mis au goût du jour.

Dans cette perspective, la négociation collective, et plus largement le dialogue social, doit être utilisée comme instrument de stratégie, car l'accord collectif est le moyen par excellence de construire un droit du travail pratique conciliant efficacité économique et promotion du travailleur, donc conférant à l'entreprise une mission d'intérêt général.

Faire de l'accord collectif, un outil stratégique fédérateur

Face à la situation économique dramatique qui se profile à l'échelle mondiale, s'arc-bouter sur l'opposition irréductible d'intérêts entre détenteurs du capital et « *travailleurs* » ne peut conduire qu'à la catastrophe, c'est-à-dire à la disparition d'un nombre très élevé d'entreprises ne pouvant plus honorer leurs engagements, et ceci, de manière paradoxale, au nom de la préservation des droits du travailleur.

La diminution de certains d'entre eux est concevable au nom de l'intérêt général, mais à condition qu'on en connaisse les raisons et qu'on en définisse les limites, en particulier dans le temps.

« *L'accord collectif* » est l'instrument par excellence d'une telle stratégie en raison de sa double qualité duale de contrat et de loi professionnelle (*voir ci-dessus*). Face au Covid-19, les égoïsmes s'effacent plus facilement au nom de l'intérêt général et la solidarité est la réponse aux angoisses. Si on examinait sous cet angle les immenses réformes de 1945, on trouverait sans aucun doute des arguments pour justifier des solutions inspirées du principe de pro-

portionnalité qui permettraient de faire progresser l'humanité dans ce qu'elle a d'essentiel et ce qui justifie le caractère d'ordre public de certains droits, qualifiés de fondamentaux.

Dans les semaines qui viennent, va se poser concrètement, à chaque niveau où se construit l'activité économique et se nourrit en conséquence l'emploi, la question essentielle, substantielle suivante : qu'est-ce que l'entreprise ?

Elle ne peut pas à l'évidence s'identifier à partir du seul capital, c'est-à-dire de la société, parce qu'alors – et de manière artificielle – les salariés et leur collectivité en sont exclus. Cela n'a pas grand sens et pourtant, dans le bilan (qui est celui de la société, pas de l'entreprise, c'est important à souligner), ceux-ci sont présentés comme des tiers.

L'accord collectif ne doit dès lors pas être *seulement* un moyen de résoudre, à un instant donné, un litige, présent ou latent, à propos de telle ou telle condition de travail, de rémunération, d'emploi. Les dispositions conventionnelles doivent être conçues comme un moyen d'organiser la démocratie interne à une collectivité rassemblant, en les coordonnant, détenteurs du capital et salariés, surtout conférant de la consistance juridique au groupe des travailleurs permettant de donner du sens à la notion d'intérêt général de l'entreprise.

Il est par voie de conséquence indispensable de se saisir de la négociation collective, pour en faire un instrument au bénéfice de l'intérêt général de l'entreprise (qui ne doit pas être réduit à la société) et bâtir les normes, temporaires et/ou pérennes, qu'impose le nouvel ordre économique.

Bref, le dialogue social est encore plus indispensable en période de grande crise comme celle que nous traversons.

Négocier la méthode

La conclusion d'un accord équilibré et « *opérationnel* » passe par une sophistication des règles de la négociation, c'est-à-dire de la technique contractuelle adaptée à ce type de contrat particulier qu'est le « *contrat collectif de travail* ». Il s'agit, grâce à l'ingénierie juridique, d'en optimiser l'efficacité en termes aussi bien de normes adaptées à un contexte donné, à un objectif particulier, qu'aux caractéristiques de la collectivité à laquelle celui-ci est destiné.



C'est dans cette perspective qu'il est essentiel de ne pas boudier le nouveau droit du travail matérialisé par la technique de supplétivité laquelle accroît l'autonomie du droit conventionnel. Même chose à l'égard de l'institution unique qui contribue à la prise en compte de la collectivité du personnel dans la détermination de l'intérêt de l'entreprise.

Il est de ce fait fondamental de cultiver (le mot n'est pas trop fort) les règles de conduite de la négociation collective dont la qualité permet l'optimisation des chances de conclure et la qualité du tissu conventionnel. À cet égard, il faut se réjouir de ce que, désormais, s'impose la négociation d'un accord de méthode préalablement à l'engagement des négociations sur le fond. On le doit à *Jean-Denis Combrexelle* qui y a fortement invité dans son rapport. On peut simplement s'inquiéter qu'il faille que cette pratique soit imposée par le législateur car, s'ils sont conscients des mérites de la technique contractuelle, les partenaires sociaux d'un tel accord, quel qu'en soit l'objet ou le champ, devraient avoir en tête que l'efficacité de la négociation passe par l'équilibre des pouvoirs entre les parties, un comportement loyal des

négociateurs et le souci d'exécution de bonne foi des textes signés.

À LIRE

Construction de l'accord collectif

Ingénierie juridique de la négociation collective

Pour élaborer l'accord collectif de A à Z et bien maîtriser tous les mécanismes de sa négociation, on ne pourra que recommander à tous la lecture de cet ouvrage de *Jacques Barthélémy*, publié dans la collection *Lamy Axe Droit*.

Scindé en deux parties (développements antérieurs aux ordonnances Macron / développements postérieurs), ce guide précieux (qui sortira en juin) rassemble douze chapitres dans lesquels les lecteurs pourront puiser à leur gré pour rédiger les clauses de leur accord collectif, de son préambule aux moyens destinés à prévenir et régler à l'amiable les litiges. ♦