



HAL
open science

Le management des coûts de transaction dans le contrat de travail en droit français

François Gerber

► **To cite this version:**

François Gerber. Le management des coûts de transaction dans le contrat de travail en droit français. Gestion et management. Université Paris Saclay (COMUE), 2018. Français. NNT : 2018SACLV048 . tel-03247508

HAL Id: tel-03247508

<https://theses.hal.science/tel-03247508v1>

Submitted on 3 Jun 2021

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.

Le management des coûts de transaction dans le contrat de travail en droit français

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay
préparée à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

École doctorale n° 578 Sciences de l'Homme et de la Société (SHS)
Spécialité de doctorat : sciences de gestion

Thèse présentée et soutenue à Guyancourt, le lundi 17 septembre 2018, par

François Gerber

Composition du Jury :

Éric GODELIER Professeur à l'École Polytechnique	Président du Jury
Hadj NEKKA HDR à l'Université d'Angers	Rapporteur
Slimane HADADJ Professeur à l'Université de Dijon	Rapporteur
Christophe ASSENS Professeur à l'UVSQ	Directeur de thèse
Yves FOUCHET Président de la Fondation UVSQ	Invité
Alexis CONSTANTIN Professeur à l'UVSQ	Invité

François Gerber

Le management des coûts de transaction dans le contrat de travail en droit français

En hommage à :

André Gerber,

*Directeur des Ressources Humaines des Établissements Roure-Bertrand-Dupont,
et Président par alternance de la section Industrie du CPH d'Argenteuil pendant 25 ans ;*

Gabriel Varvat,

Directeur Général des Établissements Roure-Bertrand-Dupont ;

Tiennot Grumbach,

avocat au Barreau de Versailles.

Remerciements

Je tiens à remercier l'ensemble de ceux qui me soutiennent depuis près de 10 ans dans ce travail de recherche. Il a débuté par une proposition de manuscrit centré sur l'idée de base, puis a été développé sur les conseils et grâce au suivi attentif et constructif du professeur Christophe Assens.

Compte tenu de sa complexité du point de vue administratif, ce parcours n'aurait pu aboutir sans le soutien de l'ensemble de l'équipe administrative du département management de l'université de Versailles Saint-Quentin, dont Sylvie Jung.

J'ai bénéficié au cours de ces années des encouragements et du réconfort affectueux d'Hélène et de mes trois enfants dont le premier est en Master.

Je remercie également Pascale Le Falher qui a procédé à la frappe de ce texte et Florence Delacoux, qui a assuré sa correction et sa mise en page, après une relecture attentive.

Je tiens à saluer à cette occasion tous les chefs d'entreprise, les dirigeants de PME que j'ai interrogés au fil de ces années et qui m'ont fait part de leur expérience, de leurs espoirs et aussi de leur solitude, voire leur désespérance concernant ceux qui ont été confrontés à l'isolement ressenti face à la liquidation judiciaire et dont les noms sont parfois cités dans ce texte. Je n'oublie pas les cadres des TGE qui m'ont permis de comparer la situation des PME françaises à celle de leurs entreprises, et m'ont communiqué des informations ou des réflexions qui n'apparaissent pas dans les compte-rendus officiels en raison de leur caractère « politiquement incorrect » ou franchement incongru, mais reflètent parfaitement la réalité de l'entreprise.

Je remercie les magistrats de Cour et les conseillers prudhommaux qui ont accepté d'aborder avec franchise la réalité de leurs situations respectives, me permettant ainsi de confirmer par des témoignages concrets ce qui pouvait apparaître, en dépit d'une longue expérience, comme le produit d'une intuition ou d'un parti-pris.

Je remercie Gilles Pellegrini de son soutien et de ses conseils, de même que Frédéric Bourgault et Sophie Vidalis.

Je remercie enfin les membres du jury qui se sont investis dans ce propos en ne bénéficiant que d'un bref délai.

Table des Matières

INTRODUCTION GENERALE.....	21
1. L'émergence de la problématique de recherche.....	21
1.1. Quarante-cinq années d'épreuve de la législation sur la protection de l'emploi.....	22
1.2. La récusation de la problématique du coût.....	23
1.3. Le choix de la recherche managériale et l'inversion du postulat.....	24
2. Revue critique des textes juridiques et de la littérature en résultant.....	26
2.1. Le retour au contrat.....	26
2.2. La dimension économique, invisible dans le droit du travail français.....	28
2.3. Les approches par la notion de coût.....	30
3. La méthodologie de la recherche.....	32
3.1. L'optique du praticien chercheur.....	32
3.2. La révélation de la procrastination du dirigeant de TPE et de PME.....	36
3.3. L'abord de la procédure collective, complément nécessaire à la compréhension du lien entre la législation sur la protection de l'emploi et la problématique du coût.....	37
4. Études empiriques.....	40
5. Contribution : l'établissement d'une nomenclature des coûts.....	41
5.1. La présentation de la nomenclature des coûts occultés.....	41
5.2. Une nomenclature qui a vocation à devenir un outil de gestion.....	42
5.3. ...et à permettre la prise en compte des « coûts occultés ».....	43
PARTIE I - HISTOIRE ET DOCTRINE DU DROIT.....	45
CHAPITRE PREMIER - L'ANALYSE DU CONTRAT DE TRAVAIL EN DROIT FRANÇAIS SUR LA PERIODE 1789-1804.....	49
1. Des fondements factuels aux fondements juridiques : la déclaration des droits de 1789 et le code civil de 1804.....	51
1.1. Le droit de propriété constitue le fondement de l'action entrepreneuriale et du droit de l'entreprise.....	51
1.1.1. Le statut de l'ouvrier et de l'entrepreneur dans le code civil.....	53
1.1.2. L'émergence des termes « entreprise » et « ouvrier » dans le code civil.....	54
1.2. L'analyse des rapports de travail dans le code de 1804.....	56
1.2.1. La situation de l'ouvrier.....	57
1.2.2. Les conditions de sa rémunération.....	58
2. Les dispositions du code civil concernant la dépendance du domestique à l'égard du chef de maison et de l'ouvrier à l'égard du chef d'entreprise.....	61
2.1. L'origine du contrat de travail : les articles 1780 et 1781.....	63
2.2. L'apparition de la notion d'entreprise et de chef d'entreprise dans le code civil.....	64
2.2.1. La notion d'entreprise.....	64
2.2.2. Les dispositions sont-elles applicables à un autre secteur que celui de la construction ?.....	66
2.2.3. Le renvoi aux articles 2103, 2110 et 2270.....	66
2.2.4. L'ouvrier est-il responsable d'une faute dans l'exécution de son travail ?.....	67
2.2.5. La portée de cette notion : pour quelle raison l'ouvrier serait-il responsable à l'égard du client ?.....	68
2.2.6. Conclusion sur ce point : le contrat de louage constitue la première expression du contrat de travail.....	70
CHAPITRE DEUXIEME - L'EMERGENCE DE LA LEGISLATION SUR LA PROTECTION DE L'EMPLOI (1804-1990).....	73
1. Les conditions de l'émergence : les lendemains de mai 1968 et des Trente Glorieuses.....	74
1.1. La spécificité de l'école française du droit du travail.....	75
1.2. L'éviction du chef d'entreprise du processus postérieur à la décision de licenciement.....	78
1.3. L'indifférence du CNPF face à des évolutions essentielles.....	80
1.3.1. La novation que représente l'obligation de compenser les allocations Assedic versées au salarié conforte la mise en accusation de l'entreprise.....	80
1.3.2. ...Qui sous-estime globalement le changement de paradigme.....	82

2. La formalisation de la protection de l'emploi du salarié en contrat à durée indéterminée : la loi du 13 juillet 1973	83
2.1. Une législation nouvelle qui vise à contraindre l'entreprise dans le cadre du processus de rupture du contrat de travail	83
2.1.1. La notion de cause réelle et sérieuse : la garantie de fondement	84
2.1.2. La garantie de procédure	85
2.1.3. La garantie d'indemnisation : les pénalités financières concédées par l'entreprise et celles qui dépendent des pouvoirs attribués au juge	87
2.1.4. Les indemnités légales : l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, le préavis et les congés payés sur le préavis	90
2.1.5. Les dommages et intérêts sur le fondement de l'article L.1235- 3 du code du travail (L.122-14 4 ancien) et L.1235-5 (122-14 6 ancien) du code du travail.....	92
2.2. Le triple effet de cliquet : l'employeur ne bénéficie pas du droit de repentir ou du droit à l'erreur (1973-2017).....	93
3. La typologie des garanties offertes aux salariés	95
3.1. La garantie de procédure.....	96
3.2. La garantie d'indemnisation	97
3.3. La nature de la garantie indemnitaire : une catégorie de dommages et intérêts propre au droit social.....	99
3.4. Ces garanties sont renforcées et rendues plus complexes encore dans leur gestion par les effets de seuil.....	101
3.4.1. Le problème de cohérence de la loi sociale	102
3.4.2. Les obligations se renforcent en cas de franchissement de seuil	103
3.4.3. Le contournement de la loi pour échapper aux seuils et aux coûts	104
3.4.4. Conclusion.....	106
CHAPITRE TROISIEME - LA LPE ET LE LICENCIEMENT ECONOMIQUE (1990-2017)	107
1. L'objectif du système : générer la complexité pour dissuader le management de licencier	109
1.1. Contraindre le management à la gestion de la complexité	110
1.2. Contraindre les propriétaires du capital à la consommation des ressources financières de l'entreprise.....	113
1.3. Permettre aux salariés et à l'État de gérer la menace	117
1.3.1. Lorsqu'André Gorz inspire Tiennot Grumbach et André Jeanmeaud	117
1.3.2. La menace à l'encontre de l'entreprise.....	119
2. Les principes du licenciement économique, pierre angulaire de la LPE	121
2.1. La phase préparatoire : le renforcement des garanties de procédure ôte au management la gestion du temps.....	122
2.1.1. Le processus d'information et de reclassement préalable.....	124
2.1.2. Le processus de consultation des organes représentatifs du personnel : les obligations du chef d'entreprise réduit à la qualification « d'employeur »	126
2.1.3. L'effet de la complexité : l'insécurisation de l'entreprise.....	129
2.1.3.1. L'insécurisation, effet direct du contrôle du juge	130
2.1.3.2. l'affaire SAPEF De Lestapis : deux arrêts de la cour de cassation et huit ans de procédure	131
2.2. L'intervention de l'État dans le périmètre du pouvoir de direction du chef d'entreprise	133
2.2.1. La réalité d'une fraude à la loi.....	134
2.2.2. ... Qui aurait pu être contrôlée et sanctionnée par le juge du contrat de travail.....	137
2.3. La phase exécutoire du licenciement économique	141
2.3.1. La durée imposée au management et les occasions de sanction	141
2.3.2. Les sanctions	142
2.4. Les modifications du dispositif.....	143
2.4.1. Quel avantage pour les demandeurs d'emploi ?	145
2.4.2. Le contournement des procédures de licenciement pour motif économique : le recours à l'intérim et l'exemple du comportement de la société Renault Retail Group	146
2.4.3. Un second exemple	149
2.4.3.1. Une sorte de record : 543 CDD en 15 ans	150
2.4.3.2. La gestion de la précarité pour éviter les indemnités de licenciement et de préavis, outre les effets de seuil.....	151
2.4.4. Les hésitations face à la nécessité du changement.....	154
2.5. Conclusion	156
3. Un exemple particulier : la contribution Delalande	157
3.1. La création de la contribution Delalande	157
3.1.1. La modification de 1992.....	158
3.1.2. Les étapes suivantes : 1 ^{er} janvier 1999 et 2003	159

3.2.	Le fonctionnement de la contribution Delalande	160
3.2.1.	La conséquence de la contribution Delalande au niveau du coût du travail n'a jamais été envisagée	162
3.2.2.	Comment calculer l'impact de la contribution Delalande sur l'économie de l'entreprise et son prix de revient ?.....	162
3.2.3.	Le fonctionnement des exonérations	164
3.2.4.	L'impact de la mesure	165
4.	Le régime des sanctions	169
4.1.	Les pénalités de nature administrative	169
4.2.	Le syndrome de la punition	170
4.3.	L'accentuation de la répression est-elle un gage de l'efficacité des mesures de la loi du travail ?	173
4.3.1.	La disproportion	173
4.3.2.	L'aggravation continue du chômage.....	176
4.3.2.1.	L'instauration de la LPE et la politique de sanction sont sans effet sur l'emploi	176
4.3.2.2.	Tableau - Évolution du taux de chômage - source INSEE	179
CHAPITRE QUATRIEME - LES INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL (IRP)		183
1.	Une volonté de pénétration dans le périmètre du pouvoir de direction du chef d'entreprise, sans contrepartie....	184
1.1.	Les principes fondant l'instauration du comité d'entreprise	184
1.2.	La triple nature du comité.....	186
1.3.	La postérité du texte : des commentateurs qui ignorent la problématique du coût.....	188
2.	La liaison entre les IRP et la législation sur la protection de l'emploi	192
2.1.	Du contrôle politique à l'immixtion dans la sphère du pouvoir de direction du chef d'entreprise.....	193
2.2.	Le classement dans la hiérarchie des coûts occultés	195
3.	Rappel des obligations du dirigeant dans le cadre du fonctionnement du comité d'entreprise.....	198
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....		205
PARTIE II - LA DIMENSION ECONOMIQUE INVISIBLE DANS LE DROIT DU TRAVAIL FRANÇAIS		209
CHAPITRE PREMIER - DES ESSAIS DE DÉFINITION : L'APPRECIATION INSTITUTIONNELLE DU COÛT DU TRAVAIL		211
1.	L'acceptation de la notion de coût du travail par les organismes publics et parapublics français	213
1.1.	L'article L.242-1, tel que modifié par la loi de 2016	213
1.2.	La position de l'Insee.....	214
1.2.1.	La définition donnée par l'Insee et ses carences.....	215
1.2.2.	Les calculs de l'Insee sur la base de la première partie du tableau	217
1.2.3.	Conclusion générale sur les approches institutionnelles du coût du travail	221
2.	La vision de la notion de coût du travail par les syndicats	222
2.1.	L'approche du coût du travail par la CFDT	223
2.1.1.	Une vision réductrice de la notion de coût.....	223
2.1.2.	La contestation de la définition institutionnelle.....	224
2.1.3.	Le retour à notre analyse : la problématique de la formation.....	224
2.1.4.	Les exclusions de facteurs de coût choisies par la CFDT	226
2.2.	Le questionnement ouvert : quel est le rapport entre le coût du travail et le niveau de l'emploi ?.....	227
2.3.	La conclusion du syndicat CFDT : l'exclusion de la problématique du coût du travail comme élément causal des phénomènes constatés	230
3.	Le rôle du juge judiciaire dans l'appréciation du coût du travail : le compte 641 et la DAS définissent-ils le coût du travail ?.....	232
3.1.	Un arrêt topique de la cour d'appel de Versailles	233
3.1.1.	Le compte N° 641 du plan comptable détermine-t-il de façon totale les coûts du travail d'une entreprise ?.....	233
3.1.2.	L'intérêt du compte 641 : le conflit entre l'approche comptable des dépenses relatives à la présence des salariés dans l'entreprise et l'approche sociale.....	234
3.1.3.	L'intéressement n'est pas un élément de rémunération	237
3.1.4.	Les leçons de cette analyse jurisprudentielle	238

3.2.	Le coût global du comité d'entreprise conçu comme indicateur du fonctionnement de la firme, et son rapport à la rémunération du facteur capital	239
3.2.1.	Quelle est la nature des sommes versées par la firme au comité d'entreprise.....	239
3.2.2.	Les développements jurisprudentiels autour de la notion de coût du travail, conçue comme une référence de base du financement du comité d'entreprise	240
3.2.3.	Le jugement du tribunal de Montpellier	241
3.2.4.	Le jugement France Telecom du 17 mai 2011 du tribunal de Grande Instance de Paris	242
3.2.5.	Le jugement Société Boehringer-Ingelheim du 4 juin 2013 du Tribunal de Grande Instance de Paris.....	245
4.	Conclusion	247
CHAPITRE DEUXIEME - LA PROTECTION SOCIALE AU DETRIMENT DU VOLET ECONOMIQUE		249
1.	L'expression de la doctrine	250
1.1.	Trente ans de contestation de la réalité économique	250
1.1.1.	L'exemple d'Étienne Grumbach.....	251
1.1.2.	Le changement de paradigme	255
1.1.3.	Le Précis Dalloz de Paul Durand, élément de référence de l'évolution du droit du travail.....	257
1.2.	Les juristes refusent d'intégrer dans leurs réflexions l'interaction entre le droit et l'économie	260
1.2.1.	Le développement de la réflexion de l'école française de droit du travail.....	260
1.2.2.	La position du professeur Javillier dans les années 1978-80	262
1.2.2.1	La construction de l'ouvrage	262
1.2.2.2.	L'approche de l'entreprise par le professeur Javillier.....	264
1.2.2.3.	Conclusion sur ce point	265
1.3.	L'université inspire, oriente et soutient le législateur	266
1.3.1.	Les crises ne modifient pas sa réflexion au sujet du contrat de travail	268
1.3.2.	Le concept de ligne Maginot	270
1.3.3	Les présupposés confrontés à la réalité économique	272
1.4.	Le droit capitaliste du travail	273
1.4.1.	La synthèse d'une pensée militante	274
1.4.1.1.	L'Internationale en exergue.....	276
1.4.1.2.	Les failles dans l'analyse.....	277
1.4.1.3.	Les différences entre les positions des théoriciens et celles du praticien.....	278
1.4.2.	Le point commun aux deux pensées : la sous-estimation du rôle du chef d'entreprise et du management.....	280
1.4.3.	L'absence de toute référence à la notion de coût du travail	282
2.	Une revue de littérature au-delà des manuels de droit : les rapports des assemblées parlementaires et des organismes de conseil du gouvernement	283
2.1.	Considérations sur la présence des chefs d'entreprise dans les comités de réflexion sur la législation sociale.....	284
2.1.1.	Les auteurs qui écartent occultent la notion de coût du travail	284
2.1.2.	Le choix des travaux examinés	287
2.2.	Le rôle des assemblées parlementaires et des conseils du gouvernement	288
2.2.1.	Les rapports des assemblées	288
2.2.2.	Lorsque la technocratie veut réformer le code du travail : le rapport de Virville	292
2.2.2.1.	Un choix critiquable	292
2.2.2.2.	Un rapport en retrait au regard des propositions de Blanchard et Tirole	294
2.2.2.3.	Une contribution sans impact sur les notions de coût du travail et sur les perspectives de relance de l'emploi	296
2.3.	Le pied de nez de l'administration du travail au ministre et au rapport de Virville : la contribution de Jean Michel sous les auspices de la Documentation française.....	297
3.	Les rapports du Conseil Économique et Social.....	300
4.	Les rapports du Conseil d'Analyses Économiques.....	301
4.1.	Le rapport Blanchard et Tirole de 2003 : un événement novateur dans la réflexion sur l'emploi et le coût du travail	301
4.1.1.	La parole donnée à une nouvelle école de pensée qui place la problématique des coûts au centre de sa réflexion	301
4.1.2.	Une approche qui renforce l'intérêt de notre recherche et la préfigure.....	303
4.1.3.	Ne pas sous-estimer les limites du propos	304
4.2.	Le foisonnement des contributions	305
4.2.1.	Le rapport Barthélémy : un retour au classicisme.....	305
4.2.1.1.	Le rapport Fitoussi Passet du Conseil d'Analyses Économiques	307
4.2.1.2.	La contribution de Fitoussi et Passet	308
4.2.1.2.1.	Les sept postulats	308
4.2.1.2.2.	La confortation de la critique intuitive par l'évolution de l'Allemagne	311
4.2.2	La position de Freycinet concernant la LPE	312

5. L'examen du rapport du Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts en date du 29 mai 1996	314
5.1. L'approche de la problématique	315
5.2. L'analyse	317
5.2.1. Les allègements de charges : une réalité qui prouve l'existence d'une problématique (l'excès de charges sur le salaire et l'excès du coût du travail au niveau des bas salaires).....	317
5.2.2. Conclusion du premier chapitre du rapport : l'absence de définition de la notion de coût avant l'examen de la problématique des coûts	318
5.3. L'examen du chapitre 3	320
5.4. Une reconnaissance a minima en dépit de l'occultation des effets de la LPE.....	322
6. La récusation frontale de l'importance des aspects économiques de la relation de travail dans l'entreprise : quelques contributions en provenance de l'Université.....	325
6.1. Une étude spécifique sur le coût du capital.....	325
6.2. Une intervention de Frédéric Guiomard sur la notion de droits fondamentaux lors d'un colloque à l'université de Paris X Nanterre en 2003	327
6.2.1. Une vision limitée, non par convention mais par conviction, un exposé « hors sol ».....	327
6.2.2. L'idée, largement répandue dans le monde universitaire, selon laquelle seul le salarié bénéficie de droits fondamentaux	328
6.2.3. Le chef d'entreprise réduit à sa compétence d'employeur et la contestation du pouvoir de direction	330
6.2.4. Conclusion.....	331
CHAPITRE TROISIEME - CONFRONTATION DES CONCEPTIONS FRANÇAISE ET ANGLO-SAXONNE	333
1. Approche de la notion de chef d'entreprise et de son utilité au regard de la réflexion sur les coûts.....	334
1.1. La notion de chef d'entreprise telle que résultant de l'histoire industrielle française	335
1.1.1. La valorisation de la personne du chef d'entreprise.....	335
1.1.2. La manifestation matérielle du rôle du chef : les règlements d'atelier.....	338
1.1.3. Les apports de F. W. Taylor : le pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise et la logique de coûts	341
1.1.4. Le retour à la vision française du chef d'entreprise : Charles de Fréminville et Henri Fayol	342
1.1.5. Conclusion.....	345
2. La prééminence de l'entreprise dans la pensée anglo-saxonne	346
2.1. La propriété des actifs et le pouvoir de direction du chef d'entreprise	346
2.2. Les attributs du pouvoir de direction : la compétence d'organisation et la compétence de coordination.....	350
2.2.1. La compétence d'organisation.....	352
2.2.2. La compétence de coordination du chef d'entreprise : les écrits de Marshall et Taylor	353
2.3. La notion de hiérarchie dans l'entreprise	354
2.4. La compétence d'organisation et la notion d'autorité dans les écrits de Williamson.....	356
2.4.1. L'analyse historique de Williamson : la fabrique des aiguilles	356
2.4.2. Les modes entrepreneuriaux selon Williamson et la problématique de l'autorité.....	357
2.4.3. Les indicateurs d'efficacité.....	359
2.5. Conclusions sur la compétence de coordination, la notion d'autorité et la législation sur la protection de l'emploi.....	362
3. La conception française de l'entreprise et de son chef, telle que résultant des derniers apports de la doctrine	366
3.1. Le raisonnement commun à l'ensemble des participants au congrès	367
3.2. L'ignorance volontaire des éléments essentiels de la notion d'entreprise et de pouvoir de direction	367
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	371
PARTIE III - DROIT ET ÉCONOMIE : LES APPROCHES PAR LA NOTION DE COUT ..	375
CHAPITRE PREMIER - APPROCHE FRANCAISE DE LA NOTION DE COÛT DU TRAVAIL.....	377
1. Une particularité de la problématique du coût : l'ancrage chrétien et catholique de la société française, l'Ancien Régime et le servage.....	378
2. La contribution de Thomas d'Aquin à la pensée économique.....	380
2.1. La notion de juste rémunération	380
2.2. La justice distributive et ses conséquences	382
2.3. La formation du prix.....	384
2.4. Conclusion.....	386

3. La question du surplus et le retour au coût	386
3.1. Le problème du temps	387
3.2. Le retour à la logique de coût à travers l'histoire de la pensée économique française.....	387
3.3. L'apparition de la notion de coût du travail dans la réflexion économique au XIX ^e siècle.....	388
3.4. La position définitive de Jean Baptiste Say	390
4. De Walras à Fayol.....	392
4.1. Henri Fayol et la notion de « juste rémunération »	393
4.2. Les besoins du salarié, élément d'appréciation de sa rémunération.....	394
5. L'émergence d'une réflexion française dans le sillage des écrits de Taylor	395
5.1. Les travaux du colonel Rimailho et son influence	395
5.2. La Cegos prend le relais.....	396
5.3. La spécificité du coût du travail et ses différents aspects.....	399
5.4. Conclusion.....	400
CHAPITRE DEUXIEME - PRISE DE CONSCIENCE DE LA NOTION DE COUTS	403
1. Considérations générales.....	403
2. La tentative de mise en œuvre d'une compensation des effets de la LPE sur le coût du travail : les textes Balladur de 1993	407
2.1. La critique de l'OCDE.....	407
2.2. Les mesures Balladur.....	409
2.3. Les mesures Juppé.....	410
3. L'amendement Fillon et le CICE	412
3.1. Une nouvelle tentative de réduction des coûts : la réduction Fillon.....	412
3.1.1. Première étape : le calcul du coefficient.....	413
3.1.2. Seconde étape : plafonnement du coefficient C.....	413
3.1.3. Troisième étape : calcul de la réduction	413
3.1.4. Quatrième étape : majoration de la réduction Fillon de 10%	413
3.1.5. La cinquième étape : le plafonnement	414
3.2. L'impact de la réduction Fillon.....	414
3.3. Le CICE : crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi	415
4. Les autres évolutions.....	415
5. Le retour à la notion de coût de transaction : l'analyse du report de coût et ses conséquences	417
5.1. Internet permet le report de coût sur le client.....	417
5.2. Le report de coût a un impact sur le coût global du travail payé par l'entreprise, à production constante	418
5.3. L'autonomie du salarié est factice	420
CHAPITRE TROISIEME - L'ANALYSE DU CONTRAT DE TRAVAIL AU REGARD DE LA THÉORIE DES CÔUTS DE TRANSACTION	423
1. La notion de coût de transaction.....	423
1.1. Les éléments constitutifs de la notion au regard du contrat de vente d'un bien	423
1.1.1. La référence : le contrat de vente d'un bien.....	424
1.1.2. Une poursuite de la comparaison au niveau du coût de la rupture du contrat	427
1.2. Les éléments complémentaires de la théorie de Williamson.....	429
1.2.1. La notion de spécificité des actifs.....	429
1.2.2. La notion d'actif non humain dans le contexte économique et juridique français	431
1.2.3. La notion d'actifs humains	432
1.2.4. Du contrat commercial au contrat de travail : l'analyse fondée sur les coûts de transaction : similitudes et différences	433
1.2.4.1. L'approche de Williamson	434
1.2.4.2. L'application de la méthode aux coûts de rupture du contrat de travail français.....	435
2. Le second élément de la théorie de Williamson : la notion de rationalité limitée	437
2.1. Les causes de limitation de la rationalité des agents	437
2.1.1. La rationalité n'est pas nécessairement limitée de façon obligée : elle peut l'être en fonction de la décision propre du salarié ou du demandeur d'emploi.....	439
2.1.2. Les effets de la LPE sur le comportement de l'agent et l'expression de sa rationalité	440
2.2. La modulation de l'analyse de Williamson.....	442

3. Troisième élément de la théorie de Williamson : la notion d'opportunisme	443
3.1. La problématique de l'opportunisme	443
3.1.1. L'opportunisme dans le cadre des négociations précontractuelles	445
3.1.2. L'expression de l'opportunisme du salarié	446
3.1.3. La dissimulation de la réalité de l'appartenance syndicale ou de l'état de santé : la défiance comme fondement du contrat	447
3.2. Le comportement opportuniste du salarié pendant le déroulement du contrat de travail	448
3.2.1. La relation entre l'opportunisme et la résistance au changement	449
3.2.2. L'importance de la formation et le retour aux coûts de transaction	451
3.2.3. Deux cas outrés d'opportunisme	453
3.2.4. De l'opportunisme à la déloyauté	456
3.3. Conclusion	459
CHAPITRE QUATRIEME - LA NOTION D'INTERFACE TECHNOLOGIQUEMENT SÉPARABLE	461
1. Le syndicat ouvrier, exemple d'une structure technologique séparable de la firme et du salarié.....	464
1.1. Les syndicats britanniques et la notion de closed shop	464
1.1.1. Le cas français	464
1.1.2. L'exemple britannique : l'accord de <i>closed shop</i>	465
1.1.3. Les effets du <i>closed shop</i>	466
1.2. L'accord de closed shop limite le pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise	467
1.2.1. Les conséquences en matière de coûts de transaction	467
1.2.2. L'évolution de la <i>closed shop</i>	470
1.3. Le traumatisme américain : l'exemple de la Carnegie's Homestead et l'éradication du syndicalisme par la violence.....	472
2. Les entreprises de travail temporaire.....	475
2.1. Une histoire récente	475
2.2. Le recours de la firme aux contrats d'intérim constitue-t-il un avantage ?	478
2.2.1. Le recours au travail temporaire génère un coût immédiat du travail supérieur au coût du CDI	478
2.2.2. Une importance d'un phénomène économique et juridique prouvée par les chiffres	479
2.3. Le rôle de cette interface particulière : l'approfondissement de la problématique des coûts de transaction au regard de la situation française.....	480
2.3.1. L'entreprise de travail temporaire est une interface technologiquement séparable au sens de Williamson	481
2.3.2. L'approfondissement de la problématique de coût	482
2.4. Un outil spécifique : le contrat à durée déterminée.....	486
2.4.1. Le recours au CDD : moyens et conditions	487
2.4.2. Le développement du recours au CDD au cours de la décennie 1982-1992	490
2.4.3. L'efficacité de la mesure de 2002.....	492
2.4.4. Une tentative de renchérissement du coût du CDD (en 2002) et une tentative d'allègement des conditions de la rupture du CDI (en 2008).....	493
3. Le rôle de l'ANPE et de Pôle Emploi en qualité d'interface technologiquement séparable.....	495
3.1. La notion d'interface appliquée à l'ANPE	496
3.1.1. Les entreprises participent au financement de Pôle Emploi	497
3.1.2. Rappel de l'impact du financement global de l'Unedic sur le coût du travail dans l'entreprise	497
3.2. Le rôle de formation de Pôle Emploi.....	499
CHAPITRE CINQUIEME - L'IMPACT DES COÛTS DE TRANSACTION SUR LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES : L'APPROCHE D'HENRI MAHE DE BOISLANDELLE	503
1. Une approche originale dans la logique de la théorie des coûts de transaction	503
1.1. Les coûts afférents au contrat de travail.....	504
1.1.1. Emploi, phase recrutement	504
1.1.2. Emploi, phase séparation.....	504
1.1.3. Rémunération, Salaires.....	505
1.1.4. Valorisation	505
1.1.5. Participation	505
1.2. Les coûts de gestion.....	506
1.2.1. Les coûts de gestion du personnel	507
1.2.2. Les coûts de management DRH	507
1.2.3. Les coûts de gestion des dysfonctionnements	508
2. Analyse critique de cette présentation.....	509

3. La problématique de la gestion du personnel	512
4. Conclusion	513
CHAPITRE SIXIEME - LES RESEAUX : UNE ALTERNATIVE A LA PROBLEMATIQUE DES COUTS ?	515
1. L'entreprise en réseaux	517
1.1. De nouveaux outils, qui gênent l'appréciation du temps et donc du coût du travail	517
1.2. Le recours aux réseaux sociaux et son influence sur le management.....	520
2. Un fonctionnement alternatif	523
2.1. La problématique de coût	523
2.2. Les questionnements.....	524
2.3. La production en réseau.....	528
2.4. La substitution de contrats	528
2.5. Le management d'une entreprise sans contrat de travail.....	531
2.6. Conclusion.....	536
CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE.....	539
PARTIE IV - ÉTUDES EMPIRIQUES	541
CHAPITRE PREMIER - L'USAGE DE LA LEGISLATION SUR LA PROTECTION DE L'EMPLOI ET SES CONSEQUENCES EN MATIERE DE COUT ET D'EMPLOI.....	543
1. Dammann Frères.....	544
1.1. L'utilisation des compétences d'organisation et de gestion	544
1.2. La procédure de consultation des représentants du personnel.....	545
1.3. La lettre de licenciement.....	546
1.4. La décision des juridictions prudhommales	547
1.5. L'arrêt de la cour d'appel de Versailles	551
1.6. Conclusions sur ce premier exemple	552
2. Goodyear : l'instrumentalisation de la garantie de procédure dans le cadre de la mise en œuvre des plans sociaux	555
2.1. Le passage des 3x8 en 4x8 : l'expression du pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise	555
2.2. Les données économiques	557
2.3. Le fonctionnement de la garantie de procédure dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi	558
2.3.1. La destruction de l'emploi.....	558
2.3.2. La démonstration de l'efficacité de la garantie de procédure	560
2.3.2. L'intervention du groupe Titan.....	560
2.4. La mesure de l'efficacité de l'utilisation de la garantie de procédure	561
2.4.1. La situation du site et de l'outil de production cinq ans après la décision de modification de l'organisation du travail.....	561
2.4.2. La défaillance de la pensée.....	563
3. La contestation du pouvoir de direction validée par l'institution judiciaire dans la pleine logique de la garantie de procédure.....	565
3.1. L'arrêt de la Cour vérifie la matérialisation de la garantie de procédure	566
3.2. Il exclut les comparaisons.....	568
3.3. L'arrêt de la Cour ne s'intéresse pas au maintien en fonctionnement de l'outil de production.....	569
4. L'analyse du discours syndical.....	571
4.1. L'illusion lyrique	571
4.2. Qui pouvait se tromper sur les enjeux ?.....	572
CHAPITRE DEUXIEME - LA LEGISLATION SUR LA PROTECTION DE L'EMPLOI, LE COUT DU TRAVAIL ET LA DISPARITION DE LA FIRME.....	577
1. La situation de la société Linéa BTP	577
1.1. Le commémoratif des événements.....	578
1.2. Le montage de la procédure préalable au licenciement, examinée dans le cadre d'un contexte simplifiant les principaux éléments.....	578

2. Le PSE.....	580
2.1. La constitution du PSE et la consultation des IPR	582
2.2. Les opérations de licenciement concernant les salariés protégés	583
2.2.1. Le fonctionnement des institutions représentatives en dépit de la perspective de la liquidation totale de l'entreprise	583
2.2.2. La procédure de licenciement des personnels protégés	584
3. Le licenciement des autres salariés	586
3.1. Conclusions sur le dossier Linéa BTP	586
3.1.1. Les critères de choix du manager pour décider des mesures de restructuration éventuelle	586
3.1.2. Le coût du licenciement de 30 salariés, engagé en janvier 2014 dans le respect du fonctionnement des IRP et de la loi de 1975 modifiée	587
3.1.3. Le fonctionnement des IRP, élément devenu essentiel dans la logique de la LPE pour retarder l'échéance des licenciements économiques	588
3.2. Le choix	589
3.2.1. Le sacrifice de la totalité de l'outil de travail	590
3.2.2. La dissimulation de la réalité du passif social lors de la DCP	591
4. L'hypocrisie de la pratique et de la règle comptable permet de dissimuler aux yeux des acteurs la réalité du coût généré par la LPE	592
5. Les conséquences de la liquidation judiciaire de l'entreprise Linea BTP : entre 1.799.369 € et 4.299.369 €	593
 CHAPITRE TROISIEME - LE CONTOURNEMENT ILLEGAL DE L'EXCES DU COUT DU TRAVAIL :	
LES ENTREPRISES « CONCORDE ».....	599
1. Les entreprises « Concorde »	599
2. L'intérêt des donneurs d'ordre	602
2.1. Le premier avantage des donneurs d'ordre : un moindre coût	603
2.2. La sous-traitance en cascade évite d'affronter la réalité du coût du travail	605
2.3. Les avantages retirés d'une telle situation par le maître d'ouvrage.....	606
3. Conclusion	607
 CHAPITRE QUATRIEME - LE COUT DU TRAVAIL EMPECHE LA CESSION :	
LE CAS DE L'ENTREPRISE PHILIPPE	609
1. La présentation du personnel et du passif social virtuel	610
1.1. Le calcul pour les salariés ayant une moyenne de 10 ans d'ancienneté au plus	612
1.2. Le calcul pour les salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté révolus	612
1.3. L'équipe de direction	613
1.4. Conclusions sur les effets de la pyramide des âges	613
2. La dégradation du résultat	615
2.1. Les tableaux récapitulatifs	615
2.2. Les observations de portée générale	616
2.3. La problématique de la cession : la liste des handicaps	617
2.3.1. L'employabilité du personnel	617
2.3.2. L'absence de résultat de l'entreprise	618
2.3.3. La faiblesse de la rémunération du dirigeant	618
2.3.4. Le passif social	618
2.4. L'échec de la cession en dépit de l'existence du contrat d'assurance	619
2.5. La problématique complémentaire de la concurrence d'entreprises qui se situent au-dessous du coût, ou obtiennent des avantages anormaux de la part des donneurs d'ordre.....	620
3. La notion de passif social virtuel.....	622
3.1. Le retour au coût du travail	623
3.2. La perte de contrôle résultant de nouveaux éléments légaux qui visent directement la compétence d'organisation : la loi du 31 juillet 2014.....	625
3.3. Un exemple significatif : le délai de deux ans imposé par cette nouvelle loi.....	627
 CHAPITRE CINQUIEME - DEUX CAS TOPIQUES D'INDEMNISATION D'UN LICENCIEMENT NON CAUSE	
1. Vieira contre Iton Seine	632

2. L'affaire Communes Services contre Lecorf	634
2.1. Le lancement d'une procédure par un salarié qui n'a jamais travaillé pour l'entreprise Communes Services	635
2.2. La décision de la Cour de Rouen	635
2.3. L'indemnisation hors norme de Monsieur Lecorf dans le cadre de la garantie d'indemnisation renforcée par sa qualité de personnel protégé	636
2.4. Le recours contre l'État	636
2.5. Conclusion	638

CHAPITRE SIXIEME - EXAMEN DES SOCIÉTÉS CHARPENTIERES COUVREURS DES YVELINES ET PRÉCIS PLASTIC.....641

1. Le cas de la société Charpentiers Couvreurs des Yvelines	641
1.1. La situation de l'entreprise pendant 42 ans.....	641
1.2. Les difficultés	643
1.3. La déclaration de cessation des paiements	644
1.4. Le comportement du dirigeant et l'erreur de management	645
1.5. Conclusion sur cet exemple	646
2. Le cas de la société Précis Plastic	648
2.1. Présentation de la société Précis Plastic et de Monsieur Duroure	648
2.2. Les difficultés rencontrées par la société Précis Plastic au cours de l'exercice 2012.....	648
2.3. La déclaration de cessation des paiements et le jugement d'ouverture du 30 novembre 2012.....	649

CONCLUSION DE LA QUATRIEME PARTIE

657

PARTIE V - APPORTS.....661

CHAPITRE PREMIER - LA NOMENCLATURE DES COÛTS OCCULTES PREMIERE CATEGORIE : LES COÛTS DIFFÉRÉS OBLIGATOIRES

663

1. Présentation de la notion de « coûts occultés »	663
1.1. Pour quelles raisons ces coûts sont-ils occultés ?	664
1.2. Les appellations des principaux coûts occultés.....	665
1.3. La distinction entre les « coûts cachés » et les « coûts occultés ».....	666
1.3.1. La différence entre les deux notions	667
1.3.2. La présentation des coûts cachés	667
1.4. Des conséquences différentes concernant le fonctionnement de l'entreprise.....	669
2. Présentation de la nomenclature et des 5 catégories de coûts occultés qu'elle contient	671
3. La première catégorie des « coûts occultés » : les coûts différés obligatoires	674
3.1. La notion des coûts différés obligatoires	674
3.1.1. Les faits générateurs de ces coûts.....	676
3.1.2. La qualification de la rupture par les parties emporte le paiement des indemnités qui caractérisent les coûts différés obligatoires	676
3.1.2.1. En cas de licenciement pour cause réelle et sérieuse	676
3.1.2.1.1. Les paiements.....	676
3.1.2.1.2. Les coûts complémentaires	677
3.1.2.2. En cas de décision unilatérale du salarié	677
3.1.2.3. En cas de décision commune (rupture conventionnelle)	677
3.2. Les trois étapes du contenu des coûts différés obligatoires.....	678
3.2.1. Les coûts différés obligatoires, prévisibles et calculables.....	678
3.2.1.1. Les indemnités de licenciement et de préavis, et les congés payés sur préavis	679
3.2.1.2. Le coût de gestion des opérations.....	680
3.2.1.3. L'indemnité de départ en retraite	680
3.2.2. Le coût différé obligatoire prévisible et complété dans le cadre de la procédure de licenciement économique (1986-2006) : la pénalité Delalande	682
3.2.3. Le coût différé obligatoire, prévisible et réductible : le coût de la rupture conventionnelle	683
3.2.4. Les avantages de la rupture conventionnelle pour l'entreprise	685
3.2.5. L'avantage de la rupture conventionnelle pour le salarié	688
3.2.6. Conclusion : La loi de 2008 réduit objectivement le coût du travail, mais dans des proportions difficilement estimables à ce jour	689

3.3.	Le poids financier du coût différé obligatoire	690
3.3.1.	Premier élément, l'augmentation tendancielle du coût différé obligatoire	691
3.3.2.	Second élément : l'impact des conventions collectives	693
3.3.3.	Le cas d'un cadre relevant de la convention collective de la chimie, à l'époque où l'indemnité légale de licenciement était limitée à un dixième du salaire de référence par année d'ancienneté	694
3.3.4.	Les disparités entre les situations des salariés relevant de conventions collectives radicalement différentes, avant le 1 ^{er} septembre 2017	696
3.3.4.1.	La convention de la métallurgie distingue trois catégories : ouvriers, agents de maîtrise et cadres.	696
3.3.4.2.	La convention collective du commerce de gros	697
3.3.4.3.	La conclusion au regard de ces comparaisons	698
3.4.	Les conséquences financières des coûts différés obligatoires pour l'entreprise	699
3.4.1.	Un coût différé obligatoire d'autant plus lourd à absorber que la situation économique est difficile et que le personnel à licencier est âgé et ancien dans l'entreprise	699
3.4.2.	Un coût différé obligatoire dont les TGE tentent de s'exonérer par la gestion disciplinaire du contrat de travail	700
3.4.3.	Le cumul des coûts différés obligatoires : illustration par un licenciement intervenu après 1998 et avant 2008, concernant un salarié de plus de 50 ans relevant de la convention collective de la métallurgie ..	702

CHAPITRE DEUXIEME - LA NOMENCLATURE DES COÛTS OCCULTES

SECONDE CATEGORIE : LES COÛTS DIFFERES EXCEPTIONNELS.....705

1.	Présentation de la notion de coûts différés exceptionnels	705
2.	Une sanction indemnitaire au bénéfice du salarié et une sanction administrative	706
2.1.	La notion de coût différé exceptionnel.....	708
2.1.1.	La position de la doctrine dans les années qui suivent le vote de la loi	708
2.1.2.	La volonté de double sanction	709
2.2.	L'indemnisation de la perte de l'élément de patrimoine.....	710
2.3.	La dérive dans les montants et l'ignorance de la problématique des coûts	713
2.4.	Le remboursement de l'organisation paraétatique Pôle emploi, dans le cadre d'une pénalité complémentaire	715
3.	La reprise du calcul du coût total pour l'entreprise.....	715
3.1.	La traduction en mois de rémunération complémentaire, au regard de la durée du contrat de travail du salarié	717
3.2.	Conclusions et propositions	718
3.2.1.	Cinq éléments de conclusion	718
3.2.2.	Trois éléments de proposition.....	721

CHAPITRE TROISIEME - LA NOMENCLATURE DES COÛTS OCCULTES

TROISIEME CATEGORIE : LE COUT DES INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL727

1.	Les coûts de fonctionnement	728
1.1.	Les budgets classiques : fonctionnement, social et culturel (1 et 2).....	728
1.2.	Le paiement de la rémunération des salariés en délégation (3).....	729
1.3.	Le coût de neutralisation (pour l'activité productive) des espaces immobiliers loués, ou appartenant à la firme (4).....	730
2.	Le coûts de gestion des IRP	731
2.1.	Les coûts de gestion dans une entreprise de moins de 50 salariés	731
2.2.	Le coût de gestion des IRP dans une entreprise de plus de 50 salariés	734
2.3.	La situation dans les TGE : la délégation de la fonction de gestion à une équipe spécialisée.....	735
3.	Les coûts de contentieux	736
4.	Le coût de l'expression du salarié dans l'entreprise, dans la logique des lois Auroux de 1982	736
5.	Le coût global des IRP est-il utile à l'entreprise ?	737
5.1.	L'inutilité radicale des IRP pour la firme : l'effet de fortin	739
5.1.1.	L'affirmation de principe des chefs d'entreprise	740
5.1.2.	Un facteur de coûts, au-delà même des coûts de fonctionnement et de gestion.....	741
5.1.3.	Le fonctionnement des IRP est bloquant pour le management et nécessairement coûteux pour la firme	742
5.2.	Le coût des IRP peut-il être utile à l'entreprise ?.....	744
5.2.1.	Des remontées originales sur la problématique des coûts cachés ou des pratiques managériales déviantes	745
5.2.2.	La signature d'accords d'entreprise favorables à la firme : l'exemple de la semaine de quatre jours	746
5.2.2.1.	L'affirmation de principe :	746
5.2.2.2.	Les avantages du fonctionnement des IRP : la maîtrise des problématiques du principe et du coût à l'intérieur de la firme.....	748
5.2.2.3.	Le retraitement de la problématique des coûts au regard de cet exemple.....	751

5.3.	Conclusion : la syndicalisation et le fonctionnement des IRP constituent un coût du travail. Mais créent-ils de la valeur ?	753
5.3.1.	Des gains de productivité réalisés en interne pour contrer les effets de prime salariale	753
5.3.2.	Les effets sur la survie de l'entreprise à travers le temps	754
5.3.3.	La réduction du turn-over	755
5.3.4.	Le maintien de la paix sociale dans l'entreprise	756

6. Conclusion sur la problématique du coût des IRP757

**CHAPITRE QUATRIEME - NOMENCLATURE DES COÛTS OCCULTES
QUATRIEME ET CINQUIEME CATEGORIES : LE COUT DE LA PARTICIPATION AUX RESULTATS
DE L'ENTREPRISE ET LES COUTS DE CONFORT761**

1.	Le coût de la participation aux résultats de l'entreprise.....	761
2.	Les coûts de confort	763
2.1.	La portabilité.....	765
2.2.	Les obligations de l'entreprise	766
2.3.	Le coût pour l'entreprise : une augmentation du coût du travail.....	767

**CHAPITRE CINQUIEME - JUSTIFICATION DE L'OPPORTUNITE DE LA RECHERCHE :
LES ORDONNANCES DE SEPTEMBRE 2017769**

1.	Les réformes du Président Macron, le nouveau regard des médias et globalement, de la société civile	770
2.	Les critiques et les apports	772
2.1.	Présentation critique de l'ordonnance 2017/1387 du 22 septembre 2017	776
2.1.1.	L'impact des textes sur l'amplitude de la garantie d'indemnisation	776
2.1.1.1.	Dans les entreprises de plus de 11 salariés, cette garantie n'est réduite qu'à la marge : le juge conserve un large pouvoir d'appréciation	776
2.1.1.2.	Le second aspect : le barème applicable aux entreprises de moins de 11 salariés	778
2.1.2.	Le maintien de la complexité dans le cadre de la garantie de fondement	780
2.1.2.1.	La motivation du licenciement postérieurement à l'envoi de la lettre de rupture du contrat de travail	780
2.1.2.2.	Conclusion	783
2.2.	Un risque nouveau : le critère tiré de la violation des libertés fondamentales	783
2.3.	L'obligation pour le juge de se déterminer au regard de l'ensemble des motifs fondant le licenciement du salarié	784
2.4.	Le délai de recours contre un licenciement.....	785
3.	Le licenciement économique.....	786
3.1.	L'obligation de reclassement et le périmètre d'application	786
3.2.	Le remplacement du comité d'entreprise par le comité social et économique (CSE)	787
3.3.	La modification des règles de recours à certaines formes particulières de travail.....	789

**CONCLUSION GENERALE - COMMENT METTRE EN ŒUVRE
LA NOMENCLATURE DES COÛTS ?791**

1.	L'émergence du débat sur les coûts du travail	793
1.1.	L'émergence du débat sur les coûts	794
1.2.	L'approche des coûts occultés	795
1.3.	Les résistances qui persistent.....	796
2.	Les méthodes de prise en compte de la nomenclature, à éléments juridiques, comptables et fiscaux constants.....	797
2.1.	Une approche comptable : compléter le coût du travail issu de la comptabilité classique, par la moyenne du complément de coût, reporté sur chacun des salariés.....	798
2.2.	Une approche assurantielle	800
3.	La proposition de réforme du plan comptable	801

BIBLIOGRAPHIE807

ANNEXES - TABLEAUX DES COÛTS OCCULTES827

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Issu d'une tradition familiale orientée vers l'industrie en général et l'industrie chimique en particulier, je débute dans le métier d'avocat à l'instant où mon père quitte ses fonctions de directeur d'usines. Il dirigeait alors les 700 salariés de la société Roure-Bertrand-Dupont, société chimique de production de matières premières pour la parfumerie, dont les établissements étaient situés à Argenteuil et Grasse. Il assurait dans le même temps et pendant 25 ans environ, les fonctions de président (ou vice-président) de la section industrie du conseil de prudhommes d'Argenteuil.

1. L'émergence de la problématique de recherche

Mon inscription au barreau de Versailles -1983- correspond au mouvement structurel opéré par les deux grands fabricants d'automobiles de la vallée de la Seine, la société Renault installée à Flins, et la société Simca-Talbot-Chrysler, devenue Peugeot puis PSA, sur son site historique de Poissy. Les usines emblématiques de ces firmes occupent chacune dans les années 1981-1985 plus de 20.000 salariés et environ 60.000 autres travaillent dans la sous-traitance à leur seul bénéfice. Les élus locaux et nationaux, les dirigeants d'entreprises sous-traitantes, les familles de salariés qui encouragent leurs enfants à suivre les formations de tôlier-chaudronnier n'imaginent pas que ces entreprises puissent un jour réduire leurs implantations. Certes, le site de Billancourt a quasiment disparu, mais c'est de toute évidence pour « d'autres raisons ». Et logiquement, cette disparition ne peut que renforcer la certitude que les implantations de Flins sont durables.

Je deviens collaborateur au sein du cabinet de Tiennot Grumbach, spécialisé en matière de défense prudhommale. En 1983, les lois fondant la législation sur la protection de l'emploi (LPE) ont respectivement dix années d'ancienneté pour celle qui modifie profondément les règles du licenciement pour motif personnel (1973) et huit pour celle qui institue le régime du

licenciement économique (1975). Ces deux textes fondamentaux posent les bases de la législation sur la protection de l'emploi qui doit, dans l'esprit de ses créateurs, constituer une réponse adaptée à la première crise majeure qui marque la fin des Trente Glorieuses, celle de 1971. La LPE doit protéger le salarié licencié soit pour une cause personnelle, soit pour une cause économique, car il va éprouver des difficultés pour retrouver rapidement un emploi dans le cadre d'une conjoncture économique détériorée.

1.1. Quarante-cinq années d'épreuve de la législation sur la protection de l'emploi

La protection repose à la fois sur un corpus textuel complexe et sur une indemnisation conséquente pendant la période de chômage. Les ressources des entreprises semblent infinies au législateur et le processus schumpetérien de la destruction créatrice lui semble également certain. Si l'entreprise meurt, elle renaît nécessairement de ses cendres et avec elle, l'emploi reprend et croît de façon tout aussi naturelle. Les syndicats de salariés partagent d'autant plus ces convictions qu'ils peuvent ainsi éviter tout questionnement sur la problématique du coût du travail, laquelle ne ressort pas directement de leurs préoccupations spontanées, du moins dans la tradition française.

En 1983, les entreprises, et en particulier les TPE et les PME, commencent à comprendre le sens de cette législation nouvelle qui impose de nouvelles pratiques. Les « petits patrons » cessent de licencier leurs salariés *ab irato* (sous le coup de la colère), car ils saisissent enfin les conséquences financières de cette brutalité. Au sein des PME, les managers se forment à ce nouveau droit que les avocats correspondants des syndicats ouvriers tentent d'optimiser. Ils profitent de la pusillanimité des conseillers patronaux au sein des juridictions prudhommales. Les très grandes entreprises (TGE), quant à elles, ont intégré rapidement les risques de ces lois, grâce au soutien de leurs services des ressources humaines. Cette science se développe notablement au cours des années suivantes. Alors que cette législation nouvelle est en cours de stabilisation, soumise à l'épreuve de la jurisprudence, une seconde étape débute. Suite à l'élection de François Mitterrand (1981), le législateur se lance dans un renforcement des textes sur la protection de l'emploi. Cette seconde phase se produit alors que l'économie française reste confrontée à un chômage de masse que les dispositions de la LPE ne semblent pas pouvoir contenir. Elle pose, cette fois-ci frontalement, la problématique du coût du travail. En effet, ces dispositifs protecteurs reposent sur l'entreprise, et impactent ce coût. Partant, ils impactent l'emploi, mais la démonstration de la relation entre les deux phénomènes n'est pas démontrée, faute d'études sur ce sujet précis et de culture globale sur la problématique du coût du travail.

1.2. La récusation de la problématique du coût

Cette problématique de coût n'a pas été envisagée de façon méthodique pour plusieurs raisons. Doit-on accuser le législateur de 1973, encore influencé par l'ambiance des années d'après-guerre ? Certes, il légifère en regardant le passé plutôt qu'en tentant d'anticiper l'avenir. Mais la réponse est plus complexe et elle concerne le fonctionnement de la société française dans son ensemble. S'il est possible d'en analyser les causes, ce que nous proposons dans notre recherche, il semble difficile de les ordonner, de la plus péremptoire à la plus infime. Le mouvement de mai 1968 propulse dans les facultés et dans les administrations une nouvelle génération d'enseignants et de décideurs qui n'est pas familiarisée au raisonnement économique et récusé la liaison entre l'économie, le droit et le management. Certains de ces acteurs ramènent la problématique du coût à la vulgate marxiste et considèrent que la récupération de la plus-value, symbole même de l'exploitation du travailleur par l'entreprise capitaliste, laisse à celui-ci suffisamment de profit pour affronter les charges de la LPE. Cette problématique est volontairement écartée de l'enseignement du droit (Camerlynck et Lyon-Caen, 1975, Javillier, 1978). Elle ne figure pas en tête des préoccupations du management et des enseignements en management (Gélinier, 1976,1980).

Quant à la fonction RH qui, dans les TGE, détient une position essentielle, elle n'est pas centrée sur le coût du travail pour plusieurs raisons. D'une part, elle n'a pas encore subi les évolutions qui seront abouties quelques années plus tard avec l'apparition du « *RH business partner* » (Ulrich 1997) ; le manager de proximité n'a pas une vision globale du coût qui pèse sur l'ensemble de l'entreprise. Mais les priorités qui sont transmises par les directions générales concernent l'allègement des effectifs (dans l'automobile en particulier). Elles auraient dû alerter le monde du management sur la relation entre le coût du travail et le renforcement de la LPE.

Dans les années quatre-vingt, le fonctionnement des très grandes entreprises aurait dû interpeler les chercheurs en science de gestion. En effet, alors même que les assemblées parlementaires accentuent la législation sur la protection de l'emploi, il est déjà possible de constater le démantèlement progressif et très systématique de nombreux bassins d'emplois, fondé sur des implantations industrielles anciennes. Celui de la Seine, entre Mantes et Poissy, consacré à l'industrie automobile, n'est évidemment qu'un exemple mais il est particulièrement significatif. En effet, parallèlement au renforcement de la LPE, non seulement les licenciements ne semblent pas endigués et les usines protégées, mais le chômage qui s'ensuit ne se réduit aucunement. Dès cette époque, il est donc possible de comprendre que la logique de cette

législation est pour le moins contestable sur le plan économique et/ou managérial. Dix ans plus tard, l'évidence est établie : la surprotection de l'emploi n'est pas une réponse au chômage de masse.

La France décide alors de se lancer dans l'expérimentation des 35 heures dans l'espoir que ces nouvelles dispositions vont permettre une réduction du chômage (Warmser, 2009, Godechot, 2016). La première problématique posée par le coût de la LPE n'est pas encore élucidée qu'une nouvelle problématique de coût apparaît. Avec les 35 heures, le fonctionnement de l'outil de production est objectivement réduit dans son amplitude temporelle, qu'il s'agisse d'une usine de plasturgie avec des équipements lourds, ou d'une brasserie qui affronte simplement le remboursement d'un prêt sur 7 ans correspondant à la valeur du fonds de commerce. Pendant ce temps, la réforme Delalande instaurée en 1986 aggrave les pénalités de la LPE concernant les projets de licenciement des salariés de plus de 50 ans. Ces mesures démontrent son inanité et le nombre des chômeurs progresse inexorablement. De 1.485.000 en mai 1981, il passe à 2.213.000 en mai 1988 puis 2.539.000 en mai 1995. En 2002, date de la réélection de Jacques Chirac, il redescend à 2.127.000. Mais l'aventure du Contrat nouvelles embauches (CNE) n'ayant pas abouti, il est toujours à 2.263.0000 en 2007 après avoir atteint une pointe à 2.422.0000 au cours du quinquennat. Au départ de Nicolas Sarkozy, il est à 2.665.000 et monte à 2.783.000 en décembre 2016.

En 2007, ce constat nous conduit à réfléchir sur la liaison entre le renforcement de la législation du travail en général et de celle de la protection de l'emploi en particulier, le maintien d'un chômage de masse et la problématique du coût restée dans l'ombre. Cette réglementation, issue des Trente Glorieuses, est-elle en décalage excessif au regard de la réalité du fonctionnement économique ? La réticence et la résistance sociologique de la France au changement sont-elles en relation avec le maintien de ce mal endémique ? Les défaillances récurrentes d'entreprises prouvent qu'elles sont mortelles. Mais elles prouvent aussi qu'elles ne se régénèrent pas systématiquement. Dès lors, n'existe-t-il pas un problème global que la LPE a un temps dissimulé, mais qu'elle ne peut en fait résoudre ? Ne doit-on pas s'intéresser au coût de cette législation et à son poids sur les entreprises françaises ?

1.3. Le choix de la recherche managériale et l'inversion du postulat

Pour traiter ces questions, la recherche managériale nous a semblé la plus adaptée, la plus globale et celle qui apparaît dépourvue de tout sectarisme -à la différence de l'approche

juridique par exemple-. Elle devrait donc nous permettre de vérifier l'existence d'une relation entre la LPE¹ et le coût du travail. Puis, les effets de la LPE étant assurés, de vérifier ces coûts, de les identifier et d'en proposer une nomenclature qui soit utilisable par le management des TPE et des PME, objets et terrains principaux de notre recherche. Au-delà, nous espérons que cette nomenclature puisse être opposable à toute structure de production de biens ou de services, de la très petite à la très grande entreprise. Son établissement constitue donc le point ultime du travail de recherche. Nous soulignons que nous avons ouvert, au fur et à mesure de cette réflexion, quelques pistes nouvelles sur des sujets connexes. Nous avons abordé ainsi sans l'approfondir la relation entre la législation sur la protection de l'emploi (complétée des revenus de remplacement qu'elle procure directement ou auquel elle ouvre droit) et la notion d'incitation à la recherche et à la reprise d'un emploi.

Mais pour atteindre ce but, il nous a semblé nécessaire de nous interroger préalablement sur la réalité du pouvoir de direction du chef d'entreprise. En effet, l'ensemble des travaux que nous avons consulté respecte un postulat classique selon lequel le point de vue des salariés doit être privilégié, point de vue exprimé directement ou par la voix de leurs représentants naturels, les centrales syndicales. Cette convention explique en partie que nombre d'analystes ne s'intéressent pas à la notion de coût et aux problèmes rencontrés par l'entreprise dans le cadre de l'application d'une législation spécifique comme la LPE.

En conséquence, nous avons décidé de procéder à l'inversion du postulat classique des recherches en droit ou en sociologie du travail, plus rarement en management. Nous avons choisi d'adopter le point de vue de l'entreprise et celui du dirigeant social, propriétaire du capital, associé ou manager dans le cadre des entreprises de moins de 300 salariés.

Cette recherche n'a donc pas vocation à s'appesantir sur les conséquences -positives- de la LPE pour le salarié : elles ont été traitées à de multiples reprises sous tous leurs aspects. Mais elle insistera sur les conséquences mécaniques de cette législation sur les coûts, et partant, sur la situation globalement en révélant l'existence de coûts qui sont exclus de la sphère classique admise par la fiscalité, la comptabilité, la jurisprudence sociale et l'approche des partenaires sociaux. Nous avons constaté empiriquement, dans le cadre de notre pratique professionnelle, que la sous-estimation du coût réel du travail pouvait conduire l'entreprise au dépôt de bilan.

¹ À partir du *corpus* législatif, réglementaire, conventionnel et contractuel spécifique au droit français du travail

Le mépris de la réalité du coût du travail tel qu'il résulte de la LPE, le fait qu'il ne soit pas inclus comptablement dans le prix de revient d'un produit ou d'un service, était de nature à empêcher la connaissance de la réalité du prix.

Ainsi, l'enjeu de la recherche ne réside donc pas seulement dans la simple critique de la LPE et la nécessité d'affiner le coût pour ajuster au mieux la marge en fonction de la réalité du marché. Il impacte directement l'existence même de la firme.

2. Revue critique des textes juridiques et de la littérature en résultant

2.1. Le retour au contrat

Il nous a paru nécessaire de remonter le cours de l'histoire du contrat de travail français jusqu'à la date de sa création officielle, afin de vérifier à la fois la réalité de la prise en compte du coût et le degré d'indépendance du chef d'entreprise français au regard du fonctionnement institutionnel. La Révolution abolit les privilèges et les anciens droits dont celui des corporations, mais il faut attendre le code civil de 1804 pour voir apparaître les premières dispositions qui approchent la notion de contrat de travail telle que nous l'entendons désormais. Il est commun de prétendre que ce code ne s'intéresse pas à la situation du salarié ; il faudrait ajouter qu'il n'est pas très disert sur celle du chef d'entreprise et sur la notion même d'entreprise.

Cette situation est un héritage des fondements mêmes de la société française d'Ancien Régime et de ses influences catholiques. Les juristes de la Révolution et du Consulat consentent à des efforts d'imagination notables, mais ils ne pensent pas la société industrielle du lendemain, c'est-à-dire celle des années 1850. Non que l'industrie n'ait pas fait son apparition : le plus grand accident industriel de tous les temps a lieu en 1794 avec l'explosion de la Salpêtrière de Paris ; Chaptal et Oberkampf sont déjà des industriels reconnus, qui seront décorés par l'Empereur. Mais cela ne suffit pas pour forger le droit nécessaire à l'émergence de la révolution industrielle.

L'objectif de la recherche n'est pas d'approfondir cette histoire (H.C. Camerlynk et G. Lyon-Caen 1975), mais de la rappeler pour mettre en perspective la notion d'entreprise et le rôle du dirigeant (Durand 1947), puis approcher la notion de coût. Nous passerons donc directement à la novation que constitue la législation sur la protection de l'emploi telle qu'elle résulte des lois de 1973 sur le licenciement individuel et de 1975 sur le licenciement économique. Certes, les

praticiens du droit et du management sont désormais habitués à cette législation et ses développements, à tel point qu'ils en viendraient à occulter les mécanismes complexes qui ont été institués, affermis par la jurisprudence et confirmés par des mises au point successives de la loi. Ils oublieraient, par un excès de pratique et d'habitude, cette complexité intrinsèque qui inquiète le néophyte, c'est-à-dire le dirigeant de TPE et de PME confronté aux 3.500 pages du code du travail. Il nous était donc nécessaire de revenir sur les fondamentaux de ce texte, les trois garanties nouvelles offertes en 1973 au salarié menacé par un licenciement (Grumbach, 1978).

La première de ces garanties est évidemment la garantie de procédure, qui résulte du montage minutieux d'une mécanique juridique volontairement complexe, issue à la fois du droit processuel pénal et du droit administratif français. L'école qui soutient ces novations, celle que nous appelons l'école française de droit du travail, a pour objectif de promouvoir un statut du salarié de droit privé, semblable au statut de la fonction publique. Ces emprunts au droit processuel pénal, sous le prétexte (réel) d'obtenir la protection maximale du salarié dans la phase antérieure à la rupture, sa phase préparatoire, s'expliquent donc naturellement. L'aspect administratif résulte lui aussi de la nécessité de respecter un ensemble de règles qui se retrouvent dans le droit et le contentieux de la fonction publique : convocation du salarié selon un processus normé et comparution devant l'employeur.

La seconde garantie, la garantie de fondement, contraint l'entreprise à déterminer une cause de rupture, à qualifier celle-ci sur une échelle qui va *crescendo* de la cause réelle et sérieuse à la faute lourde en passant par la faute grave. Cette qualification de la rupture par l'entreprise peut être soumise au juge du contrat de travail qui peut la contester et la modifier dans le cadre de son jugement. À chacune de ces quatre appréciations -de nature juridique- correspond une conséquence économique pour la firme. La cause réelle et sérieuse autorise la perception du préavis et de l'indemnité de licenciement, la cause grave limite les paiements aux salaires et accessoires tels que les congés payés qui restent dus. La faute lourde prive le salarié des congés payés et ouvre le recours indemnitaire de l'entreprise contre ledit salarié.

La troisième garantie apparaît naturellement comme étant celle de l'indemnisation. Ces obligations de paiement qui pèsent sur la firme, soit parce qu'elle a pris une décision de rupture dont elle assume volontairement le coût, soit parce qu'elle se voit contrainte par le juge à assurer un coût complémentaire qu'elle n'avait pas accepté spontanément d'encourir, constituent cette garantie d'indemnisation.

Si la complexité de la procédure de licenciement pour motif individuel apparaît déjà importante pour le néophyte, celle du licenciement économique, individuel ou collectif, avec ou sans autorisation de l'inspection du travail, atteint des sommets jusqu'alors inégalés dans un processus de nature civile (le droit du travail emprunte initialement au droit civil). Bien entendu, les trois garanties s'appliquent dans des conditions équivalentes, même si la base légale est différente.

Au fur et à mesure de la présentation des procédures et de l'examen méthodique de cette complexité voulue, nous approcherons les conséquences, à savoir les charges directes (le coût final de ces licenciements et des procédures qui en résultent devant les magistrats prudhommaux, c'est à dire le montant des sommes versées au salariés). Mais elle permet également d'anticiper le coût de gestion qui revient à l'entreprise, soit qu'elle gère en direct et qu'elle consacre l'activité de ses services au suivi de ces dossiers, soit qu'elle délègue cette gestion à des tiers, en l'occurrence à des avocats.

Le point d'orgue de la complexité et du coût est atteint en France par cette législation spécifique qui a concerné les seniors pendant près de 20 ans de 1986 à la fin de l'année 2007. La description de la pénalité Delalande termine cette première partie en exprimant parfaitement la lourdeur des processus et celle des indemnisations. En détaillant empiriquement quelques procédures, il est possible d'approcher plus complètement le fonctionnement interne de l'entreprise confronté à la nécessité de licencier rapidement sans se départir du respect de la règle et l'hostilité qu'elle doit affronter pour mener à bien son projet. Il est également possible de mieux comprendre comment elle peut être déstabilisée par la législation sur la protection de l'emploi.

2.2. La dimension économique, invisible dans le droit du travail français

Dans la seconde partie de la revue de littérature, nous avons souhaité examiner les fondements théoriques de la législation sur la protection de l'emploi et de leur répercussion sur les coûts du travail. Nous allons découvrir à cette occasion que le chef d'entreprise est globalement exclu de l'espace des décideurs. Cette exclusion explique en grande partie l'ignorance observée de ces différents cénacles au regard de la problématique du coût. Certes, les commentateurs les plus écoutés rétorquent régulièrement que la puissance financière du patronat -nous employons à dessein ce terme générique sans entrer dans le détail des organisations- lui permet en fait d'influencer les espaces de décision : milieux administratifs ou gouvernementaux, voire

assemblées délibératives telles que le Sénat ou l'Assemblée nationale, et au-delà les instances européennes où son lobbying ferait la différence face aux organisations de salariés.

Cette prétention ne semble pas conforme à la réalité juridique et managériale. D'une part, les chefs d'entreprise, et en particulier les dirigeants de PME, ne font pas spontanément partie de ces espaces. Ils ont trop peu de temps à consacrer aux actions syndicales, et les membres de ces organisations ne sont généralement pas à armes égales avec les fonctionnaires, les députés ou les ministres. Cela était dit sans sous-estimer dans cette analyse la prétention propre à ces dirigeants, qui aiment à penser que leur puissance économique les dispense de ces actions de lobbying ou de franche opposition sur ces terrains spécifiques. En fait, ils se trompent. La mainmise des syndicats de salariés sur les conseils de prudhommes dans les années 1973-1985 a été décisive. Elle vient encore de se démontrer au cours des quelque 9 années de mandat qui se terminent au moment où nous achevons cette recherche. La partie patronale n'est généralement pas en mesure d'apporter une riposte efficace au travail de fond des syndicats de salariés qui utilisent pleinement les ressorts de la LPE pour mieux ponctionner les entreprises. Elles chutent dans les chausse-trappes de cette réglementation.

Nous rappelons ainsi le rôle des universitaires qui forment cette école française de droit du travail et dédaignent la problématique du coût. Nous décrivons de façon non systématique, mais néanmoins interpellante, certains rapports officiels effectués au cours de ces 20 années sur la problématique du chômage. Ces rapports abordent naturellement la LPE qu'ils considèrent en général comme une donnée incontournable. Il faut attendre en effet les interventions de personnalités hors de la norme classique et objectivement opposées à l'école française de droit du travail pour déceler les prémices d'une contestation de fond et l'ouverture d'un nouvel espace de réflexion. Les propos de Messieurs Blanchard et Tirole (Blanchard et Tirole, 2003) constituent ainsi une réelle rupture avec la pensée dominante qui, de 1973 au milieu des années 2000-2010, a tenu fermement la ligne originale.

Cela étant, leur vision ne s'est pas encore imposée en dépit du soutien apporté par le jury Nobel à cette nouvelle école de pensée. Mais dans les universités, des cénacles puissants restent arcbutés sur la ligne traditionnelle. Le rapport Robert Badinter - Antoine Lyon-Caen (Badinter-Lyon Caen, 2016)² peut apparaître aujourd'hui, en dépit de son caractère récent,

² Il s'agit d'Antoine Lyon-Caen et non pas de Gérard.

comme une sorte de point d'orgue de l'école traditionnelle. Il a malgré tout été salué par de nombreux prudhommalistes comme le signe rassurant que le statut du salarié serait défendu. La suite immédiate, c'est-à-dire l'élection d'Emmanuel Macron, a prouvé qu'il n'en était rien, mais cela ne signifie pas pour autant que les effets de la LPE aient été brutalement réduits, comme le prouve d'ailleurs l'un des cas étudiés dans ces travaux qui datent d'octobre à décembre 2016, et surtout, la novation importée par les ordonnances de septembre 2017, dont il n'est pas possible de dire à ce jour si elles seront suffisantes, ne constitue pas en elle-même une victoire du management et des dirigeants d'entreprise. Tout au plus s'agit-il d'une tête de pont établie sur l'espace ancien du droit dont les bénéficiaires entendent résister farouchement. L'échec des tentatives maladroites réalisées en 2005-2006 avec le CNE et le CPE, et plus récemment avec la loi El Khomri, est encore suffisamment prégnant pour éviter toute certitude à ce sujet.

Nous avons considéré qu'il était nécessaire de terminer cette partie consacrée à la dimension économique en rappelant la situation existante dans les principaux pays européens, principalement de tradition anglo-saxonne, mais également les évolutions récentes constatées dans les pays latins de tradition catholique, tels que l'Espagne ou l'Italie.

2.3. Les approches par la notion de coût

L'un des premiers économistes à travailler sur la notion de coût du travail, en raison de la controverse sur l'intérêt économique de l'esclavage, est Jean-Baptiste Say. Mais dépassant les sources franco-françaises de la pensée économique ou managériale, l'inversion du postulat classique annoncé comme ligne directrice de notre recherche, nous sommes conduits à aborder l'école managériale américaine. Nous l'évoquons à partir des travaux de Taylor (Taylor, 1911) et constatons ses effets sur la pensée managériale française au début du XX^e siècle avec un décalage d'une vingtaine d'années (Fayol, 1916). Formé par l'université française et uniquement celle-ci, à l'exception d'un séjour au Canada, nous n'étions pas familier des théories de Coase, Simon et Williamson (1975 et 1994) qui n'étaient enseignées dans les années 1975-80 ni à Sciences-Po, ni en faculté de droit et, semble-t-il, très peu pratiquées en faculté d'économie. Cet ostracisme a conduit à ne présenter à des générations d'étudiants qu'une seule vision de l'entreprise passée au filtre du droit social français issu des textes de 1973 et 1975 qui fondent la législation sur la protection de l'emploi.

Au terme de ce rappel, nous avons cherché dans la pensée américaine des pistes pour tenter de renouveler l'analyse de la relation de travail, sur la base non pas du « statut du salarié », mais

de l'optique du manager. Les prédécesseurs de Jean Tirole, dans la longue liste des prix Nobel d'économie, offrent une source de propositions abondante. La théorie des coûts de transaction qui est désormais enseignée en France et constitue la base de nombre d'analyses de la formation, du déroulement et de la fin du contrat classique de nature commerciale, peut-elle être transposée et utilisée pour analyser le contrat de travail français ?

Dans ses travaux, Oliver Williamson (Williamson 1994), ne vise pas spécifiquement le contrat de travail, bien qu'il y fasse allusion à plusieurs reprises. En revanche, il existe un tel décalage entre la vision américaine de la législation du travail, depuis la signature du contrat jusqu'à la contestation de la rupture devant les juridictions spécialisées, que le prix Nobel de sciences économiques 2009 ne peut appliquer ses théories à la situation française. Cela étant, les notions de rationalité limitée et d'opportunisme, essentielles dans la formulation de la théorie des coûts de transaction, nous ont semblé particulièrement intéressantes. Nous avons établi à ce niveau une liaison entre la notion d'opportunisme de l'agent et le calcul que celui-ci, involontairement privé d'emploi, peut effectuer pour gérer au mieux sa situation.

Ce travail sur l'opportunisme de l'agent en relation avec la législation sur la protection de l'emploi peut conduire en outre à des développements purement économiques sur la désincitation à l'emploi, de nature à impacter les modèles classiques de variation des courbes d'offres et de demandes d'emplois établis en fonction du seul critère de prix, c'est-à-dire du salaire proposé par la firme, lequel salaire serait dépendant des objectifs économiques de la firme, c'est-à-dire de la décision du manager quant au prix de revient et au prix de vente d'un produit ou d'un service. Mais si la firme voit ses coûts de production, dont le coût du travail, lourdement impactés par les conséquences de la législation de l'emploi, il en résulte plusieurs conséquences, outre le fait que le manager est dans l'obligation d'intégrer dans ses coûts les conséquences financières de la LPE.

Nous avons approché plusieurs conséquences. Tout d'abord, l'obligation pour l'entreprise de proposer un salaire d'embauche majoré au regard du coût de production et du prix de revient qu'elle aurait pu établir sans la pression de la LPE. Ce surcoût constitue un lui-même un second handicap pour l'entreprise française, qui évolue au sein d'un espace de production mondialisé où nombre de pays, y compris en Europe, n'imposent pas à leurs entreprises de tels coûts. La seconde conséquence est plutôt un constat : le manager doit affronter les effets de la désincitation au travail que produit la législation sur la protection de l'emploi.

La notion d'interface technologiquement séparable (Williamson 1994), consubstantielle à la théorie des coûts de transaction, nous a semblé particulièrement adaptée aux phases de formation, de déroulement et de rupture du contrat de travail français. Elle a le mérite de sérier chacun des aspects de la phase *ex-ante* du contrat et elle permet de réintégrer la logique de coût dans le processus de recherche du salarié idoine et de formation du contrat. Elle permet également de passer en revue les organismes qui participent à cet acte en France et qui constituent ces interfaces, tels que les cabinets de recrutement, les entreprises de travail temporaire et leurs sites Internet dédiés ou non, et bien entendu Pôle Emploi. Il est possible d'ailleurs d'y ajouter, dans une mesure aujourd'hui très limitée (activités de l'impression et du service des ports -dockers-) le rôle des syndicats. Aujourd'hui, les structures traditionnelles, très actives dans la seconde moitié du XX^e siècle en France ou en Grande Bretagne, perdent progressivement leur rôle d'interface au profit des ressources du Net et du fonctionnement en réseau (Assens 2016), ces réseaux où le positionnement personnel de l'individu présente une importance qui devient déterminante au regard des interfaces classiques.

3. La méthodologie de la recherche

3.1. *L'optique du praticien chercheur*

L'originalité du travail d'un praticien-chercheur résulte de sa situation privilégiée : il bénéficie d'une expérience professionnelle plus ou moins longue. Elle lui permet d'éprouver l'application d'une théorie, d'une méthode, d'une législation ou plus simplement d'un comportement empirique qui a pu séduire un certain nombre d'acteurs et fonder leurs réactions professionnelles. Sa recherche peut dès lors reposer sur des études de cas concrets auxquels il a participé en qualité d'acteur, et ces études peuvent compléter l'expérience relatée en renforçant un certain nombre d'observations et/ou en fixant la démonstration sur des éléments plus précis que ne l'est un simple commémoratif. C'est cette double option qui a été choisie, la première ayant forgé l'intuition sur laquelle est lancé le travail de recherche, la seconde ayant assuré et démontré la réalité du propos.

La première partie de ce *corpus* aurait pu être suffisante en elle-même : elle aurait cependant nécessité la production d'un nombre considérable de dossiers, évidemment difficile à réaliser et en outre matériellement rendue complexe par la destruction régulière des archives d'un cabinet d'avocats. Le travail que nous avons réalisé pendant nos premières années d'activité sous la direction de Tiennot Grumbach reste un atout essentiel. Avocat prudhommal, fortement

impliqué dans le mouvement de mai 1968, ayant travaillé quelques temps en usine chez Citroën, politiquement engagé sur la gauche de l'échiquier politique, il était le conseil emblématique de la CGT et de la CFDT. Son contact a été particulièrement formateur pour deux raisons essentielles.

Tout d'abord, il nous a confronté à des dossiers symptomatiques de l'application de la législation sur la protection de l'emploi. Les syndicats ouvriers souhaitent alors profiter de l'avantage que leur concédait la loi et du fait que la jurisprudence de la cour de cassation n'était pas encore fixée. À chacune de ses avancées, toujours dans un sens favorable à la LPE et partant défavorable à la direction de l'entreprise car aggravant ses coûts, les syndicats lançaient une nouvelle offensive juridique sur un autre thème pour susciter une nouvelle évolution. Le succès objectif de nombre d'initiatives syndicales, au niveau du terrain, c'est-à-dire des conseils de prudhommes, est d'autant plus remarquable que la partie patronale se montrait incapable de présenter une riposte cohérente et organisée³. Si les fédérations comme la métallurgie, et dans une moindre mesure le bâtiment, ont résolu de confier la défense de leurs intérêts à quelques conseils identifiés, nous remarquons dès cette époque que celle-ci n'étaient pas théorisée et qu'elle manquait complètement de rigueur et de suivi. Non que les conseils de ces organisations aient été insuffisants : certains d'entre eux sont au *summum* de la connaissance juridique et de l'actualité jurisprudentielle, se crispant sur les quelques arrêts de la cour de cassation qui apparaissaient favorables à l'entreprise et défendant pied à pied ce pré-carré. Mais leur talent restait impuissant face à la masse du contentieux développé en particulier dans les années 1984-1985 et la cohérence de l'action syndicale, relayée par les conseillers prudhommaux salariés, les juristes et les avocats habituels de ces organisations. Le patronat français, en tous cas au niveau de ces grandes fédérations, montrait ainsi son insuffisance, son absence de réactivité et globalement de compréhension des enjeux. Les managers étaient absents de ces juridictions. Les représentants de l'entreprise en venaient à une certaine époque, au cours des années 1990-2010, à respecter à la virgule près des arrêts de la cour de cassation profondément défavorables aux firmes qu'ils étaient censés représenter. Ce que d'aucuns qualifieraient de « réflexe de classe » -alignement et respect sur la position de la Cour suprême dans la grande tradition du XIX^e siècle- conduisait les représentants du CNPF et de la CG-PME à s'aligner sur les juges représentant les salariés, totalement acquis à la théorie et à la pratique de ce que nous appelons

³ C'est encore en grande partie le cas de nos jours.

l'école française de droit du travail⁴ ! Ils se montraient incapables de réaliser ce qu'avait fait dans les années 1975-1995 la partie salariale pour obtenir la modification de la tendance jurisprudentielle ancienne, en tirant argument des nouveaux textes.

Certes, d'aucuns répondront qu'à la même époque, les très grandes entreprises, en particulier dans le secteur de la métallurgie, s'étaient déjà totalement détachées de ces contingences et des conditions financières dans lesquelles pouvaient se terminer les contrats de travail de leurs salariés. Ainsi, elles licenciaient un salarié pour faute grave non pas parce qu'il fumait dans l'atelier sous le panneau *Interdiction de fumer* mais parce que cela permettait de contribuer à l'allègement des effectifs sans payer le préavis et l'indemnité de licenciement. Nous sommes directement au cours de la problématique des coûts du travail

L'étude et la mémoire de plusieurs centaines de dossiers de cette nature constituent une expérience essentielle qui ne se limite pas à la compréhension juridique d'un texte. C'est en cela que l'aspect managérial prédomine sur la simple approche juridique d'une situation. Le manager averti d'une entreprise confronté à l'application d'une loi aussi complexe ne peut s'autoriser à réaliser son expérience sur le terrain, c'est-à-dire en faisant prendre le risque à son entreprise de subir condamnation après condamnation, jusqu'au moment où il aura une pleine connaissance de la technicité afférente à cette pratique. La situation est d'autant plus difficile pour les TPE et les PME qui ont été, quel que soit le sens de mes missions, l'objet de mes interventions au cours de ces années. Ces entreprises ne peuvent évidemment mettre sur pied un management spécialisé dans les ressources humaines. Le chef d'entreprise, ou le directeur général, ou éventuellement le directeur administratif et financier, va donc assumer cette fonction, avec évidemment une efficacité bien moindre que celle du spécialiste. L'objection de la possibilité du recours à l'avocat est mal perçue dans les TPE pour une question de coût et subsidiairement, il convient de le souligner, pour une question de réputation.

C'est en cela que la conception de la législation sur la protection de l'emploi a été particulièrement perverse. En effet, le législateur ne pouvait sous-estimer les difficultés

⁴ École illustrée par les enseignements des professeurs Camerlinck et Lyon-Caen, Javilliers et Supiot, eux-mêmes influencés par le mouvement de mai 1968. Elle forme des générations d'étudiants en droit social de 1968 à 2010, date du départ en retraite de la plupart de ces enseignants et de l'émergence d'une nouvelle pensée plus soucieuse de la notion même d'entreprise. L'école française du droit du travail est entièrement tournée vers la protection du salarié et de ses droits. Elle promet l'émergence et le renforcement de la législation sur la protection de l'emploi et vise à constituer un statut du salarié privé qui serait un pendant du statut de la fonction publique. Son influence est fortement relayée par les milieux syndicaux, les partis de gauche tels que le parti socialiste et le PCF dans les années 1973-2002. Sa pensée fonde une grande partie du travail législatif et réglementaire de la gauche de gouvernement.

managériales qui se posaient aux TPE et aux PME dans ces années 1973-1983. Très rapidement, et en dépit de l'absence de pratique du retour d'expérience⁵, il a pu comprendre que les TPE étaient éreintées par les actions prudhommales, généralement victorieuses et que le coût qui en était la contrepartie obligatoire était de nature à en mettre certaines en péril. Le législateur aurait pu résorber ce déséquilibre : il a délibérément refusé d'effectuer les modifications nécessaires en se contentant de prétendre que le seuil des 11 salariés, -qui faisait la différence entre les deux régimes de la loi de 1973- était suffisant pour épargner les TPE et les PME. Cette prétention est fondamentalement inexacte et nous aurons l'occasion de le souligner dans cette recherche. Nous considérons que ces effets de seuils, désormais soulignés dans les rapports officiels sont l'une des raisons essentielles du déficit français des entreprises de taille intermédiaire (ETI).

En tout état de cause, ces dossiers plaidés devant les juridictions de Paris en première instance et devant la Cour nous ont permis, au cours de trente ans d'expérience professionnelle, d'établir un schéma cohérent d'application de la loi de 1973 et au-delà de 1975, et d'envisager concrètement leurs conséquences au niveau des coûts imposés à l'entreprise.

Lorsque nous assurons en cause d'appel la défense du salarié -c'est-à-dire l'action en matière prudhommale, l'entreprise assurant la défense- nous étions souvent informés par l'avocat adverse de la déconfiture dans laquelle se trouvait la société condamnée en première instance. Nous pouvions apprécier concrètement, dans le cadre de l'exécution de ces décisions, la réalité de sa possibilité de payer (dans le cadre par exemple d'un paiement spontané) ou de son impossibilité résultant de plusieurs saisies sur les comptes bancaires demeurées infructueuses, et au-delà du déclenchement d'une procédure collective. Cela nous permet d'évoquer la seconde partie de notre expérience : elle est fondée sur la pratique d'un droit différent, le droit de l'entreprise, avec une spécialité concernant ce qu'il est convenu d'appeler la procédure collective, c'est-à-dire le droit applicable aux entreprises en difficulté.

L'évolution de notre carrière nous a conduits en effet à conseiller des entreprises placées en grande difficulté économique, soit par l'effet de condamnations prudhommales particulièrement lourdes pour un individu précis, ou particulièrement lourdes dans leur ampleur

⁵ Cette absence de retour d'expérience est une sorte de constante de la pratique française en matière législative et réglementaire. Nous notons cependant une évolution positive depuis trois ans environ sur ce sujet, avec mention dans les textes de la loi du retour d'expérience.

en raison du fait qu'elles concernaient l'ensemble des salariés d'une entreprise pour un problème de rappel de prime, ou d'application d'une convention collective par exemple.

Dans ces conditions, nous avons été conduits à vérifier de l'intérieur de l'entreprise les conséquences de l'application de la législation sur la protection de l'emploi. Certes, nous avons déjà eu l'occasion précédemment d'effectuer cette approche en étant le conseil d'entreprises confrontées à des revendications de salariés suite à des licenciements ou dans la perspective de l'application particulière du contrat de travail. Mais cette approche était systématiquement limitée et nous n'abordions alors que le cas spécifique du salarié concerné avec son influence éventuelle sur l'économie de la PME. Cela nous conduisait au constat déjà effectué au cours de la période précédente. Cet élément a été déterminant dans la décision d'engager cette recherche.

3.2. La révélation de la procrastination du dirigeant de TPE et de PME

En procédant à l'analyse systématique de la situation de la société en état de cessation des paiements, nous sommes obligés de sérier l'ensemble des problèmes et de vérifier quelle est la cause immédiate ou lointaine de la procédure collective. Cette cause peut résider dans un retournement conjoncturel brutal, l'obsolescence d'une technologie que le chef d'entreprise s'est entêté à suivre, la perte d'un marché. Ainsi, elle peut être soit conjoncturelle, soit structurelle. La remarque générale que nous avons réalisée et qui constitue un élément essentiel de notre expérience et qui fonde notre réflexion repose d'une part sur l'évidence de la problématique du coût sur la législation de la protection de l'emploi. Systématiquement, l'entreprise qui est en difficulté a accumulé des dettes liées à la LPE. Il nous sera rétorqué aisément que cette situation peut être naturellement la conséquence d'une erreur de gestion ou d'un retard apporté au lancement d'une mesure radicale devant entraîner une réduction des effectifs pour permettre l'adaptation de l'appareil de production aux conditions nouvelles du marché, de la technologie, de la conjoncture. Cette réflexion est fondée et elle permet de mettre l'accent sur un élément essentiel de la problématique : le retard constaté de façon systématique, dans les TPE et les PME (cela n'est pas exact pour les très grandes entreprises), à la mise en œuvre de la mesure de réduction d'effectif absolument nécessaire. Notre expérience à ce niveau est sans équivoque et c'est aussi pour cette raison qu'elle est à notre sens essentielle dans cette recherche. Les managers de l'entreprise menacée dans leur existence même par les phénomènes que nous venons de souligner tardent de façon excessive à prendre les mesures qui s'imposent, c'est-à-dire des réductions drastiques d'effectifs permettant de sauvegarder l'outil de travail, l'emploi des autres salariés et partant le patrimoine du chef d'entreprise. Et s'ils tardent, c'est

en raison de leur crainte des effets de la LPE, qu'il s'agisse des difficultés de procédure que nous décrirons ou des sanctions pécuniaires en cas de violation de l'un des trois garanties prévues par les textes. Le commentateur qui reste au premier niveau de la réflexion peut répondre simplement que le but de la loi est atteint et qu'effectivement, le droit protège l'emploi puisque l'entrepreneur est dissuadé de licencier. Mais en fait, le retard apporté à la décision de licenciement, consécutif à cette procrastination, est le plus souvent générateur de l'état de cessation des paiements.

3.3. L'abord de la procédure collective, complément nécessaire à la compréhension du lien entre la législation sur la protection de l'emploi et la problématique du coût

Dans le cadre de cette expérience nouvelle et complémentaire consacrée aux procédures collectives, nous avons assisté des entreprises en état de cessation des paiements jusqu'à la veille de leur redressement, caractérisé par le plan de continuation qui est validé par le tribunal, ou jusqu'à l'instant de leur liquidation. Statistiquement, le nombre d'entreprises liquidées immédiatement après l'ouverture de la procédure collective et liquidées après le déroulement d'une période d'observation d'une certaine durée est largement supérieur au nombre de celles qui parviennent à sortir de cette passe difficile en partie dans le cadre d'un plan de continuation. Il faut avoir annoncé personnellement, en présence ou en l'absence du chef d'entreprise, la liquidation d'une entité économique pour prendre conscience de ce que représente la fin d'une entreprise. La littérature n'est pas particulièrement florissante et explicite sur ce sujet. Cet instant ultime de la vie d'une personne morale et du fonctionnement d'un outil de production écarte tout doute quant à l'élément majeur essentiel et incontournable qui autorise l'acte entrepreneurial et permet la création, puis la continuation d'une entreprise : la possession du capital. Les écrits de Barnard (Barnard 1938) ou de Durand (Durand 1947), et leurs suiveurs ne peuvent évidemment exprimer la réalité d'une situation qui ne peut être comprise qu'à l'instant où disparaît l'entreprise faute de capital permettant la continuation de son existence. Car jusqu'à l'instant ultime où la décision de justice qui prononce la liquidation judiciaire prend effet, il est encore possible de faire survivre la personne morale et l'outil de production, et ce, quelle que soit la réalité des problèmes structurels qui peuvent se poser en son sein : obsolescence de la technologique, effondrement du marché, médiocrité des managers, fuite des salariés qui anticipent sa disparition... La réinjection dans les finances de la personne morale d'une somme suffisante pour couvrir son passif immédiatement exigible est effectivement de nature à éviter l'exécution.

Dans un certain nombre de cas, cela ne consisterait qu'à reporter à une date ultérieure une échéance irrémédiable pour les raisons que nous venons d'énumérer. Mais dans d'autres circonstances, où la situation difficile de l'entreprise n'est la résultante que de la défaillance des banques, ou le retard de paiement d'un client -de l'État ou d'une personne publique par exemple-, il est évident qu'un soutien en capital permettrait de passer le cap difficile. C'est donc bien la propriété du capital et la disposition de ce capital qui sont des éléments incontournables. La confrontation avec cette réalité, en cet instant décisif, ôte tout doute de quelque nature qu'il soit⁶.

Lorsqu'à 14h00, nous voyons des salariés quitter définitivement leur poste de travail après avoir récupéré leurs affaires personnelles qui dans son bureau, qui dans son armoire personnelle, les véhicules alignés dans la cour comme dans celle d'une caserne, les clefs réunies et remises au représentant du mandataire ou du commissaire-priseur, enfin, l'électricité définitivement fermée, les machines étant sous protection, on a le sentiment indicible de la mort tout à fait palpable à cet instant de l'outil de production.

Dans l'optique de notre recherche, nous sommes conduits à replacer la liquidation judiciaire d'un certain nombre d'entreprises dans la droite ligne de la législation sur la protection de l'emploi. Il nous sera rétorqué que si l'entreprise est conduite à déclarer la cessation de ses paiements auprès du tribunal de commerce, cela signifie par définition qu'elle n'est pas économiquement viable pour l'une des raisons exposées ci-dessus. Nous avons constaté dans de multiples cas que le passif social accumulé, réel ou virtuel, avant la déclaration de cessation des paiements -il devient automatiquement réel et non plus virtuel après la liquidation judiciaire de l'entreprise- était l'élément explicatif principal de l'échec d'une aventure entrepreneuriale et/ou de l'empêchement de la conduite à son terme d'un plan de redressement par voie de continuation.

Cette réalité tangible ne peut être perçue concrètement que par le praticien chercheur qui éprouve frontalement la réalité d'une telle situation lorsqu'il y est confronté humainement. Le passage de la théorie à la pratique est souvent douloureux, d'où le fait que les seuls théoriciens,

⁶ Éléments totalement ignorés par le rapport Terra Nova de Mars 2018 sur les nouvelles formes d'entreprises vantées par ce *think tank* dans le cadre de la réflexion sur la préparation du projet PACTE : la notion de coût du travail n'apparaît pas à une seule reprise dans ce rapport.

en particulier en droit du travail, restent aussi dédaigneux des conséquences d'une législation que pour certains ils ont encouragée, et que pour d'autres ils se plaisent à enseigner.

Notre perception de cette situation est confirmée par les conséquences dramatiques pour l'ensemble des acteurs -les salariés sont licenciés, le chef d'entreprise porteur du capital et ses associés perdent la valeur de leurs actions. À titre complémentaire, les dirigeants et associés peuvent être actionnés par les banques auxquelles ils ont consenti des garanties. Les partenaires de l'entreprise (sous-traitants, collectivités territoriales qui bénéficient des retombées fiscales...) sont les victimes directes de telles défaillances. Lorsque cette défaillance est la conséquence d'une violation de la législation sur la protection de l'emploi qui génère un contentieux prudhommal et une condamnation importante pour l'entreprise, de nature à provoquer sa disparition (Commune services contre Lecorf), nous établissons ainsi la relation de cause à effet entre la complexité et la lourdeur de la législation, le coût direct et indirect qui en résulte pour l'entreprise et le questionnement que cette situation suscite.

C'est en cela que notre expérience de praticien du droit des entreprises et de la procédure collective vient compléter celle de praticien du droit du travail. La législation pour la protection de l'emploi et son impact sur le coût du travail constituent deux éléments déterminants dans nombre des quelque 60.000 liquidations judiciaires qui interviennent par an, la moyenne étant établie sur les 5 dernières années⁷.

C'est donc la confrontation à ces conflits et aux conséquences que nous n'hésitons pas à qualifier de dramatiques, tout en restant conscients du caractère relatif de cette appréciation -la vie même des acteurs est rarement menacée, mais la mort sociale est au centre de la problématique- que nous abordons cette recherche. Cela explique également la raison pour laquelle nous avons souhaité inverser le postulat classique en insistant sur la vision de l'entrepreneur dans ce contexte de fin d'un monde qui est celui de la liquidation judiciaire d'une entreprise industrielle ou commerciale : il reste souvent seul, confronté aux conséquences de l'acte juridique ultime. Dans cette situation, l'ensemble des propos humanistes, souvent encourageants, tenus par les tenants de la doctrine ne résiste pas à l'examen.

⁷ Moyenne des liquidations judiciaires au cours des 5 dernières années.

4. Études empiriques

Dans le cadre de cette recherche, lorsque nous avons dépassé le cadre des dossiers gérés directement par notre cabinet, nous avons été confronté au refus, poli ou non, des entreprises cibles, suite à la demande de communication de documents spécifiques. Bien entendu, nous avons investigué sur la cause de cette réticence et j'avance trois explications. La première est consécutive à la réputation de l'université française, telle qu'elle est reçue chez certains entrepreneurs qui voient dans le chercheur universitaire une « taupe marxiste » prompt à déstabiliser l'outil. La seconde est plus simple : l'entreprise ne conserve pas ses données ; elle n'en assure pas l'exploitation. Cette explication est évidemment affligeante, car elle signifie que l'entreprise n'effectue jamais un calcul de coût rationnel fondé sur une réalité juridique et une élucidation parfaite des postes et des facteurs de coûts dans le cadre de la méthode que nous allons proposer. C'est une inquiétude réelle sur l'état du fonctionnement et la pérennité de certaines entreprises.

Nous souhaiterions nous attarder sur la troisième explication la plus complexe, la plus franche peut-être, sans doute pas la moins inquiétante. Une très grande entreprise du secteur du bâtiment, dont l'établissement concerné comprend 6.000 salariés, nous a fait savoir qu'il n'était pas envisageable qu'elle effectue la collecte des bases de coûts dont nous demandions la communication. L'entreprise admet qu'elle n'a pas la connaissance de la réalité du coût du travail telle que nous la définissons et la préconisons. Mais elle expose qu'en demandant la remontée des informations, elle inquiéterait le personnel d'exécution, fortement syndiqué, qui y verrait une introspection insupportable et suspecterait des mesures de nature à réduire lesdits coûts, potentiellement attentatoire à ses salariés. Pour éviter la crispation sociale, la société renonce à connaître la réalité de son coût. Mais elle présente à cette nécessaire discrétion sur une réalité économique dont elle reconnaît que sa connaissance parfaite lui rendrait un service éminent, une seconde raison. Elle évoque en effet la nécessaire quiétude de l'encadrement. Elle explique que chacun de ces cadres, jusqu'au chef d'équipe, dispose de réserves de productivité qu'il se ménage avec plus ou moins d'habileté et d'ampleur. Il n'est donc jamais au summum de la performance. En admettant que tous les indicateurs (absentéisme de toute nature, implication, etc...) soient optimum et que les facteurs d'implications chers à Barnard (Barnard 1938) soient au vert, si la direction générale contraint les cadres à vérifier la réalité des coûts et en faire une remontée fidèle, ils craindront une sorte de « flicage » visant à leur reprendre leur espace de liberté managériale de terrain et de productivité. Mais l'exercice peut aussi les

contraindre pour le futur à optimiser sans cesse les critères de performance qui auront été élucidés. Ainsi, le cadre n'est pas favorable à la remontée d'information. Certes, cette TGE peut approcher la réalité de ses coûts et en particulier du coût du travail par des opérations ponctuelles et limitées, réalisées par des auditeurs ou un *cost-killer* envoyés en mission pour résoudre un problème précis. Mais elle renonce à généraliser la demande de remontée, centraliser les données et en tirer les conséquences managériales, mais également les conséquences au niveau de l'établissement et du contrôle des prix de revient des services et donc de la réalité de la marge réalisée.

Cette privation de matière brute, issue directement et sans traitement ou retraitement des services d'une TGE ou d'une PME confrontée à une situation de crise nous a posé un réel problème pour approfondir le raisonnement et le confronter à une réalité chiffrée.

Les études empiriques permettent de mieux comprendre l'enjeu. C'est à ce niveau que l'expérience et la pratique du manager et de l'avocat constituent un atout décisif face au professeur de droit social ou aux fonctionnaires rédacteurs des textes qui imposent la législation sur la protection de l'emploi et qui n'ont en général ni l'un, ni l'autre, mis un pied dans une entreprise ou affronté au sein de cette entreprise la tourmente qui précède un dépôt de bilan.

5. Contribution : l'établissement d'une nomenclature des coûts

5.1. La présentation de la nomenclature des coûts occultés

À ce niveau de la recherche, il est désormais possible d'établir la nomenclature des « coûts occultés ». Nous avons désormais justifié cette qualification, et assuré une distinction avec la notion de « coûts cachés » (Henri Savall, 1976). Cette nomenclature dépasse à la fois la limite retenue par l'Insee et l'inventaire présenté par le syndicat au juge pour déterminer la base de calcul de la cotisation de la firme. Nombre d'entreprises auxquelles nous avons présenté cette nomenclature ont indiqué qu'elles ne prenaient pas en compte ces coûts pour déterminer la réalité de leur coût du travail et de leur prix de revient. Elles confirmaient de cette façon le caractère « occulte » de ces coûts. Nous déterminons ainsi le « *coût différé obligatoire* », aggravé de celui de l'éventuelle pénalité appelée « *coût différé extraordinaire* », puis nous abordons le « *coût des IRP* ».

La théorie des coûts de transaction vient alors à la rescousse du manager pour lui permettre de réaliser l'approche la plus précise possible du coût de chaque salarié impliqué dans le processus

de production. Williamson appelle à prendre en compte le coût *ex-ante* et *ex-post*, c'est-à-dire le coût de constitution du contrat et son coût de fonctionnement, auquel nous ajoutons de façon systématique le coût de rupture. Dans l'espace entrepreneurial français, c'est le coût de rupture, le « *coût différé obligatoire* » (indemnité de préavis et de licenciement) et dans certains cas le « *coût différé exceptionnel* » (dommages et intérêts décidés par le juge prudhommal assortis des pénalités économiques de type administratif, telles que le remboursement des indemnités Pôle Emploi à hauteur de 6 mois) qui constitue une originalité au regard du coût du travail tel qu'il existe dans d'autres pays européens. Au niveau de l'entreprise, cela constitue une différence notable avec la ligne de coût qui était prévue initialement lors de l'embauche du salarié et avec l'ensemble des prévisions micro-économique réalisées pour la computation du prix de revient d'un produit ou d'un service (Tirole, 1988,1993). Être prévoyant ne signifie pas forcément être pessimiste sur l'avenir de la relation contractuelle, mais le manager averti sait que les contrats de travail couvrent rarement la totalité de la vie active d'un salarié, comme il sait que l'entreprise est périssable. Sous-estimer le coût de formation du contrat ou encore son coût de déroulement et ignorer volontairement son coût de rupture comme le font la quasi-totalité des entreprises françaises, voilà une difficulté d'importance qui brouille totalement la réalité de l'image de l'entreprise.

5.2. Une nomenclature qui a vocation à devenir un outil de gestion...

La comptabilité française actuelle n'en donne pas une image fiable parce qu'elle dissimule son passif social virtuel, composé des indemnités de préavis et de licenciement potentielles des salariés ou de leurs indemnités de départ en retraite. Si cette comptabilité prend en compte par obligation les provisions concernant les procédures prudhommales engagées, en revanche elle ne prend aucunement en compte le risque de procédures futures alors même que ce risque est inhérent à l'existence même du contrat de travail français. Il ne peut être éliminé en raison de la qualité ou de l'habileté du manager de sa connaissance et de sa maîtrise des ressources humaines. Si certaines causes de conflit du travail sont parfaitement prévisibles et identifiables en raison d'une erreur ou d'une rouerie du management (occultation des primes d'ancienneté prévues par une convention collective par exemple), en revanche il est impossible d'anticiper de façon rationnelle l'initiative d'un salarié résultant d'un motif personnel non lié au contrat (problème familial par exemple) et autorisée objectivement par la possibilité d'instrumentaliser le code du travail et les dispositions de la LPE.

De même, il n'est pas possible pour le manager d'imaginer la résistance d'un salarié à une décision logique et économiquement justifiée de mutation d'une technologie, qui inquiète ou révolte le salarié et générera une procédure, ou encore d'une délocalisation à courte distance. Enfin le droit du travail français est l'un des seuls qui autorise des développements d'opposition à la décision du chef d'entreprise tels que ceux qui se sont manifestés dans le cas Goodyear, avec les conséquences que l'on connaît aujourd'hui, sur les coûts du travail et globalement sur l'emploi. Le management n'est pas en mesure de prévoir plusieurs années à l'avance, lors de l'embauche d'un salarié, une évolution de cette nature. En revanche, à l'épreuve des faits et des exemples qui se développent chez des concurrents, il devient apte à saisir le risque et à prendre les décisions nécessaires pour éviter les effets de la LPE, en évitant les acarnes de ce droit par l'évitement du CDI par exemple ou la délocalisation.

5.3. ...et à permettre la prise en compte des « coûts occultés »

Nous réintégrons les « coûts occultés » dans le coût du travail d'un salarié sur une base mensuelle, qu'il est facile de traduire en base horaire. Désormais, la totalité du coût occasionné par la présence du salarié au sein de l'outil de production est prise en compte. Mais nous préconisons que ce coût soit évidemment choisi comme base du coût effectif du travail dans le cadre d'un calcul de probabilités fondé sur une antériorité de cinq années.

Les puristes du droit social s'en étranglaient par avance et nous accusaient de prévoir ou de préparer la rupture dès l'embauche imaginant un contrat complet -et non incomplet- dont l'ensemble des coûts pourrait être prévisible. La prise en compte du coût de rupture ne constitue pas pour autant la préparation de cette rupture. Elle ressort simplement de la certitude que le contrat de travail, même à durée indéterminée, peut être rompu et elle exprime tout aussi simplement la conscience de la réalité juridique et sociologique de la France et de son irréductible conséquence sur le fonctionnement économique de l'entreprise. Elle prouve également la parfaite compréhension de la logique de la législation sur la protection de l'emploi et de cette exception française, partie prenante du modèle français, tel qu'il existait jusqu'en 2008 et tel qu'il perdure en dépit de la réforme de la rupture qui a autorisé la rupture conventionnelle.

En tout état de cause, il nous est apparu évident que le coût devait comporter, outre le coût différé obligatoire et le coût différé exceptionnel, des coûts complémentaires éludés que nous différencions de ce qu'il est convenu d'appeler les coûts cachés Il en est ainsi du report sur

chaque contrat de travail, au prorata, du coût de fonctionnement des institutions représentatives. Nous y ajoutons les coûts de confort, constitués par l'ensemble des mesures qui s'imposent à l'entreprise sans qu'elle ait pu donner son consentement et que soit l'État, soit les partenaires sociaux, se plaisent à accorder aux salariés pour éviter d'autres mesures, tels que des augmentations généralisées de salaire, par le biais, par exemple, d'une hausse du smic. Et nous terminons ce recollement des coûts par l'ensemble de ceux qui sont liés aux textes sur l'intéressement et la participation. Même si ces coûts ne sont pas de nature salariale à proprement parler, ils sont bien déclenchés par la présence du salarié dans l'entreprise. Ils sont générés par la signature du contrat de travail.

PARTIE I

HISTOIRE ET DOCTRINE DU DROIT

La relation entre le coût du travail et la législation sur la protection de l'emploi s'établit avec le temps. L'apparition de l'analyse du coût dans le processus de management de l'entreprise sera naturellement première, et se situe dans la foulée de l'expérience des Lumières, dans les écrits des philosophes et des économistes qui s'interrogent sur l'intérêt du maintien ou de la suppression de l'esclavage.

Mais avant d'aborder cette phase, la méthodologie de notre recherche impose une analyse de l'émergence et de la structuration du contrat de travail tel qu'il naît avec le code civil (premier chapitre). Puis nous aborderons le corpus textuel jusqu'à l'émergence de la législation, spécifiquement consacré à la législation sur la protection de l'emploi, dans les années 1973-1975 (second chapitre). Notre choix méthodologique nous conduit cependant à ne pas réaliser un historique de l'histoire du contrat de travail français que de nombreux auteurs ont mené à bien dans des ouvrages qui constituent des références indispensables. Nous abordons d'abord la législation sur la protection de l'emploi. Nous aurons l'occasion dans d'autres parties de la recherche d'aborder de façon sporadique l'apparition de textes spécifiques, comme la possibilité d'étendre les effets d'une convention collective qui, certes, contribue à la constitution de la LPE mais ne nécessite pas, en fonction de la problématique que nous analysons, un retour sur l'ensemble de l'histoire du contrat de travail et des textes accessoires qui y contribuent.

Le troisième chapitre est naturellement consacré au développement de la LPE grâce au texte de 1975 et à l'ensemble de ses développements. La liaison intrinsèque entre le contrat de travail -naturellement à durée indéterminée- et la législation sur la protection de l'emploi est désormais une tendance lourde du droit du travail français et, partant, du fonctionnement micro-économique de l'entreprise. Elle est fondée sur un système de contraintes juridiques particulièrement difficiles à gérer, et de pénalités de toute nature, civiles ou plus exactement prudhommales, mais aussi administratives ou pénales, sans exclure bien entendu les sanctions pénales qui peuvent frapper les dirigeants ou les personnes morales.

La LPE impacte le fonctionnement des entreprises à tel point que le législateur a conçu l'idée qu'elle pouvait l'orienter et contraindre en particulier les dirigeants à ne pas

licencier le personnel devenu excédentaire en raison d'évolutions structurelles du marché ou de la technologie utilisée par l'entreprise, ou plus simplement de raisons conjoncturelles. Cette croyance, qui surprend tous les auteurs anglo-saxons lorsqu'on leur expose les particularités du droit français, a atteint son paroxysme avec l'instauration du fameux amendement Delalande qui encadre pendant 20 ans (1986-2006) le licenciement des seniors.

Le dernier chapitre de cette première partie est naturellement consacré aux évolutions en cours qui constituent une rupture d'importance avec l'ensemble de la législation telle que la France la connaît depuis 1973. Nous avons indiqué que cette recherche avait été initiée en 2008 et qu'elle s'était heurtée dans les premiers temps à une grande réticence des éditeurs ou des professeurs de droit issus de l'école française du droit du travail telle que nous allons la présenter dans la seconde partie. Mais les préceptes qui inspirent les textes dit Macron et en particulier les ordonnances de septembre 2017 étaient eux-mêmes totalement récusés. Nous rappelons à cet égard l'ultime tentative de cette école de pensée pour préserver sa conception du contrat de travail et la LPE dont elle a suscité l'émergence. Il s'agit de la mission Badinter/Lyon-Caen désignée par le président François Hollande. Elle a abouti à un rapport qui visait à mettre en exergue les principes fondamentaux du droit du travail français et devait figer pour l'avenir la situation telle qu'elle résultait de cette période historique 1973-2008. Le rapport a été balayé avec la défaite de l'homme qui l'avait initiée, et au-delà, des forces politiques qui le portait. Les modifications en cours nous semblent de grande portée, et c'est la raison pour laquelle nous avons souhaité y consacrer un chapitre. Nous devons souligner également qu'elles valident et transforment en réalité juridique une partie de nos observations.

CHAPITRE PREMIER

L'ANALYSE DU CONTRAT DE TRAVAIL EN DROIT FRANÇAIS SUR LA PÉRIODE 1789-1804

En France, l'Ancien Régime bride les évolutions économiques et sociologiques qui auraient dû favoriser le surgissement de la première révolution industrielle. La Grande-Bretagne prend plusieurs dizaines d'années d'avance, alors que dans l'hexagone, le système de pouvoir repose essentiellement sur la propriété de la terre, réservée à la noblesse et au clergé, peu ouverte aux bourgeois enrichis ou désireux de l'être. Ceux-ci se dirigent naturellement vers des activités économiques nouvelles telles que le commerce ou l'industrie, essentiellement l'industrie lourde (production et transformation d'acier par exemple) ou de biens de consommation réservés à une élite aisée : porcelaine, tissus de haut de gamme, etc.

La Révolution de 1789 brise l'ensemble des entraves au développement des activités économiques, généralise le droit de propriété, et autorise ainsi par principe l'ensemble de la population à accéder à la propriété, dont celle des moyens de production. Dans la même logique, elle réduit à néant les règlements des corporations, qui empêchent les évolutions technologiques et soumettent l'entrepreneuriat à une multitude de règles et de contraintes obsolètes qui entravent la créativité et les mutations technologiques. Le conservatisme de la société d'Ancien Régime explique en partie l'existence d'un système de contraintes juridiques pour contraindre l'entrepreneuriat privé, l'empêcher de se développer naturellement et d'adopter les nouvelles techniques dans le textile ou la métallurgie, pour maintenir les corporations, l'artisanat et l'ensemble du système social qui dépend d'eux.

La reconnaissance du droit de propriété est donc consubstantielle à la logique révolutionnaire de 1789. Mais en fait l'esprit français, si révérent à l'égard de la noblesse, de cet état de supériorité sans autre justification que la naissance, qui conduira encore des générations de citoyens à ôter leurs chapeaux en croisant « monsieur le baron » ou « monsieur le comte », ne supporte pas les conséquences du droit de propriété. Rapidement, le droit de créer une entreprise, le droit de posséder un appareil de production, et, partant, le droit d'embaucher des salariés pour faire fonctionner l'appareil de production, va être critiqué comme s'il générerait le surgissement d'une nouvelle élite dont le comportement serait identique à celui de l'ancienne noblesse.

L'inégalité et la violence du système féodal, puis globalement du système nobiliaire, ont été admises pendant des siècles. La superposition entre le droit de propriété et la notion d'égalité telle qu'elle résulte de la déclaration de droit de 1789 devient incompréhensible pour certains, sinon profondément contradictoire. Lorsque le chef d'entreprise propose à un individu de souscrire un contrat de travail et donc de soumettre son esprit et son corps aux nécessités de l'action productive qui impose la soumission au principe de l'autorité du chef d'entreprise, d'aucuns y voient une atteinte aux principes d'égalité et de liberté. Le fait de se trouver sous la domination d'un chef, d'un « patron » ou de son représentant, semble poser un problème d'emblée, alors que cela n'est pas le cas dans d'autres pays européens dont la Grande Bretagne déjà citée, ou les États allemands.

Et pourtant, les autres principes révolutionnaires ne sont pas atteints. Celui qui accepte le salariat peut lui-même devenir entrepreneur, comme hier le compagnon pouvait devenir maître. Il lui faut évidemment accumuler le capital nécessaire au lancement de l'entreprise. De même, la soumission de sa liberté est consentie dans le cadre d'un contrat prévu par les lois et règlements. Il peut cependant y échapper et en sortir à tout moment : il s'agit des prémisses du droit du travail dont nous constaterons la consolidation à la fin du XIX^e siècle.

1. Des fondements factuels aux fondements juridiques : la déclaration des droits de 1789 et le code civil de 1804

1.1. *Le droit de propriété constitue le fondement de l'action entrepreneuriale et du droit de l'entreprise*

Les fondements juridiques de l'action entrepreneuriale, du pouvoir -ou de la compétence, le terme pourrait s'employer-, d'initiative, et surtout du pouvoir de direction du chef d'entreprise se trouvent très simplement dans la Convention des Droits de l'Homme et du Citoyen du 4 août 1789 et en particulier dans son article 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

La propriété est donc l'un des quatre droits fondamentaux reconnus par la Déclaration. La garantie de ce droit est renforcée par l'article 17 du même texte selon lequel « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* »⁸.

Les textes ultérieurs font référence à ce droit de propriété et en particulier la liberté du commerce et de l'industrie, qui est visée dans le décret d'Allarde des 2 et 7 mars 1791. Le décret indique qu'« *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.* » Le décret est confirmé par la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 et pendant près de 160 ans, le principe est repris par la jurisprudence des plus hautes cours françaises, dont le Conseil d'État. Dans son arrêt Daudignac, du 22 juin 1951, les sages du Palais royal réaffirment la liberté du commerce et de l'industrie qui devient donc un principe général du droit⁹.

Les exégètes des conditions d'émergence du droit du travail ont multiplié les analyses et les commentaires du droit « bourgeois », tel qu'il apparaît en 1804. Ces critiques sont

⁸ Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen, inséré dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et dans celui de la Constitution de 1958.

⁹ Conseil d'État, 22 juin 1951, arrêt Daudignac, au recueil Lebon, 1951.

souvent virulentes et fondées sur un positionnement idéologique. Il n'en reste pas moins une réalité incontournable : les droits des ouvriers de manufacture et d'arsenal, les droits des ouvriers agricoles et des personnels de service des maisons bourgeoises ne constituent pas une priorité des législateurs de la République, du Directoire ou du Consulat, non que ces hommes et ces femmes ne soient pas déjà impliqués dans le fonctionnement de l'économie nationale, dans les manufactures d'armement par exemple. La poudrière de Grenelle, située au centre même de la capitale, à l'est du faubourg Saint-Germain, emploie des centaines d'ouvriers y compris des enfants de 8 ans. Elle se trouve sous la responsabilité des chimistes Chaptal et Bonjour. Les demandes de l'armée ont généré un accroissement de la production qui n'est pas accompagné par une meilleure organisation de la production qui puisse assurer une sécurité minimale. La poudrière explose le 14 fructidor an II (en 1794). Elle devient le premier accident majeur de l'histoire industrielle française : 1300 victimes dont 536 morts certifiés.

Cet accident, qui provoque en outre l'incendie d'une partie du quartier, constitue un événement majeur au cœur même de la capitale républicaine, qui a entraîné la chute de l'Ancien Régime. Certes, Robespierre vient de tomber, mais cela ne signifie pas pour autant que la pensée sociale du régime républicain est annihilée. Or ni avant ni après l'explosion, les nouveaux législateurs n'insèrent des dispositions spécifiques relatives à la relation de travail dans les lois et règlements. Non que ces législateurs ne réfléchissent pas au sujet : l'accident de la poudrière de Grenelle entraîne d'ailleurs la publication d'un texte qui organise pour la première fois « *un processus d'aide, organisé selon un principe d'équité complètement nouveau. Les mêmes droits tarifés, hors de toute pratique discrétionnaire, s'ouvrent pour quiconque fournit les pièces demandées dans le cadre de la loi* »¹⁰. L'absence de référence approfondie de nature à fonder un droit du travail qui se substituerait aux droits et coutumes de l'Ancien Régime concernant la situation des personnels de maison, des ouvriers de manufactures ou d'ateliers artisanaux soumis aux vieilles règles des corporations n'est pas un calcul de la

¹⁰ Article de Claire Barillé et Marie Thébaud-Sorgé dans *Les paris de l'industrie, 1750-1920*, sous la direction de Thomas Le Roux, Créaphis éditions, 2016, p.42.

bourgeoisie¹¹. De 1792 à 1794, de Marat à Gracchus Baboeuf, dont il convient de rappeler qu'il est spécialiste du droit féodal, ayant rédigé avant la Révolution deux ouvrages qui prouvent sa parfaite maîtrise de la matière, le législateur révolutionnaire ne se lance pas dans une vaste opération de réglementation parce qu'il souhaite faire prédominer la liberté totale des parties, c'est-à-dire le contrat, sur la loi. Nous pouvons considérer que cette position de principe est la conséquence directe de son rejet des coutumes d'Ancien Régime, réunies dans des volumes devenus illisibles en raison de leur complexité. Elle est aussi la conséquence de la réglementation des corporations dont certaines, encore applicables, remontent au XI^e siècle en ayant été seulement revues à une ou deux reprises depuis lors¹². Admettre cet aspect n'autorise pas cependant une conclusion immédiate concernant la volonté qui aurait été exprimée par la bourgeoisie industrielle naissante de se constituer une « armée de réserve » d'ouvriers qui, pour reprendre le vocable d'Ancien Régime, auraient été potentiellement « taillables et corvéables » à merci. Les guerres napoléoniennes, les famines du début du XIX^e siècle, l'exode rural et la révolution industrielle seront les réels facteurs de cette évolution.

1.1.1. Le statut de l'ouvrier et de l'entrepreneur dans le code civil

Les articles 1781 à 1786 du code civil de 1804¹³ abordent des notions nouvelles pour l'époque qui sont celles « *d'ouvrier* » et « *d'entreprise* ». Ils évoquent les liaisons qui peuvent exister entre elles mais qui ne sont pas encore qualifiées de contrat. C'est précisément ce qui pose une difficulté conceptuelle dans l'analyse de ces relations, car il est nécessaire de réaliser une étude très approfondie des textes nouveaux pour les cerner au mieux. La nouveauté de ces concepts déstabilise profondément le praticien habitué aux notions communes d'Ancien Régime¹⁴. Lorsque la première édition du code civil est publiée, la déclaration des droits, le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier n'ont

¹¹ Pour reprendre la terminologie de l'école du droit du travail français, telle qu'elle est exprimée par Messieurs Jeammaud et Lyon-Caen in *Le droit capitaliste du travail*, Presses universitaires de Grenoble, 1980.

¹² Dans ce sens, *Le livre des métiers de Gisors*, qui contient le texte de chaque réglementation applicable à chaque métier.

¹³ Notre document de référence est le code civil édition de 1804 (an XII), édité sous l'ordre du Grand Juge et Ministre de la Justice, par l'imprimerie de la République. 240 pages. Notre exemplaire est privé de ses dernières pages concernant la citation des ouvrages de référence.

¹⁴ Claude Julien de Ferrières, *Dictionnaire du droit et de la pratique*, 1762. Cet auteur est Régent de la faculté de droit de Paris, ancien avocat au Parlement de Paris. Son dictionnaire en deux volumes est antérieur de 20 ans à la déclaration des droits et au décret d'Allarde. Il donne une bonne image de la conception du droit à la veille de la Révolution.

pas quinze ans d'existence ! L'ordre ancien vient de s'écrouler et ceux qui tentent d'organiser l'ordre nouveau sont malgré tout imprégnés de la science juridique de la monarchie et, sociologiquement, du contexte d'Ancien Régime.

L'article 1780 est limité dans sa portée à ce que le code appelle *les domestiques* et les *ouvriers*. Quant aux articles 1786 et suivants, intégrés dans la section III du chapitre 2 du même livre III, s'ils s'intitulent « *Des devis et des marchés* », ils concernent la réalisation d'un ouvrage (une construction ou un autre ouvrage de type industriel) et, de façon plus précise que l'article 1786, le rôle de l'ouvrier dans le cadre de ces réalisations. À la fin du XIX^e siècle, le juriste Ernest-Désiré Glasson¹⁵, à l'occasion d'une conférence devant l'Académie des sciences morales et politiques, a abordé la différence existant entre les définitions données à l'article 1779 et 1780 d'une part, et celle qui résulte des articles 1787 et suivants. Pour Glasson, le contrat de travail est purement et simplement assimilé au contrat de louage de services des ouvriers et des domestiques tel que prévu par l'article 1780. Dès lors, il considère que toute référence à l'ouvrier dans les treize articles de la section III intitulée à tort par le législateur de 1804 « *Des devis et marchés* » ne concerne pas le rôle de l'ouvrier.

Mais qu'en est-il réellement ? Pour saisir la portée de ces textes, il est nécessaire de se remémorer le contexte économique et sociologique de l'époque. Mais il convient aussi de tenir compte de la pensée et des intentions du législateur du Consulat et des efforts d'imagination réalisés par ces hommes à la fracture de ces deux mondes, de ces deux espaces sociétaux et juridiques. La lecture des débats préparatoires (les 117 séances, dont 55 furent présidées par Bonaparte) est instructive. Elle permet de comprendre la réalité du temps, qui donne aux mots un sens et une résonance différente de celle qu'elle peut avoir aujourd'hui. Nous devons prendre garde à ne pas analyser le texte de l'époque avec nos acceptions et le regard des années 2000.

1.1.2. L'émergence des termes « entreprise » et « ouvrier » dans le code civil

Nous écartons d'emblée de la réflexion la section II analysée ci-dessus et les articles 1782 à 1786 consacré aux entreprises du transport. Nous centrons notre réflexion sur la

¹⁵ Ernest-Désiré Glasson, 1839-1907, juriste auteur, entre autres, du *code civil et la question ouvrière* en 1886.

section III intitulée à tort, comme nous l'avons souligné, « *Des devis et marchés* ». Elle concerne l'entreprise et l'ouvrier au sens que nous qualifierions de moderne du mot, ou du moins au sens qui lui sera donné à compter de la Révolution industrielle.

La section III n'évoque plus la notion de louage de services, mais le louage d'ouvrage ou d'industrie. Nous débiterons l'analyse de ce texte par le vocabulaire employé de manière récurrente par les articles 1798 et suivants. Les mots utilisés ont en eux-mêmes une signification et une portée précise dans l'esprit des rédacteurs du code civil. Ils restent imprégnés de la culture de l'Ancien Régime et doivent réaliser un effort conceptuel d'importance pour imaginer de nouveaux rapports sociaux et juridiques. À cette date en effet, les industries (les fabriques ou manufactures) sont peu nombreuses. Nous pouvons citer les filatures, dans le nord et la région de Lyon, qui se développent depuis l'invention du métier Jacquard¹⁶, les premières fonderies, inspirées du modèle de Buffon, bien entendu, les industries d'armement qui produisent en série à Tulle, Saint-Étienne, Klingenthal et Châtellerauld des sabres et des fusils pour les guerres révolutionnaires et impériales, les activités des usines de poudres et salpêtres dont l'usine de Grenelle. Dans un autre domaine, les manufactures de porcelaines, celle (impériale) de Sèvres évidemment mais également Dihl et Guerhard à Paris. Mais la nouveauté de cette pensée ne prendra son ampleur qu'à l'instant où les anciennes pratiques des corporations auront disparu parce que les anciens membres de ces confréries auront eux-mêmes disparu. Ce temps illustre le passage d'une société proto-industrielle à la société de la révolution industrielle.

Quel est donc le vocabulaire employé par les articles 1788 et suivants ? Nous relevons le mot « *ouvriers* » utilisés à deux reprises dans les articles 1788 et 1790, et à une reprise dans les articles 1789, 1791, 1795, 1798 et 1799. Nous notons également l'utilisation du mot « *maître* », à une reprise dans les articles 1788, 1790 et 1794. Mais ce mot génère une confusion avec les expressions du langage courant, à savoir le bourgeois, employeur du domestique ou le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire le client qui commande un travail.

¹⁶ La machine Jacquard est créée en 1801. Elle devient la machine essentielle au développement des filatures en combinant la technique des aiguilles de Basile Bouchon, les cartes perforées de Falcon et du cylindre de Vaucanson. Basile Bouchon a inventé au début du XVIII^e siècle un métier à tisser semi-automatique, amélioré par Jean-Baptiste Falcon en 1728 par l'utilisation de cartes perforées. Jacques Vaucanson imagine dans une phase ultérieure de faire fonctionner ces métiers à tisser grâce à l'énergie hydraulique (1745-1755).

Il en est de même de la notion d'ouvrage. Elle peut désigner la construction d'un bâtiment ou la réalisation d'un ouvrage de nature industrielle ou artisanale. Quant aux expressions « chef d'entreprise » ou « artisan », elles sont absentes du code car les rédacteurs préfèrent employer le mot « *entrepreneur* » dans les articles 1793-1794-1795-1797.

Enfin, nous notons l'utilisation de mots désignant des spécialités d'ouvriers dans le monde du bâtiment, telles que les maçons, les charpentiers, et les serruriers, dans les articles 1798 et 1799. Il n'est pas discutable que la mention de ces spécialités appelle bien la notion d'ouvrier, en l'occurrence d'ouvrier maçon, d'ouvrier charpentier ou d'ouvrier serrurier. Le début de l'article 1798 est rédigé ainsi : « *Les maçons, charpentiers et autres ouvriers (...)* » à l'instar du début de l'article 1799 : « *Les maçons, charpentiers, serruriers, et autres ouvriers (...)* ».

1.2. L'analyse des rapports de travail dans le code de 1804

À ce niveau de l'exégèse du texte, comment aborder les rapports de travail dans ces années 1804-1850 sur la base d'un code de portée générale, étant précisé que le code ne vise que quelques activités entrepreneuriales, au-delà bien évidemment de l'agriculture : l'emploi de domestiques, la restauration (les aubergistes), les voituriers par terre et par eau (article 1782 et s.), la serrurerie, le bâtiment ? Pour comprendre l'organisation de la relation de travail dans le cadre de l'industrie ou du bâtiment, nous faisons une lecture des différents articles du code civil qui visent ces activités et où il est possible de retrouver les mots *ouvrier, maître et entrepreneur*. Cela nous permet d'une part d'aborder la pensée du législateur, et d'autre part de suivre l'organisation juridique primitive de ces activités. Nous recherchons également des mots spécifiques tels que *contrat, salaire ou rémunération*. Sous l'Ancien Régime, la rémunération du travail salarié était souvent désignée par le mot « *récompense* »¹⁷.

Plusieurs analystes des rapports de travail existant au cours de cette période 1791-1848 considèrent que la subordination conçue comme soumission de l'ouvrier à l'employeur

¹⁷ Claude Joseph de Ferrière, *op. cit.*: « Récompense est un dédommagement qui se fait à quelqu'un pour raison d'une chose dans laquelle il a un droit. Voir récompense de services ».

constitue l'élément qui permet d'identifier le contrat de louage de services et de le distinguer du contrat de louage d'ouvrage au sens strict.

1.2.1. La situation de l'ouvrier

Cette vision des rapports de travail dans les deux types d'activité, l'activité de service, c'est-à-dire la domesticité d'une part et l'activité de production d'autre part, mérite d'être approfondie car elle ne se réduit pas l'une à l'autre. Dans les deux cas, le rapport de subordination au maître, c'est-à-dire au bourgeois pour le domestique et au chef d'entreprise pour l'ouvrier, constitue un élément déterminant. Mais dans le cadre du louage d'ouvrage ou d'industrie, la situation de l'ouvrier et son mode de paiement se révèlent différents de ceux du domestique. Le rapport de subordination n'est pas simplement celui de « patron » à « employé ».

Au cours du XIX^e siècle et jusqu'à l'application des théories de Taylor, l'ouvrier bénéficie d'un contrôle sur le produit, qu'il s'agisse de la tâche de construction (maçon, charpentier, serrurier) ou de la fabrication d'un objet. La généralisation du travail en usine et l'organisation scientifique du travail modifieront cette situation objective. Mais l'ouvrier des années 1800-1850 possède une maîtrise sur la méthode de production. Il met en œuvre un « tour de main » qui est à la base de sa réputation au regard de son « client » ou « patron » et donc de la rémunération qu'il peut tirer de son activité. Cette période proto-industrielle est plus proche du monde artisanal que du monde industriel lui-même tel qu'il apparaîtra au moment de la grande révolution industrielle.

Un autre élément constitue une différenciation importante entre le domestique et l'ouvrier : l'ouvrier peut encore échapper à une condition de simple exécutant placé sous l'autorité de l'entrepreneur. Il peut constituer lui-même une équipe d'ouvriers dont il a la charge. Nous abordons ainsi le caractère collectif de l'opération de production. Ainsi, l'entrepreneur délègue son pouvoir et le lien de subordination se trouve allégé. Il autorise une sorte de stratification des responsabilités individuelles. Il achète un produit fini pour un prix déterminé et il délègue à l'équipe placée sous la direction d'un ouvrier l'ensemble de la production.

Ce faisant, il accepte de laisser aux ouvriers non seulement le contrôle de la production, mais également le maintien des techniques et le recrutement des nouveaux travailleurs.

Il accepte que le rythme de la production et le niveau technologique soient aux mains d'une autre personne que lui-même, au risque de voir bloquée la productivité ou refoulées les nouvelles méthodes de production, et par la même, écartées de jeunes recrues qui seraient disposées à adopter ces nouvelles techniques. De même, le niveau de la production optimale peut ne pas être atteint puisque l'ouvrier peut se satisfaire et d'un revenu et d'un niveau de production qui apparaîtront tous deux insuffisants à l'entrepreneur. Frederik Winslow Taylor¹⁸, lorsqu'il parcourt l'usine métallurgique dont il est lui-même ouvrier, critique ces deux aspects. C'est la raison pour laquelle il souhaite que le chef d'entreprise et les ingénieurs reprennent le contrôle de l'ensemble du processus de production et maîtrisent le rythme de travail.

1.2.2. Les conditions de sa rémunération

En revenant aux principes de base du code civil, il convient de s'interroger sur le sort de l'ouvrier qui dirige une petite équipe de production dont il est le responsable et pour laquelle il négocie le montant de sa rémunération. Ce phénomène est décrit par Simiand¹⁹ en particulier dans le cadre de la production minière : pour les mineurs proprement dits, mineurs à la veine ou mineurs au rocher, le salaire aux pièces est établi de façon assez particulière. Ces ouvriers travaillent par petits groupes (3, 4 ou 5), « équipes » ou « chantiers ». Chaque équipe reçoit ou se partage, à la paie, une somme proportionnelle au nombre de berlines ou wagonnets ou bien au nombre de mètres d'avancement de la galerie sur le front de taille. Mais « *le prix unitaire de la tonne extraite ou du maître d'avancement est fort variable dans la même exploitation ou pour une même équipe (...)* »²⁰. En principe, le prix déterminé pour la tonne doit permettre pour un ouvrier de capacité moyenne d'obtenir un salaire journalier considéré comme normal au regard de la valeur des rémunérations fixées sur le marché du travail dans le secteur minier. Mais Simiand apporte une précision sur les conditions de fixation de cette rémunération : « *à diverses reprises et en diverses exploitations, ce prix s'est trouvé fixé par un marchandage avec les diverses équipes en présence, par une adjudication au moins pour une coupe donnée* »²¹. Un ouvrier peut donc prendre la tête

¹⁸ Frederik Winslow Taylor, *La direction des ateliers*, 1911.

¹⁹ Simiand, 1904, p. 4.

²⁰ *Op. cit.*, p. 4.

²¹ Simiand, 1904, p. 4.

d'équipe pour organiser ce marchandage et déterminer ainsi la valeur de la rémunération qui sera attribuée à cette équipe.

Cela signifie-t-il pour autant que l'ouvrier qui dirige cette équipe doit être considéré comme un entrepreneur au sens des articles 1788 et suivants du code civil ? La réponse est négative : en effet, pour obtenir le droit d'être considéré comme un entrepreneur, c'est-à-dire en réalité un commerçant, l'individu qui prend cette initiative doit depuis le décret d'Allarde, et en particulier son article 7, avoir payé un impôt particulier, à savoir une patente²² : « À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». En fait la plupart des ouvriers qui exercent cette activité de marchandage et dirigent ce type d'équipe en raison d'une part de leur autorité naturelle, d'autre part de leurs relations dans la collectivité de travail et enfin troisièmement de leurs relations avec le donneur d'ouvrage, ne sont pas patentés²³.

Cette situation produit une contestation de la part des autres ouvriers dans des conditions qui vont aboutir à la dénonciation de ce processus, en particulier à l'occasion de la révolution de 1848. À cette époque, le marchandage considéré comme une sorte d'esclavage métropolitain sera aboli, comme sera d'ailleurs abolie à la même date, grâce à l'intervention de Victor Schœlcher, l'esclavage encore pratiqué dans les possessions françaises d'outre-mer. L'ouvrier qui pratiquait ce marchandage n'était pas patenté. Il n'était pas déclaré comme entrepreneur (en application des règles du code de commerce de 1807) et il ne disposait généralement pas du capital nécessaire à l'acquisition du matériel de base, des garanties financières ou du fonds de roulement qui lui permettait de faire face au paiement des salaires en cas de difficulté. Ainsi, s'il avait consommé la totalité du prix du marché obtenu par avance par le maître de l'ouvrage, ou le client (par

²² Décret d'Allarde, par référence au nom de son auteur, Pierre Gilbert Le Roy, baron d'Allarde. Ce noble français est fondamentalement opposé aux thèses physiocrates qui voient en la terre et en l'agriculture la source de toute richesse. Son texte qui constitue en fait la loi du 2 et 17 mars 1791 supprimant les corporations, se situe totalement dans la logique que nous exposons. Il vise à supprimer les fondements même de l'économie d'Ancien Régime.

²³ Il est intéressant de rapprocher cette situation de ce que l'on appelle aujourd'hui « l'uberisation », avec en particulier l'exemple des véhicules Uber.

exemple le propriétaire de la mine), il ne pouvait pas payer les salariés qu'il avait convaincus de le suivre dans cette opération. Il s'en suivait évidemment un appauvrissement de l'ensemble des ouvriers.

La suppression du marchandage, l'obligation de payer une patente pour être considéré comme entrepreneur ou commerçant, enfin la déclaration auprès du registre du commerce et des sociétés et le fait de devenir justiciable du tribunal de commerce vont incontestablement ordonner la situation. La patente permet à l'État d'assurer un contrôle administratif et fiscal sur les activités marchandes et industrielles et de percevoir l'impôt.

Certes, parallèlement, d'aucuns considéreront que les libertés consenties à l'ouvrier par le code civil sont concrètement réduites. Ces libertés toutes relatives de l'ouvrier, qui s'exprimaient soit dans le cadre de la relation individuelle qu'il était capable de susciter avec le maître de l'ouvrage, soit dans le cadre de l'opération de marchandage, se trouvent définitivement évacuées. Le contrôle de l'ouvrier sur le produit qu'il fabrique, comme étant un élément déterminant de sa rémunération, est anéanti. Ces articles n'auront plus vocation à s'appliquer.

Au terme de cette explication, le paysage de la société proto-industrielle des années 1791-1850 au cours duquel émerge la notion de contrat de travail apparaît donc sous un éclairage différent. Les juristes révolutionnaires mettent logiquement en avant un certain nombre de principes dont celui de l'autonomie de la volonté, fondement des droits de l'ouvrier et de l'entrepreneur.

Pour des raisons économiques et sociologiques évidentes, l'essentiel du code civil concerne le monde rural. L'espace des services (appelé domesticité) et celui de la production des biens, du transport et de la construction, sont cependant réglementés par le texte nouveau. Mais bien entendu, cette réglementation est beaucoup moins importante en volume. D'une part, les juristes qui participent à son élaboration pour la plupart d'entre eux ne sont pas issus du monde industriel ou commercial. La première révolution industrielle que l'on date du brevet de Watt sur la machine à vapeur déposé

en 1769²⁴ remonte à trente ans et ses effets ne sont pas encore déterminants en France : ils apparaîtront sous la monarchie de Juillet et s'affirmeront sous le second Empire.

Ainsi et d'autre part, ces espaces nouveaux sont difficilement conceptualisables sur le plan du droit. Il faudra donc encore une cinquantaine d'années pour que des juristes viennent à penser la relation de travail différemment, considérer la position dominante de celui qui détient le pouvoir économique, c'est-à-dire de l'entrepreneur. Ils tenteront alors de limiter les abus ou les excès dans l'expression de ce pouvoir tels qu'ils se manifesteront par des contraintes horaires, un mépris de la santé et de la sécurité des salariés, la faiblesse des rémunérations. La première loi limitant le travail des enfants date du 28 mars 1841.

Il est donc naturel qu'en 1804 le rapport de travail entre un entrepreneur et un ouvrier apparaisse comme librement consenti entre deux parties égales en droit et en devoirs, étant souligné que la formule du code aux termes de laquelle, concernant la rémunération, le maître est cru sur sa parole, était initialement limité au secteur de la domesticité. C'est donc dans le cadre d'une extension anormale de cette disposition objectivement limitée du code civil que la formule a été appliquée dans d'autres domaines que celui des services rendus à la maisonnée du bourgeois.

2. Les dispositions du code civil concernant la dépendance du domestique à l'égard du chef de maison et de l'ouvrier à l'égard du chef d'entreprise

Dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, de 1762, Claude Joseph de Ferrière, professeur de droit, ancien avocat au Parlement de Paris, définit le louage de temps et d'industrie. Le louage est « *celui qui se fait par des ouvriers ou des domestiques qui se louent pour un certain temps pour faire quelques ouvrages, ou pour servir ceux qui veulent les prendre à leur service, à la charge d'en recevoir la récompense dont les parties sont tombées d'accord* ».

²⁴ L'année de naissance de Napoléon Bonaparte.

Ce vocabulaire d'Ancien Régime mérite une explication. Ainsi, l'auteur n'évoque ni le mot « rémunération », ni le mot « salaire », mais bien le mot « *récompense* » pour qualifier ce paiement, et l'article qu'il consacre à ce terme en confirme le sens. Le code de 1804 écartera cette terminologie : l'article 1711 utilisera le mot « loyer » pour qualifier la rémunération tirée du louage du travail ou du service. Ce terme perdra rapidement son sens, et celui de salaire le remplacera rapidement à partir des années 1850.

Autre élément de vocabulaire intéressant, et que l'on retrouve cette fois-ci dans le code civil : la notion de « *louage* ». L'auteur n'évoque ni la notion d'autonomie de la volonté, ni la notion de contrat mais il explique cependant que le domestique ou l'ouvrier « se loue » et que leur rémunération « *la récompense* » résulte d'une négociation et en fait d'un contrat puisque les parties (l'ouvrier et celui qui veut le prendre à son service) sont « *tombées d'accord* ».

Le législateur de 1804 distingue dans l'article 1708 « deux sortes de contrats de louages : celui des choses, et celui de l'ouvrage ». L'article 1709 explique 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 moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ». Quant au louage d'ouvrage, il est caractérisé par un contrat dans lequel l'un des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles.

Le code dans son article 1711 distingue cinq contrats de louage de choses, dont l'un nous intéresse particulièrement puisque nous considérons qu'il s'agit en fait d'une troisième catégorie de louage, dit « *Loyer : le louage du travail ou du service* ». Le terme loyer ne doit pas générer une confusion avec la terminologie contemporaine de loyer (civil ou commercial). Ainsi, le titre VIII « *Du contrat de louage* » composé de plusieurs chapitres, renvoie spécifiquement au chapitre III intitulé « *Du louage d'ouvrage et d'industrie* », lui-même composé de trois sections dont la section 1^{ère} : « *Du louage des domestiques et ouvriers* ».

Il existe donc une incohérence de rédaction dans le code, de toute évidence liée à la difficulté éprouvée par les auteurs de distinguer trois et non pas deux espèces de contrat

de louage dont un contrat de louage de travail ou de service qui serait une espèce en elle-même, et non pas une sous-espèce du contrat de louage de choses. Et cependant, le code dans le chapitre III de ce titre intitulé « *Du louage d'ouvrage et d'industrie* » mélange donc « *le louage des domestiques et ouvriers* » (section I), « *le louage des voituriers par terre et par eau* » (section II) et « *les devis et marchés* » (section III). Nous allons examiner la section I qui constitue pour nous, comme nous venons de le préciser, une espèce spécifique, préfigurant le contrat de travail.

2.1. L'origine du contrat de travail : les articles 1780 et 1781

Dans un premier alinéa, l'article 1779 évoque « *le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un* ». Dans l'édition que nous avons consultée²⁵, l'alinéa 1^{er} de l'article 1779 renvoie directement par une notation entre crochets à l'article 1780. Or, l'article 1780 qui dépend de la même section du chapitre III « *Du louage des domestiques et ouvriers* » précise : « *On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée* ». La notion « *d'entreprise* » n'est pas entendue comme une structure organisée générant la production d'un bien ou d'un service, mais au sens d'une activité.

L'article 1781 concerne la rémunération des domestiques ou des ouvriers et énonce comme principe que le maître est cru sur son affirmation ; il concerne la quotité des gages, le paiement des salaires de l'année échue et les acomptes donnés pour l'année courante. Il renvoie à l'article 1366 du code civil qui établit les règles du serment déféré par le juge sur les problèmes de rémunération, à l'article 2101 du code civil concernant dans son alinéa 4 « *les salaires des gens de service pour l'année échue et ce qui est dû pour l'année courante* » et enfin à l'article 2271 du code civil qui renvoie à la notion de prescription et qui indique que « *l'action des ouvriers et gens de travail pour le paiement de leurs journées, fournitures et salaires se prescrit par six mois* ». Le mot « *ouvrier* » est bien employé et cet article constitue donc le complément de l'article 1781 et de l'article 1779 alinéa premier.

²⁵ Les dix-huit codes français avec indication de leurs articles corrélatifs, édition de 1836, Lebigre frères, rue de la Harpe.

Lors de la rédaction du code civil, les articles 1779, 1780 et 1781, assorties des articles joints de référence, à savoir les articles 1366, 2101 et 2271, sont principalement consacrés à la situation de la domesticité, qui représente une part importante de l'emploi dans les villes, ce que l'on pourrait considérer comme « les services » de l'époque. En effet, l'essentiel de l'emploi est assuré par l'agriculture non mécanisée, qui nécessite des milliers d'intervenants.

Cela étant, les prémices du contrat de travail -tel que le code du travail le conçoit aujourd'hui- résultent de ces quelques articles. Il existe bien un contrat de travail au profit du domestique, étant souligné que ce contrat est à durée déterminée, par définition de la loi. Le salaire est fixé par le maître et accepté par le serviteur ; en cas de conflit, seul le maître est cru sur son affirmation concernant le niveau du salaire. Ce succédané de contrat induit bien une subordination hiérarchique du domestique, élément déterminant dans le cadre du rapport de travail.

2.2. L'apparition de la notion d'entreprise et de chef d'entreprise dans le code civil

La section III (du même Titre VIII *Du contrat de louage* rassemble les articles 1787 à 1799. Les trois premiers articles évoquent le rôle de l'ouvrier en charge de la réalisation d'un ouvrage en relation directe avec son commanditaire. En fait, le terme ouvrier est à ce niveau déplacé. On comprend qu'il s'agit de l'artisan, de l'ancien maître artisan des corporations dissoutes en 1789. L'ouvrier peut ne fournir que son travail (le commanditaire fournissant la matière), ou fournir et le travail et la matière. Le régime sans fourniture de matière est plus favorable à l'ouvrier que le régime qui prévoit la fourniture.

2.2.1. La notion d'entreprise

Mais en tout état de cause, sans cette section III, c'est l'apparition de la notion d'entreprise qui mobilise notre intérêt. L'article 1791 prévoit la réalisation d'un ouvrage à plusieurs pièces. Cette disposition vise à la fois la construction de bâtiment et la production en série. Si le client (le maître de l'ouvrage) paye l'ouvrier, cela signifie qu'il a accepté l'ouvrage à hauteur du paiement. L'article 1792 concerne spécifiquement les constructions. Il désigne les architectes et entrepreneurs, pour ces derniers entendus au sens strict d'« entrepreneur de construction » et prévoit leur responsabilité pendant

10 ans dans le cadre de la construction dite « à prix fait ». L'article 1793 ne concerne pas notre cas d'espèce.

En revanche, l'article 1794 vient confirmer notre interprétation concernant l'utilisation du mot de maître, bien conçu comme synonyme de « maître de l'ouvrage » ou de « propriétaire », et celle du mot « entrepreneur ». En effet, l'article indique que « *le maître peut résilier par sa bonne volonté le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* ».

L'article 1795 confirme cette interprétation puisqu'il vise la mort de l'intervenant dans le cadre du contrat de louage d'ouvrage, qu'il s'agisse de la mort de l'ouvrier, de celle de l'architecte ou de celle de l'entrepreneur. Il s'agit bien des trois cas de figure que nous avons cités. Tout d'abord, l'ouvrier conçu comme le fournisseur du travail ou de l'industrie, qui serait aujourd'hui en quelque sorte l'entrepreneur individuel de maçonnerie, et qui était avant 1789 le maître maçon. L'ouvrier est en fait le chef ou le représentant d'une équipe d'ouvriers qu'il anime, dirige et paie, d'où le fait qu'il soit en contact direct avec le maître de l'ouvrage. L'architecte s'occupe de la construction du bâtiment ; et plus globalement l'entrepreneur dirige et conçoit toute activité de production pour le bâtiment et au-delà, dans les autres activités de nature industrielle.

Le renvoi qui est fait sous l'article 1794 aux articles 1237 et 1742 confirme notre interprétation. En effet, l'article 1237 du code civil concerne l'obligation de faire. L'article 1742 dispose : « *Le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur, ni par celle du preneur* ». Cela ne signifie pas pour autant que le contrat de louage d'ouvrage, qui est l'objet de la section III « *des devis et marchés* » se limite aux rapports entre l'ouvrier l'entrepreneur et l'architecte. Il s'agit globalement des intervenants qui exercent une activité productive. Le « *maître* » est le maître de l'ouvrage ou le client, autrement qualifié de bailleur (s'il est propriétaire) ou de preneur, s'il est locataire. Le rédacteur aurait pu se montrer plus précis et plus rigoureux dans le choix des termes, plutôt que d'employer des synonymes qui peuvent prêter à la confusion. D'ailleurs, l'article 1796 utilise le mot « *propriétaire* ». Ledit article 1796 indique que le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la

convention la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés à la succession de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur.

L'article 1797 revêt dans cette logique une importance toute particulière. Il est rédigé en ces termes : « *L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie.* ». Cette disposition renvoie à l'article 1384 du code civil concernant la responsabilité des maîtres et commettants dont le troisième alinéa stipule : « *les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ».

2.2.2. Les dispositions sont-elles applicables à un autre secteur que celui de la construction ?

Nous terminons l'examen de ces textes particulièrement importants par les articles 1798 et 1799. Leur formulation semble là-aussi limiter leur impact au domaine de la construction de bâtiments. En effet, l'article 1798, toujours dans sa version de 1804, concerne les recours des ouvriers (« *les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise* ».) Le texte indique « *qu'ils n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée.* ». La formule « *celui pour lequel les ouvrages ont été faits* » désigne le propriétaire ou le maître de l'ouvrage. Mais le texte désigne bien deux types d'ouvrages : « *la construction d'un bâtiment* » ou « *d'autres ouvrages* », c'est-à-dire des biens meubles de nature artisanale ou industrielle.

Si les ouvriers ne sont pas payés par l'entreprise, ils bénéficient d'une action contre le client (le maître de l'ouvrage ou le propriétaire) pour reprendre les dispositions des articles 1794 et 1796. Mais, cette action en recouvrement de leur rémunération contre l'entreprise qui les emploie est limitée dans son ampleur à ce que le maître de l'ouvrage doit encore à l'entrepreneur au moment où l'action des ouvriers est intentée.

2.2.3. Le renvoi aux articles 2103, 2110 et 2270

L'article 2103 vise effectivement dans son alinéa 4 les architectes, entrepreneurs, maçons et autres employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canots

ou « autres ouvrages quelconques ». L'article dispose que ces différentes personnes sont des créanciers privilégiés sur les immeubles. L'alinéa 5 du même code prévoit que « *ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers jouissent du même privilège, pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt et par la quittance des ouvriers.* »

De son côté, l'article 2110 prévoit la mise en œuvre des privilèges par ces mêmes professionnels, architectes, entrepreneurs, maçons, et autres ouvriers « *employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canots ou autres ouvrages* ». Nous relevons la même formule de portée générale. Enfin, l'article 2270 vise comme nous l'avons déjà indiqué la prescription de ce type d'action pour les architectes et les entrepreneurs.

L'article 1799 aborde une autre façon de travailler que l'intervention dans le cadre d'une entreprise, dont les maçons, charpentiers et autres ouvriers seraient les employés. En effet, sa rédaction est la suivante : « *les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section : ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent* ».

2.2.4. L'ouvrier est-il responsable d'une faute dans l'exécution de son travail ?

La lecture des articles 1789 et 1790 vient confirmer cette interprétation. En effet, l'article 1789 vise le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie : dans ce cas, si la chose (c'est-à-dire le travail commandé) vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute. On imagine qu'il s'agit de l'erreur dans le processus de fabrication de la chose, erreur que l'on peut qualifier de contractuelle (dans la logique des articles 1134, 1146 et 1147 du code civil). Sans doute peut-il s'agir également de la faute volontaire avec intention de nuire au client. Mais le revenu étant le but recherché par l'ouvrier, il n'est pas concevable que cette disposition du code ait visé l'application de l'article 1382. C'est donc bien de la faute contractuelle, c'est-à-dire de la faute de l'ouvrier dans la mise en œuvre du processus de fabrication qui est visée par le texte.

L'article 1790 concerne le cas où la chose vient à périr sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître (c'est-à-dire le client, il convient de le rappeler) soit en demeure de le vérifier. Le code est sévère pour l'ouvrier

puisqu'il indique : « *L'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière* ». On conçoit donc que le péril dont s'agit concerne par exemple l'écroulement d'une construction par fait d'intempérie. La chose ne peut être livrée. Ce n'est pas de la faute du client et pas davantage celle de l'ouvrier, mais le client ne peut recevoir la chose. Il n'a donc pas de paiement à effectuer et le risque incombe totalement à l'ouvrier. Nous remarquons encore à ce niveau que c'est bien le mot « *ouvrier* » qui est employé, et non pas le mot « *entrepreneur* ». En conséquence, si l'ouvrage n'a pas été reçu, l'ouvrier ne sera pas payé, même s'il n'a commis aucune faute, à moins bien entendu que le péril de l'ouvrage ne vienne de la matière, ce qui suppose un recours de l'ouvrier contre le fournisseur de la matière, processus évidemment complexe et coûteux dans la France du début du XIX^e siècle avec un processus judiciaire qui a hérité de l'Ancien Régime sa complexité, son coût et sa lenteur.

Le procès-verbal de la réunion du Conseil d'État du 5 janvier 1804 évoque une ultime controverse entre les juristes Regnaud et Béranger, le premier estimant que l'article ne vise que les opérations de construction et l'autre indiquant qu'il a une portée générale pour l'ensemble des interventions de nature industrielle. Béranger précise qu'« *on peut aisément vérifier qu'un meuble est conditionné comme il doit l'être ; ainsi, dès qu'il est reçu, il est juste que l'ouvrier soit déchargé de toute responsabilité. Mais il n'en n'est pas de même d'un édifice (...)* » et Béranger explique ainsi la garantie décennale de l'architecte.

Concernant l'article 1791, les commentaires du juriste Domat sont intéressants dans notre perspective. En effet, il évoque le cas d'un travail « *de plusieurs pièces ou à la mesure, et à un certain prix pour chaque pièce ou chaque mesure* ». Le maître (de l'ouvrage ou le client) doit le paiement à l'entrepreneur en cas de réception même partielle de l'ouvrage ou des pièces réalisées.

2.2.5. La portée de cette notion : pour quelle raison l'ouvrier serait-il responsable à l'égard du client ?

Cette rédaction conduit naturellement à une interrogation pour un lecteur du XXI^e siècle qui est confronté à un code du travail moderne. Celui-ci exclut toute responsabilité de l'ouvrier dans le processus de production (pour perte de la chose produite par exemple),

autre que disciplinaire. Il a exclu la retenue sur salaire pour perte de matière²⁶. La seule sanction envisagée pour la faute commise par l'ouvrier dans le processus de production est une faute disciplinaire pour violation des règles fixées dans le cadre de ce processus.

Le premier élément explicatif de cette situation surprenante résulte de la culture de responsabilité qui est la conséquence naturelle des nouveaux droits conférés par la déclaration de 1789, renforcée par les dispositions du code civil. L'homme, le citoyen est pleinement libre dans ses actions de la vie courante y compris dans son travail. Il n'est plus soumis au commandement du noble, du dirigeant de confrérie ou du maître au sens de l'ancien droit des corporations. Mais s'il est libre, il est naturellement responsable de ses actes y compris dans l'exécution de son travail quel que soit le lien de subordination. Le code consacre le principe de l'autonomie de la volonté que par la suite, les juristes marxistes ou néo-marxistes contesteront, en évoquant l'existence d'un droit « bourgeois » qui fait fi de l'état de contrainte et de nécessité qui pèse sur l'ouvrier. Selon leur dialectique, le prolétariat est par essence une classe sous la domination de la bourgeoisie et la superstructure juridique ne fait que légitimer par les textes cette domination factuelle de nature économique et politique fondée sur la richesse. Le droit bourgeois est donc par nature illégitime au regard de la classe ouvrière et il n'est conçu que comme l'instrument qui permet l'exploitation et la légalise²⁷. Mais en 1804, nous sommes encore loin de cette explication, et l'ouvrier du code civil n'est pas celui du *Capital*.

La lecture approfondie des commentaires et de la jurisprudence des années 1820-1850 démontre que cette responsabilité est atténuée et qu'au fil du temps, celle de l'artisan-employeur ou du patron d'industrie prend le pas sur celle de l'ouvrier avec bien entendu des éléments juridiques complémentaires qui assurent la distinction des situations, en particulier sur le plan fiscal. Il n'en reste pas moins que le principe ressort du code.

²⁶ Le dernier procès que nous avons plaidé dans un dossier de cette nature remonte à vingt-cinq ans. L'employeur, un garagiste, avait retenu sur le salaire du pompiste le prix de l'essence volée par les clients qui fuyaient après avoir approvisionné leur véhicule.

²⁷ Voir dans ce sens, l'ensemble de la réflexion menée par le syndicat de la magistrature dans les années 1970-1980.

Cela signifie que l'autonomie de l'ouvrier dans le processus de production et, partant, l'ampleur de sa responsabilité ont été considérablement réduites. En 1804, c'est sa technicité, son tour de main (en fait, celui du maître ou du compagnon de l'ancienne corporation), qui génèrent sa maîtrise sur le processus et le produit et sa responsabilité. C'est ce qui permet de qualifier cette phase de développement économique de proto-industrielle.

À ce jour, quelle que soit sa technicité, l'ouvrier, et plus globalement le salarié de l'industrie, des services ou de l'agriculture, n'est plus comptable de façon directe, c'est-à-dire sur son propre revenu, de la qualité de sa production. Sa responsabilité ne peut être engagée à titre personnel sur le terrain financier, hors le cas de la faute lourde, c'est-à-dire de la faute volontaire et délibérée avec intention de nuire qui a occasionné un préjudice à l'entreprise. Nous notons enfin que le code de 1804 apparaît donc beaucoup plus ferme à l'égard de l'ouvrier du moins dans le cadre de l'industrie, qu'à l'égard de la domesticité ou de l'ouvrier agricole.

2.2.6. Conclusion sur ce point : le contrat de louage constitue la première expression du contrat de travail

Au début du XIX^e siècle, après l'abolition des corporations, la loi désigne par le mot générique « ouvrier », de façon principale mais non exclusive, l'ouvrier artisanal. En effet, il n'existe que peu d'ouvriers dans les manufactures, privées ou publiques (royale, puis impériale). Ils se retrouvent dans les filatures, la métallurgie lourde (production d'acier) et les usines d'armement ou les poudres (récupération et transformation du salpêtre). Suite au décret d'Allarde, il est possible de définir deux types « d'ouvriers ». Il s'agit soit d'un maître qui n'a pas la qualité d'entrepreneur mais qui est capable d'exécuter un ouvrage complet pour un prix donné, soit d'un ouvrier de pure exécution, au sens pourrait-on dire contemporain du mot.

Nous rappelons à cette occasion les dispositions des articles 1710 et 1711 du code civil. L'article 1710 définit le louage d'ouvrage « *comme un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». En langage moderne, nous traduisons cet énoncé par contrat de travail lorsque, complété par les éléments de l'article 1779, il s'agit du louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un, ou encore lorsque, complété par les articles 1787 et

1788, il s'agit d'une prestation de nature artisanale, de construction d'un bâtiment ou dans les années suivantes d'une prestation de nature industrielle.

CHAPITRE DEUXIÈME

L'ÉMERGENCE DE LA LÉGISLATION SUR LA PROTECTION DE L'EMPLOI (1804-1990)

Les bases du droit de l'entreprise et de ce qui deviendra à la fin du XIX^e siècle et surtout au début du siècle suivant le droit du travail -ce que l'on appelle alors la législation industrielle- sont ainsi posées. Notre recherche n'a pour objet ni l'histoire de ce droit ni celles des relations sociales souvent conflictuelles entre les salariés de l'industrie et les entreprises de la Révolution industrielle. Nous aurons l'occasion de revenir sur les éléments essentiels de ce droit parmi lesquels le contrat de travail, au cours de notre revue de littérature.

En revanche, il nous semble essentiel d'évoquer dès maintenant les conditions de l'émergence de cette école française du droit du travail qui, sur des fondements essentiellement marxistes, s'est évertuée de 1968 à 2008, à transformer la situation des salariés (essentiellement ceux de l'industrie) de telle façon qu'ils soient intégrés dans un statut, à l'instar de ceux de la fonction publique d'État qui constituait le modèle suprême.

Le travail de ces juristes est objectivement facilité par les grands mouvements sociaux des années trente et les acquis juridiques et sociaux des années 1936 et 1945, confortés par la constitution de la IV^e République. Mais en dépit de ces fortes novations législatives, le droit du contrat de travail n'a pas été sensiblement modifié. La théorie de « *l'employeur seul juge* » constitue encore le fondement du management dans les PME, voire dans les grandes entreprises en dépit même de l'implantation syndicale. Les nécessités de la reconstruction ont aussi pesé sur l'entrepreneuriat. L'entreprise est

indispensable dans ces années 1945-1975. Elle est indispensable comme support de l'emploi pour une population en recherche de bien-être : le salaire est la garantie de cette paix des foyers et de la relance par la demande intérieure. Mais l'entreprise est également indispensable car seule l'initiative entrepreneuriale permet de reconstruire le pays. À partir de 1968 et de la fin de cette période des Trente Glorieuses, la situation change du tout au tout. Mais la pensée des juristes reste fondamentalement imprégnée de l'ambiance et des grandes idées de ces années d'après-guerre.

1. Les conditions de l'émergence : les lendemains de mai 1968 et des Trente Glorieuses

La législation sur la protection de l'emploi apparaît à compter du 13 juillet 1973, date de la première loi. Celle-ci est votée par l'assemblée nationale élue le 11 mars 1973, la majorité UDR-Réformateurs l'emportant sur l'Union de la Gauche dirigée par François Mitterrand. C'est donc le gouvernement conservateur de Pierre Messmer sous le septennat de Georges Pompidou qui va promouvoir ce texte que l'on aurait plutôt vu proposer par son prédécesseur, Jacques Chaban-Delmas. En tout état de cause, les influences des proches de l'ancien premier ministre (le groupe Nora-Delors) est incontestable dans l'écriture de ce texte, comme l'est de façon plus diffuse et presque masquée, celle de l'école française du droit du travail, d'obédience fondamentalement marxiste. L'influence qui prévaut résulte à la fois de l'expérience des Trente Glorieuses et du besoin de sécurité exprimé par la population active soumise brutalement à la menace du chômage après la première crise pétrolière. La France est riche : elle peut se permettre de mettre en œuvre une législation sur la protection de l'emploi qui, d'une part, encadre la procédure de licenciement et met un terme à la fameuse théorie de l'employeur seul juge, sous-entendu seul juge de décider du sort du contrat de travail. Elle le peut d'autant plus que le nombre de salariés concernés est réduit. La seconde source de cette influence réside dans le mouvement intellectuel et social issu des événements de mai 1968 qui a traversé l'université française dans un premier temps, puis plus globalement l'ensemble de la société, de l'enseignement à la justice, en passant par l'administration. Il ne faut pas omettre que si l'UDR et les Réformateurs de Jean Lecanuet rassemblent respectivement 11.059.587 voix et 1.631.978 voix, l'Union de la gauche de François Mitterrand et Georges Marchais réunit 10.767.487 au second tour. Mais elle avait réuni plus de 11 millions de voix au premier tour. Il existe donc un

rapport de force de quasi-égalité à cet instant et même si la droite reste majoritaire à l'assemblée, les chiffres de la votation de mars ne doivent pas être éludés.

1.1. La spécificité de l'école française du droit du travail

L'école française de droit du travail s'est constituée dans ces années 1968-1973. Elle rassemble des enseignants universitaires et des chercheurs au CNRS, spécialisés en sciences sociales, mais également des avocats défenseurs des centrales syndicales et des salariés de l'industrie, des syndicalistes qui ont été profondément impliqués dans le mouvement contestataire de mai 1968 ayant abouti aux accords de Grenelle. Adhérents à des mouvements politiques de gauche, du PCF au Parti socialiste issu du congrès d'Épinay, en passant par le PSU de Michel Rocard, ces hommes et ces femmes sont parfois issus de l'extrême gauche trotskyste ou maoïste. Il est nécessaire de se référer à l'ouvrage d'Hervé Hamon et Patrick Rotman *Les années de rêve*²⁸ pour suivre le parcours de ces intellectuels qui sont aussi et parfois surtout des militants politiques.

Cette école de pensée, d'action et d'influence règne sans partage et sans contradiction au cours des années 1970-2000, ce qui ne signifie pas qu'elle perd toute force à compter de cette date, mais l'échec du processus autogestionnaire vanté dans ces années 1968-1975 comme mode alternatif de gouvernance de l'entreprise, la mondialisation dont elle n'a pas apprécié l'ensemble des conséquences, l'échec des 35 heures qu'elle a appelé de ses vœux, ont notablement affaibli son aura. Elle ne cède pas aisément la place et si l'année 2000 semble être celle du basculement de son influence, Messieurs Gérard et Antoine Lyon-Caen ou Alain Supiot dans le monde universitaire, Étienne Grumbach et les avocats qu'il a formés au Syndicat des avocats des France pour ne citer que ces personnalités emblématiques de cette école, sont encore présents. Mais d'autres influences se font jour, plus centrées sur l'entreprise que sur la situation du salarié, revenant au contrat de travail par la micro-économie dont l'école française de droit du travail dédaigne les effets : il s'agit de la pensée et des propositions de Jean Tirole ou Pierre Cahuc ou Patrick Artus.

²⁸ Hervé Hamon et Patrick Rotman, *Les années de rêve*, Seuil, 1986.

L'école française de droit du travail qui revendique son appartenance à l'école marxiste prend en compte le fait économique comme élément déterminant de la règle juridique -le théorème infrastructure/superstructure (Marx, 1848). Mais elle se cantonne dans la logique marxiste globale sans accepter de prendre en compte la réalité micro-économique de l'entreprise et les effets de la concurrence mondialisée. Elle centre son analyse sur la situation du salarié et essentiellement du salarié de l'industrie, et conçoit principalement le contrat de travail comme une marque de la domination des forces capitalistes et des détenteurs de l'outil de production sur le salarié qui est naturellement dans une situation contrainte. Le rapport de domination exclut donc la logique contractuelle évoquée par les civilistes et les libéraux. Le contrat n'est qu'une apparence puisque le salarié, qui se situe sous la contrainte économique résultant de son besoin de survie (achat des éléments essentiels pour la reconstitution de sa force de travail), est dans l'obligation d'accepter un contrat qu'il n'est pas réellement en mesure de négocier. Cette école de pensée estime donc qu'il ne s'agit pas d'un contrat au sens classique du mot puisque que les deux parties ne sont pas dans une situation d'égalité dans le rapport de force ou d'influence²⁹. En se tenant à cette analyse, cette école dédaigne totalement la problématique du coût, qui n'est qu'un problème de « capitalistes ». Accepter de discuter du coût du travail serait accepter d'approfondir la théorie de l'extorsion de la plus-value telle qu'elle a été présentée par Marx (Marx, 1867). Or si ces juristes acceptent les thèses économiques marxistes, ils ne s'aventurent que rarement dans leur approfondissement dans la logique de leurs propos sur le droit du travail.

La spécificité de cette école de pensée marque encore aujourd'hui le discours de nombre de syndicalistes ou de dirigeants politiques de gauche ou du centre-droit, même si elle a tendance à décliner. Cela étant, elle est prédominante dans ces années 1970-2000. Elle explique le dédain de l'entreprise et l'éloignement des décideurs politiques du monde économique en général. L'enseignement qu'ils reçoivent dans les écoles d'administration, sa saturation par cette doctrine favorise naturellement la mutation de la législation sur la protection de l'emploi. Fondée en 1973, elle va évoluer pendant 40 ans dans un sens particulièrement favorable à l'indemnisation du salarié objet du licenciement. Elle sera de plus en plus déconnectée du contexte micro ou macro-

²⁹ Jeammaud, Lyon-Caen et autres, *Le droit capitaliste du travail*, Presses universitaires de Grenoble, 1980.

économique sans que cela inquiète le corps social. Cette déconnection du contexte micro-économique, sur laquelle nous reviendrons, est peut-être l'élément le plus paradoxal. En effet, dans l'affrontement prudhommal entre le salarié licencié et l'entreprise qui a décidé le licenciement, c'est bien le sort des deux parties qui est en jeu. De la survie de l'entité économique dépend souvent l'emploi d'autres salariés et les ressources de la collectivité (impôts pour l'État, ressources pour la commune où est située l'entreprise, etc.). Mais la logique de la loi de 1973 -qui persiste à ce jour- interdit au juge de se transformer en une sorte de Roi Salomon qui devrait tenir compte de l'ensemble de la situation micro-économique, et au-delà, aborder quelques éléments relevant de ce que l'on pourrait qualifier de l'intérêt général. Le magistrat prudhommal n'est juge que de l'intérêt personnel du salarié licencié, ce que nous pourrions qualifier d'intérêt « bourgeois » ou « patrimonial » -à contre-sens de la position de Jeammaud et Lyon-Caen qui utilisent ce vocabulaire dans un autre contexte³⁰. Au fil du temps, la loi et la jurisprudence confient au juge la mission d'assurer au salarié licencié un confort patrimonial par l'intermédiaire de l'indemnisation. Et le juge admet d'autant plus facilement accomplir cette mission qu'en première instance, les conseils de prudhommes sont dominés par les juges élus par les salariés et que peu à peu, les chambres sociales des cours seront complétées puis elles aussi dirigées par des juges issus de la génération 1968-1973, sortant de l'école de la magistrature et passée par le syndicalisme, en particulier par le Syndicat de la magistrature. Il me sera rétorqué à juste titre que cette génération est en train de partir à la retraite, ce qui est exact, mais confirme la justesse du raisonnement présenté dans cette recherche. Le mouvement de retrait de l'ancienne jurisprudence correspond à ce retrait des magistrats syndiqués et militants. La lecture du numéro 120-121 de Justice, revue du SM publiée en 1987 à l'occasion des 20 ans de syndicalisme judiciaire (1968-1987) énumère les dirigeants du mouvement sur cette période. Nous y retrouvons nombre de futurs dirigeants de chambre sociale de cours, dont François Ballouhey, trésorier en 1982. Nommé président de la 6^{ème} chambre de la cour d'appel de Versailles le 28 juillet 2000, il éreintera par ses arrêts des centaines d'entreprises du ressort de la Cour. Il sera nommé à la cour de cassation le 17 janvier

³⁰ Jeammaud, Lyon Caen et autres, *Le droit du travail capitaliste*, Presses universitaires de Grenoble, 1980.

2009 et y terminera sa carrière sans avoir un instant renoncé à l'engagement militant contracté sur les bancs de l'école de Bordeaux³¹.

1.2. L'éviction du chef d'entreprise du processus postérieur à la décision de licenciement

Comme toutes les innovations législatives, la loi de 1973 est le produit d'une réflexion sociétale et juridique directement inspirée des évolutions économiques et sociales des années précédentes, vécues par les décideurs et les rédacteurs détenant le pouvoir politique au moment de sa publication. Visant à conforter juridiquement la situation du salarié bénéficiaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, elle exprime les valeurs et les croyances de la société des années 1970, parmi lesquelles la remise en cause globale de l'autorité du chef d'entreprise. Cela explique la quasi-éviction de l'employeur du processus postérieur à la décision même de licenciement, comme s'il avait en quelque sorte purgé l'ensemble de ses compétences et l'essence même de son pouvoir en prenant cette décision. En mettant fin au contrat de travail, il perd l'autorité concédée par le salarié à la firme du fait du contrat sur son corps et son esprit, et donc toute influence sur les aspects postérieurs à la rupture.

Nous notons que l'employeur ne peut revenir sur la décision de licenciement, soit en l'aggravant, soit en l'abrogeant, comme l'administration peut par exemple abroger une décision qu'elle considère soit illégale, soit inopportune dans le délai de deux mois. Cela illustre parfaitement cette volonté d'exclusion de l'entreprise -partie au contrat et notablement active- de l'espace judiciaire saisi par le salarié qui présente une demande prudhomme. Dans cet espace, l'entreprise n'est plus qu'un sujet de droit, une partie au procès et elle ne peut prendre aucune initiative de nature à faire revivre le contrat.

Il est surprenant de constater que les entreprises ont aisément laissé la place alors que dès 1973, anticipant les développements et les suites de la loi, elles pouvaient revendiquer ce que nous appelons un « droit de repentir » et que d'autres qualifient de « droit à l'erreur », étant souligné que les deux notions ne se recouvrent pas totalement. La première est à la fois plus large et plus explicite que la seconde. Quarante ans plus

³¹ Justice, numéro 120-121, 1987, p.49 et s.

tard, ce point essentiel de la loi n'a toujours pas été modifié et cette modification est d'ailleurs fort peu revendiquée par les employeurs eux-mêmes, et en particulier par les instances syndicales (MEDEF ou CPME). Le CNPF des années 1972-1974³² a sous-estimé grossièrement l'impact de la loi de 1973 et ne réagit que lors de la publication en janvier 1975 du texte complémentaire sur le licenciement économique et l'autorisation administrative de licenciement³³.

Il est vrai que les entreprises des années 1970 n'anticipent pas le fait qu'à compter de 1973, les crises économiques vont se succéder de façon régulière, les trois principales étant celle du pétrole de 1973-74, puis celle qui est consécutive à la guerre du Koweït en 1991, ensuite celle de 2001 -l'explosion de la bulle Internet- et enfin celle des *subprimes* en 2008.

Alors que des juristes, totalement impliqués dans la défense prudhommale, soutiennent que le respect de la forme est un moyen essentiel au montage d'un dossier de contestation du licenciement, les entreprises de cette époque totalement engluées dans l'ancienne théorie de « l'employeur -ou le manager- seul juge » méprisent la forme. Les centrales syndicales patronales n'attirent pas l'attention de leurs adhérents ou sympathisants sur cet élément. On ne retrouve aucune littérature spécifique sur ce type de sujet. Cette absence de réaction et de diffusion de l'information dans les entreprises coûtera à celles-ci des centaines de milliers de francs d'indemnisation qui auraient pu être évités par la seule maîtrise de la forme. Devant le juge prudhommal, l'employeur, sûr de la valeur du motif du licenciement qu'il prononce en raison d'une cause qu'il estime péremptoire, en raison d'un vol qui devrait justifier le licenciement pour faute grave, se retrouve pris en défaut parce que le salarié n'a pas été convoqué régulièrement ou que la lettre de licenciement est insuffisamment motivée. On en revient à la théorie de « l'employeur seul juge » qui perdurera dans l'esprit de nombre de dirigeants d'entreprises pendant les 10 ans qui suivent l'apparition de la loi de 1973. Les syndicats de salariés et leurs avocats se réjouissent de cette méconnaissance du droit nouveau et

³² François Ceyrac assure la présidence du CNPF de 1972 à 1981.

³³ En effet, en imposant l'existence d'une autorisation administrative préalable de licenciement, c'est le pouvoir de décision de l'employeur sur le fait même de licencier qui est remis en cause. L'atteinte aux prérogatives du chef d'entreprise va donc, avec ce nouveau texte, au-delà des dispositifs mis en œuvre par la loi de 1973.

de cette naïveté. Les conseillers prudhommes patronaux, plutôt que de réagir en défendant l'entreprise, tombent dans un légalisme béat qui fait évidemment le jeu des avocats des salariés et de leurs collègues conseillers salariés. Ils sont incapables d'adopter une vision téléologique³⁴ du droit nouveau pour le contrer, en retournant la méthode des opposants au droit ancien. Nombre d'articles publiés à l'époque par la CFDT, et reprises par un certain nombre de professeurs de droit dont le professeur Jean-Claude Javilliers ou encore dans les réflexions d'avocats spécialisés tels qu'Étienne Grumbach³⁵, témoignent de cette situation³⁶. Le texte nouveau est instrumentalisé avec succès. La moindre erreur dans le déroulement d'une procédure de licenciement est soulignée. Elle emporte des conséquences au niveau de la régularité du licenciement lui-même et génère une succession de pénalités financières.

1.3. L'indifférence du CNPF face à des évolutions essentielles

De 1973 à 2008, la gauche politique et les syndicats de salariés s'accrochent à la législation sur la protection de l'emploi initiée en 1973 et à ses développements. Si ce comportement peut être contesté au niveau théorique parce qu'il exclut l'analyse des effets de la LPE sur le coût du travail et le niveau de l'emploi, il est logique sur le plan politique. En revanche, nous remarquons une carence persistante de la pensée au sein des organisations patronales. Elles continuent à ignorer les risques que font peser sur l'entreprise les dispositions de la loi de 1973.

1.3.1. La novation que représente l'obligation de compenser les allocations Assedic versées au salarié conforte la mise en accusation de l'entreprise...

Nous prendrons pour exemple topique de cette novation qui aurait dû générer une forte réaction du monde de l'entreprise, l'obligation de rembourser ce que l'on appelait alors les Assedic, devenues Pôle Emploi, à hauteur de 6 mois d'indemnisation. Cette disposition déjà inspirée de l'adage « pollueur payeur », en quelque sorte, conforte la mise en accusation de l'entreprise dans le processus de licenciement, l'accusation sous-jacente de faute. Cette disposition complémentaire du dispositif, à tel point discrète qu'elle est en fait peu remarquée à l'époque de sa mise en œuvre et qu'elle sera

³⁴ La formule est empruntée à Tiennot Grumbach.

³⁵ Jean-Claude Javilliers, *Droit du Travail*, LGDJ, 1978. Tiennot Grumbach.

³⁶ Revues *Droit social* et *Droit ouvrier*, 1973-1977.

médiocrement utilisée tant par les juridictions que par son bénéficiaire, caractérise cette notion de faute. Dans la théorie de l'employeur seul-juge, le pouvoir de direction s'exprimait pleinement et l'ensemble du dispositif légal admettait que toute décision de l'entreprise était légitime par essence puisqu'elle émanait du dirigeant seul compétent pour déterminer ce qui était bon et utile pour le fonctionnement optimum des outils de production. La seule limite était constituée par la volonté de nuire au salarié. Désormais, le processus est inversé et c'est l'entreprise qui est immédiatement suspectée de faute en cas de licenciement. Non seulement la théorie fondatrice du fonctionnement entrepreneurial est mise à néant, mais l'entreprise est devenue suspecte et la notion de faute est retournée contre elle au bénéfice du salarié. Dans cette logique, il devient naturel qu'elle indemnise également, outre le salarié, les Assedic.

Si le conseil des prudhommes requalifie un licenciement pour faute grave en licenciement sans cause réelle et sérieuse, il condamne l'entreprise, en sus des diverses indemnités bénéficiant au salarié, à rembourser aux Assedic une somme correspondant à six mois de couverture chômage. Le texte de la loi impose clairement une double sanction. En outre, il utilise un vocabulaire flagellant pour l'employeur qui devient « fautif » car il a procédé à un licenciement qui a été jugé non causé (voire abusif) par la juridiction prudhommale. Le mot fautif est employé dans le texte lui-même, dans le dernier paragraphe de l'article L.122 14 4 qui dispose que « *le tribunal ordonne également le remboursement par l'employeur fautif, aux organismes concernés, des indemnités de chômage payées au travailleur licencié du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal.* ». Les promoteurs du texte considèrent en effet que les conséquences de la « faute » de l'employeur ne doivent pas être assumées par la collectivité. Puisqu'il s'agit d'une décision prise à l'intérieur de l'entreprise, ses conséquences doivent naturellement être assumées en totalité par l'entreprise. Nous avons vu que les Assedic pouvaient donc intervenir à l'audience pour demander le remboursement des sommes versées au salarié à titre d'indemnisation. Le dirigeant de l'époque des Assedic, André Bergeron, l'ancien dirigeant du syndicat Force Ouvrière, est d'ailleurs vertement critiqué par la CGT et la CFDT pour sa nonchalance au regard des nouvelles dispositions. Les Assedic ne lancent pas systématiquement des avocats sur les traces des entreprises « fautives ». Ces syndicats et leurs juristes considèrent que la défaillance des Assedic à ce niveau est de nature à obérer la puissance dissuasive de

la loi de 1973 puisqu'elle divise en deux la menace indemnitaire (donc la sanction économique) pesant sur l'entreprise. Par la suite, le texte a évolué et la loi a prévu que le conseil des prudhommes puisse condamner l'entreprise déclarée fautive à restituer aux Assedic, dans la limite des six mois, les indemnités décidées par les jugements.

Comment peut s'expliquer l'absence de réaction des milieux patronaux concernant le coût économique global généré pour l'entreprise par la LPE ? La question reste ouverte quarante ans plus tard. La seule réponse qui s'impose réside dans la foi des entrepreneurs en la persistance des années glorieuses, leur incapacité à imaginer des temps différents. Les fédérations patronales sont moins bien assistées qu'elles ne l'étaient en 1936, les conditions de leur intervention dans le processus de Grenelle en 1968 l'a prouvé. Elles n'ont aucune réflexion prospective. Elles laissent libre cours aux assauts des juristes syndicaux et des universitaires qui se resserrent sur l'enseignement du droit du travail dont ils sont en quelque sorte les inventeurs et récusent les aspects managériaux. Fiers des innovations de cette discipline nouvelle, ils dédaignent parallèlement les apports des penseurs anglo-saxons sur le monde de l'entreprise. C'est ainsi que se développe un droit franco-centré qui produit des effets y compris dans le monde de l'entreprise. Dans ces années, l'occultation de la pensée managériale nord-américaine est à son zénith.

1.3.2. ...Qui sous-estime globalement le changement de paradigme

Autre élément de surprise et d'interrogation : ces auteurs et ces enseignants ne laissent pas apparaître dans leur réflexion des éléments de différenciation entre la TPE, la PME et les grandes entreprises, dont la Régie Renault -qui n'est pas encore privatisée- ou Citroën. Leur dédain touche également les PME. Nous oserons prétendre en outre que la personne même du chef d'entreprise de PME n'est pas considérée par ces auteurs comme un personnage digne d'intérêt, en raison de sa « rusticité », à partir du moment où il n'est issu ni de l'ENA ni de HEC. Dans les PME, il s'agit souvent d'un *self-made-man* qui n'est pas passé par l'université. Il peut en revanche avoir réalisé une école technique (école des travaux publics du bd Saint Germain) ou une école d'ingénieur qui fonde sa compétence technique, mais certes pas sa compétence managériale. Ce type de chef d'entreprise sera critiqué de façon récurrente en raison de son opposition souvent frontale aux nouvelles dispositions et à leurs conséquences sur le périmètre du pouvoir de direction, mais également sur le coût du travail. La méconnaissance des promoteurs

de ces réformes sur les conséquences en matière de coûts n'est pas contrée. Les dirigeants d'entreprise ne sont pas capables de leur répondre immédiatement en se fondant sur l'argument du coût, faute d'être soutenus par une réflexion de portée identique à celle des novateurs du droit, en provenance en particulier de l'université. Le débat ne se produit pas et il n'existe pas de discours alternatif. L'argument du chef d'entreprise repose principalement sur l'intuition et sur le constat des résultats concrets du fonctionnement de l'entreprise. Les promoteurs du droit nouveau renvoient donc le chef d'entreprise à sa rusticité et à ses pouvoirs managériaux qui doivent lui suffire pour se coller dans l'entreprise avec les conséquences de ce droit : le coût du travail et l'intervention des salariés dans le périmètre du pouvoir de direction. Ce chef d'entreprise devient la cible privilégiée des actions prudhommales car c'est lui qui, mal informé, mal renseigné et mal encadré par des structures syndicales patronales défailtantes, commet le plus d'erreur dans la mise en œuvre de la loi de 1973.

L'historien des relations du travail qui examine aujourd'hui cette période peut donc affirmer sans crainte d'être démenti que le monde de l'entreprise n'a fait preuve d'aucune anticipation quant à l'aspect systémique et aux conséquences financières de la loi de 1973. Et encore, l'aspect procédural et l'aspect indemnitaire étaient à cette époque relativement limités : ils vont croître au fil du temps avec la complexité de la réglementation sur la procédure et de la jurisprudence. Cette réglementation va également compliquer et alourdir les conditions de l'indemnisation.

2. La formalisation de la protection de l'emploi du salarié en contrat à durée indéterminée : la loi du 13 juillet 1973

2.1. Une législation nouvelle qui vise à contraindre l'entreprise dans le cadre du processus de rupture du contrat de travail

Les conditions de la rupture du contrat de travail étaient encore régies en 1973 par le texte de référence du 27 décembre 1890 encadré et modernisé par quatre-vingts ans de jurisprudence de la cour de cassation. Globalement, le droit du travail (la qualification de « législation industrielle » a été peu à peu évacuée) autorise le licenciement et ne sanctionne que l'abus flagrant qui confine à la volonté de nuire au salarié. La théorie de l'employeur seule juge est encore appliquée par les conseils de prudhommes et les cours : ce sont les réformes de 1973 et de 1975 qui vont y mettre un terme, comme elles

vont limiter au fil du temps le fameux licenciement *ab irato*, c'est-à-dire le licenciement décidé brutalement par le chef d'entreprise-employeur sous le coup de la colère, suite à une erreur parfois vénielle du salarié. Désormais, le licenciement devra reposer sur une cause, qui devra être à la fois réelle et sérieuse, et ce n'est qu'à cette condition que le salarié percevra ses indemnités légales ou conventionnelles, si la convention dont il dépend instaure un régime plus favorable que la loi.

2.1.1. La notion de cause réelle et sérieuse : la garantie de fondement

Le licenciement doit être fondé sur une cause à la fois réelle -bien évidemment, le fait ne peut être imaginaire- et sérieuse : il est nécessaire que sa suffisante gravité justifie la rupture. Dans un premier temps, la loi n'impose pas que le motif du licenciement soit mentionné dans la lettre de rupture : il doit être énoncé à la demande du salarié. Mais elle évolue et rapidement le motif doit être précisé dans la lettre de licenciement. À défaut, le licenciement sera présumé sans cause réelle et sérieuse et le salarié sera donc indemnisé en fonction de l'échelle que nous analyserons dans un instant. Cette modification, intervenue tardivement, a été l'occasion de multiples erreurs commises par les firmes, erreurs qui constitueront autant de rentes d'opportunité pour la partie salariale. Celle-ci pouvait en effet se voir gratifier d'indemnisations conséquentes, même lorsque le salarié était convaincu de vol ou d'incendie volontaire, à partir du moment où l'employeur avait commis l'erreur de ne pas mentionner le motif du licenciement dans la lettre de rupture. La jurisprudence est toujours aussi virulente à ce jour puisque le droit de repentir de l'employeur n'existe pas. Les récentes ordonnances Philippe-Macron envisagent de mettre en œuvre un droit à l'erreur : nous reviendrons plus loin sur cette notion et sur les propositions que nous formulons à ce niveau.

Nous l'avons indiqué, l'objet de notre étude n'est pas la garantie de fondement. Nous ne rappellerons donc les causes de la rupture du contrat de travail que pour mémoire et pour les mettre en relation avec les garanties d'indemnisation.

L'entreprise peut rompre le contrat de travail pour plusieurs raisons :

- une cause réelle et sérieuse, pour motif personnel ou pour motif économique. Elle doit alors régler le préavis et les congés payés y afférents de même que l'indemnité de licenciement ;

- une faute grave (rixes dans l'atelier) privative des indemnités de préavis et de licenciement ;
- une faute lourde (vol ou meurtre sur le lieu de travail), sans le paiement des indemnités de congés payés, du moins jusqu'à la réforme récente.
- une rupture conventionnelle : elle prend l'initiative de la rupture, elle est encore décisionnaire sur les conditions de versement de l'indemnité ;
- un départ en retraite : le départ en retraite n'est pas indolore sur le plan économique puisqu'il entraîne le paiement de l'indemnité de départ en retraite qui est une indemnité de rupture et qui comme telle, entre donc dans le cadre de notre étude.

Mais l'entreprise n'est pas la seule à déterminer les conditions d'une rupture de contrat de travail puisque le juge a lui aussi une compétence.

D'une part, il peut décider d'une rupture :

- en décidant la résiliation judiciaire du contrat de travail, à la demande de l'une ou de l'autre des parties au contrat. Il fixera alors le montant des indemnités de son propre chef, la décision échappant à l'entreprise ;
- en validant une prise d'acte de la rupture du contrat de travail dans le cadre du dispositif de la loi du 21 juillet 2014. Là encore, il valide à la fois le bien-fondé de la rupture et il fixe le montant des indemnités.

Mais le juge peut aussi requalifier une rupture décidée par l'entreprise (c'est en cela qu'il interfère sur le pouvoir de direction du chef d'entreprise) en décidant ainsi qu'un licenciement pour faute grave est en fait dénué de cause réelle et sérieuse. Là aussi, c'est le juge qui détermine finalement le coût de la rupture qui s'impose à l'entreprise.

2.1.2. La garantie de procédure

Le licenciement ne peut intervenir qu'au terme d'une procédure rigoureusement organisée par les textes, d'une façon aussi précise que la procédure pénale que doit respecter un juge d'instruction. Le salarié doit être appelé à produire des explications sur la faute qui lui est reprochée à l'occasion d'un entretien préalable. Il est convoqué par lettre recommandée avec accusé de réception dans un délai suffisant pour lui permettre de préparer sa défense. Le délai est préfixé, et sa violation génère une indemnisation spécifique. Pendant ce délai, il peut éventuellement faire appel à un

délégué du salarié, extérieur à l'entreprise, ou encore à un membre du personnel de l'entreprise, afin d'être assisté. Le licenciement ne peut intervenir avant un second délai préfixé, qui permet à l'employeur de mûrir sa réflexion et qui, lui aussi, s'il n'est pas respecté, peut générer un droit à indemnisation pour non-respect de la procédure, c'est-à-dire de la forme du licenciement.

Le strict respect d'une procédure normée, l'obligation de faire reposer le licenciement sur une cause déterminée excluent désormais ce que la doctrine avait pris pour habitude de qualifier de licenciement *ad irato*, c'est-à-dire de licenciement sous le coup de la colère, décidé brutalement, par un employeur qui s'était levé d'un mauvais pied. De même, l'employeur ne peut se fonder sur une peccadille pour licencier un salarié bénéficiant de dix ou quinze ans d'ancienneté³⁷.

La garantie de procédure est donc à double détente, constituée par deux éléments principaux. Tout d'abord, un ensemble d'obligations procédurales préalables au déclenchement du licenciement quelle que soit sa nature : pour cause personnelle (loi de 1973) ou pour cause économique (loi de 1975) qu'il soit individuel ou collectif. Elles iront croissantes au cours de cette période de trente-cinq ans (1973-2008), en fait jusqu'à l'instauration de la loi sur la rupture conventionnelle -qui constitue véritablement une nouvelle donne en matière de droit du travail. Mais cette procédure qui concerne le salarié visé par le licenciement économique est doublée à l'époque de la nécessité d'obtenir une autorisation administrative délivrée par l'inspection du travail³⁸, laquelle autorisation est-elle même délivrée au terme d'une procédure complexe et longue qui retarde d'autant la date effective du licenciement. On recherchera vainement, dans les débats parlementaires qui précèdent le vote de la loi du 3 janvier 1975, une analyse des conséquences de la procédure de licenciement elle-même sur le coût du travail dans une

³⁷ En référence, le film *La loi du marché* de Stéphane Brizé, permet à Vincent Lindon d'obtenir le prix du meilleur acteur au festival de Cannes 2015. Madame Anselmi, collègue du héros, caissière de supermarché, est licenciée pour avoir détourné à son profit des bons de réduction alors que le règlement intérieur du supermarché interdit ce type de pratique. Le scénario souligne la grande ancienneté de cette salariée, convaincue de cette faute.

³⁸ Article L.321-7 du code du travail issu de la loi de 1975 : quelles que soient l'entreprise ou la profession et sauf en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, tout licenciement individuel ou collectif fondé sur un motif économique d'ordre conjoncturel ou structurel est subordonné à une autorisation de l'autorité administrative compétente.

entreprise confrontée à des difficultés économiques « conjoncturelles ou structurelles » pour reprendre la formulation des deux causes de licenciement économique.

Sous le prétexte d'assurer au mieux la défense et le respect des droits du salarié, les obligations de procédure ont en fait deux objectifs. Tout d'abord, retarder la date effective du licenciement (qu'il soit pour cause personnelle ou pour cause économique, le phénomène étant accentué dans le second cas) par la multiplication des délais et des formalités de consultation³⁹. Mais en outre, cette multiplicité et cette complexité (qui vont aller croissantes de 1973 à 2002) doivent susciter une erreur formelle de l'entreprise dans le cadre du processus de rupture.

La perversité du mécanisme (multiplicité et complexité des formalités et des obligations) devient efficace pour le ou les salariés objets du licenciement. La moindre erreur formelle sera la cause soit d'une indemnisation spécifique pour violation de la procédure, soit de la nullité de celle-ci, le tout avant que soit abordé le fonds du dossier, c'est-à-dire le fondement du licenciement, pour cause personnelle ou pour motif économique. La tendance à l'erreur est d'autant plus importante dans les TPE et les PME que dans les premiers temps, elles sont évidemment incapables de se former au nouveau droit et qu'elles n'y sont aucunement aidées par leurs organisations syndicales (période 1973-1981). Par la suite, la partie salariale et syndicale conservera toujours une ou deux longueurs d'avance sur le management des PME qui, bien évidemment, n'a pas pour seule préoccupation la gestion des procédures de rupture qui ne sont pour lui qu'un acte de gestion parmi d'autres. Cette absence de formation, le désinvestissement des syndicats patronaux, l'incompréhension du management au regard des enjeux, pèseront lourds dans la trésorerie des entreprises.

2.1.3. La garantie d'indemnisation : les pénalités financières concédées par l'entreprise et celles qui dépendent des pouvoirs attribués au juge

L'entreprise qui décide de licencier un salarié sur le terrain de la cause réelle et sérieuse doit naturellement verser les indemnités de préavis et de licenciement, outre les congés

³⁹ Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les délégués du personnel doivent être consultés préalablement au licenciement collectif, avec transmission du PV de la réunion à l'inspection du travail (article L.420-3). La procédure de consultation est renforcée lorsque le licenciement concerne plus de 10 salariés sur une même période de trente jours. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, il est nécessaire de réunir le comité d'entreprise (article L.321-3).

payés correspondant au préavis. Elle doit lui régler également son salaire jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la décision de licenciement.

Mais le salarié peut contester la décision de l'entreprise, même assortie du paiement du préavis et de l'indemnité de licenciement. Dans ce cas, il saisit le juge du contrat de travail qui reçoit en 1973 et en 1975 de nouvelles compétences. Celles-ci constituent un réel bouleversement, non seulement dans le droit processuel, mais plus globalement dans le monde de l'entreprise. En effet, pour apprécier la pertinence d'une cause de licenciement, les juges peuvent désormais mettre en œuvre des pouvoirs d'enquête que les syndicats patronaux assimileront, non sans raison sur le plan de la forme, à ceux d'un juge d'instruction. En effet, pour la première fois, un magistrat autre que le juge d'instruction obtient le droit de pénétrer dans l'entreprise.

Le juge peut donc entrer dans l'entreprise, c'est-à-dire dans la propriété privée de l'employeur, pour y exercer un contrôle. La mesure apparaît d'autant plus violente que nombre de conseils de prudhommes sont contrôlés par des syndicats ouvriers tels la CGT ou la CFDT et cette novation législative est vécue comme l'intrusion de la force syndicale à l'intérieur même de l'entreprise, avec les effets de publicité que ce type de décision, préparatoire au jugement prudhommal, peut toujours avoir sur la collectivité des salariés.

Mais au-delà, le juge prudhommal peut modifier la qualification donnée par le chef d'entreprise à la rupture d'un contrat de travail. Après l'intrusion dans la sphère de la propriété privée, la loi autorise l'intrusion dans le périmètre du pouvoir de direction. Désormais, le conseil de prudhommes peut transformer le licenciement décidé sur le terrain de la faute lourde, privative de toutes les indemnités, y compris l'indemnité de congés payés, en licenciement pour faute grave qui permet au salarié d'obtenir au moins ses congés payés. Mais il peut également requalifier le licenciement prononcé sur le terrain de la faute grave en licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse qui permet au salarié d'obtenir le paiement de son préavis, de son indemnité de licenciement et de ses congés payés. Il peut même considérer que le licenciement n'est pas fondé, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune cause qui soit à la fois réelle et sérieuse justifiant la rupture du contrat de travail. Dans cette hypothèse, le juge condamne l'entreprise non seulement

à verser l'indemnité de licenciement, l'indemnité de préavis et les congés payés restant dus, mais également il doit l'indemniser⁴⁰.

La doctrine et la jurisprudence ont pris l'habitude d'écrire que le juge requalifie le licenciement. C'est en réalité une erreur terminologique : il ne peut le requalifier, il ne peut que le déqualifier et juger que le licenciement prononcé sur le terrain de la faute lourde est en droit un licenciement pour cause réelle et sérieuse. La loi ne lui permet pas de le requalifier, c'est-à-dire de considérer que le licenciement prononcé sur le terrain de la cause réelle et sérieuse est en fait un licenciement pour faute grave.

Nous avons indiqué que nous n'aborderons pas la problématique de la garantie de fondement, qui a fait l'objet de nombreuses études. En revanche, nous devons étudier le fonctionnement de la garantie d'indemnisation car elle est le pendant naturel de la garantie de procédure. Si les lois de 1973 et de 1975 et leurs développements ultérieurs visent à accabler l'entreprise sous le formalisme, ce n'est pas seulement pour reporter dans le temps la date de la rupture du contrat de travail. C'est aussi pour faire peser sur l'entreprise le poids spécifique de chaque manquement aux règles de forme, puis, en point d'orgue, pour lui faire payer une mauvaise interprétation du droit de rompre en interprétant dans un sens favorable au salarié la garantie de fondement.

En outre, la loi de 1973 ajoute à l'ensemble des indemnités prévues dans le cadre d'un licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse par le conseil des prudhommes ce que l'on doit qualifier de pénalité administrative. Elle prévoit en effet que le juge puisse condamner l'entreprise à rembourser les Assedic (devenues Pôle Emploi) à hauteur de six mois des indemnités versées au salarié pendant sa période de chômage. Cette pénalité est qualifiée d'administrative car les Assedic bénéficient d'un statut parapublic.

Cette pénalité est évidemment de nature à notablement aggraver le poids économique du licenciement pour une entreprise déjà éprouvée par le paiement des indemnités

⁴⁰ On verra ci-après les conditions de l'indemnisation, étant souligné que dans l'hypothèse où l'entreprise compte moins de 11 salariés ou le salarié moins de deux ans de présence, l'indemnisation est fondée sur le préjudice réellement subi au jour de l'audience, alors que s'il travaille dans une entreprise de plus de 11 salariés, et bénéficie d'une ancienneté supérieure à deux ans, il obtient une indemnité minimale correspondant à six mois de salaire.

légales (préavis, congés payés sur préavis et indemnités de licenciement) par le paiement complémentaire de dommages et intérêts au bénéfice du salarié. Ainsi, la garantie d'indemnisation doit bien être conçue comme étant un système de cumul des pénalités financières de toute nature instaurées par les articles L.122-9 et L.122-14-4 anciens du code du travail.

2.1.4. Les indemnités légales : l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, le préavis et les congés payés sur le préavis

Cette partie de la garantie d'indemnisation prévue par l'article L.1234-9 concernant le coût du licenciement pour cause réelle et sérieuse concernant les salariés de 8 à 23 mois de présence est augmenté. Ainsi, l'article R.1234-1⁴¹ dispose que « *l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à une somme calculée par année de service dans l'entreprise et tenant compte des mois de service accomplis au-delà des années pleines* », et l'article R.1234-2 que « *l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté* ». Le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement, soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

La base de l'indemnité de licenciement est prévue par la loi, mais elle peut être majorée par la convention collective, ce qui est le cas dans les conventions très protectrices, comme celles de la chimie et de la métallurgie pour l'industrie, celle des notaires pour les services. Elle peut l'être également par le contrat de travail lui-même. Elle se calcule initialement de la façon suivante, pour un salarié présent depuis plus de deux ans dans une entreprise de plus de 11 personnes :

- en 1973, 1/10^{ème} de mois par année d'ancienneté par l'application de l'article R.122-1 ancien du code du travail : ce mode de calcul légal qui pouvait être amélioré par

⁴¹ Décret n°2008-244 du 7 mars 2008 - art. (V)

- l'effet des conventions collectives est resté stable pendant 35 ans, jusqu'en 2008. Le droit n'était acquis qu'à compter de deux ans de présence révolus ;
- en 2008, l'indemnité passe à 1/5^{ème} de mois par année de présence, à compter d'un an de présence ;
 - à compter du 1^{er} janvier 2017 jusqu'au 23 septembre 2017, pour un an de présence révolue, l'indemnité est calculée comme suit :
 - 1/5 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les 10 premières années ;
 - 1/5 de mois de salaire par année d'ancienneté à partir de la 11^e année plus 2/5 de mois de salaire par année supérieure à la 10^{ème}.
 - à compter du 23 septembre 2017, la même indemnité est due mais seulement après 8 mois d'ancienneté dans l'entreprise.

En 10 ans (2008-2017), le législateur a donc augmenté à la fois le montant de l'indemnité de licenciement⁴² et il a réduit les conditions d'éligibilité à cette indemnité de 24 à 8 mois, soit une réduction des deux tiers. Il s'agit du temps de présence dans l'entreprise nécessaire indispensable à un salarié pour lui permettre d'être gratifié. Autrefois, il fallait 10 ans pour obtenir un an de salaire d'indemnité légale de licenciement. Aujourd'hui, il faut 5 ans, soit moitié moins. Cet élément de coût de la rupture du contrat de travail est donc notablement augmenté, dans des conditions qui pèsent naturellement sur le coût global du travail dans l'entreprise.

Il nous semble nécessaire d'insister sur cet aspect. Le discours qui entoure les textes Macron de 2015 et de 2017 sur la réduction du coût du licenciement doit être mesuré. Si le barème des dommages et intérêts constitue une véritable novation qui est de nature à favoriser la prévisibilité des coûts de rupture et de limiter l'*imperium* du juge d'autre part, cet effet est contre-carré en partie par la novation qui impacte parallèlement l'indemnité de licenciement.

De son côté, le préavis est dû lorsque le salarié a plus de deux ans de présence dans l'entreprise, à hauteur de deux mois pour les salariés (alinéa 3 de l'article L.122-6 (ancien) du code du travail) et généralement de trois mois pour les cadres, sauf

⁴² En 2018, la fraction de l'indemnité de licenciement inférieure à un plafond de 79.464 € est exonérée de charges sociales et d'imposition.

convention collective ou contrat plus favorable. Il convient d'y ajouter les congés payés y afférents.

2.1.5. Les dommages et intérêts sur le fondement de l'article L.1235- 3⁴³ du code du travail (L.122-14 4 ancien) et L.1235-5 (122-14 6 ancien)⁴⁴ du code du travail

La décision de déqualification et ses conséquences indemnitaires échappent totalement à la décision du chef d'entreprise. Ainsi, la loi autorise le juge à interférer dans le domaine autrefois préservé du pouvoir de direction du chef d'entreprise et du manager. Il peut modifier à la fois le sens d'une décision et ses conséquences économiques. En effet, la garantie d'indemnisation instaure en 1973 un système progressif : plus le motif de licenciement fixé par le chef d'entreprise est déqualifié par le juge, plus le salarié est indemnisé. Ainsi le licenciement jugé sans cause permet au salarié d'obtenir des indemnités de préavis et de licenciement, les congés payés restant dus sur la période passée et sur le préavis, ainsi qu'une somme à titre de dommages et intérêts, indemnifiant le préjudice qu'il subit du fait de la rupture. Le licenciement jugé comme reposant sur cause réelle et sérieuse ne lui permet de recevoir que le préavis, les congés payés sur préavis, l'indemnité de licenciement et les congés payés lui restant dus à l'instant de la rupture. Le licenciement déclaré comme reposant sur une faute grave est privatif de l'ensemble des indemnités à l'exception des salaires, accessoires de salaire et congés payés dus au moment de la rupture. Enfin, le licenciement pour faute lourde prive le salarié de toute indemnité de quelque nature qu'elle soit.

⁴³ **Article L.1235-3** 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, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L.1234-9. Version applicable du 1er mai 2008 au 24 septembre 2017.

⁴⁴ **Article L.1235-5** Ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les dispositions relatives :

- 1° Aux irrégularités de procédure, prévues à l'article L.1235-2 ;
- 2° À l'absence de cause réelle et sérieuse, prévues à l'article L.1235-3 ;
- 3° Au remboursement des indemnités de chômage, prévues à l'article L.1235-4.

Le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi. Toutefois, en cas de méconnaissance des dispositions des articles L.1232-4 et L.1233-13, relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions relatives aux irrégularités de procédure prévues à l'article L.1235-2 s'appliquent même au licenciement d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés.

D'aucuns considéreront que la loi de 1973 a tenu compte de façon raisonnable de la différence de force économique existant entre les entreprises de moins de 11 salariés (les TPE) et les entreprises de plus de 11. Nous considérons qu'il s'agit d'une erreur d'appréciation, car la résistance économique de l'entreprise de 11 à 20 salariés, voire d'ailleurs au-delà, n'est pas plus sérieuse que celle de la TPE de moins de 11 salariés.

Nous rappelons que pour l'un et l'autre des types d'entreprises, le montant de l'indemnisation est laissé jusqu'en 2017 (soit pendant 44 ans) totalement à l'appréciation du juge sans fixation d'un minimum ou d'un maximum pour l'entreprise de moins de 11 salariés. Certes, le législateur a pensé que le juge serait soucieux de la préservation de l'entreprise et que dès lors, il serait attentif à n'indemniser que le préjudice subi par le salarié, comme le prévoit le texte original de l'article L.122-14.6 du code du travail. Mais au fil du temps, les conseils de prudhommes n'ont plus tenu compte de la situation spécifique des TPE. Le montant des indemnisations a dépassé, au terme des dix premières années d'application de la loi, le plancher des 6 mois qui théoriquement n'était applicable qu'aux entreprises de plus de 11 salariés... pour des salariés de plus de 2 ans de présence. Nous sommes là sur l'un des aspects de l'effet de seuil, si commun dans le droit du travail français.

Nous notons que l'entreprise peut aussi accepter de verser une indemnisation qui n'est pas spécifiquement prévue par le code du travail, mais qui s'inspire des articles L.122-14.4 et L.122-14.6 du code du travail. Elle peut le faire dans le cadre d'une négociation dans le cadre d'une procédure prudhommale, pour l'interrompre, ou encore dans le cadre d'une négociation de rupture conventionnelle. Mais s'il est constant que c'est la contrainte de la loi qui oblige l'entreprise à agir de cette façon, il est nécessaire de souligner que dans le cadre de la négociation, c'est bien l'entreprise qui prend la décision de payer et nous revenons donc dans le périmètre du pouvoir de direction de l'entreprise.

2.2. Le triple effet de cliquet : l'employeur ne bénéficie pas du droit de repentir ou du droit à l'erreur (1973-2017)

Le nouveau droit du licenciement issu de la loi de 1973 confère au juge des compétences dissymétriques dans l'appréciation de la cause d'un licenciement d'une part, dans la maîtrise des conséquences de la rupture d'autre part. Cette dissymétrie est voulue par le

législateur afin de compenser le pouvoir considéré comme extraordinaire du droit commun du chef d'entreprise vu sous sa seule compétence « d'employeur » : celui de rompre unilatéralement le contrat de travail, sans passage préalable et obligé devant le juge pour obtenir, en quelque sorte le droit de rompre.

Premier élément de cette dissymétrie : lorsqu'un salarié est licencié pour cause réelle et sérieuse en raison d'une absence au poste (apprécié comme cause réelle et sérieuse de rupture), mais se trouve par la suite convaincu de vol (lequel constitue une faute grave), la firme ne peut surqualifier le licenciement. Ainsi, lorsqu'elle a déjà adressé la lettre de rupture et indiqué la motivation de celle-ci lors de l'entretien préalable, le débat judiciaire éventuel sur la cause du licenciement sera limité au motif énoncé. Or l'expérience prouve que le départ du salarié de son poste (et son remplacement) permettent souvent de découvrir des fautes qu'il était parvenu à dissimuler dans l'exercice de ses fonctions. Le cas est fréquent concernant par exemple des salariés comptables dont l'entreprise découvre le comportement frauduleux à l'occasion de leur remplacement. Nous avons relevé ainsi plusieurs exemples. Au comptoir d'une PME de miroiterie (70 salariés), la comptable en contact direct avec les petits clients particuliers détournait les petites sommes en espèces ou en chèques en remettant au client de fausses factures qui n'étaient évidemment pas prises en compte par le service. Elle est licenciée pour une peccadille et l'on découvre postérieurement à son départ qu'elle a détourné 100.000 € en huit ans, simplement parce que son successeur dans le poste enregistre toutes les entrées financières et les factures. Un chef de garage dans une casse automobile sort tous les soirs une pièce qu'il n'entre pas dans l'inventaire. L'entreprise était sous vidéo surveillance, mais c'est lui qui contrôlait la vidéo surveillance et qui effaçait les bandes après cette « surveillance ». Il est licencié et l'employeur découvre après la rupture le comportement du salarié, en visionnant les vidéos des derniers jours qui n'ont évidemment plus été effacées.

Second effet de cliquet : le droit positif dénie à l'employeur le droit de se repentir, c'est-à-dire de renoncer aux effets du licenciement qu'il a prononcé. La décision de licenciement et l'envoi de la lettre recommandée constituent pour l'entreprise la fin irrévocable du contrat de travail et gravent dans une sorte de marbre pré-judiciaire la cause de la rupture, avec deux conséquences. D'une part, le contrat ne peut reprendre qu'avec l'accord express du salarié. D'autre part, si la firme admet après la rupture avoir

commis une erreur dans l'interprétation du fait ou du droit, elle n'a pas de « droit à l'erreur » ou de « droit de repentir ». Le salarié peut se prévoir du bénéfice de la rupture pour solliciter des indemnités, même si parallèlement la poursuite de son contrat lui est proposée par l'entreprise⁴⁵. En tout état de cause, nous relevons ici l'une des intentions parfaitement claires de la loi de 1973 (d'ailleurs confirmée par la loi de 1975) dans le cadre de cette volonté de contrainte et de sanction que nous décrivons. L'intention de la loi n'est pas seulement de protéger l'emploi : à défaut, le but de la protection serait effectivement accompli par le simple repentir de l'entreprise et la réintégration du salarié dans l'entreprise, celle-ci reconnaissant son erreur. La loi permet au salarié de choisir, et en l'occurrence de choisir la perception des indemnités de préavis et de licenciement et, éventuellement de choisir la trajectoire prudhommale⁴⁶. Le salarié licencié à tort la choisira d'autant plus que l'erreur de l'entreprise dans le cadre du processus de licenciement sera claire : il est alors certain d'obtenir des dommages et intérêts. Il n'a donc plus aucun intérêt à reprendre son poste dans l'entreprise.

Troisième effet de cliquet : depuis que la jurisprudence et la loi contraignent l'employeur à énoncer les motifs dans la lettre de licenciement, celle-ci fixe définitivement le périmètre du débat prudhommal. Elle s'impose à l'employeur, mais également au juge qui ne peut donc intervenir que dans un sens. Tout élément, même gravissime, qui est porté à la connaissance du juge, postérieurement à la lettre de licenciement, même après l'ouverture du débat judiciaire, ne peut être évoqué utilement. En revanche, le salarié peut à tout moment apporter au débat des éléments antérieurs ou postérieurs à son licenciement qui peuvent être pris en compte et appréciés.

3. La typologie des garanties offertes aux salariés

La loi de 1973 et le décret d'application du 12 septembre 1974 instaurent trois types de garanties qui s'exercent toutes au bénéfice du salarié. La garantie de forme concerne les procédures de rupture. Les garanties de fondement sont relatives aux causes de la rupture. Enfin, les garanties d'indemnisation concernent les conséquences de la rupture.

⁴⁵ Nous verrons ci-après le dispositif envisageable pour pallier cette situation anormale.

⁴⁶ Surtout si l'entreprise de son côté a exprimé son repentir. Dans ce cas, elle en fait avoué qu'elle a licencié sans cause et elle sera irrémédiablement condamnée par la juridiction prudhommale.

La garantie de fondement ne nécessite pas d'explication particulière dans la perspective de notre étude qui ne vise pas les causes des licenciements, mais simplement leurs conséquences indemnitaires et l'ensemble du système mis en place pour les gérer. En revanche, les garanties de procédure et d'indemnisation, éléments importants du dispositif, vont prendre de l'importance avec le temps et changer de nature, sans que cela corresponde expressément à la volonté du législateur de 1973. L'idée de les transformer progressivement en un arsenal dissuasif contre le licenciement va devenir une préoccupation d'une partie de la doctrine et de la marge militante de l'institution judiciaire, dans les conseils des prudhommes et les chambres sociales des cours d'appel, avec les effets que nous examinerons puisqu'ils constituent un élément essentiel de notre réflexion.

3.1. La garantie de procédure

La garantie de procédure est à double détente. Elle est constituée par deux éléments principaux. Tout d'abord, un ensemble d'obligations procédurales préalables au déclenchement du licenciement économique, individuel ou collectif, inspirées de celles mises en œuvre par la loi de 1973 et qui ont déjà été décrites. Elles iront croissantes au cours de cette période de trente ans (1973-2003), en fait jusqu'à l'instauration de la loi sur la rupture conventionnelle -qui constitue véritablement une nouvelle donne en matière de droit du travail. Mais cette procédure qui concerne le salarié visé par le licenciement économique est doublée à l'époque de la nécessité d'obtenir une autorisation administrative délivrée par l'inspection du travail⁴⁷, laquelle autorisation est-elle même délivrée au terme d'une procédure complexe et longue qui retarde d'autant la date effective du licenciement. On recherchera vainement, dans les débats parlementaires qui précèdent le vote de la loi du 3 janvier 1975, une analyse des conséquences de la procédure de licenciement elle-même sur le coût du travail dans une entreprise confrontée à des difficultés économiques « conjoncturelles ou structurelles » pour reprendre la formulation des deux causes de licenciement économique.

⁴⁷ Article L.321-7 du code du travail issu de la loi de 1975 : quelles que soient l'entreprise ou la profession et sauf en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, tout licenciement individuel ou collectif fondé sur un motif économique d'ordre conjoncturel ou structurel est subordonné à une autorisation de l'autorité administrative compétente.

Sous le prétexte officiel d'assurer au mieux la défense et le respect des droits du salarié, les obligations de procédure ont en fait deux objectifs : retarder la date effective du licenciement par la multiplication des délais et des formalités de consultation⁴⁸, mais en outre susciter une erreur formelle de l'entreprise dans le cadre du processus. C'est à ce niveau que le mécanisme devient efficace pour le salarié ou les salariés objets du licenciement. Cette erreur formelle sera la cause soit d'une indemnisation spécifique pour violation de la procédure, soit de la nullité de celle-ci, le tout avant que soit abordé le fonds du dossier, c'est-à-dire le motif du licenciement économique.

3.2. *La garantie d'indemnisation*

La loi de 1973 ajoute à l'ensemble des indemnisations prévues pour chaque cas de licenciement ce que l'on doit qualifier de pénalité administrative, puisqu'elle prévoit en effet que le conseil des prudhommes puisse condamner l'employeur à rembourser les Assedic (devenues Pôle Emploi) à hauteur de six mois des indemnisations versées au salarié pendant sa période de chômage. Cette pénalité est qualifiée d'administrative car les Assedic bénéficient d'un statut parapublic.

Elle est évidemment de nature à notablement aggraver le poids économique du licenciement pour une entreprise déjà éprouvée par le paiement des dommages et intérêts au bénéfice du salarié. Ainsi, la garantie d'indemnisation doit bien être conçue dans le cadre du cumul des indemnisations instaurées par les articles L.122-9 et L.122-14-4 anciens du code du travail.

La base de l'indemnité de licenciement est prévue par la loi. Elle peut être majorée par la convention collective, ce qui est le cas dans les conventions très protectrices, comme celles de la chimie et de la métallurgie pour l'industrie, celle des notaires pour les services. Elle peut l'être également par le contrat de travail lui-même. Elle se calcule de la façon suivante, pour un salarié présent depuis plus de deux ans dans une entreprise de plus de 11 personnes : indemnité de licenciement (dont le montant est fixé à l'époque

⁴⁸ Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les délégués du personnel doivent être consultés préalablement au licenciement collectif, avec transmission du PV de la réunion à l'inspection du travail (article L.420-3). La procédure de consultation est renforcée lorsque le licenciement concerne plus de 10 salariés sur une même période de trente jours. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, il est nécessaire de réunir le comité d'entreprise (article L.321-3).

à 1/10^{ème} de mois par année d'ancienneté par l'application de l'article R.122-1 ancien du code du travail), deux mois de préavis prévus par l'alinéa 3 de l'article L.122-6 (ancien) du code du travail et les congés payés y afférant, enfin six mois de dommages et intérêts sur le fondement de l'article L.122-14 4 (ancien) si le salarié a plus de deux ans de présence dans une entreprise de plus de 10 salariés. Au-delà, la pénalité administrative sera appliquée, obligeant l'entreprise à rembourser aux Assedic le montant de l'indemnisation versée au salarié pendant une période de six mois. La loi de 2008 a modifié le montant de l'indemnité de licenciement en accroissant de cette façon cette partie de la garantie d'indemnisation dans le cadre de l'article L.1234-9. Ainsi, l'article R.1234-1⁴⁹ dispose que « *l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à une somme calculée par année de service dans l'entreprise et tenant compte des mois de service accomplis au-delà des années pleines* », et l'article R.1234-2 que « *l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté* ». Le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement, soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion. Le projet d'ordonnance en discussion actuellement prévoit d'augmenter encore l'indemnité de licenciement.

La garantie d'indemnisation instaure donc un système progressif : plus le motif est déqualifié, plus le salarié est indemnisé. Ainsi le licenciement jugé sans cause permet au salarié d'obtenir des indemnités de préavis et de licenciement, les congés payés restant dus sur la période passée et sur le préavis, ainsi qu'une somme à titre de dommages et intérêts, indemnisant le préjudice qu'il subit du fait de la rupture. Le licenciement jugé comme reposant sur cause réelle et sérieuse ne lui permet de recevoir que le préavis, les congés payés sur préavis, l'indemnité de licenciement et les congés payés lui restant dus à l'instant de la rupture. Le licenciement déclaré comme reposant

⁴⁹ Décret n°2008-244 du 7 mars 2008 - art. (V)

sur une faute grave est privatif de l'ensemble des indemnités à l'exception des salaires, accessoires de salaire et congés payés dus au moment de la rupture. Enfin, le licenciement pour faute lourde prive le salarié de toute indemnité de quelque nature qu'elle soit.

3.3. La nature de la garantie indemnitaire : une catégorie de dommages et intérêts propre au droit social

Lors des débats préparatoires à la loi, les analystes ont raisonné sur la nature de ces pénalités. Se rattachaient-elles aux anciennes notions civilistes qui étaient utilisées antérieurement, c'est-à-dire à l'article 1382 ? Ou bien devait-on considérer qu'il existait désormais une autonomie du droit du travail au regard du droit civil et qu'en conséquence, la loi créait une indemnité spécifique inspirée des règles civilistes mais ayant désormais une origine légale distincte de celle du code civil ? Dans ce cas, le régime indemnitaire résultant de l'application de l'article L.122.14-4 (ancien) du code du travail devenait un régime totalement nouveau et spécifiquement lié au droit du travail. C'est bien cette option qui a emporté la conviction d'une grande partie de la doctrine, alors que les indemnités versées sous l'empire de l'ancienne législation, en l'occurrence la loi du 27 décembre 1890 modifiée, relevaient du droit civil et du droit de la responsabilité. Les juristes sociaux se sont réjouis de la création d'une garantie indemnitaire qui devait échapper au fondement civiliste classique. Mais ils n'ont pas qualifié sur l'instant le système de sanctions pécuniaires organisé par le texte. En fait, il dépasse de très loin le simple paiement des indemnités légales de rupture, voire celui des dommages et intérêts.

Le système présente une double nature qui n'avait pas été vue par l'ensemble de ses promoteurs à l'origine. Il a bien une nature indemnitaire pour le salarié, c'est-à-dire qu'il lui confère un avantage patrimonial dans une logique qui vise à compenser la perte du contrat de travail, envisagé comme un élément essentiel de son patrimoine personnel. La compensation indemnitaire dans le cadre d'une logique patrimoniale s'admet lorsque le salarié est licencié pour faute lourde par exemple et que le licenciement est déqualifié en rupture sans cause réelle et sérieuse. Nous notons cependant que pendant plusieurs années, les auteurs en droit social n'ont pas validé cette qualification. En effet, pour les membres de l'école française du droit du travail partageant une réflexion postmarxiste,

il était difficile d'admettre une telle qualification qui se trouvait en rupture avec l'idéologie de la lutte des classes.

En tout état de cause, l'entreprise ne peut pas admettre que, dans le cadre de la rupture pour motif économique, la notion de faute soit retenue comme fondement d'une condamnation prudhomme au paiement de dommages et intérêts. Nous revenons dans le conflit de logique cher aux auteurs de l'école française de droit du travail : pour le salarié, tout licenciement est conçu comme une faute de « l'employeur ». Mais la société réalise un acte de gestion qui est nécessaire à sa survie, et elle ne peut donc admettre se trouver dans une situation de « faute ». Elle adapte ses effectifs à la réalité d'une conjoncture qui change, soit pour des raisons structurelles, soit pour des raisons conjoncturelles. Le licenciement est fondé sur une cause « objective », c'est-à-dire liée à des événements extérieurs à l'entreprise. Ils impliquent une décision de gestion qui n'est pas liée à la personne ou au comportement du salarié. Nous notons à ce niveau l'objection de plusieurs analystes qui visent les licenciements de pure rentabilité, nécessités par la satisfaction des « fonds de pension américains »⁵⁰. En conséquence, l'entreprise récusé à la foi la légitimité de la loi et la légitimité du juge à interférer dans le périmètre du pouvoir de direction et à pouvoir impacter plus gravement encore, par l'attribution de dommages et intérêts, une firme déjà accablée par une situation économique défavorable.

Mais il existe également dans les dommages et intérêts de l'ancien article L.122-14 4 du code du travail (devenu article L.1235-3)⁵¹ une nature punitive, dans la vieille (et en l'occurrence totalement déplacée) logique judéo-chrétienne. L'école française de droit du travail considère que l'entreprise qui a décidé un licenciement reconnu abusif par le juge doit être punie. La punition s'exprime également par cette double indemnisation, au profit du salarié et de l'établissement Assedic devenu Pôle Emploi⁵². Seules

⁵⁰ Argument cher à Jean-Luc Mélenchon et à l'extrême gauche française.

⁵¹ **Article L.1235-3** : 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, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L.1234-9.

⁵² **Article L.1235-4** : Dans les cas prévus aux articles L.1132-4, L.1134-4, L.1144-3, L.1152-3, L.1153-4, L.1235-3 et L.1235-11, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés

exceptions qui subsistent : le remboursement des indemnités de chômage ne peut pas être ordonné lorsque le salarié a moins de deux ans d'ancienneté lors de la rupture, ou si l'entreprise emploie habituellement moins de 11 salariés⁵³.

Avec le temps, la logique punitive va prendre de l'importance au regard de la seule logique indemnitaire. Elle va d'ailleurs devenir déterminante dans l'ensemble de la construction juridique qui conduit au code du travail actuel, laquelle repose à la fois sur une logique civiliste (devenue travailliste, si l'on se veut partisan de l'autonomie du droit du travail) et une logique punitive, donc pénale.

3.4. Ces garanties sont renforcées et rendues plus complexes encore dans leur gestion par les effets de seuil

Pendant longtemps, le fait d'aborder dans le débat sur les lois sociales ou le contexte managérial des effets de seuil⁵⁴ était « politiquement incorrect ». Les seuils permettent d'effectuer une distinction entre les très petites entreprises, (deux à trois personnes), les petites entreprises, de moins de onze salariés, et les autres structures, c'est-à-dire les PME de plus de 10 salariés (obligation d'organisation des élections de délégués du personnel) ou de plus de 50 salariés (délégués du personnel, comité d'entreprise et comité d'hygiène et de sécurité obligatoires). Ces seuils datent de l'après-guerre : à cette époque, ils n'ont pas une influence sur la conduite de l'entreprise. Avec la loi de 1973 et celle de 1975, le seuil de 10 salariés prend une importance particulière parce qu'il détermine l'attribution automatique de six mois de salaire minimum en cas de licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse (si le salarié a plus de deux ans de présence dans la firme), alors même qu'en dessous de ce seuil, le préjudice est examiné en fonction des éléments produits. Ce seuil des onze salariés retenu à cette date pour les indemnités du licenciement existe également pour d'autres dispositions telles que

de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé.

Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées.

⁵³ **Article L.1235-5** : Qu'une même personne gère plusieurs entreprises distinctes n'est pas un élément suffisant pour retenir l'existence d'une seule entité pour apprécier l'effectif (Cass. soc. 23.09.2015 n° 14-133264).

⁵⁴ Nous avons pris connaissance du remarquable travail de Corine Sachs Durand, *Les seuils d'effectifs en droit du travail*, Bibliothèque d'ouvrage en droit social, LGDJ, 1985.

la présence d'un délégué du personnel et l'organisation obligatoire d'élections professionnelles⁵⁵.

En quarante ans, les garanties de procédure s'accroissent et la réglementation se complexifie. Comme nous l'avons écrit, les juges s'affranchissent du plancher fixé par la loi dans le cadre de la garantie d'indemnisation. Nous notons que le coût du travail tel que nous le définissons augmente logiquement, en conséquence directe. La mortalité des entreprises se développe⁵⁶ mais rien n'y fait : les seuils ne changent pas. À partir de 1981, la loi multiplie les obligations légales et réglementaires dans des conditions telles que la protection du seuil des dix salariés devient en grande partie illusoire tant au niveau des garanties de procédure qu'au niveau des garanties d'indemnisation. En intervenant sur tous les aspects du contrat de travail, la loi alourdit considérablement le *corpus* de connaissances obligatoires de chaque entrepreneur en particulier concernant les règles de procédure du licenciement. Certes, nul n'est censé ignorer la loi, mais il est difficile pour un maçon sans formation générale, de niveau bac ou bac moins deux, d'être à la fois dirigeant d'une TPE ou d'une PME, d'intervenir dans les domaines technique et commercial, et de connaître les 3.500 pages du code du travail⁵⁷ qu'il doit appliquer tous les jours.

3.4.1. Le problème de cohérence de la loi sociale

L'entreprise est déstabilisée par le cumul de ces dispositions, parfois contradictoires ou incohérentes⁵⁸. Il a fallu attendre une ordonnance du 24 juin 2004⁵⁹ pour qu'une vingtaine d'articles du code du travail soient harmonisés concernant la méthode de décompte des jours dans le cadre des procédures de licenciement. En effet, le code décomptait parfois en jour franc, parfois en jour ouvrable. Il lui arrivait d'ailleurs

⁵⁵ Le seuil suivant est celui des cinquante salariés, au-delà duquel d'autres obligations pèsent sur l'entreprise, comme la création d'un comité d'entreprise ou d'un comité d'hygiène et de sécurité. Enfin, il existe d'autres seuils, tel que celui des mille salariés.

⁵⁶ 62.916 de juin 2013 à juin 2014. 64,5 % des entreprises concernées nécessitant l'intervention des AGS ont moins de 5 salariés. Les AGS déboursent 2,2 milliards d'euros pour régler les salaires et les indemnités de licenciement de 282.000 personnes licenciées.

⁵⁷ Code du travail, Éditions La Villeguérin, 2005 : le code 2008 comprend 2.758 pages... sans compter la table de concordance rendue nécessaire par la nouvelle numérotation qui compte quant à elle 258 pages. Mais le code 2013 compte 3.500 pages.

⁵⁸ L'ordonnance sociale du 24 juin 2004, prise en application de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 restaure heureusement quelques éléments de cohérence. Mais le travail n'est pas terminé.

⁵⁹ Ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004.

d'omettre de préciser si le nombre de jours concernés était « franc » ou « ouvrable ». Ainsi, la lettre de licenciement ne pouvait être adressée moins d'un jour franc après la date de l'entretien préalable, concernant un licenciement pour une cause disciplinaire par exemple. Mais dans le cadre d'une rupture pour cause économique, le délai de sept jours (pour un ouvrier ou un employé) et quinze jours (pour un cadre) était obligatoire, mais sans que la nature du jour soit qualifiée, d'où l'émergence de querelles byzantines sur le décompte des délais, qui faisaient la joie des avocats et le régal des conseillers prudhommes à la recherche de la moindre défaillance des employeurs ! Elles se terminaient le plus souvent par une condamnation supplémentaire « pour la forme » de l'entreprise.

En conclusion de ce tableau, on doit noter qu'il existe en droit du travail français 14 seuils sociaux principaux qui impliquent chacun un certain nombre d'obligations générant un coût pour l'entreprise, qu'il s'agisse d'un coût imputé dans les charges générales de l'entreprise mais bien afférent à la présence d'un certain nombre de salariés dans l'effectif de la société, ou d'une rémunération dont le paiement est rendu obligatoire par la loi, alors même que par la définition qui vient d'être donnée, le salarié est dispensé de tout acte productif pendant la période durant laquelle il est en mission syndicale ou en train d'assister aux réunions du comité d'entreprise ou du comité d'hygiène et de sécurité.

3.4.2. Les obligations se renforcent en cas de franchissement de seuil

Au-delà de la complexité générée par le nombre des seuils, il convient de noter que chaque franchissement de seuil accentue la complexité ou les contraintes pour l'entreprise. Ainsi, le passage à 10 salariés implique le versement mensuel des cotisations de Sécurité Sociale au lieu du versement trimestriel. Ce point n'est pas retenu dans notre tableau, mais il génère bien une obligation pour l'entreprise qui constitue un coût, puisqu'il convient de procéder à dix déclarations plutôt que quatre. Le passage à 11 salariés contraint à l'élection et la consultation des délégués du personnel et l'allocation d'heures de délégation qui se répercutent naturellement sur le coût du travail. Notre connaissance de la législation sur la protection de l'emploi permet également de noter que le franchissement de ce seuil entraîne systématiquement

l'application du plancher de six mois de salaire comme indemnisation du licenciement reconnu sans cause réelle et sérieuse.

Le passage à 20 salariés implique d'autres obligations que celles qui sont mentionnées dans le tableau, telles que l'établissement d'un règlement intérieur, ou l'emploi obligatoire de travailleurs handicapés à hauteur de 6 % des effectifs -ou le paiement d'une contribution équivalente. Il produit également l'augmentation du taux de cotisation pour la formation professionnelle continue et la cotisation au Fonds national d'aide au logement.

Incontestablement, c'est le seuil des 50 salariés qui constitue la pénalisation la plus lourde pour l'entreprise compte tenu de l'obligation de créer un comité d'hygiène et de sécurité concernant les conditions de travail, un plan de sauvegarde de l'emploi en cas de licenciement pour motif économique collectif, et un comité d'entreprise. C'est la raison pour laquelle nombre d'entreprises évitent le franchissement de ce seuil. Les répercussions en matière de coût du travail et/ou en matière de coût imputé dans les charges générales de l'entreprise sont particulièrement pénalisantes.

3.4.3. Le contournement de la loi pour échapper aux seuils et aux coûts

Le déplacement des seuils serait-il de nature à avoir un effet direct sur l'emploi ? La question se pose depuis des années, mais se heurte aux dogmes du droit du travail qui l'emportent sur les contraintes du management. Ce déplacement permettrait de réduire le coût du travail sur les entreprises de 50 salariés et plus, et de réduire les charges pesant sur ces entreprises. Les tableaux qui sont publiés par l'Insee ou pour la DARES permettent de constater un regroupement des entreprises dans la zone proche du seuil des 50 salariés. Il est également démontré qu'une des faiblesses chroniques de l'organisation industrielle française résulte de l'insuffisance d'entreprises de taille intermédiaire (de 50 à 150 salariés) comparé par exemple à la situation qui existe en Allemagne.

À l'occasion des travaux préparatoires de la Loi Rebsamen, l'IFRAP a estimé que la modification des seuils générerait mécaniquement l'embauche de 70 à 140.000 salariés dans les mois suivant la décision. S'il est incontestable que le seuil des 11, des 20 et des 50 salariés constitue pour le chef d'entreprise une véritable barrière psychologique, il

convient de dépasser cette notion, par trop simpliste, et d'insister sur des éléments relatifs à la complexité de gestion au coût. La CPME, dans l'une de ses études, déjà ancienne aujourd'hui, indiquait que le franchissement du seuil de 50 salariés, à chiffre d'affaires et effectif constant (50 + 1 doit-on préciser), générerait une augmentation de 4 % de la masse salariale.

Nous n'avons pu retrouver cette étude en dépit de la demande effectuée auprès de la CG-PME⁶⁰. Nous devons donc considérer ce chiffre comme étant à minima. Cela signifie que le coût du travail est bien augmenté de 4 % lors du passage du seuil.

Ces raisons conduisent un certain nombre de chefs d'entreprise à privilégier la création d'entités inférieures en nombre à 50 salariés. Bien entendu, s'ils veulent éviter le risque d'être reconnus comme constituant une unité économique et sociale pour échapper à la complexité et au coût de la législation, ils doivent non seulement multiplier les structures mais également leur partenariat capitalistique, les lieux d'implantation, les objets sociaux, les rattachements aux conventions collectives. La fraude à la loi devient un art. Il faut éliminer par avance les éléments qui attirent l'attention des syndicats : direction de l'entreprise, propriété du capital social, dépendance d'une holding unique, avec redevance de gestion versée à ladite holding, etc.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 a accordé un délai d'un an aux entreprises sous réserve de l'organisation des élections des représentants du personnel, laquelle doit intervenir dans les trois mois du franchissement du seuil, lors de ce franchissement. Une période transitoire d'un an est alors aménagée pour organiser les conditions du franchissement : cet accord ne modifie en rien l'existence du seuil et de ses contraintes. Elle permet simplement de différer celles-ci sur une période d'un an.

Les syndicats préconisent un relèvement des seuils de 50 % et un passage à 15, 30 et 75 salariés au lieu des 10, 20 et 50 tels qu'ils existent actuellement⁶¹ pour les 3 premiers seuils seulement. En fait, il apparaît aujourd'hui que la seule réforme véritablement intéressante pour le monde de l'entreprise viserait déjà à supprimer un seuil sur trois et

⁶⁰ Demande faite à la CG-PME.

⁶¹ Étude de la fondation IFRAP.

en particulier celui des 11 salariés. Subsisterait donc comme premier seuil celui des 20 salariés. Puis le seuil des 50 devrait être porté à 75. La loi pourrait être mise à l'essai pendant trois ans afin que l'on vérifie l'intérêt et l'efficacité du dispositif et que l'on vérifie concrètement s'il génère de l'emploi et renforce la structure des PME françaises.

3.4.4. Conclusion

L'accroissement des obligations procédurales (délai de convocation pour l'entretien préalable ou pour l'envoi de lettre de licenciement, information des services du travail, détail obligatoire des règlements intérieurs etc.) et l'élévation du niveau des sanctions pécuniaires ont eu un corollaire : l'augmentation du coût du travail. Il est démontré que les TPE et les PME ne peuvent ni assimiler ni appliquer ce formalisme excessif. Elles ne peuvent davantage supporter économiquement le coût des sanctions. Il eut été logique de porter le fameux seuil de onze à vingt salariés. Cette mesure concrète et simple aurait facilité la création et la gestion des entreprises. Elle aurait eu un effet positif sur l'emploi. Elle a été soigneusement évitée, les gouvernements libéraux craignant de mécontenter le monde syndical. Elle n'est pas abordée par les ordonnances de septembre 2017.

CHAPITRE TROISIÈME

LA LPE ET LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE (1990-2017)

Les dispositions de la loi du 3 juillet 1973 n'étaient en fait que les prémisses d'un système plus complet et plus complexe qui allait constituer un ensemble cohérent, spécifique au droit français à la fois par sa technicité et sa durée d'application : la législation sur la protection de l'emploi. Il convient en effet de noter que si les systèmes juridiques italiens ou espagnols par exemple comprendront des éléments comparables, ceux-ci seront démantelés dans les années 2000 au plus tard. Et la Grande Bretagne quant à elle porte au pouvoir en février 1975, un mois après la mise en œuvre de la loi du 3 janvier, Margaret Thatcher qui s'évertuera au cours de ses 15 années de pouvoir à libéraliser la législation sur l'emploi pour favoriser l'activité des entreprises et le retour à l'emploi.

La France emprunte une voie totalement opposée : elle instaure une législation pour empêcher les entreprises de licencier, quel que soit le motif de la rupture : individuel ou économique. L'effet systémique⁶² désiré impose la mise en œuvre d'une mécanique juridique complexe que nous avons déjà présentée dans le cadre du licenciement pour motif individuel. Son processus se conçoit en deux temps, une phase de dissuasion, une phase de sanction : soit l'existence du système constitue une menace suffisante pour empêcher l'entreprise de licencier et le résultat recherché est obtenu, soit l'entreprise persiste dans son projet et elle subit une sanction économique forte qui vise à l'atteindre

⁶² Un système qui agit sur le système.

patrimonialement, tout en accroissant le patrimoine du salarié licencié dans le cadre d'un phénomène de compensation-punition. Il génère ainsi une compensation des dépenses exposées par l'État -la société prise au sens générique du terme- pour indemniser le salarié involontairement privé d'emploi. Il s'agit du processus d'indemnisation Assedic, devenu Pôle Emploi.

Nous abordons ici l'un des aspects spécifiques lié aux sciences de gestion. Le législateur français s'est imaginé suffisamment puissant ou intervenant pour contraindre l'entreprise, pour orienter le fonctionnement micro-économique des firmes pour préserver l'emploi. En fait, il s'est évertué à peser sur ce fonctionnement en portant atteinte au pouvoir de direction du chef d'entreprise, en autorisant le juge à s'immiscer dans le périmètre du pouvoir de direction. Ainsi, le juge peut désormais rectifier des décisions de gestion, remplacer ou modifier la décision du chef d'entreprise, avec des conséquences financières et économiques graves. Mais le juge reste évidemment totalement extérieur aux conséquences de sa propre décision, même si elle conduit à l'échec de l'entreprise, c'est-à-dire à sa faillite, pour reprendre l'ancienne dénomination de la loi de 1967, la liquidation judiciaire pour adopter celle de 1985. Le conseiller prudhommal et le conseiller de la cour d'appel obtiennent donc un pouvoir totalement extraordinaire du droit commun. Jusqu'à cette date, le juge n'avait pas accès à l'entreprise et ne pouvait pas influencer, depuis l'estrade de sa juridiction, sur la vie de celle-ci. Il ne pouvait évidemment pas substituer l'une de ses décisions à celle du chef d'entreprise.

Il convient de rappeler que les textes de 1973 et celui de 1975 sont produits sous l'empire de l'ancienne loi sur la faillite, celle de 1967 précitée, mais que la perspective de la disparition de l'outil de travail, conséquence d'une décision absurde du juge prudhommal, ne tracasse pas le législateur. Les travaux préparatoires sur la loi de 1973 ne s'embarrassent pas de cette conséquence certes ultime, mais néanmoins prévisible de son application. Nous retrouvons ici cette conception très française de l'entreprise, selon laquelle elle est en quelque sorte insubmersible, ou qu'elle peut renaître de ses cendres en cas de disparition.

Dans ce chapitre, nous allons présenter, outre une analyse générale des conditions de la loi du 3 janvier 1975, deux dispositifs particuliers : le dispositif propre à cette loi, qu'il

nous semble nécessaire d'approfondir en raison de son importance déterminante dans le cadre de la législation sur la protection de l'emploi, et celui qui a concouru en 1986 à ce que l'on a appelé l'amendement Delalande. En dépit de son effet incertain sur l'emploi, il a persisté pendant près de vingt ans. Enfin, nous présenterons un tableau comparatif des différentes législations dans les états européens ou occidentaux comparables.

1. L'objectif du système : générer la complexité pour dissuader le management de licencié

À ce niveau de la démonstration, nous avons posé le principe de la nécessaire complexité du système législatif, réglementaire et judiciaire de protection de l'emploi tel qu'il résulte désormais de la loi du 3 juillet 1973. Certes le législateur n'a pas présenté lui-même la complexité comme principe fondateur. Mais ses inspirateurs l'ont pensé. Par la suite, l'école française de droit social l'a soutenue et accentuée. Elle l'a revendiquée dans des écrits redondants, dont la revue *Droit social* s'est fait l'écho pendant de nombreuses années.

Pendant ces mêmes années, les parlements successifs, de droite comme de gauche, ont laissé filer la situation. La dénonciation de cette complexité par les entreprises n'a pas arrêté la sédimentation législative qui s'est produite de 1973 à 2008, la dernière étape étant la loi de modernisation sociale de 2002. Son objectif était purement politique et consistait en une ultime concession du Premier ministre Lionel Jospin dans la perspective de sa candidature à l'élection présidentielle, à ses alliés du Parti communiste et des syndicats de gauche. Phénomène particulièrement intéressant et révélateur pour les spécialistes en sciences de gestion : à aucun moment au cours de ce quasi demi-siècle, le coût du travail n'a été considéré comme un facteur devant être pris en compte dans l'élaboration de la loi. Les rares retours d'expérience sur ces dispositifs législatifs ne visent que rarement l'effet direct d'un dispositif sur le niveau de l'emploi et la réduction du chômage⁶³.

La loi du 3 janvier 1975 se situe dans la suite logique de celle de juillet 1973, mais elle vise spécifiquement le licenciement économique. En généralisant à tous les

⁶³ Voir le rapport de l'Institut Montaigne.

licenciements le système des trois garanties (procédure, fondement, indemnisation), le législateur espère donc contrôler le fonctionnement économique du pays et dissuader les entreprises de licencier. Sans doute faut-il bénéficier de ce recul de 50 ans, pour apprécier à la fois l'inanité de la prétention, au regard du fonctionnement même de l'économie du marché.

Si le premier pilier de la LPE est constitué par le système des trois garanties, le second l'est par une sorte de condensé de l'esprit français tel qu'il s'exprime dans ces années 1968-1980, inspiré à la fois par les traditions jacobine et napoléonienne du « contrôle du tout » par l'État. Cet interventionnisme est formalisé par le texte du 22 mai 1945 sur le contrôle de l'emploi et par le rêve sociétal issu du mouvement de 1968. Cet esprit prédomine dans différents espaces, l'université, le monde syndical et les partis de gauche : il lancera ainsi la mode de l'autogestion et pendant quelques temps, la fascination du modèle yougoslave qui sera partagé par le PSU de Michel Rocard. Mais il est également profondément imprégné de l'histoire des 70 années précédentes, qui débute par la création de la CGT et sa prédominance dans le monde industriel de l'avant-guerre, passe par les lois sociales de 1936 et de 1945 et les grands affrontements industriels de l'après-guerre dans les mines, la sidérurgie et l'industrie automobile.

La prégnance du marxisme sur l'université française participe clairement de ce mouvement qui récuse les idéaux nord-américains tant au niveau de la vie sociale que de l'organisation industrielle, étant souligné, comme nous l'avons déjà précisé, que ce comportement implique une réelle discrimination, parfaitement assumée, au regard de la pensée managériale anglo-saxonne. Le système français peut donc s'honorer de sa parfaite cohérence puisqu'il écarte les facteurs de contestation provenant d'autres milieux, d'autres pensées. L'avenir est ouvert pour les dispositions de la loi du 3 janvier 1975.

1.1. Contraindre le management à la gestion de la complexité

Nous l'avons annoncé : la complexité est en elle-même une arme contre l'entreprise et contre le management. Il s'agit en quelque sorte d'une utilisation *a contrario* des principes tayloriens. Taylor rationalise les gestes de l'ouvrier professionnel pour obtenir une meilleure productivité. Il développe le management intermédiaire et impose à celui-ci un contrôle strict des gestes de l'ouvrier et des différentes phases de la production. La

loi de 1975 et plus globalement la législation sur la protection de l'emploi, avec ses compléments, tels que la gestion des IRP, impose au management des comportements totalement antinomiques avec les principes de Taylor. Ainsi, il devient nécessaire de maintenir dans l'emploi, au poste ou non, des salariés qui ne sont plus utiles à la fonction productive jusqu'à ce que l'ensemble de la procédure préalable soit respectée. Les coûts de ces salariés se poursuivront jusqu'au paiement du dernier jour de préavis et des congés payés y afférents, même si le préavis n'est pas effectué puisqu'il n'y a plus de travail à fournir au salarié. Ne serait-ce qu'à ce niveau, nous pouvons apprécier l'anormalité du système issu de la loi de 1975. Mais au-delà, il convient de préciser que toute une partie du management de l'entreprise, et dans les PME le chef d'entreprise lui-même, va devoir consacrer une partie de son temps et de son énergie à la gestion de cette procédure. C'est à ce niveau que l'on constate que la complexité est conçue comme une entrave au management. Elle a pour objet de détourner le chef d'entreprise de sa fonction principale, c'est la dire la fonction productive ou l'assistance à la fonction productive. Le test de 1975 est donc déstructurant pour l'entreprise à ces deux niveaux, ce que ses promoteurs omettent évidemment de préciser et que le patronat français mettra plusieurs années à comprendre.

La gestion de cette complexité impose du temps et la mise en œuvre de moyens managériaux importants. De cette façon, ces moyens sont distraits de leurs objectifs naturels qui sont d'organiser et de produire, de vendre et de rémunérer les facteurs de production, les salariés et les actionnaires. Un événement économique, conjoncturel ou structurel modifie les conditions de production et contraint le management à modifier l'organisation du travail en procédant éventuellement à la suppression des effectifs. Le management a pour obligation de réagir dans les délais les plus rapides pour adapter l'outil de production et faire face à la concurrence qui, quant à elle, se situe dans la même course de vitesse, étant souligné que si les entreprises françaises sont toutes soumises aux mêmes lois et en l'occurrence, en matière de droit du travail, aux mêmes lourdeurs, il n'en est pas de même de la concurrence intra-européenne et de la concurrence mondialisée.

Nous l'avons précisé : la législation sur la protection de l'emploi a pour objectif de fonctionner *a contrario* de l'entreprise et des contraintes du management. Elle vise à empêcher cette adaptation immédiate et rapide, si celle-ci emporte une modification du

niveau de l'emploi. Si cette adaptation est inévitable, et passe par la réduction des effectifs, la loi doit ralentir le processus de rupture des contrats de travail et rendre cette opération la plus coûteuse possible. Même si cet objectif n'était pas nécessairement celui du législateur en 1975, il est clair que ce même législateur et le pouvoir de contrôle de la loi, le conseil constitutionnel, et plus globalement le corps social ont admis qu'il était devenu naturel de brider l'initiative entrepreneuriale, de rendre les réorganisations coûteuses, de les déporter dans le temps quelle que soit la conséquence finale de cette opération pour l'entreprise. L'idée fondamentale réside dans le fait que l'effet dissuasif de la LPE permettra de limiter les licenciements et donc d'éviter l'augmentation du chômage.

La dissuasion repose sur la sanction, prévue à chaque étape de la procédure, en cas de violation de ces étapes, et se termine par l'indemnisation au titre du licenciement considéré comme non causé par la juridiction.

Et effectivement, l'évitement ou l'erreur de l'entreprise sur chacune des étapes de la procédure de licenciement, qu'il s'agisse d'ailleurs du licenciement pour motif individuel ou du licenciement pour motif économique, peut être sanctionnée par une pénalité financière : indemnité pour non-respect de la procédure, par exemple. Enfin, les pénalités énoncées sont de nature diverse : financières en général, civiles ou administratives, elles peuvent être également pénales dans le cadre des délits d'entrave ou des contournements des dispositions contraignantes du droit du travail, dont le respect est cependant obligatoire dans le cadre des licenciements économiques, en particulier des licenciements collectifs.

Puis il existe une pénalité non inscrite dans les lois de 1973 et de 1975, mais dont les effets sont bien réels : nous verrons d'ailleurs que ce sont ces effets qui peuvent emporter l'entreprise vers la liquidation judiciaire. Il s'agit du temps. Rappeler que, pour l'entreprise et pour le management, « le temps c'est de l'argent » est un euphémisme. Mais précisément, la procédure de licenciement française, à la différence de l'anglo-saxonne (américaine, britannique ou allemande), a pour objectif de gaspiller le temps du manager, d'une part, et d'allonger le temps de présence inutile du salarié dans l'entreprise d'autre part. Gaspiller le temps du manager, c'est l'obliger à se consacrer à des tâches non productives. Cette situation se retrouve en particulier dans les TPE et les

PME qui ne bénéficient pas de service RH. La complexité du droit du travail, sur laquelle nous reviendrons, accroît notablement cette charge et ce temps passé. Nous visons également dans cette dépense de temps et dans cette exposition de moyens la gestion des IRP en période de crise. Alors que le chef d'entreprise devrait consacrer l'ensemble de son énergie à la préservation de l'entreprise, il va devoir se confronter à la représentation syndicale dont l'objectif n'est pas nécessairement la préservation de l'outil de production. En imaginant qu'elle le soit, il va devoir passer un temps considérable dans des réunions ou le consacrer au respect d'un formalisme administratif qui ne contribuent en aucune façon à la production. Nous aurons l'occasion d'y revenir : la gestion des IRP est en elle-même un coût pour l'entreprise, ce que nous appelons un coût occulté, et elle n'est pas nécessairement favorable au développement ou à la survie de l'outil de travail.

Mais le système vise également à pénaliser l'entreprise en l'obligeant à rémunérer des salariés dont elle a décidé que sa présence n'était plus utile à la fonction de production. L'impossibilité de licencier rapidement, en particulier dans le cadre des licenciements économiques, l'allongement de la durée de la procédure sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois, sont en eux-mêmes des facteurs de coûts. Il s'agit d'un coût du travail inutile à l'entreprise qui finit par peser sur son fonctionnement et peut effectivement la conduire à la ruine.

1.2. Contraindre les propriétaires du capital à la consommation des ressources financières de l'entreprise

Le lecteur l'aura compris : l'objectif de la complexité est la maximisation du coût du licenciement par le cumul des phénomènes que nous avons décrits, accrus par le texte du 3 janvier 1975. Nous les rappelons pour mémoire : la mise en œuvre de moyens managériaux importants pour l'élaboration de la décision, son suivi et la gestion des IRP, la lenteur de l'opération, qui doit générer la continuation des contrats de travail et donc le maintien d'un coût du travail excessif au regard des nouveaux besoins de l'entreprise, le risque de sanction voire la réalisation de la sanction en raison d'un ou plusieurs manquements aux obligations procédurales imposées par les textes, et donc le renchérissement du coût global du licenciement. Nous y ajoutons les corolaires habituels : les frais de procédure, les frais d'avocat en externe, et bien entendu, le coût

final de l'opération par le paiement de salaire et d'accessoires de salaire sans contrepartie dans le cadre du préavis non effectué par exemple.

Puis nous y ajoutons les surcoûts, qui résultent d'une part du fonctionnement des IRP dans la perspective des licenciements économiques, avec ses corollaires : les frais de procédures, les frais d'expertise comptable du comité d'entreprise, les coûts en matière de salaire résultant de la période d'examen des mesures, qu'il s'agisse ou non de plan sociaux. Pendant cette période, le salarié continue à être rémunéré par l'entreprise même s'il n'est plus utile au processus de production. À la différence du législateur, nous rapportons l'ensemble de ces éléments sur le coût du travail et nous exposons que l'ensemble de ces éléments constitue un coût spécifique qui mérite d'être identifié. Enfin, puisque la loi le permet, nous devons y ajouter le coût différé exceptionnel que constitue le coût du procès intenté par le salarié dans le cadre de la contestation du motif économique du licenciement et éventuellement, si la décision de l'entreprise est finalement contrecarrée par le juge prudhommal, le coût correspondant aux termes de la décision judiciaire.

Les organisations patronales ont totalement sous-estimé cet aspect des lois de 1973 et de 1975 lorsqu'elles ont été votées. Au fil du temps, ces organisations sont malgré tout parvenues à comprendre leur logique, mais il était déjà trop tard pour revenir en arrière. Elles n'ont jamais réussi à mettre en œuvre une riposte à la hauteur de l'enjeu, faute de réflexion, faute de formation des dirigeants et des conseillers prudhommaux patronaux, qui étaient par trop légalistes et bradaient les intérêts de leur entreprise dans le fantasme de la nécessité du respect de la loi, alors que de l'autre côté de la barre, les conseillers prudhommaux salariés, avec la formation apportée par les centrales syndicales et l'appui de syndicats militants, s'acharnaient à créer une jurisprudence qui accentuait les effets de ces lois et favorisait les adaptations futures. L'histoire de la législation de la protection de l'emploi est donc aussi celle de la défaite de l'entreprise et du management, qui s'est soldée au fil du temps par la faillite de nombre de PME, en relation directe avec des décisions prudhommales défavorables⁶⁴.

⁶⁴ Malheureusement, il n'existe pas d'étude statistique sur ce point, ce qui est d'ailleurs conforme à la logique que nous décrivons. De telle façon à ne pas apporter la preuve du caractère déraisonnable d'un système légal, il convient d'une part d'éviter le Retex, et d'autre part d'inciter les organes étatiques et paraétatiques (Insee,

La pression sociale exercée pour que ces textes soient maintenus, voire augmentés dans leur ampleur et leur rigueur, a dissuadé les acteurs de l'entreprise de lancer des offensives sérieuses pour défendre leurs intérêts. Il faut à ce niveau préciser que les très grandes entreprises n'étaient pas spécifiquement mobilisées sur cette problématique puisqu'elles disposaient toujours, à la différence des PME et en proportion à la fois de leurs effectifs et de leurs résultats, de la trésorerie nécessaire pour faire face aux mesures de licenciement économiques qu'elles décidaient. La gauche a renforcé le dispositif de la LPE de 1982 à 2002, des lois Auroux à la loi de modernisation sociale. La droite libérale, lorsqu'elle est revenue au gouvernement à de rares occasions au cours de cette période (1986-1988 et 1993-1997), a refusé d'affronter cette pression sociale. La voix d'autres écoles de pensée, telle que celle qui sera incarnée dans les années suivantes par des économistes tels que Jean Tirole, ne parvenaient pas à se faire entendre. La droite néo-gaulliste qui s'affichait libérale, était en réalité totalement liée aux constructions de l'école française de droite du travail. La pauvreté de la pensée économique et juridique du RPR et de son président en exercice est une bonne illustration de l'incapacité de ce mouvement à réaliser des propositions alternatives sérieuses. Il faudra attendre 2006 pour voir apparaître les premières mesures revendiquant une franche rupture avec le système social français, et nous savons ce qu'il en adviendra.

En conséquence, la droite libérale n'a jamais procédé à une modification en profondeur des textes, jusqu'à la novation de 2008 et l'avènement d'un mode alternatif de rupture du contrat de travail, la rupture conventionnelle. Il est intéressant de noter que c'est le nouveau président de la République élu en 2017, ancien ministre de l'économie et du gouvernement de François Hollande, qui met en œuvre, certes sous la contrainte du taux de chômage, un processus qui aurait dû être initié de longue date par la droite libérale. Les bégaiements de l'année 2006 concernant le CPE et le CNE ont abouti à un échec qui a neutralisé nombre d'initiatives pendant 10 ans.

CNRS) à ne pas s'intéresser au phénomène. Cette réflexion est donc la conséquence de l'expérience professionnelle de l'auteur. À ce niveau, il rappelle avoir proposé à la fédération du bâtiment des Yvelines dans les années 2000-2010 de réaliser une enquête systématique sur la jurisprudence d'une chambre de la cour d'appel de Versailles. Celle-ci était dirigée par un magistrat qui affichait ses engagements syndicaux (Syndicat de la Magistrature) et son attachement à l'école française de droit du travail, outre ses liens avec des syndicats ouvriers. La fédération a renoncé à une étude qui aurait été porteuse de nombreux enseignements, alors même que nombre de ses adhérents sur les départements 78, 92 et 95 étaient victimes du comportement de cette juridiction.

Ainsi, l'entêtement de la gauche et l'incapacité des libéraux français à modifier ces dispositifs a conduit les entreprises à gérer la menace, à payer des sommes considérables au titre des dommages et intérêts dans le cadre des procédures de licenciement, en dégradant leur compétitivité et leur marge, ou encore, ce qui constitue en France un non-dit, à cesser le combat en acceptant, voire en demandant la liquidation judiciaire. Parallèlement, la problématique des seuils a conduit les PME française à auto-limiter leur développement. La littérature juridique tend à minimiser l'effet des seuils en expliquant que si le développement d'une entreprise la conduit à dépasser 50 salariés, elle le fait naturellement, car ce serait en quelque sorte son destin de prospérer. Mais ce présumé se heurte frontalement aux faits et aux nombres des PME qui se situent en dessous de cette limite : et cette fois-ci, il existe des chiffres concernant les entreprises françaises de moins de 50 salariés⁶⁵, et la différence qui existe entre la France et l'Allemagne concernant les ETI. La dépasser, c'est effectivement prendre un risque concernant la mise en œuvre des IRP et le déclenchement d'une série de ce que nous avons appelé les coûts occultés. Mais c'est aussi se heurter à l'incompréhension de plusieurs partenaires, dont les banquiers, qui craignent les PME de plus de 50 salariés en raison de la perte objective d'une partie du contrôle par le chef d'entreprise.

Nous ne rappelons pas systématiquement que le dispositif initié par les lois de 1973 et 1975 est complété par une indemnisation de la période de chômage à hauteur de 90 % du montant du dernier salaire perçu, pendant une durée de deux ans. Cette appréciation est cependant importante pour comprendre également l'acceptation générale par les syndicats de salariés du dispositif, tel qu'il a été conçu à cette époque. En effet, les salariés perçoivent des indemnités au moment du licenciement, outre une confortable indemnisation pendant la période de chômage, au moins les deux premières années, étant souligné que ce sont les entreprises et les salariés en activité qui financent le

⁶⁵ Nombre total d'entreprises : 2.352.740 - Nombre de salariés (secteur marchand) : 14.000.000
Entreprises de moins de 20 salariés : 2.271.740 @ 96,5 %
Entreprises de moins de 50 salariés : 2.325.540 @ 98,8 %
Entreprises de plus de 50 salariés : 27.200 @ 1,2 %
Petites entreprises entre 0 et 9 salariés : 2.187.610
(0 salarié : 1.138.500 / de 1 à 9 salariés : 1.049.110)
PME de 10 à 499 salariés : 163.190
(de 10 à 49 salariés : 137.930 / de 50 à 199 salariés : 21.320 / de 200 à 499 salariés : 3.950)
Grandes entreprises de plus de 500 salariés : 1.930
Source : Ministère de l'Économie

dispositif par une ponction sur leurs marges et leur rémunération qui sera d'autant plus discriminante que le pourcentage consacré à l'indemnisation du chômage et l'abondement des fonds progressera.

1.3. Permettre aux salariés et à l'État de gérer la menace

Logiquement, les entreprises admettent les conséquences du fonctionnement de l'environnement institutionnel dans leur processus de décision. L'intégration de la sanction financière comme élément d'influence d'une décision de gestion, en l'occurrence le licenciement, atteste de la réussite apparente du système issu des lois de 1973 et de 1975. Nous précisons : réussite apparente car le but du législateur n'était initialement ni l'accroissement du patrimoine du salarié dans le cadre du processus de compensation -rupture du contrat de travail/ indemnisation- ni la faillite de l'entreprise. Or il se trouve que la sanction financière et la menace de sanction vont toutes deux aboutir à ces fins initialement non prévues. Le seul objectif choisi, le maintien de l'emploi, sera globalement raté, étant précisé que le mécanisme privilégie le maintien de l'emploi tel qu'il est : il s'oppose à l'évolution de l'entreprise, élément consubstantiel à l'acte entrepreneurial, sans qu'il soit besoin d'évoquer à nouveau le concept schumpétérien de la destruction créatrice.

1.3.1. Lorsqu'André Gorz inspire Tiennot Grumbach et André Jeammeaud

Nous soulignons ici l'aspect déraisonnable d'un texte dont le fondement-même est une illusion : la loi pourrait s'opposer au fonctionnement de l'économie, et qui plus est, de l'économie mondialisée. Si cette mondialisation n'est pas encore apparente aux yeux de tous en 1973, elle l'est évidemment en 1982 et plus tard encore en 2002 lors de la loi sur la modernisation sociale. En revanche, nous rappelons que l'inspiration de l'école française de droit du travail, qui soutient cette novation législative et l'enrichit au fil des années, repose quant à elle sur un substrat marxiste qu'évoque librement nombre de commentateurs. Lorsqu'en 1973 André Gorz, philosophe du travail, publie *Critique de la division du travail*⁶⁶, ce livre a pour objet de rappeler que la division du travail, produit naturel de la « *dictature des fabriques* », c'est-à-dire des usines, vise à maintenir le

⁶⁶ André Gorz, *Critique de la division du travail*, Seuil, 1973. Il s'agit d'un ouvrage collectif où le philosophe marxiste réunit plusieurs textes.

salarié sous la domination du chef d'entreprise en maîtrisant à la fois son temps et son revenu, dans la pure logique marxiste. Les éléments fondamentaux du *Capital*, livre premier, IV^{ème} partie, chapitre XII, sont d'ailleurs publiés en exergue. Et les auteurs réunis par André Gorz expliquent que l'ouvrier d'usine doit retrouver une liberté d'agir et de produire, à l'instar de ce qui existait en Grande Bretagne avant la révolution industrielle des années 1750, en France avant le code civil et en tous cas jusqu'au Second Empire.

Les auteurs reprochent au système capitaliste de production et aux chefs d'entreprise de priver le salarié de cette maîtrise du temps, sous un prétexte d'efficacité et de « profit ». Nous notons à ce propos que les écrits de Gorz, que ce soit dans cette publication ou dans d'autres livres, n'abordent ni le coût du travail, ni la dégradation du profit pur de l'entrepreneur depuis la mise en œuvre de lois et d'obligations sociales au fil du temps, en France depuis globalement le début de la troisième République. Ainsi, nous soulignons que Gorz, l'école française de droit du travail et globalement les forces politiques de gauche considèrent comme naturel que la loi permette aux salariés, par l'intermédiaire de leurs syndicats de « reprendre du temps » aux entreprises. La terminologie n'est pas très élégante, mais elle est significative et elle exprime en quelque sorte la démarche inverse de celle de Taylor. La légitimité de cette « reprise de temps » est exprimée dans les lois successives qui vont de l'organisation de la procédure de licenciement individuelle, jusqu'à la mise en œuvre du plan social avec la possibilité des recours successifs et le blocage de l'opération prévue par la direction de l'entreprise telle qu'elle a été démontrée dans le dossier Goodyear. Contrairement à ce que soutiennent certains commentateurs, la gestion du temps telle qu'elle résulte des obligations de la loi n'est donc pas « innocente » : elle est consubstantielle au texte.

L'un des arguments développé de façon classique par les commentateurs favorables à la LPE est fondé sur le fait que de toutes façons, le contexte institutionnel global (juridique et judiciaire, comptable, fiscal) qui devrait empêcher les licenciements, ne peut les bloquer. Et ces commentateurs en concluent que la liberté de l'entrepreneur reste totale : il lui suffit de payer le prix prévu par la loi.

Énoncé de cette façon, au-delà de la reconnaissance implicite de l'objectif de la loi, le propos est cependant incomplet. Certes, sur le papier, le manager a toujours la capacité

de rompre les contrats de travail, s'il est décidé à affronter le prix de la rupture. Mais à ce stade, deux éléments restent dans l'ombre : la notion de menace, et la notion d'indétermination du prix, notion fondamentale dans le cadre de notre recherche.

1.3.2. La menace à l'encontre de l'entreprise

La menace à l'encontre de l'entreprise est constituée par l'existence même des textes et la volumineuse littérature à caractère répressif⁶⁷ émise depuis les années 1975. Elle va bien au-delà de la seule jurisprudence de la cour de cassation. Cette menace est assurée par la certitude d'une pénalité financière dans le cadre du processus de licenciement, quelle que soit la situation donnée. Cette pénalité peut être immédiate et consentie par l'entreprise au moment de la décision de rompre (paiement des indemnités légales), mais elle peut être également différée dans le temps, de nature administrative (pénalité Delalande), pénale (sanction décidée par un tribunal correctionnel, à la fois de nature financière et personnelle) ou enfin prudhommale (décidée par les juridictions du travail). Elle peut même être civile décidée par le tribunal de grande instance dans le cadre des contentieux de droit syndical.

Ces mêmes commentateurs déclarent sans barguiner que cet effet de menace est purement psychologique, ce qui sous-entend qu'il serait imaginaire et n'aurait donc aucune réalité concrète. Il s'agit d'une triple erreur. D'une part, l'effet de menace est bien réel et il a tendance à pétrifier l'entrepreneur au moment-même où celui-ci devrait prendre une décision essentielle à la sauvegarde de l'outil de travail. Ainsi, au mieux il retarde, au pire il bloque totalement la réactivité de l'entreprise et de cette façon, menace sa survie. Enfin, l'effet de menace est d'autant plus certain que la PME est confrontée à des IRP qui ont pour seul objectif non la permanence de cet outil de travail, mais la meilleure indemnisation des salariés dans le cadre de la disparition acceptée de l'entreprise. Certitude de la pénalité, complexité du processus, action retardataire des IRP puis des juges, civils ou prudhommaux, voilà autant de facteurs empêchant l'adaptation de l'entreprise à une nouvelle donne économique.

⁶⁷ En ce sens, Jean Michel, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, La Documentation française, 2004, sous l'égide du Ministère de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, déjà cité.

Lorsque l'entreprise dépasse le stade de la menace pour affronter la nécessité du licenciement, sa faute dans le processus est presque incontournable. Qu'il s'agisse des obligations imposées par les garanties de procédure, ou des obligations renforcées et imposées sur la garantie de fondement dans le cadre de la loi du 3 janvier 1975, la perversion du dispositif est telle qu'une erreur à l'une ou l'autre de ces phases est quasiment inévitable pour une PME. Ainsi, le dispositif légal mis en place joue totalement son rôle. Il retarde ou empêche le licenciement économique. Il conduit finalement à la perte de compétitivité de l'entreprise, éventuellement à sa liquidation et en conséquence à la destruction des emplois qui subsistaient après la décision de licenciement économique.

Certes, si l'argument est pleinement valable dans le monde de la TPE et de la PME, il l'est beaucoup moins dans le monde de la très grande entreprise où les directions des ressources humaines sont à la fois pléthoriques et hautement compétentes sur le plan technique. Elles peuvent donc préparer le dossier de licenciement pour rompre à tout moment n'importe quel contrat, monter des plans de sauvegarde de l'emploi préalables à des mesures massives en dépit de leur réelle complexité. Cela étant, même ces DRH, même assistées des meilleurs conseils, sont faillibles, ainsi que le prouve le nombre de décisions de justice qui mettent à néant des plans de sauvegarde de l'emploi. Ces jugements contraignent de grandes entreprises à reprendre l'intégralité du processus avec l'ensemble des conséquences au niveau du maintien d'un coût du travail largement supérieur à leurs besoins économiques stricts à ce moment.

En tout état de cause, pour en revenir au niveau de la PME qui est celui du cœur de notre recherche, le dispositif se concrétise par un niveau de coût insupportable. Le manager humaniste (nous ne parlons pas du cost-killer) attend déjà l'ultime instant pour prendre une décision de licenciement économique, tant il espère le retour de l'embellie et tant il craint de devoir se séparer d'un certain nombre de collaborateurs qu'il a formés et qui constituent une ressource précieuse pour l'entreprise. Mais comme nous l'avons dit, il craint aussi le risque d'erreur et celui de condamnation prudhommale. Contrairement à la vulgate, dans la plupart des PME, la décision de licenciement pour motif économique est prise trop tardivement, au regard de la nécessité objective imposée par la situation de l'entreprise. Nous démontrons ainsi que l'effet de menace de la législation sur la protection de l'emploi produit indiscutablement des effets sur le coût du travail. En

dissuadant le chef d'entreprise de rompre immédiatement les contrats alors même que la situation économique impose la modification de la structure de ses effectifs pour alléger ses coûts, il maintient ou augmente les coûts. En tous cas, il dégrade la compétitivité de l'entreprise.

2. Les principes du licenciement économique, pierre angulaire de la LPE

Ce qui est vrai pour le licenciement classique, c'est-à-dire disciplinaire, l'est également pour le licenciement économique. Mais pour celui-ci, la contrainte des dispositifs législatif et réglementaire et le régime des pénalités sont multipliés. Ainsi, l'énoncé des dispositions occupe désormais près de quarante pages dans le code du travail sous la référence « *Titre deuxième : emploi, chapitre premier : licenciement pour motif économique* ». À cette connaissance parfaite du texte, il est évidemment nécessaire d'ajouter celle des règles de forme qui sont prévues à la « *Section deux du chapitre deux : règles propres au contrat de travail : résiliation du contrat à durée indéterminée* ». Elles sont rassemblées dans une centaine de pages assorties bien entendu de la jurisprudence nécessaire à la compréhension des spécificités de ces procédures ! Les lecteurs qui ne sont ni DRH ni avocat spécialisé en droit du travail peuvent s'abstenir, à moins qu'ils ne disposent d'une maîtrise en droit. Tant pis pour les menuisiers ou les restaurateurs formés sur le tas, les boulangers, les maçons ou autres dirigeants de PME de moins de onze salariés titulaires du CAP ou au mieux du bac. Comment le chef d'entreprise dont la préoccupation principale est de rechercher le client pour pouvoir soutenir son effort de production, payer les salaires et l'investissement, aurait-il le temps d'apprendre par cœur tous les détails de la procédure, puis de la suivre à l'alinéa, ou au sous-alinéa près ?

Le texte du 3 janvier 1975 qui fixe le processus du licenciement économique devient la pierre angulaire de la LPE avec son corolaire, le texte sur l'indemnisation du chômage. Cet aspect est évidemment fondamental dans le cadre de notre approche et c'est la raison pour laquelle nous lui consacrons un développement particulier au même titre que celui qui expose la contribution Delalande.

En effet, après le vote de la loi de 1973, de portée générale, ces deux textes de 1975 et de 1986 visent la protection de l'emploi face à la crise économique, et en particulier à

la première crise du pétrole. Le texte qui institue la contribution Delalande renforce le dispositif existant pour tenter de protéger plus encore une population particulière : les salariés de plus de 50 ans que visent de façon privilégiée les licenciements économiques en particulier dans les grandes entreprises de la métallurgie, de l'industrie chimique, et dans une moindre mesure du bâtiment.

La loi du 3 juillet 1975 repose sur les mêmes garanties que celles instituées pour le licenciement individuel, c'est-à-dire la garantie de procédure, la garantie de cause et la garantie d'indemnisation. Nous reprendrons systématiquement l'examen de ces trois garanties dans la logique de notre démonstration en insistant sur les difficultés managériales qu'elles ont pour objet d'accumuler.

2.1. La phase préparatoire : le renforcement des garanties de procédure ôte au management la gestion du temps

Le système de garantie de procédure organisé par la loi du 3 janvier 1975 est particulièrement complexe. Son objectif est d'empêcher le management de gérer le temps, alors même que le dirigeant d'entreprise est confronté au quotidien à une logique économique et financière, à une logique de coûts, dans laquelle le temps occupe une place prépondérante. Le temps de travail des salariés, dans chacune des étapes du processus de production, le temps d'emploi des machines qui produit un effet au niveau de la réalité de l'amortissement du matériel, est comptabilisé et transformé en prix de revient. Dans le cadre de la préparation de la loi sur les 35 heures, les décideurs politiques n'avaient pas envisagé que la réduction du temps de travail n'allait pas nécessairement être compensée par des embauches pour retrouver un fonctionnement à 39 heures et donc un temps d'utilisation des machines similaires, et n'avaient donc pas anticipé l'allongement du temps nécessaire à la rentabilisation d'un investissement.

Cet exemple est particulièrement démonstratif concernant les contraintes de temps et de coûts dans le cadre du licenciement économique. En diminuant de 5 heures par semaine le temps de travail des salariés de l'industrie, qui passait donc de 169 heures mensuels à 151, le temps d'utilisation des machines diminuait, à salariés et équipes égales, de 235 heures par an. Mais la durée de financement d'un équipement étant sur 7 ans, durée pendant laquelle le matériel doit être utilisé pleinement en fonction des prévisions économiques et financières réalisées lors de son achat, la différence est de 1.645 heures

sur 7 ans. Lorsque que ce sont des centaines de salariés qui sont concernés par une telle mesure, les conséquences économiques pour la firme au niveau de la durée de financement et de l'amortissement des équipements, mais également au niveau de l'utilisation des bâtiments par exemple, sont évidemment très importantes. Ses répercussions sur le prix de revient d'un produit sont très sensibles.

Le même raisonnement peut être pratiqué dans des activités plus banales, telle que la restauration. Les 35 heures ont généré des changements de comportement de la clientèle. Le repas du lundi midi vient à sauter lorsque le salarié impute ses RTT ou simplement sa réduction de semaine sur le lundi matin. Mais il peut faire de même sur le vendredi après-midi. Certaines femmes choisissent le mercredi après-midi. Certaines brasseries parisiennes ont donc vu sauter un ou deux services de midi. Calculons simplement la déperdition sur un service, ce qui correspond à une réduction de chiffre d'affaire correspondant à un jour de travail pour une brasserie qui n'assure que le service du midi, au regard de ce qui se passait pendant la semaine de 39 heures.

Cela fait sauter 52 jours de chiffres d'affaire. Mais il se trouve que le fonds de commerce est financé sur 7 ans. Or si l'on supprime 52 jours de chiffre d'affaires par an, cela supprime en fait 364 jours de chiffre d'affaires sur les 7 ans du financement du fonds. Ainsi, le commerçant doit rallonger la durée de son financement d'une année entière pour absorber la perte de chiffre d'affaires résultant des effets des 35 heures, non pas sur ses propres équipes, mais sur son chiffre. Il convient ensuite d'aborder la nécessaire réduction des équipes pour faire face à une telle réduction du chiffre, alors que les charges fixes concernant le matériel sont constantes, de même que les charges afférentes au bail commercial dont il convient de rappeler qu'elles sont calculées sur 9 ans et non pas 7 et qu'elles pèsent sur l'entreprise de la même façon, la loi sur les 35 heures n'ayant pas prévu de modulation à cet effet.

Cette digression sur les effets de 35 heures permet de mettre en relief la gestion du temps et le fait que retirer au management la gestion du temps génère nécessairement une augmentation du coût du travail, et au-delà des charges financières complémentaires concernant l'utilisation des outils de production.

La loi de 1975 utilise le temps contre l'entreprise. Il s'agit du temps d'information du salarié et du comité d'entreprise, du temps de réaction des organes de représentation du personnel, le temps de l'intervention de l'État par le biais de l'administration du travail ou du temps du juge administratif dans le processus de décision du chef d'entreprise. Il s'agit enfin du temps d'organisation de la procédure de licenciement elle-même, avec la constitution de la liste de critères, son application puis le lancement des convocations une fois reçu l'ensemble des autorisations administratives et des avis des organes consultatifs.

Or, le sort de l'entreprise dépend de sa capacité et de sa rapidité de réaction face à un événement qui la contraint à modifier son processus de production et ses effectifs. Si elle maintient des effectifs excédentaires alors qu'elle n'a plus l'utilité de ces salariés, elle accroît le coût du travail dans le prix de revient de ses produits dans des conditions rapidement discriminantes. Elle dépense des sommes importantes pour maintenir ou conserver des machines qui ne produisent plus. L'effet de la loi qui est peut-être le plus pénalisant est constitué par l'intrusion du législateur dans le périmètre du pouvoir de direction par la gestion du temps. Il retire au management la maîtrise du temps et atteint ainsi l'entreprise dans ses fondements-mêmes. Malheureusement, en 1975, aucune réflexion ne stigmatise cet aspect essentiel de la loi qui va être déterminant dans les défaillances d'entreprise du fait de l'impossibilité de réagir en phase avec un événement économique. Il s'agit en outre d'une exception au regard des droits européens comparables.

2.1.1. Le processus d'information et de reclassement préalable

L'énoncé du texte porte haut et fort l'idée que le salarié, menacé de licenciement économique, doit bénéficier d'une information préalable, pleine et entière, sur les circonstances économiques qui affectent l'entreprise et peuvent occasionner son licenciement. Au centre du dispositif, se situent les institutions représentatives du personnel qui ont un rôle essentiel en application de l'article L.321-4 ancien du code du

travail⁶⁸ article 1233-21 nouvelle numérotation⁶⁹. Dans les années 1975-1985, les juges des référés seront souvent saisis de demande de communication de documents retenus par les firmes. Par la suite, le droit du comité de recourir à l'expertise économique viendra se substituer à cette demande de communication arbitrée par le juge judiciaire.

Préalablement à toute décision de licenciement économique, l'entreprise doit déterminer les critères de choix du personnel visé par l'éventuelle mesure, en tenant compte de son ancienneté dans l'entreprise, de son âge, de ses charges de famille... et éventuellement de son efficacité professionnelle. Il ne s'agit pas de décider simplement de supprimer le service ou l'atelier devenu inutile par perte d'un contrat ou d'un client. Il faut également étudier les possibilités de reclassement des salariés, en réalisant des propositions concrètes et écrites.

⁶⁸ **Article L.321-4**

L'employeur est tenu d'adresser aux représentants du personnel, avec la convocation aux réunions prévues à l'article L.321-2, tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif.

Il doit, en tous cas, indiquer *mentions obligatoires* :

- La ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement ;
- Le nombre de travailleurs dont le licenciement est envisagé ;
- Les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements visé à l'article L.321 1-1
- Le nombre de travailleurs, permanents ou non, employés dans l'établissement, et
- Le calendrier prévisionnel des licenciements.

Lorsque le nombre des licenciements envisagés est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, l'employeur doit également adresser aux représentants du personnel les mesures ou le plan de sauvegarde de l'emploi défini à l'article L.321-4-1 qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité.

De même, l'employeur doit simultanément faire connaître aux représentants du personnel les mesures de nature économique qu'il envisage de prendre.

L'employeur met à l'étude, dans les délais prévus à l'article L.321-6, les suggestions formulées par le comité d'entreprise relatives aux mesures sociales proposées et leur donne une réponse motivée.

Lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés sur une même période de trente jours, l'ensemble des informations prévues au présent article sera simultanément porté à la connaissance de l'autorité administrative compétente, à laquelle seront également adressés les procès-verbaux des réunions prévues à l'article L.321-3. Ces procès-verbaux devront comporter les avis, suggestions et propositions des représentants du personnel.

Le plan de sauvegarde de l'emploi doit déterminer les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures contenues dans le plan de reclassement prévu à l'article L.321-4-1. Ce suivi fait l'objet d'une consultation régulière et approfondie du comité d'entreprise ou des délégués du personnel. L'autorité administrative compétente est associée au suivi de ces mesures.

⁶⁹ **Article L.1233-31**

L'employeur adresse aux représentants du personnel, avec la convocation à la première réunion, tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif.

Il indique : 1° La ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement ; 2° Le nombre de licenciements envisagé ; 3° Les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements ; 4° Le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement ; 5° Le calendrier prévisionnel des licenciements ; 6° Les mesures de nature économique envisagées.

Dès 1992, dans une série d'arrêts qui se succèdent très rapidement, la cour de cassation exige que l'étude du reclassement de salariés dans l'entreprise intervienne préalablement à la suppression d'emplois⁷⁰. Cette obligation de reclasser avant de procéder au licenciement pour motif économique ne concerne pas seulement les suppressions d'emploi, mais elle vise également les transformations d'emploi et les modifications substantielles du contrat de travail⁷¹. Le management va donc devoir étudier la possibilité de reclasser le salarié dans un emploi équivalent avec un salaire équivalent. La jurisprudence va rapidement considérer que cette obligation ne se limite pas au niveau de l'entreprise elle-même, mais, si celle-ci appartient à un groupe, elle va s'étendre au niveau du groupe. Un arrêt Thomson Tubes et Displays donne une indication claire dans ce sens dès 1995⁷².

La conséquence de l'absence de reclassement est simple : le licenciement est déqualifié en licenciement sans cause réelle et sérieuse. La loi Aubry du 27 janvier 1993 transforme l'obligation instaurée par la jurisprudence en un texte légal.

2.1.2. Le processus de consultation des organes représentatifs du personnel : les obligations du chef d'entreprise réduit à la qualification « d'employeur »

L'ensemble de ces textes réduit le chef d'entreprise à sa seule compétence d'employeur. Seul ce terme est utilisé, de façon répétitive. Lorsque le nombre des licenciements envisagés est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, « *l'employeur* » doit également adresser aux représentants du personnel les mesures ou le plan de sauvegarde de l'emploi défini à l'article L.321-4-1 qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre (première obligation), lequel doit comprendre les mesures imaginées pour faciliter le reclassement du personnel (à l'extérieur de l'entreprise) si le licenciement ne peut être évité.

Mais simultanément, « *l'employeur* » doit simultanément faire connaître aux représentants du personnel les mesures de nature économique qu'il envisage de prendre (troisième obligation). D'ailleurs précise le même article, « *l'employeur* » met à l'étude,

⁷⁰ Cass. Soc. 1^{er} avril 2012, bulletin civil V, n° 228.

⁷¹ Cass. Soc. 8 avril 1992, bulletin civil V, n° 258 et Cass. Soc. 30 septembre 1997, bulletin civil V, n° 290.

⁷² Cass. Soc. 5 avril 1995, bulletin civil V, n° 123.

dans les délais prévus à l'article L.321-6, les suggestions formulées par le comité d'entreprise relatives aux mesures sociales proposées et leur donne une réponse motivée.

La prétention de ce texte est suffisamment surprenante pour être soulignée. Nous n'imaginons pas un chef d'entreprise et des associés suicidaires qui décident volontairement de mettre à néant leur capital investi et leur source de revenu. Nous n'imaginons pas davantage qu'ils n'aient pas mis en œuvre tous les moyens pour sauver l'outil de production et l'emploi des salariés et qu'ils ne soient pas contraints aux mesures ultimes. Comment dans ce contexte, penser que le comité d'entreprise pourrait avoir des réflexions pertinentes pour sauvegarder l'emploi et l'entreprise au moment même où les décisions de licenciement sont prises sous l'extrême contrainte alors même que depuis plusieurs semaines voire plusieurs mois la situation se dégrade ? Il existe incontestablement une certaine hypocrisie dans cet article puisque nous savons qu'il ne sortira pas des « *suggestions formulées par le comité d'entreprise relatives aux mesures sociales proposés* » une réponse de nature à sauvegarder les intérêts de l'outil de production et de l'ensemble du personnel dont l'emploi peut encore être sauvegardé. Il n'en sortira au mieux que des demandes visant à augmenter les garanties légales ou conventionnelles, et retarder le processus de licenciement pour permettre aux salariés menacés de bénéficier d'un revenu lui aussi menacé à terme le plus longtemps possible... éventuellement contre l'intérêt bien compris des salariés restant dans l'entreprise. L'idée est donc de faire perdre du temps à l'entreprise tout en noyant le dirigeant dans des obligations administratives et sociales qui le détournent de sa tâche première.

Le processus de consultation est évidemment renforcé lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés sur une même période de trente jours. Dans ces conditions, l'ensemble des informations que le chef d'entreprise soit porter à la connaissance des organes représentatifs est transmis à la connaissance de l'autorité administrative, c'est-à-dire de l'inspection du travail. Celle-ci est également destinataire des procès-verbaux des réunions qui comportent les avis, suggestions et propositions des représentants du personnel. Dans aucun des cas de figure que nous avons suivis professionnellement, nous n'avons vu une initiative émanant du comité d'entreprise se révéler utile pour l'entreprise. Elles n'ont toujours eu qu'un seul objectif : améliorer les conditions de licenciements des salariés menacés par les mesures, en détériorant encore la situation économique de l'entreprise.

Et dans ce cas (10 salariés/30 jours), « *l'employeur* » doit présenter au personnel les mesures ou le plan de sauvegarde de l'emploi qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre, et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité. Nous nous arrêtons sur cette première partie de l'article L.321-4 ancien pour en mesurer la portée. En effet, l'article impératif de cette partie du dispositif de la LPE envisage que le chef d'entreprise doit exposer préalablement la cause des difficultés et, puisque l'on est dans un processus de consultation, l'éventuel avis du personnel sur ces causes : problème de concurrence renforcée sur un produit, difficulté relationnelle avec une banque, effondrement de la conjoncture, ou, et le cas est de plus en plus fréquent, impossibilité de trouver un successeur pour prendre les commandes de l'entreprise et perspective de fermeture pure et simple par destruction de l'outil de travail. Le texte, et c'est aussi à ce niveau que l'on constate son inspiration idéologique, vise directement les conséquences d'une mesure qui est effectivement envisagée par le chef d'entreprise, mais pour une raison que le salarié doit évidemment connaître. Ce n'est donc que dans un second temps que l'article indique que « *l'employeur* » doit simultanément faire connaître aux représentants du personnel les mesures de nature économique qu'il envisage de prendre. Puis dans un troisième temps, « *l'employeur* » met à l'étude, dans les délais prévus à l'article L.321-6, les suggestions formulées par le comité d'entreprise relatives aux mesures sociales proposées et leur donne une réponse motivée. Donc, le premier temps, celui de l'exposé de la cause et de la prise de conscience par la collectivité de travail de l'origine des licenciements envisagés, n'est aucunement obligatoire. Le processus de consultation ne vise que la conséquence de la mesure.

Ce commentaire presque mot à mot de la loi pourrait paraître superfétatoire. En fait, il est rarement pratiqué alors qu'il révèle non seulement l'intention du rédacteur, mais l'indigence de la pensée et de la conception de l'action managériale du rédacteur. Nous notons bien entendu (et c'est la quatrième phase du processus légal de consultation) que le plan de sauvegarde de l'emploi détermine les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures contenues dans le plan de reclassement prévu à l'article L.321-4-1 (ce suivi est généralement confié à des cabinets extérieurs à l'entreprise), et il implique une consultation régulière et approfondie du comité d'entreprise ou des délégués du personnel.

Au terme de cet exposé, nous pouvons envisager l'importance du temps qui est consacré à cette opération de consultation et de suivi de la consultation, étant souligné qu'elle n'apporte pas à l'entreprise en difficulté et obligée de licencier un avantage positif pour lui permettre d'affronter la crise qu'elle traverse. Elle contraint le management à des obligations administratives et sociales hors normes, dont le moindre manquement peut avoir des conséquences sur la régularité de la procédure de licenciement et donc l'objectif évidemment est que le moindre manquement ait des conséquences sur la régularité de la procédure. Cette situation est franco-française, et n'a pas d'équivalent, ce qu'il convient de souligner avec force et vigueur car elle est trop souvent présentée comme étant l'expression d'une sorte de norme qui serait internationalement admise. Enfin le texte précise que « *l'autorité administrative compétente est associée au suivi de ces mesures.* »

2.1.3. L'effet de la complexité : l'insécurisation de l'entreprise

Nous nous sommes écartés lors du paragraphe précédent de la logique de sanction dont nous avons souligné qu'elle sous-tend l'ensemble de la LPE, en particulier dans le cadre du processus de licenciement économique. Nous la retrouvons comme conséquence automatique de la complexité procédurale qui s'impose aux entreprises de plus de 50 salariés qui veulent procéder à des licenciements économiques collectifs.

Le cas s'est posé d'une entreprise qui devait licencier une quarantaine de salariés et qui était confrontée à deux obligations distinctes : celle de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Certes, l'obligation d'information repose sur l'article L.432-1 ancien du code du travail lorsque, par exemple, un établissement doit être fermé, alors que l'obligation de consultation du comité d'entreprise repose sur l'article L.321-3 ancien lorsque l'on envisage un licenciement collectif. L'entreprise, de toute évidence par facilité et sans doute pour gagner du temps, mais en ayant la certitude de respecter au plus près la loi, procède à la saisine du comité d'entreprise sur le seul fondement de l'article L.321-3 et L.327-1 du code du travail. Elle pense ainsi, en consultant le comité d'entreprise sur le projet de licenciement, l'informer pleinement sur son projet économique. Lorsque le contentieux parvient devant la cour de cassation, celle-ci explique que les deux obligations sont distinctes et qu'il ne peut y avoir de confusion

entre les deux. En conséquence, l'entreprise aurait dû informer, puis consulter dans le cadre de deux temps parfaitement distincts⁷³. Le licenciement est annulé.

2.1.3.1. *L'insécurisation, effet direct du contrôle du juge*

Seconde observation, concernant toujours les entreprises de plus de 50 salariés auxquelles s'impose la mise au point d'un plan social. La nouvelle loi du 2 août 1989 définit les objectifs du plan, mais elle ne va pas jusqu'à définir le contenu de ce plan. Comme nous l'avons souligné, la loi dite Aubry du 27 janvier 1993, qui renoue avec les principes fondamentaux de la législation sur la protection de l'emploi de 1975, légalise l'obligation de reclassement que conseillaient les avocats mais qui n'étaient jusqu'alors imposée que par la jurisprudence. Elle fait de la matérialisation du plan social un aspect incontournable de la procédure de licenciement pour motif économique, dont l'insuffisance ou l'inexistence génère la nullité du licenciement.

De cette façon, et l'on en revient cette fois-ci à la logique de la loi du 5 janvier 1975, l'administration retrouve un pouvoir d'appréciation sur la formalisation du licenciement économique. La loi Aubry, matérialisée par les articles 321-4 et 321-5⁷⁴ du code du travail tels qu'issus de la loi de 1993, fournit des indications sur le contenu du plan social mais n'impose pas en quelque sorte une check-list impérative. Cet aspect, qui dans un premier temps apparaissait libéral, était en fait une disposition éminemment perverse qui laisse la possibilité à l'administration ou au juge de considérer qu'il manque un aspect au plan présenté. Cette imprécision de la loi vise donc à insécuriser l'entreprise pour permettre aux salariés de recourir contre le plan social et les licenciements. Cette insécurité conçue comme un moyen se situe bien dans la logique de la législation sur la protection de l'emploi.

Le texte de la loi Aubry permettra des annulations largement médiatisées de plans sociaux, tels que celui de la Samaritaine, dans le cadre d'une décision rendue par la

⁷³ Arrêt SIETAM avec commentaire du professeur Lyon-Caen, droit social, mai 1996, p. 488.

⁷⁴ **Article L.321-5** Quels que soient l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement et le nombre de salariés sur lequel porte le projet de licenciement pour motif économique, l'employeur qui envisage de prononcer un tel licenciement doit dégager, dans les limites des dispositions de l'article L.321-5-1, les moyens permettant la mise en œuvre des conventions mentionnées à l'article L.322-3.

Dans le cas visé à l'article L.321-4-1, l'employeur est tenu d'informer les salariés de leur possibilité de bénéficier de ces conventions et de les proposer aux salariés en faisant la demande. Dans tous les autres cas, l'employeur doit les proposer à chaque salarié concerné.

chambre sociale de la cour de cassation le 17 juin 1997 publié au bulletin V n° 111. Dans cet arrêt, la cour de cassation estime le plan social insuffisant, alors que les juristes qui avaient assisté l'entreprise s'étaient montrés particulièrement circonspects au regard du texte de la loi nouvelle. La cour de cassation exige un plan de reclassement, qui était en l'occurrence produit, mais devant comprendre « *les mesures précises et concrètes de nature à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre* ». Les premiers juges avaient considéré que le plan était insuffisamment précis, en ce qui concerne les catégories professionnelles qui étaient visées par le licenciement collectif, et ils estimaient également que les postes offerts n'étaient pas suffisamment détaillés pour donner une idée précise d'un « *reclassement efficace* ».

Dans une autre affaire⁷⁵, la Cour évoque également ce qu'elle considère être comme l'insuffisance du plan social. Elle le critique parce que, selon elle, il ne comporte « *aucune indication sur le nombre et la nature des emplois qui pouvaient être proposés aux salariés à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation du lieu d'exploitation, leur permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »⁷⁶. L'obligation de reclassement s'étend à l'ensemble du groupe. Ces deux arrêts, qui sont certes vieux aujourd'hui de vingt ans, permettent de démontrer les conditions dans lesquelles l'essence même du pouvoir de direction du chef d'entreprise est atteinte et la façon dont l'action du management est encadrée et sanctionnée avec la volonté clairement exprimée d'entraver le fonctionnement de l'entreprise.

2.1.3.2. *l'affaire SAPEF De Lestapis : deux arrêts de la cour de cassation et huit ans de procédure*

Nous avons été conduits à suivre de ces conflits jusqu'à leur terme, pendant une période pouvant aller jusqu'à 10 ans⁷⁷. Dans l'affaire Société Africaine de Presse et d'Éditions Fusionnée (SAPEF) contre de Lestapis, le problème de la réintégration du journaliste salarié protégé licencié, dont le licenciement a été annulé se pose avec une particulière

⁷⁵ Cass. Soc. 17 mai 1995, bulletin civil V, n° 108.

⁷⁶ La Cour vise évidemment l'article 321-4-1 issu de la loi Aubry, devenu aujourd'hui l'article L.1233-62 dans le cadre de la nouvelle numérotation.

⁷⁷ Premier arrêt de la cour de cassation sur la première partie de l'affaire : Cass. Soc. 8 juillet 1997, M. de Lestapis C/ Société Africaine de Presse et d'Édition Fusionnée, bulletin civil V, n° 250, p. 181, analysé au droit social 1997 n° 990, observation G. Couturier.

acuité. La publication de la revue publiée par la société est supprimée et donc la réintégration du salarié dans sa fonction se révèle impossible.

Le journaliste a été engagé en 1968 pour occuper divers emplois à Douala (Cameroun) dans des revues éditées par la société SOCAPE depuis lors transformée et rachetée. Il a été nommé en 1977, à son retour en France, directeur de la publication de la SAPEF Paris, venant aux droits de la précédente. En 1986, il est rédacteur en chef et dans le même temps, très investi dans le syndicat des journalistes, il est successivement délégué du personnel et conseiller du salarié. En 1983, le journaliste s'oppose avec son employeur sur des conditions de rémunération. Des procédures sont engagées et la SAPEF prend acte de la rupture du contrat de travail de son salarié le 7 avril 1994.

Le salarié engage une nouvelle procédure pour obtenir sa réintégration dans une des sociétés du groupe auquel appartenait la SAPEF Paris dirigée par un sieur de Breteuil. Le chef d'entreprise dirigeant de la SAFEP se trouve à la tête des autres sociétés au sein desquelles la réintégration est sollicitée par le journaliste qui obtient cette réintégration. Mais la société se trouve placée en liquidation et le mandataire liquidateur licencie le salarié le 17 février 1997, en exécution d'une autorisation administrative régulièrement délivrée le 22 novembre 1996.

Le salarié conteste la décision de l'inspecteur du travail devant le tribunal administratif. Dans le même temps, il poursuit son action prudhommale devant le juge civil mais par arrêt du 26 novembre 1998, la cour d'appel de Paris statuant sur la demande de réintégration dans le groupe, sursoit à statuer jusqu'à la solution donnée par la cour d'appel de Versailles dans le litige qui s'était ouvert en 1983 et qui avait connu une évolution parallèle à celui qui vient d'être décrit.

C'est la Cour civile de Versailles qui statue le 12 mai 1999. Elle constate que la société SAFEP Paris, dont la liquidation judiciaire a été clôturée pour insuffisance d'actif, n'avait plus d'activité au moment de la demande de réintégration du sieur de Lestapis, en sorte que la réintégration du salarié en son sein était impossible. La cour d'appel rejette également la demande du salarié tendant à sa réintégration au sein de l'une des sociétés du groupe de Breteuil et au paiement des salaires lui revenant depuis le 1^{er} juillet 1994. Elle indique que l'unité de dirigeant ne suffit pas à donner à chacune des sociétés

la qualité d'employeur, que le salarié n'a pas collaboré à d'autres sociétés du groupe que la SOCAPE devenue SAPEF Paris, son ancien employeur et que l'article L.122-12 ne pouvait s'appliquer dans les rapports entre les sociétés SAFEP Paris et SAFEP Dakar devenue Amina international. La Cour de Versailles rejette la demande de réintégration.

Le salarié se pourvoit, et la cour de cassation casse l'arrêt de Versailles le 16 octobre 2001. Elle réaffirme que lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise, ce qui est le cas, en particulier lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue, le périmètre de réintégration d'un salarié protégé s'étend à toutes les personnes juridiques constituant ce groupe. Le salarié estime qu'une unité économique et sociale a été reconnue entre les sociétés SAFEP Paris et SAFEP Dakar devenue Amina International et la cour de cassation estime que la cour d'appel devait vérifier si, nonobstant la mise en liquidation judiciaire de la société SAFEP Paris, l'existence du groupe qui avait été constitué entre cette société et la société SAFEP Dakar devenue Amina, n'obligeait pas celle-ci à réintégrer Monsieur de Lestapis. La cour de cassation considère que la cour d'appel devait prendre en considération l'existence du groupe et vérifier si le salarié pouvait être reclassé dans le groupe, ce qu'elle n'a pas fait. La cour de cassation casse et annule, mais seulement en ce qui concerne la réintégration, l'arrêt rendu le 12 mai 1999 par la cour d'appel de Versailles. Elle renvoie devant la Cour de Lyon par cet arrêt du 16 octobre 2001 qui ne clôt donc pas le contentieux⁷⁸.

2.2. L'intervention de l'État dans le périmètre du pouvoir de direction du chef d'entreprise

À cet instant de la présentation, nous voyons déjà que les garanties de procédure sont renforcées au regard de la procédure classique telle qu'elle est organisée par la loi du 13 juillet 1975. Mais la conviction du législateur qui vote la loi du 3 janvier 1975, dans une logique de défiance à l'égard de l'entreprise -nonobstant le fait qu'il s'agisse d'une majorité parlementaire fondamentalement orientée à droite- est de toute évidence renforcée par la prégnance de la pensée jacobine. Il est persuadé du caractère incontournable du rôle de l'État conçu, érigé et conforté en une sorte de super-contrôleur

⁷⁸ Cour de cassation chambre sociale, Audience publique du mardi 16 octobre 2001 N° de pourvoi: 99-44037

du fonctionnement économique du pays. L'État aurait-il démontré une réelle compétence pour intervenir dans le périmètre de l'entreprise privée, pour porter atteinte en raison d'un intérêt supérieur aux principes fondamentaux de protection de la propriété privée ?

La réponse est évidemment négative, mais cette confiance absolue du législateur -émanation de la société civile- en l'omniscience de l'État va autoriser une situation totalement exclue par la plupart des autres pays occidentaux, y compris l'Allemagne⁷⁹. Le législateur décide de renforcer la protection des salariés pouvant faire l'objet de ce type de licenciement en instituant une intervention préalable de l'État... et une intervention postérieure par le biais de ce démembrement de l'État tout puissant que constitue le système de la justice retenue, la justice administrative.

Ce dispositif s'entend dans la logique de l'ordonnance du 22 mai 1945 sur le contrôle de l'emploi. Les débats parlementaires sont très clairs sur ce point. Les députés considèrent qu'en cas de licenciements collectifs pour motif économique, licenciements concernant au moins 10 travailleurs et donc totalement indépendants du comportement individuel du salarié⁸⁰, le contrôle de l'État sur la réalité du motif et le respect de la procédure de licenciement est nécessaire. Ainsi, l'inspection du travail doit délivrer une autorisation préalable à l'entreprise qui envisage le licenciement économique.

2.2.1. La réalité d'une fraude à la loi...

Cette disposition visait en particulier à contrer quatre types d'initiatives déviantes des entreprises, dont la réalité n'est pas discutable. Les trois premières se situent en amont du processus de licenciement et la quatrième en aval : c'est la plus efficace et la plus utilisée. La première de ces initiatives visait à évoquer l'existence d'un licenciement économique, et une cause que l'on peut qualifier d'objective, pour dissimuler en réalité un licenciement pour motif personnel, cause totalement subjective et dont l'entreprise comprenait déjà qu'il était difficile de le motiver et qu'il était dangereux de risquer une action prudhomme. La seconde concernait une motivation économique frontalement

⁷⁹ Pour l'Italie et l'Espagne : voir infra.

⁸⁰ Recueil méthodique des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1973, édition du Journal Officiel, Assemblée Nationale, J.O. n° 1631, débat parlementaire n° 30-5 1973 ; n° spécial p. 61 ; Sénat, J.O., débat parlementaire, 20 juin 1973, n° spécial, p. 73.

erronée : démarche ridicule mais tentée avec récurrence dans les petites PME. Dans les quelque 8 à 10 ans qui ont suivi l'émission de la loi de 1975, un certain nombre d'entreprises a tenté de disqualifier les licenciements pour motif personnel qu'elles envisageaient, en motif économique. La jurisprudence de la cour de cassation les a vertement remises dans le sens de la loi.

Une troisième tendance, tout aussi clairement affirmée, a conduit un certain nombre d'entreprises à inclure dans les « charrettes » de licenciement économique des salariés protégés dont elles souhaitaient de longue date l'éviction. Là encore, il était facile d'évoquer une clause objective, d'indiquer que le délégué du personnel ou le membre du comité d'entreprise faisait bien partie du service dont on était contraint d'alléger les effectifs et d'intégrer ce délégué ou ce membre du comité d'entreprise dans la « charrette ». L'intervention préalable de l'inspection du travail pour conférer une autorisation administrative de licenciement avait donc pour objet de protéger ces salariés. Bien entendu, cette disposition générait une intrusion complémentaire dans le cadre du périmètre de l'entreprise et du pouvoir de direction de l'employeur. Mais, second phénomène, elle a considérablement alourdi les garanties de procédure avec des conséquences particulièrement lourdes sur le management, et sur le coût du travail.

Le quatrième élément est de toute évidence le plus intéressant. L'entreprise maintient son intention de licencier, en dépit de la menace que fait peser sur elle l'ensemble de la législation sur la protection de l'emploi et la technique des trois garanties. Mais elle tente d'échapper aux rigueurs de la loi et en particulier au problème du temps excessif du délai de la procédure. En conséquence, avant la loi de 2008 sur la rupture conventionnelle, elle recherche une négociation avec le salarié. Mais cette recherche de négociation n'est possible que dans le cadre d'une fraude à la loi que le management va rapidement maîtriser, généralement avec l'aide de spécialistes. La fraude suppose donc la recherche d'un « arrangement » avec le salarié, qui peut être intéressé à quitter son emploi pour échapper à une atmosphère déliquescence, tout en profitant des avantages de l'indemnité de rupture négociée, et de la confortable indemnisation que propose la législation dans ces années 1980. Comme nous l'avons souligné, l'agent économique n'est pas naturellement porté au respect de la législation dans un but d'intérêt général. Il est capable de déterminer un « point de confort » qui lui convient, au-delà du raisonnement strict des juristes et des économistes.

Nous devons aborder ce phénomène puisqu'il s'agit d'un détournement de la législation sur la protection de l'emploi et que ce détournement a été, pendant de très longues années, organisé par les entreprises avec l'accord des salariés, dans des conditions qui étaient évidemment parfaitement connues de l'administration. Nous révélons ici une autre tendance franco-française : si les parties considèrent la loi nuisible à leurs intérêts, elles peuvent la détourner ou la contourner de façon régulière, non pas au vu et au su de tout le monde, mais en tout état de cause à la connaissance des spécialistes de la question. Elle n'en demeurera pas moins en application ! C'est ce que l'on peut dire du contournement de la rigueur de la procédure de licenciement telle qu'elle s'est pratiquée de 1973 à 2008, c'est-à-dire pendant une période de 35 ans.

En effet, l'indemnisation du salarié licencié se révélant relativement confortable lorsque le maintien du salarié dans l'entreprise devenait radicalement impossible pour telle ou telle raison, celle-ci proposait au salarié une rupture dans un cadre conventionnel objectivement *contra legem*. La procédure de licenciement était initiée avec l'accord du salarié, les garanties pouvant être données par l'intermédiaire d'un cabinet d'avocats. Le salarié recevait sa lettre de convocation à l'entretien préalable et se présentait le jour de l'entretien avec l'enveloppe cachetée. Ce jour précis, la négociation, dont les termes avaient été posés auparavant, était définitivement réalisée.

En effet, les deux parties ouvraient la lettre recommandée cachetée, détruisaient la convocation à l'entretien préalable qu'elle contenait. Elles procédaient alors à la signature postdatée d'une lettre de convocation à l'entretien préalable remontant à un mois environ portant la mention « *reçue en mains propres* » par le salarié. Puis, les deux parties s'étant entendues sur la motivation de la lettre de licenciement (le motif économique devenait évidemment un motif personnel), introduisaient dans l'enveloppe décachetée une lettre de licenciement qui était envoyée une dizaine de jours auparavant et datée à cet instant. Cette lettre de licenciement était considérée comme ayant été reçue par le salarié dans l'enveloppe cachetée. La première phase de la procédure était donc terminée. Il était donc aisé de passer à la seconde. Ayant laissé s'écouler entre la réception de la lettre recommandée et le rendez-vous commun que les deux parties avaient pris, un délai suffisant, de l'ordre d'une quinzaine de jours, les parties rédigeaient un protocole d'accord aux termes duquel elles renonçaient à engager une

action prudhommale et s'entendaient sur une indemnité qui était versée le jour même au salarié, lequel en donnait bonne et valable quittance et signait le protocole d'accord.

Ce type d'accord a existé pendant plus de trente ans. Les entreprises échappaient à l'ensemble des contraintes de la procédure, et le salarié bénéficiait d'une somme relativement importante sur laquelle, pendant de très nombreuses années, n'étaient imputées ni fiscalité, ni charges sociales, puisqu'il s'agissait de dommages et intérêts. Nous soulignerons d'ailleurs que ces sommes ne généraient pas davantage de délai de carence au niveau de la prise en charge par les Assedic.

Ce contournement de la loi, parfaitement connu de l'ensemble des autorités administratives, a donc attendu 35 ans pour être finalement mis à néant, délai que le lecteur appréciera tant il est révélateur des particularités hexagonales.

La remise en cause de ce processus s'est faite en raison de l'obligation de déclarer un certain nombre d'indemnisations, puis en raison de la soumission des paiements effectués par l'entreprise à la CGS et à la CRDS. L'intérêt s'est donc trouvé réduit au fil du temps.

C'est dans ces conditions qu'est intervenu le texte sur la rupture conventionnelle qui a mis un terme à ce qu'il convient d'appeler purement et simplement une fraude à la loi, en faisant réapparaître les processus conventionnels de rupture qui étaient réalisés de façon subreptice.

Cette situation constitue évidemment pour l'entreprise un avantage notable au regard de ce qu'était le système antérieur.

2.2.2. ... Qui aurait pu être contrôlée et sanctionnée par le juge du contrat de travail

La double garantie de procédure instaurée par la loi du 5 janvier 1975 se traduit par une atteinte plus grave encore au pouvoir de direction du chef d'entreprise, et, plus globalement, aux prérogatives du management. Il est nécessaire d'approfondir les conditions de cette atteinte, afin de démontrer la spécificité de la situation française, à laquelle nulle autre n'est comparable dans le monde économique occidental, États-Unis, Grande-Bretagne, Allemagne, Canada ou Australie compris.

En effet, la nouvelle loi et les développements des années immédiatement postérieures, tant sur le plan règlementaire que sur le plan jurisprudentiel, conduisent l'État et les juges, judiciaire et administratif -le juge administratif n'étant lui-même qu'un prolongement de l'État dans l'ancienne tradition de la justice déléguée-, à intervenir dans l'espace privé de l'entreprise. Pour le juge judiciaire, c'était déjà le cas avec la loi de 1973 et les différents développements que nous avons analysés, mais l'État, en dépit des mesures relatives au contrôle de l'emploi résultant du texte du 22 mai 1945, et le juge administratif n'avaient pas le même pouvoir. Il ne ressort d'ailleurs pas de leurs missions traditionnelles une quelconque responsabilité en matière de gestion de l'entreprise privée, une compétence spécifique pour apprécier les conditions de cette gestion. En dépit de cela, le législateur de 1975 les dote de pouvoirs exceptionnels.

Sans doute ne se rend-il pas compte de l'incohérence de son comportement et du chaos que peut générer cette initiative non seulement dans le fonctionnement de l'État et de l'institution judiciaire, mais également dans l'entreprise. Et comme à l'habitude dans le contexte français, la mesure n'est pas complétée par des dispositions qui permettraient d'apprécier sa portée dans le cadre d'un retour d'expérience par exemple, afin éventuellement de l'affiner, de la modifier ou de l'annuler. Donc cette novation législative a, dès le départ, vocation à être modifiée dans le conflit, sous la pression des événements. L'un des éléments de l'incohérence dénoncée ci-dessus résulte en particulier de la double compétence du juge administratif et du juge judiciaire pour apprécier, chacun de leur côté, pour le premier la validité des décisions administratives autorisant ou refusant le licenciement économique, pour le second le montant de la garantie d'indemnisation.

Les contrôles exercés par l'administration du travail sur la procédure, puis la réalité du motif économique évoqué par l'entreprise pour procéder à la rupture du contrat de travail, deviennent extrêmement invasifs. Si la cour de cassation dans ces années 1970-1978 respecte encore le pouvoir de direction du chef d'entreprise et hésite à s'immiscer dans le fonctionnement de l'entité économique⁸¹, en revanche, très rapidement, le Conseil d'État va perdre toute hésitation. Le paradoxe de la situation n'échappera

⁸¹ Elle a cependant récusé la théorie de l'« employeur seul juge » dans le cadre des arrêts Perrier de 1974.

d'ailleurs à personne : il s'agit de la juridiction la plus fonctionnarisée de France, dont l'ensemble des membres est en général issu de l'École Nationale d'Administration ou de l'administration elle-même, en ayant été nommé après un certain temps de carrière dans telle ou telle administration centrale de l'État. Ces fonctionnaires se posent désormais en juges de l'opportunité d'un licenciement économique, alors même qu'ils n'ont jamais ouvert un bilan de leur vie, n'ont jamais été, d'une manière ou d'une autre, impliqués dans la gestion d'une entreprise. Après la double intervention de deux systèmes de justice, il s'agit d'une seconde particularité hexagonale qui donnera lieu dans les années 1975-1990 à bien des aberrations.

Mais au-delà même de ce commentaire, nous devons revenir au fonctionnement de cette procédure très particulière. Si le Conseil d'État avait débuté par l'exercice d'un contrôle minimum sur les décisions de l'administration qui validaient un licenciement économique, rapidement, dès l'année 1976, estimant de toute évidence que la chambre sociale de la cour de cassation est trop pusillanime, le conseil étend son contrôle. Dans un arrêt devenu classique et commenté au recueil des grands arrêts de la jurisprudence administrative, il explique tout de go que pour refuser à l'entreprise l'autorisation administrative de licenciement sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité. Dans le cas précis, le conseil d'État annule l'autorisation de licenciement donnée par le ministre sur recours hiérarchique de l'entreprise alors que l'inspecteur du travail des lois sociales en agriculture avait refusé le licenciement. Les juges expliquent⁸² qu'il résulte « *de l'instruction que les faits reprochés à l'intéressé ne présentent pas un caractère suffisant de gravité pour justifier la décision du ministre d'autoriser son licenciement.* » En l'occurrence, il s'agit à cet instant non pas d'une autorisation administrative de licenciement économique pris sous le régime de la loi de 1975, mais du licenciement d'un salarié protégé en raison d'une faute considérée comme grave par l'employeur, pris

⁸² « que la décision d'autorisation est fondée sur le motif que le sieur x... aurait commis, dans l'exercice de son activité professionnelle, des fautes graves justifiant son licenciement ; qu'il résulte de l'instruction que les faits reprochés au sieur x... ne présentent pas un caractère suffisant de gravité pour justifier la décision du ministre de l'agriculture d'autoriser son licenciement ; que le ministre ne peut utilement, pour donner un fondement légal à sa décision, se prévaloir de la mission de service public des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural ; cons. qu'il résulte de tout ce qui précède que la société d'aménagement foncier et d'établissement rural et le ministre de l'agriculture ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a annulé la décision autorisant le licenciement du sieur x... ; rejet de la requête et du recours avec dépens. » CE, ass., 5 mai 1976, n° 98647 ! 98820, Lebon.

sous le régime de la loi de 1973. Ce qui est notable, c'est l'évolution de la jurisprudence à travers ce cas de figure car cela signifie que le conseil d'État estime d'une part qu'il peut faire prévaloir des motifs d'intérêt général pour imposer à une entreprise de droit privé un certain comportement. Il s'agit de la révocation par le conseil d'État de la théorie de « l'employeur seul juge », doublée d'une intrusion dans le périmètre du pouvoir de direction de l'employeur d'une entreprise privée, pour des motifs « d'intérêt général » dont elle n'a objectivement aucune des missions, aucun des attributs, et pourrait-on ajouter aucun des avantages.

La juridiction administrative va donc étendre son contrôle et elle va rendre au cours des années suivantes plusieurs décisions qui restent encore dans les esprits, tant le choc de l'intervention directe de l'État dans la sphère de l'entreprise a été violent. Ainsi, le tribunal administratif de Versailles se manifeste dans ces conditions dans une affaire CGT et Albero c/SMP⁸³. Dans ce cas de figure, le juge administratif porte une appréciation sur la situation économique de la société qui édite *Le Petit Parisien*. Le tribunal estime que l'administration doit tenir compte dans son appréciation de la cause économique « *des liens existant entre la société [objet de ce litige] à une autre société et de la répercussion des positions économiques et sociales de cette dernière sur les faits ayant donné lieu au présent litige.* »

Dans un arrêt de principe du 18 février 1977 Abellan⁸⁴, le conseil d'État annule en opportunité une autorisation de licenciement pour cause économique d'un représentant du personnel. À cet instant, l'ensemble de la doctrine, d'ailleurs influencée par les conclusions du commissaire du gouvernement Dondoux, qui explique au juge qu'à partir « *du moment où vous vérifiez pour les salariés protégés que la situation*

⁸³ Décision publiée dans *Droit ouvrier* n° 349 en juillet 1977.

⁸⁴ *Droit social*, mai 1977 : la revue publie l'arrêt et les conclusions du commissaire du gouvernement. L'arrêt SAFER d'Auvergne du Conseil d'État en date du 5 mai 1976 (Dr. Soc. 1976, 346) souligne, à propos des salariés légalement investis de fonctions représentatives, que « *lorsque le licenciement d'un de ces salariés est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé* ». La même formule est reprise par l'arrêt Abellan du 18 février 1977 (Dr. Soc. 1977, 173). Dans les conclusions rendues sous cet arrêt, le Commissaire du Gouvernement Philippe Dondoux précisait : « *à notre avis, il suffira que le dossier montre que l'appartenance syndicale ou l'exercice du mandat n'étaient pas dénués de tout lien avec la demande de l'employeur pour que l'inspecteur soit tenu de refuser le licenciement : car l'expression « en rapport » ne signifie pas que le licenciement doive avoir été motivé, de façon principale, par le mandat : il suffit, à notre sens, que cette motivation a existé, même de façon accessoire, et qu'elle a joué un rôle dans la demande de licenciement* » (Dr. Soc. 1977, 169).

économique était telle qu'elle impliquait des licenciements, il vous sera difficile de ne pas faire de même pour les salariés non protégés ». C'est précisément ce qui s'est passé par la suite.

Incontestablement, cette curieuse situation est de nature à désemperer le management. À la complexité technique du licenciement économique, dont on verra qu'elle s'accroît avec le temps en maintenant ouverts les problèmes de coûts du travail qui justifient la mesure de réduction des effectifs, s'ajoute désormais la complexité de la procédure judiciaire et de la procédure administrative qui accompagnent ou qui suivent les licenciements pour motifs économiques. L'insécurité des entreprises est à son comble et il convient de rappeler que c'est l'un des résultats recherchés par la législation sur la protection de l'emploi. Mais les conséquences de ces mesures sur l'emploi n'ont jamais été prouvées, bien au contraire.

2.3. La phase exécutoire du licenciement économique

2.3.1. La durée imposée au management et les occasions de sanction

Dans la moindre des entreprises, il faut au moins deux mois pour procéder à l'ensemble des démarches préalables. Par la suite, il est nécessaire de respecter les délais imposés par la procédure : cinq jours au moins entre l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable, et l'entretien. Puis sept jours à nouveau de réflexion obligatoire après l'entretien préalable réalisé avec le salarié (délai porté à quinze jours pour le cadre) et avant d'envoyer la lettre de licenciement, laquelle doit être particulièrement motivée ! À défaut de motifs exprimés et de cause économique clairement déterminée, le licenciement sera derechef déclaré sans cause réelle et sérieuse et la sanction des six mois « plancher » est automatique. Quel que soit le bien fondé du motif, s'il n'a pas été évoqué dans la lettre, il ne peut plus jamais être évoqué par la suite. Voilà quelle est la rigueur de la procédure prudhomme actuelle, plus virulente que la procédure administrative, plus sévère que la procédure pénale elle-même. Au cours de celle-ci, l'accusé a toujours les moyens de se justifier et d'apporter au tribunal la preuve de ce qu'il soutient. Au conseil des prudhommes, l'entreprise est privée du droit de se défendre si elle n'a pas évoqué dans la lettre de licenciement la cause de celui-ci. La

moindre erreur de procédure est retenue à sa charge et peut lui coûter une pénalité de six mois de salaire du salarié licencié, sans compter les sanctions annexes⁸⁵.

Concernant un licenciement économique individuel, un délai minimal de trois mois est donc nécessaire pour mettre en œuvre la procédure : deux mois de préparation, et un mois de mise en œuvre. Pendant ce délai, le salarié est évidemment payé. Il le sera également pendant la durée de son préavis, que celui-ci soit exécuté ou non... Ainsi, lorsque la PME ou la TPE prend une décision individuelle de licenciement pour motif économique, elle doit encore assumer la charge salariale pendant au moins cinq mois, sans compter bien entendu le règlement de l'indemnité de licenciement et des congés payés. Malheur à celle qui n'a pas de capacité d'anticipation et qui licencie trop tard, au moment où la perte de marché a déjà un effet négatif sur sa trésorerie.

2.3.2. Les sanctions

Malheur également à celle qui a omis de susciter des élections des délégués du personnel dans les entreprises de plus de onze salariés⁸⁶! Depuis la même loi du 17 janvier 2002, le licenciement économique est réputé de droit irrégulier (article L.1242-3 anciennement L 121-2-1 du code du travail) s'il n'existe pas de représentant du personnel dans l'entreprise. Le salarié a donc droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice bien entendu des indemnités de licenciement et de préavis. Le gouvernement Jospin a voulu ainsi obliger les entreprises à susciter des élections professionnelles, pour permettre aux syndicats de relancer leurs implantations. La sanction de la violation de cet article est l'interdiction pure et simple de licencier pour motif économique sous la menace de sanctions importantes.

Le summum des sanctions est donc atteint par la modification de l'article L.1235-1 à L.1235-12 (anciennement 122-14-4 du code du travail). En effet, ces dispositions⁸⁷ prévoient que « *lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure est nulle et de nul effet (...), il prononce la nullité du licenciement et*

⁸⁵ Voir supra : les sanctions administratives concernant le remboursement des indemnités Assedic versées au salarié.

⁸⁶ Ou du comité d'entreprise dans les sociétés qui comptent plus de 50 salariés.

⁸⁷ Violation prise des dispositions du 5^{ème} alinéa de l'article L.1233-31 (anciennement L.321-4-1) du code du travail.

ordonne, à la demande du salarié, la poursuite du contrat de travail. Cette décision est exécutoire de plein droit à titre provisoire. Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail, le tribunal octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure au salaire des douze derniers mois ».

Le vocabulaire de cet article 111 de la loi du 17 janvier 2002 est particulièrement révélateur de l'état d'esprit des technocrates qui l'ont rédigé. Tout d'abord, il est nécessaire de relever que la sanction est considérable dans son montant : il s'agit d'ailleurs de la sanction indemnitaire la plus lourde prévue par le code du travail, hors certains cas d'indemnisation des salariés accidentés du travail. En outre, le législateur impose non pas au tribunal, mais au conseil des prudhommes (les rédacteurs ont commis une erreur de vocabulaire qui en dit long sur leur ignorance de la chose judiciaire) de condamner, sans pouvoir moduler cette condamnation. Enfin, l'emploi du verbe « octroyer » fleure bon l'Ancien Régime et exprime pleinement le sentiment du rédacteur.

La démonstration est effectuée et les conséquences désormais connues : le retard dans l'exécution de la décision, le risque de sanction pour violation d'une procédure particulièrement difficile à suivre, et bien entendu, le coût de l'ensemble de cette opération, coût direct et coût indirect. Le coût direct est évidemment celui des indemnités légales (préavis et licenciement) qui doivent être réglés au salarié. Mais le coût indirect est plus pénalisant encore pour l'entreprise, puisque la lenteur imparable de la procédure qui génère six mois de délai entre la date de la prise de décision et l'envoi de la lettre de licenciement elle-même génère un coût spécifique de six mois de rémunération complémentaires avec charges sociales bien évidemment.

2.4. Les modifications du dispositif

Cette confusion se poursuit pendant 10 ans, jusqu'aux évolutions apportés par la loi Seguin de 1986 qui allège à la fois les règles du licenciement et celle du contrôle administratif. Mais dans ces années d'expectative, le management et la direction générale sont confrontés non seulement à la complexité du processus, à son invraisemblable durée, mais également à la volatilité de la jurisprudence qui empêche l'entreprise d'avoir une vision claire de la situation finale, qui l'empêche de l'anticiper tant dans sa durée que son coût.

Cet élément constant dans l'ingénierie de la législation sur la protection de l'emploi, élément qui est encore aujourd'hui à la base de la critique des dispositions existantes dans le cadre de la publication des ordonnances du gouvernement Philippe, est donc particulièrement prégnant à cet égard. Il ne faut pas sous-estimer bien entendu le fait qu'elle l'est tout autant pour le salarié objet du licenciement. Nous avons dû subir dans ces années 1980 à 1990 des procédures dont la durée atteignait les dix années avant que le Conseil d'État, ayant statué définitivement sur la portée de la décision administrative autorisant ou n'autorisant pas le licenciement, le juge judiciaire statue... en dernier ressort, avant ou après l'arrêt de la cour de cassation !

Nous n'entendons pas exclure de notre propos ce que d'aucuns ont présenté comme étant une rigueur nécessaire en raison de l'importance de l'indemnisation du chômage, telle qu'elle était réalisée à l'époque en application des accords interprofessionnels. En effet, il convient de rappeler que si, 43 ans plus tard, le niveau de l'indemnisation n'est que de 57 % du montant du dernier salaire sur une période de deux ans, en 1976, cette indemnisation atteignait 90 % du montant de la dernière rémunération sur une période de deux années. Nous relevons à cet égard, avec la même constance et la même rigueur, le caractère anormal de cette indemnisation à 90 % (au-delà des indemnités de licenciement et de préavis et éventuellement d'une indemnisation complémentaire de nature post-contractuelle), totalement liée à l'ambiance des Trente Glorieuses, à l'idée que les ressources du pays sont inépuisables et, très objectivement à une certaine duplicité du patronat français. Il voyait dans la manne réservée aux salariés licenciés pendant plusieurs années, une sorte de tentation vive pour les inciter à accepter les décisions de licenciement sans recourir aux tribunaux. Il existait incontestablement une conjonction des phénomènes, à savoir une sorte d'inconscience ou d'euphorie liée au sortir d'une époque, et ce, en dépit d'une crise pétrolière dont les effets s'étaient révélés particulièrement durs, un avantage pour le patronat (en particulier des grandes entreprises métallurgiques), d'où cette sorte de tentation présentée aux salariés objets des licenciements, et pour ceux-ci un effet d'aubaine.

Le recul sur ces dispositifs nous permet aujourd'hui de souligner non seulement l'anormalité de leur caractère, mais également l'ensemble des effets pervers qu'ils ont produits sur les mentalités françaises. Nous ne reviendrons pas longuement sur ce point dans le cadre de nos autres développements. Cela étant, il nous est nécessaire de

souligner que le confort de l'indemnisation, telle qu'elle est organisée à l'époque, est effectivement de nature à désinciter très fortement le salarié à réaliser les recherches actives d'emploi qui seraient nécessaires à son rétablissement dans le monde du travail.

Lorsque nous évoquons aujourd'hui les conséquences d'une indemnisation à 57 % sur la base du dernier salaire perçu, auxquels viennent s'ajouter un certain nombre d'avantages sociaux complémentaires pour les familles les plus exposées, nous voyons avec un certain effarement ce que pouvait donner dans ces années 1976-1986 une indemnisation aussi généreuse qui générerait cette désincitation au travail, stigmatisée désormais par plusieurs auteurs, dont Michel Godet⁸⁸.

Ainsi, plusieurs affaires nous reviennent à l'esprit dont un dossier Lejeune contre Lessieux. Il s'agissait d'une entreprise agricole dont le fonctionnement a été durablement compromis par la longueur des différentes procédures qu'elle a dû subir au cours de ces quelque dix années.

2.4.1. Quel avantage pour les demandeurs d'emploi ?

Le tableau qui sert de guide à notre réflexion concernant les effets de la législation sur la protection de l'emploi démontre qu'aucun effet sensible ne peut être corrélé avec une mesure législative qui renforce cette législation. Nous avons déterminé les pics de force de ces dispositions que nous rappelons pour mémoire, 1975, 1986 avec certes la loi Seguin qui modifie l'adhésion initiale de 1975 mais permet le vote de l'amendement Delalande, la loi de 1989 et la loi Aubry de 1993. Nonobstant ces contraintes qui pèsent de plus en plus lourdement sur les entreprises, la situation de l'emploi français ne s'améliore pas, en particulier dans l'industrie : durant cette même période, des pans entiers de notre industrie vont s'écrouler. On peut toujours accuser les effets de l'ouverture des frontières de l'Est qui se produit avec l'écroulement du mur de Berlin en 1989 -date où la loi du 2 août est votée- ou encore déplorer le fait que les salaires

⁸⁸ Michel Godet, *Le courage du bon sens. Pour construire l'avenir autrement*, Odile Jacob 2007. Libérer l'emploi pour sauver les retraites, Odile Jacob, 2013

pratiqués dans les pays de l'Est soient à un ou deux € de l'heure, alors que les salaires hexagonaux, pour des emplois comparables sont de l'ordre, à cette époque, de 6 ou 7 €⁸⁹.

2.4.2. Le contournement des procédures de licenciement pour motif économique : le recours à l'intérim et l'exemple du comportement de la société Renault Retail Group

En 2016, la société Renault Retail Group licencie un préparateur de véhicule qui ne présente, semble-t-il, que deux ans de présence dans l'entreprise. Le salarié a été victime quelques mois plus tôt d'un accident de trajet et il est licencié pour nécessité de remplacement, son absence, selon la société RRG, désorganisant le service de préparation des véhicules.

Il convient de rappeler avant toutes choses que la société Renault Retail Group (chargée de la commercialisation des véhicules) comprend près de 7.000 salariés, au capital social de 99.832.670 € dont le chiffre d'affaires 2015 est de 4.028.046.100 €. Cela permet d'une part de fixer les éléments du débat en ce qui concerne la réalité du trouble qui aurait été apporté par les absences du salarié, Monsieur El Khalifa, dans le cadre de l'organisation du service. Or, dans la motivation du licenciement, la société Renault Retail Group évoque longuement la notion de désorganisation de l'entreprise.

Mais surtout ce dossier permet d'apprécier la gestion du contrat de travail de ce salarié **pendant une longue période de 14 années (2002-2016)** avec comme seul objectif l'évitement de la LPE en raison de ses aspects contraignants lors des compressions éventuelles d'effectifs et de la computation des indemnités de rupture, outre évidemment les pénalités exceptionnelles décidées par les juridictions. L'exemple est passionnant car il démontre d'une part la vacuité des prétentions des défenseurs de la LPE et l'ingénierie exposée par des sociétés telles que Renault pour échapper

⁸⁹ La démolition du mur de Berlin intervient le 9 novembre 1989. François Mitterrand a écrit qu'il n'avait pas envisagé la chute du mur et la réunification des deux Allemagnes. On doit cependant s'interroger sur la clairvoyance globale des élites politiques et administratives françaises en constatant que la loi nouvelle qui instaure de nouvelles procédures de licenciement pour mieux encadrer les licenciements économiques est signée par le Président de la République le 2 août 1989. Elle est publiée au Journal Officiel le 8 août 1989. Elle entre en vigueur le 10 août. Le décret d'application est quant à lui en date du 11 octobre 1989 (décret n° 89-732). Ainsi, au moment où se produit un événement majeur dont les prémices, telles qu'elles sont décrites par les diplomates européens et ressortent des discours du président de l'URSS Michaël Gorbatchev, sont sensibles dès l'année 1988, l'administration française dans son aveuglement continue la même politique.

(victorieusement) à la LPE en précarisant sur une longue période la situation d'un salarié qui aurait naturellement été engagé en CDI hors l'existence de cette protection.

De 2002 à 2011, Monsieur El Khalifa est employé par différentes sociétés d'intérim qui ont toutes un client final, la CAT (Compagnie d'Affrètement et de Transport). Pour démontrer la volonté délibérée de la société Renault d'une part, et de la société CAT d'autre part, de gérer le contrat de Monsieur El Khalifa dans la précarité, il est nécessaire de rappeler que Renault a créé la société CAT, Compagnie d'Affrètement et de Transport, dont elle était l'unique et principal associé dans les années 1960.

Au début de l'année 2001, la société Renault cède 80 % de sa filiale CAT au consortium dénommé Global Automotive Logistics (Albateam) réunissant alors l'armateur scandinave Wallenius Wilhelmsem, le groupe néerlandais TNT et le britannique Autologic. Cela étant, les accords qui sont passés à cette date entre la société Renault et les nouveaux actionnaires de son ancienne filiale visent à maintenir une forte activité au bénéfice de la société Renault : cette mention figure d'ailleurs dans l'extrait K Bis de la CAT.

On comprend à cette première étape de la description du processus la façon dont la société Renault se désengage des différents contrats de travail qu'il gérait en direct ou par l'intermédiaire de sa filiale CAT.

Monsieur El Khalifa va travailler au bénéfice de la CAT dans ces conditions à partir de 2002, mais il n'est pas salarié de la CAT et pas davantage de Renault. Il est mis à la disposition de la CAT par les sociétés d'intérim qui seront son cocontractant direct, c'est-à-dire son employeur direct, pendant 10 ans.

Puis la société Renault décide de changer de partenaire. Elle transfère à la société Vestalia une partie des activités qu'elle avait confiées en sous-traitance à la CAT ; Monsieur El Khalifa reste l'un des salariés dont la présence est considérée comme indispensable au maintien du service offert au bénéficiaire final de cette chaîne complexe, la société Renault Retail Group et il est finalement embauché en CDI par la société Vestalia le 22 juin 2008, soit 6 ans après le début de ses prestations au service du bénéficiaire réel et final de ses prestations : Renault. La société Vestalia aurait dû en

2008 reprendre la totalité de l'ancienneté de Monsieur El Khalifa, remontant à 6 années entières, ce qu'elle ne fait pas.

En 2016, la société Renault modifie sa politique de sous-traitance : elle cesse de travailler avec la société Vestalia et elle intègre Monsieur El Khalifa directement dans ses effectifs. Cela étant, on comprend qu'à cet instant, la situation ne convient pas à la société Renault qui gère les contrats de travail des salariés qui œuvrent directement ou indirectement pour elle dans une totale précarité. C'est la raison pour laquelle elle procède avec une extrême promptitude au licenciement de Monsieur El Khalifa.

Dans le cadre de la procédure prudhommale, Monsieur El Khalifa veut obtenir la requalification de son contrat de travail en démontrant qu'originellement il n'a été embauché ni par Renault ni par la CAT, mais qu'en réalité, il travaillait bien pour Renault, par l'intermédiaire de sa filiale devenue sous-traitant privilégié par obligation du contrat de cession, la CAT, et ce, depuis 14 ans lorsqu'il a été licencié. Il évoque la fraude à la loi comme moyen pour obtenir la requalification.

Le management de Renault Retail Group qui a inventé cette procédure complexe, et l'a suivie pendant 16 ans, use désormais de quelques astuces des lois nouvelles qui réduisent les périodes de prescription. Ainsi, il souligne que « *la demande de requalification de Monsieur El Khalifa et les chefs de demande subséquents seraient donc irrecevables* » (conclusions Renault page 5) parce que le délai de prescription de l'action prudhommale a été réduit de 5 ans à 2 ans par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

Mis en application de l'adage *fraus omnia corrumpit* (*la fraude corrompt tout*), le juge du contrat de travail dira sans doute que le comportement de la société Renault ayant été frauduleux, et visant à porter atteinte aux intérêts d'un salarié qui en réalité est bien resté à la disposition du même utilisateur final, c'est-à-dire la société Renault devenue Renault Retail Group de 2002 à 2016 sans interruption, il doit être fait droit à ses demandes.

Mais il convient également de revenir à l'argument managérial pur qui est évoqué pour provoquer la rupture du contrat par RRG : les absences de Monsieur El Khalifa auraient désorganisé l'entreprise, comme s'il s'agissait d'une PME de moins de 10 salariés !

Certes, dans une PME de cette nature, l'argument aurait sa valeur, mais pas au sein de RRG qui évoque un arrêt du 19 octobre 2005, n° de pourvoi 06-46847 concernant non pas une entreprise de la taille de Renault Retail Group avec ses quelque 7.000 salariés, mais en l'occurrence le Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence... composé de moins de 10 personnes ! La seconde espèce, en date du 15 janvier 2014 n'est pas plus édifiante. En effet, dans cette affaire, la Cour explique que *« l'absence pour maladie du salarié avait conduit l'employeur à confier temporairement à compter du 1^{er} décembre 2008 les tâches de directeur à l'un des infirmiers de l'association, lequel avait finalement été recruté comme directeur à temps plein par contrat du 10 août 2009 et, d'autre part, qu'une infirmière avait été engagée, par contrat à durée indéterminée du 22 décembre 2009, pour pourvoir le poste laissé vacant par son collègue promu sur le poste de directeur. »* La cour de cassation considère à juste titre, dans ces conditions spécifiques, que la cour d'appel qui *« a caractérisé la nécessité du remplacement définitif à une date proche de licenciement, a légalement justifié sa décision »*. Il convient de rappeler la différence notable qui existe entre le cas d'espèce traité par cet arrêt de 2014 et la situation de la société Renault Retail Group puisque là encore, l'association Point Alcool concernée par cette procédure compte moins de 10 salariés, et que le salarié dont l'indisposition occasionne une difficulté n'est pas un salarié d'exécution comme Monsieur El Khalifa, mais il s'agit du directeur de l'association.

Au terme de cette présentation, nous retiendrons principalement l'ingénierie mise en œuvre pour échapper à la LPE, son efficacité sur 14 ans au moins, et le fait qu'en réalité, la LPE a un effet négatif que la situation du salarié en générant sa précarisation sur le long terme.

2.4.3. Un second exemple

La société France Télévision a absorbé en mars 2009, suite à la loi n° 2009-258 publiée le 5 mars de la même année, cinq sociétés d'audiovisuel public, dont la société France 3. Monsieur S. travaille depuis 1998 pour le compte de la société France 3, dans le cadre de contrats à durée déterminée. C'est de la façon la plus naturelle que sa société de rattachement devient la société France Télévision. Il se voit appliquer de même la convention collective nationale de travail des journalistes et l'accord collectif pour le

personnel journaliste de France Télévision en date du 15 septembre 2011, modifié le 28 mai 2013.

2.4.3.1. *Une sorte de record : 543 CDD en 15 ans*

Du 15 mars 1998 au 2 juin 2013, Monsieur S. effectue 543 CDD au bénéfice de son employeur final France 3 puis France Télévision. Cela étant, en sa qualité de rédacteur reporter d'images, sa compétence de cameraman est reconnue et il est inscrit au sein d'un curieux planning qui existe à l'époque au sein de la société France 3, qui est le planning des personnels non permanents. En 2006, Monsieur S. est inscrit sur la liste des collaborateurs en « *contrat à durée déterminée à longue collaboration* » et au terme d'une collaboration de 17 ans au bénéfice de France 3, qui n'est pas encore France Télévision, son dossier est présenté pour être placé sur un troisième type de liste. Il s'agit de la liste des salariés CDD qualifiés « d'historiques » devant faire l'objet d'un examen particulier sur des postes créés spécifiquement dans un accord cadre du 23 juin 2005 applicable aux termes desquels France 3 envisage d'intégrer cette fois-ci en CDI un certain nombre de collaborateurs particulièrement méritants. Encore faut-il qu'ils aient totalisé 420 jours travaillés, dont 64 jours entre le 1^{er} janvier 2004 et le 30 janvier 2005, et aient requis au moins 3 avis positifs d'une commission qui statue à cet égard.

Monsieur S. postule plusieurs années sans être admis et c'est dans ces conditions qu'en désespoir de cause, il fait citer la société France Télévision devant le conseil de prudhommes.

Il dénonce la gestion de l'emploi précaire par la société France Télévision et demande que son contrat soit requalifié en contrat à durée indéterminée depuis le 14 octobre 1998. Il demande une reconstitution de carrière, des rappels de salaire, et des avantages sociaux. Et il demande au conseil de prudhommes, compte tenu du fait que sa collaboration a été brutalement interrompue, de dire et juger que la cessation de cette collaboration doit s'analyser comme la rupture du contrat de travail.

La société France Télévision explique que Monsieur S. n'a pas été constamment à la disposition de France 3, ce qui est exact, et qu'en conséquence il n'y a pas lieu à requalifier cette succession de CDD, objectivement interrompue de temps à autres, en contrat à durée indéterminée de 1998 à 2014, fin de la collaboration entre les parties.

Le conseil de prudhommes de Brest⁹⁰ requalifie le contrat de travail à compter du 14 octobre 1998 et condamne la société France Télévision au paiement de différentes sommes. Il considère que, eu égard à la requalification, qu'il y a bien eu un licenciement sans cause réelle et sérieuse, que la société a refusé de réintégrer Monsieur S. et qu'en conséquence, il convient d'entrer en voie de condamnation pour une somme relativement conséquente de 100.000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 59.923 € à titre d'indemnité de licenciement, 11.844 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 1.184 € à titre de congés payés sur préavis, la moyenne de salaire étant de 3.948 € brute. C'est donc, charges comprises, une somme de près de 200.000 € dont devra s'acquitter la société France Télévision.

En outre, en application de l'article L.1235-4 du code du travail, le conseil de prudhommes ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes qui versent des allocations chômage, de 6 mois d'indemnité chômage ce qui ajoute une condamnation complémentaire de l'ordre de 25.000 €. Il ordonne également la régularisation de la situation de Monsieur S. auprès des caisses de retraite et ordonne l'exécution provisoire sur l'ensemble de la décision.

2.4.3.2. La gestion de la précarité pour éviter les indemnités de licenciement et de préavis, outre les effets de seuil

Comme nous l'avons souligné en début de propos, l'affaire est intéressante d'une part en raison de la gestion délibérée de la précarité par France Télévision sur une période très longue, pour contourner les dispositions du code du travail concernant la législation sur la protection de l'emploi, étant souligné que France 3, devenue France Télévision, n'est pas une entreprise affectée par des difficultés économiques particulières. Cette gestion est réalisée afin de permettre à l'entreprise d'échapper aux contraintes des accords collectifs qui s'appliquent et aux indemnités de rupture, dont on a vu qu'au terme du temps de présence de Monsieur S., elles atteignaient hors charges la somme de 70.000 €. Il convient de noter qu'à titre complémentaire, Monsieur S. demandait également un rappel de salaire qui lui était accordé par le conseil pour une somme totale de près de 76.000 €. À la différence de certaines espèces rencontrées dans les PME, la

⁹⁰ Conseil de prudhommes de Brest, section encadrement RG F 13/00375 Affaire S. c/ France Télévision, jugement du 11 octobre 2014.

direction des ressources humaines de France Télévision, suffisamment compétente et instruite en matière de droit du travail, n'a pas admis cette succession de contrats à durée déterminée sans prendre la précaution de se ménager des interruptions, afin de briser régulièrement la chaîne contractuelle. Elle peut de cette façon, et c'est ce qu'elle n'a pas manqué de faire, évoquer devant une juridiction les épisodes de rupture. Le management s'est donc adapté, comme dans l'espèce précédente, aux rigueurs de la loi en anticipant un éventuel litige. Il convient de souligner que la perspective de conflit est inscrite dans le déroulement même du contrat.

Bien entendu, la société France Télévision forme appel de la décision. En conséquence, la cour d'appel de Rennes est saisie du litige et chacun attendait avec impatience et intérêt l'avis de la Cour au regard d'une telle succession de contrats.

Devant la cour d'appel de Rennes, les trois parties se retrouvent trois ans plus tard : cette fois-ci encore, comme c'était le cas en première instance, Pôle Emploi Bretagne ne comparaît pas. La décision de cour d'appel débute à la page 4 et celle-ci examine frontalement le problème de la requalification des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée, en rappelant le principe de l'article 1242-1 du code du travail selon lequel le contrat de travail à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement à l'emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

On pourrait ajouter avec un rien d'ironie que le contrat à durée déterminée n'a pas non plus pour objet ou pour effet de permettre à la firme de contourner la loi en évitant de procéder au paiement des indemnités de préavis et de licenciement en cas d'interruption de la chaîne contractuelle. La Cour remarque que tous les contrats de Monsieur S. ont bien été conclus pour un poste de journaliste-reporter d'images et qu'ils étaient régulièrement motivés par le remplacement de salariés indisponibles ou par un surcroît temporaire d'activité. La Cour considère que la diffusion quotidienne d'un journal télévisé constitue nécessairement une activité normale et permanente et que « *force est de constater que la succession de contrats à durée déterminée conclus avec Monsieur S. était destinée à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente*

*de l'entreprise, répondant à un besoin structurel de celle-ci*⁹¹ ». En conséquence, le jugement est confirmé en ce qu'il a requalifié la relation contractuelle existant entre Monsieur S. et France Télévision en contrat à durée indéterminée à compter du 14 octobre 1998. La Cour indique simplement que le contrat non seulement est à durée indéterminée, mais qu'il est à temps partiel.

Deux problèmes subsistent. Tout d'abord, celui des périodes interstitielles, c'est-à-dire des périodes pendant lesquelles la société ne concédait pas de CDD à Monsieur S. pour éviter de tomber sous le coup de la loi. La société France Télévision soutient que Monsieur S. a travaillé 49.90 % à temps plein et qu'en conséquence, il était disponible pour réaliser d'autres prestations. La Cour estime qu'en fait le salarié a travaillé 106 jours par an pour France 3-France Télévision entre 1998 et 2014, soit 4,9 mois par an. Effectivement, pendant les périodes interstitielles, il travaille pour d'autres sociétés telles que TF1, l'INA, l'agence Events, Ouest Info, etc.... La Cour considère que pendant les périodes interstitielles, Monsieur S. ne s'est pas tenu à disposition de la société France 3-France Télévision et que sa demande de rappel de salaire doit être rejetée.

Reste évidemment le problème de l'explication de la rupture intervenue. La cour d'appel de Rennes estime que le contrat de travail de Monsieur S. a été rompu du seul fait de la survenance du terme du contrat de travail requalifié en un contrat à durée indéterminée et que pour cette raison, la rupture s'analyse en un licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse puisqu'il n'y a pas de lettre de licenciement.

Elle indique que Monsieur S. peut prétendre à une indemnité conventionnelle de licenciement, à une indemnité compensatrice de préavis et à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui va tenir compte de la réalité de son préjudice.

Il est intéressant de noter que cet arrêt évoque plusieurs critères, tels que l'âge de Monsieur S. au moment de son licenciement : 42 ans, de sa capacité à retrouver un emploi en raison de sa formation et du fait que d'ailleurs peu de temps après la rupture,

⁹¹ Cour d'appel de Rennes, arrêt du 28 juin 2017 France Télévision c/ Yannick S. RG N° 14/07 153.

il a déjà retravaillé pour quelques employeurs. La Cour réduit le montant de l'indemnisation à la somme de 30.000 € mais elle fixe le point de départ de la production d'intérêts à la date à laquelle le salarié a fait la demande devant les premiers juges. Bien entendu, elle condamne la société France Télévision à rembourser Pôle Emploi, nonobstant l'absence de Pôle Emploi à cette occasion. De toute évidence, la société France Télévision pratiquait de la même façon avec plusieurs salariés puisqu'une autre décision est rendue par la cour d'appel de Rennes le 28 juin 2017⁹². Madame H. a elle aussi signé 400 contrats à durée déterminée entre le 24 octobre 1997 et le 14 février 2014, pour un poste de journaliste reporter d'images, toujours motivé par le remplacement de salariés ou un surcroît d'activité. La Cour suit exactement le même raisonnement tout en soulignant que cette fois-ci Madame H a travaillé 60,39 % d'un temps plein, déduction faite des périodes d'absence pour congé maternité et pour accident, qui est monté dans certaines circonstances à 72,49 %. Mais Madame H. a effectivement bénéficié d'autres contrats auprès d'autres employeurs. La Cour effectue les calculs : Madame H. percevra 7.979 € d'indemnité de préavis, 49.899 € d'indemnité de licenciement et 40.000 € à titre d'indemnité de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2.4.4. Les hésitations face à la nécessité du changement

Nous avons évoqué la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, dont les effets sont en partie atténués par une loi postérieure de quasiment une année (3 janvier 2003) après la réélection de Jacques Chirac à la présidence de la république. En fait, le nouveau gouvernement de Jean-Pierre Raffarin ne s'engage pas dans une politique de franche rupture au regard de la période précédente. Pendant 18 mois, les partenaires sociaux vont discuter des évolutions envisageables. Le 18 janvier 2005, sera votée la loi dite de cohésion sociale qui modifiera à la marge les dispositions de l'article L.1233-21 du code du travail. Certes, désormais ce sont les accords d'entreprise, de groupe ou de branche qui peuvent fixer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise dans la perspective des projets de licenciement économique d'au moins 10 salariés sur une période de 30 jours. Nous considérons globalement que ce texte ne modifie pas

⁹² Cour d'appel de Rennes, 28 juin 2017. SA France Télévision c/ Madame H. RG 14/07.158.

sensiblement l'esprit de la loi, les obligations du management confronté à la nécessité de procéder à des licenciements importants pour une raison économique. Si de nombreux auteurs se satisfont d'une première tentative d'inverser la hiérarchie des normes, dans la perspective qui est la nôtre d'analyse de la législation sur la protection de l'emploi, nous ne voyons pas un avantage concret au niveau de la durée des procédures préalables à la décision de licenciement économique, des obligations en matière de reclassement du personnel menacé par ces licenciements et globalement au niveau du coût du travail constitué par l'effectif excédentaire qui reste dans l'entreprise pendant la période durant laquelle la procédure fixée par les textes anciens doit se dérouler.

Au contraire, les recours aux experts du comité d'entreprise aux juges pour contester les plans sont toujours possibles et se développent pendant cette période jusqu'à ce jour dans des conditions similaires. Les défenseurs de la loi du 18 juillet 2005, dite Loi Borloo, feront valoir que la nouvelle rédaction de l'article L.122.14-4 alinéa 1^{er} du code du travail, telle qu'elle résulte de l'article 77 de cette loi, constitue un avantage pour les entreprises. En effet, désormais, le juge a simplement la faculté de prononcer la nullité du licenciement pour motif économique qui ne respecte pas les conditions de garantie de procédure et de fondement, et ordonner la réintégration du salarié. D'autre part, lorsque la réintégration est devenue impossible, en raison en particulier de la fermeture pure et simple de l'établissement, le reclassement se résout en une indemnisation dont la loi indique cependant qu'elle ne peut être inférieure au montant des salaires des 12 derniers mois, soit à un an de salaire purement et simplement.

La modification de la loi ne nous semble pas constituer à cet égard une rupture fondamentale dans la logique de la législation sur la protection de l'emploi. La vérification du tableau de corrélation entre les pics de législation et le niveau du chômage n'est pas davantage de nature à indiquer que ce texte aurait eu un effet positif et mobilisateur à l'égard des entreprises. La sanction de 12 mois de rémunération dans le cadre de la garantie d'indemnisation particulièrement forte (les 12 mois viennent bien entendu s'ajouter aux indemnités de licenciement et de préavis) est de nature à perpétuer le doute des entreprises confrontées à des situations économiques difficiles.

Le point d'orgue est atteint avec la loi du 17 janvier 2002. Pour ce faire, le gouvernement recourt aux moyens classiques : il renforce les conditions de la procédure de licenciement, et aggrave la sanction du moindre manquement. Désormais, le licenciement économique ne peut intervenir que « *lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés, et que le reclassement d'un intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe, ou sur un emploi équivalent ou à défaut et sous réserve de l'accord express du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise* ». Bien entendu, les offres de reclassement doivent être écrites et précises...

Le gouvernement Jospin revient au régime de « l'employeur suspect » : suspect de sacrifier les emplois sur l'autel des profits exigés par les fonds de pensions américains ou autres, actionnaires des groupes multinationaux. Mais derrière les slogans, on doit mesurer l'ignorance de la réalité des PME qui génèrent une grande partie de l'emploi en France. Très souvent, le patron de PME ne licencie qu'à la dernière extrémité, lorsqu'il est souvent déjà trop tard pour revenir rapidement au niveau de rentabilité. Licenciant dans l'urgence, il n'a plus le temps, ni sur le plan économique (car sa trésorerie est déjà exsangue), ni en termes d'investissement personnel, de s'attarder sur la procédure. Il commet alors la faute et est livré pieds et poings liés à la justice prudhomme qui le condamne sans pitié.

2.5. Conclusion

Devant la complexité d'un tel système et ses conséquences financières en cas de violation des textes, de nombreux dirigeants d'entreprise ont recours à la déclaration de cessation des paiements. En effet, lorsque la faillite de l'entreprise est déclarée (pour reprendre le vocabulaire ancien, présent dans tous les esprits), les choses deviennent soudainement plus faciles. La procédure est menée tambour battant par le mandataire de justice qui peut licencier en quelques jours sans s'inquiéter des dispositions préalables. Bien souvent, le redressement judiciaire (terminologie issue de la loi du 25 janvier 1985 concernant les procédures collectives) se termine par une liquidation judiciaire car l'employeur a attendu trop longtemps et s'est perdu dans les méandres des

procédures avant de choisir la seule solution possible⁹³. Il convient de noter à ce sujet que l'arrivée à la tête des PME du bâtiment en particulier d'une nouvelle génération de dirigeants peu ou pas du tout formée à la gestion, dont l'expérience est essentiellement acquise au niveau familial dans d'autres pays européens, accentue actuellement le phénomène. Hors de capacité d'assimiler les finesses du droit social, ces nouveaux entrepreneurs préfèrent se séparer de l'entreprise et de ses salariés, pour reconstituer une nouvelle entité et relancer leur activité dans ces conditions. Dans les colloques sur le droit du travail, ce type de comportement est hautement critiqué. On évoque l'interdiction préalable de gérer une entreprise en cas d'absence de formation, la nécessité de l'obtention d'une sorte de permis de gestion... Mais l'on tend rarement une réflexion de fonds évoquant comme élément causal de cette situation une excessive complexité du droit, sans commune mesure avec son efficacité économique qui devrait être la création de l'emploi et non la préservation contre tout événement des emplois condamnés par la réalité économique, qu'elle soit structurelle ou conjoncturelle.

3. Un exemple particulier : la contribution Delalande

Pour illustrer notre raisonnement sur l'imaginaire politique où règne encore l'idée que le droit doit contraindre l'économie, nous avons choisi l'exemple de la contribution Delalande qui apparaît significatif à plusieurs niveaux. Nous étudierons les conditions de la création de cette contribution avant d'en examiner le contenu et d'envisager son effet sur la situation du chômage en France.

3.1. La création de la contribution Delalande

En 1986, l'échéance de la première législature de François Mitterrand permet à la droite de revenir au pouvoir et Jacques Chirac devient Premier Ministre. De toute évidence, le RPR n'a pas mis à profit ses années d'opposition pour tenter de se démarquer de la gauche mitterrandienne concernant la gestion du problème qui devient n° 1 en France, celui du chômage. Cela explique sans doute que la proposition réalisée par Jean-Pierre Delalande trouve un écho spontané sur les rangs de l'assemblée et se concrétise

⁹³ Les dépôts de bilan atteignent le nombre de 57.000 en 2005 et ils entraînent 300.000 licenciements économiques. Ils dépassent les 60.000 au cours des années suivantes.

rapidement par le vote d'une loi qui se situe dans la pleine logique du système mis en œuvre depuis 1973 et renforcé par la gauche depuis 1982. En effet, le dispositif que propose Jean-Pierre Delalande vise à pénaliser financièrement l'entreprise qui procéderait au licenciement d'un salarié de plus de 50 ans, étant souligné que cette pénalité sera attribuée aux Assedic, c'est-à-dire à l'organisme qui gère l'indemnisation du chômage en France.

L'objectif est de dissuader les entreprises de licencier les séniors en générant par la pénalité un effet de rétention sur les salariés de plus de 50 ans⁹⁴. Préalablement au lancement de cette proposition de loi, aucune étude sérieuse n'a été réalisée sur son efficacité potentielle. Ainsi, il apparaît clairement qu'elle se situe davantage dans le cadre d'une illusion ou d'un présupposé que l'on peut qualifier d'idéologique. Si Jean-Pierre Delalande ne partage pas les vues politiques de la majorité de gauche qui s'est trouvée au pouvoir de 1980 à 1986, il n'en poursuit pas moins l'œuvre législative. En raison de l'absence d'études sociales ou économiques sérieuses et documentées, le texte fera l'objet d'au moins quatre modifications entre 1987 et le 1^{er} janvier 2008, date de sa disparition. Précision complémentaire pour bien comprendre la portée du texte : la pénalité Delalande s'applique quelle que soit la cause du licenciement. Et elle taxe l'entreprise de trois mois de salaire brut du salarié licencié, lesquels sont reversés à l'Unedic.

3.1.1. La modification de 1992

Un premier changement interviendra en 1992 : à cette date, le législateur socialiste revenu à l'assemblée considère qu'il est préférable d'exonérer du dispositif les travailleurs qui seraient recrutés par les entreprises après l'âge de 50 ans. Il estime en effet qu'il est quelque peu contradictoire de se prévaloir d'un système de pénalisation qui alourdit financièrement la charge de l'entreprise lorsqu'elle licencie un salarié de plus de 50 ans... alors même que l'idée est de favoriser soit le maintien dans l'emploi, soit le retour à l'emploi des salariés de plus de 50 ans.

⁹⁴ On verra par la suite les modalités d'application.

Il aura donc fallu quelques 5 années pour intégrer la notion d'effet de seuil, qui était pourtant implicite dans la loi, et que le législateur admette qu'effectivement, il est préférable de libérer en quelque sorte l'entreprise qui embaucherait un sénior de plus de 50 ans de la pénalité qu'elle doit payer en application de la loi si elle s'avise de licencier ce salarié entre sa cinquantième et sa soixantième année.

L'année 1992 verra apparaître une autre modification. Celle-ci est liée au type de société ou d'entreprise auquel la pénalité est applicable. En effet, dans un premier temps le législateur de 1992 avait considéré qu'il n'était pas opportun que les pénalités soient appliquées à des entreprises de moins de 20 salariés. On verra pourquoi dans la seconde phase de nos explications. Cette exemption, dont devaient bénéficier les TPE et les PME de moins de 20 salariés, ne sera que de courte durée : à la fin de l'année 1992⁹⁵, la loi s'applique à nouveau à l'ensemble des entreprises sans distinction de taille. Ainsi, l'impact sur cette distinction de taille n'aura en réalité duré que six mois.

3.1.2. Les étapes suivantes : 1^{er} janvier 1999 et 2003

En 1999, une nouvelle modification intervient, le législateur se rendant compte après douze ans d'application du texte qu'il existe véritablement une difficulté dans les PME, et que le chômage des seniors n'a pas diminué sur cette période de dix ans de façon sensible. En conséquence, à cette date, il va distinguer les PME de moins de 50 salariés qui, globalement, verront la contribution Delalande réduite d'un tiers par rapport à celle qui est imposée aux entreprises de plus de 50 salariés et qui s'appliquera jusqu'au terme du dispositif, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2007.

En 2003, une nouvelle loi portant réforme des retraites décide d'étendre l'exonération de la contribution Delalande à tout salarié embauché après 45 ans. On sait qu'initialement, la contribution Delalande était due quel que soit l'âge auquel le salarié avait été embauché, puis que, dans un second temps, cet âge a été réduit à 50 ans, ce qui signifie que les salariés de plus de 50 ans qui étaient embauchés n'étaient pas assujettissables, lors d'un éventuel licenciement, à la contribution Delalande.

⁹⁵ Le décret n° 93-85 du 20 janvier 1993 réinstaura la contribution Delalande pour l'ensemble des entreprises, quelle que soit leur taille. Il faudra attendre le 1^{er} janvier 1999 pour qu'une nouvelle restriction s'applique.

Désormais, à compter de 2003 et pour les 3 ans et demi qui restent à courir, le dispositif ne s'applique donc plus aux salariés de plus de 45 ans.

3.2. *Le fonctionnement de la contribution Delalande*

La contribution Delalande, comme nous l'avons exposé, est donc une pénalité financière, que l'on peut assimiler à une taxe (le terme même a d'ailleurs déjà été employé), qui vise à pénaliser les entreprises souhaitant se séparer d'un salarié ayant plus de 50 ans.

Il est constant que les analyses sur les données de l'emploi portant sur les années 1980-1987 avaient permis de constater que nombre de séniors étaient poussés vers la sortie, soit dans le cadre de licenciement économique, soit dans le cadre de licenciement pour faute grave ou pour cause réelle et sérieuse, dont le motif était plus ou moins valable. On verra ainsi dans les entreprises de la métallurgie spécialisées dans la production automobile se multiplier des décisions managériales arbitraires sur le fondement de la faute grave.

Devant le conseil de prudhommes, soit l'entreprise négocie au niveau du préavis et des indemnités de licenciement, soit elle accepte d'aller un peu plus loin. En tout état de cause, elle estime que ce choix est judicieux parce qu'il rajeunit la pyramide des âges dans un secteur où d'une part, les jeunes apparaissent plus efficaces que les travailleurs âgés, et où d'autre part, la robotisation puis, au-delà dans les années 1990-2000 les délocalisations, nécessitent d'alléger les effectifs.

C'est dans ces conditions par exemple que l'usine Renault de Flins passera d'un effectif de l'ordre de 24.000 salariés en 1984 à un effectif de l'ordre de 2.500 salariés au début des années 2010.

Dans l'esprit du législateur-« *pénalisateur* », l'effet de rétention des salariés âgés sera d'autant plus puissant que la pénalité sera forte. C'est la raison pour laquelle le système de pénalité qui est mis en œuvre est effectivement particulièrement fort, en tous cas à partir de juillet 1992. En effet, de 1987 à 1992, la pénalité est de l'ordre de 3 mois de salaire brut pour les salariés âgés de 55 à 59 ans.

À partir de 1992, la pénalisation se développe et, concernant les entreprises de plus de 20 salariés, elle est d'un mois pour un licenciement intervenant de 50 à 51 ans révolus, de deux mois s'il intervient de 52 à 53 ans révolus. Puis, elle est de 4 mois à 54 ans, 5 mois à 55 ans et est portée à six mois de 56 à 59 ans.

En revanche, comme nous l'avons souligné ci-dessus, pour les PME de moins de 20 salariés, la pénalité est de la moitié seulement. On notera que cela constitue déjà une charge relativement lourde pour des TPE qui, confrontées à la crise des années 1991 (on se souvient en particulier de la crise de l'immobilier et de ses impacts sur le bâtiment), sont dans l'obligation de se séparer d'un salarié âgé.

Mais la réforme de 1992 ne satisfait pas le législateur et dès le 1^{er} janvier 1993, il impose à l'ensemble des entreprises le système de pénalisation qui n'avait été prévu de juillet 1992 à décembre 1992 que pour les entreprises de plus de 20 salariés.

Le système va rester dans cet état jusqu'à la fin de l'année 1998. Nous noterons que les échéances politiques n'auront pas d'impact sur ce système, ce qui signifie qu'il y a à l'époque, toute opinion politique confondue, une sorte de consensus sur cette organisation alors même qu'après 10 ans de mise en œuvre (1987-1997), on pourrait déjà être en capacité d'apprécier la portée réelle du dispositif dont on verra qu'elle n'est pas « fabuleuse ».

Jacques Chirac prononçant la dissolution de 1997 permet à la gauche de reprendre l'initiative et celle-ci, sans lancer davantage de recherches sur l'efficacité du dispositif qui a désormais 11 ans d'ancienneté, décide de multiplier par deux la pénalisation.

Ainsi, sur la période du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 2007, date de l'abolition du système, la pénalisation va être portée pour les entreprises de plus de 50 salariés à deux mois de salaire brut pour le licenciement à 50 ans, trois mois à 51 ans, 5 mois à 52 ans, 6 mois à 53 ans, 8 mois à 54 ans, 10 mois à 55 ans et 12 mois à 56 ou 57 ans. La pénalité est réduite à 10 mois, puis à 8 mois si le licenciement intervient à 58 ou à 59 ans.

Enfin, revenant au dispositif existant pour les entreprises de moins de 20 salariés de juillet 1992 à décembre 1992, mais l'appliquant cette fois-ci aux entreprises de moins

de 50 salariés, le nouveau gouvernement de Lionel Jospin divise par deux la pénalité qu'il impose aux entreprises de plus de 50 salariés.

Il faudra donc attendre le début du quinquennat de Nicolas Sarkozy pour voir ce système disparaître, étant précisé que sous le premier quinquennat de Jacques Chirac, c'est-à-dire à compter de 2002, date à laquelle la droite reprend l'effectivité du pouvoir après l'échec de Lionel Jospin au premier tour de l'élection présidentielle, aucune modification n'intervient sur ce terrain.

3.2.1. La conséquence de la contribution Delalande au niveau du coût du travail n'a jamais été envisagée

Quelle est la conséquence de ce système pour l'entreprise au niveau du coût du travail ? Curieusement, et cela conforte l'idée force de notre réflexion, dans les quelques analyses qui sont réalisées de 1987 à 2008 et qui apparaissent véritablement à compter des années 2002-2003⁹⁶, l'impact de la mesure sur le coût du travail est totalement dédaigné. Comme il est de coutume en France, on privilégie l'impact de la mesure sur le niveau de l'emploi sans imaginer quelle peut être la conséquence au niveau de l'entreprise confrontée aux crises successives, à l'exception de la période de rémission des années 1998-2001⁹⁷.

Avant d'aborder les conséquences macro-économiques de la contribution Delalande, nous insisterons sur ses conséquences micro-économiques qui ont été notées par le rapport Tirole de 2003.

3.2.2. Comment calculer l'impact de la contribution Delalande sur l'économie de l'entreprise et son prix de revient ?

Mais ayant eu l'occasion d'affronter les effets de la contribution Delalande sur la situation des TPE et des PME de moins de 20 salariés, nous insisterons sur ceci car, comme c'est souvent le cas lorsque des mesures de cette nature sont prises, le législateur a de toute évidence occulté cet aspect de la loi.

96 On se réfèrera en particulier au travail de Behaghel, Crépon et Sédillot publié dans *Économie et Statistiques* n° 372 en 2004.

97 Il s'agit d'une période où la conjoncture économique redevient favorable et où la croissance et l'emploi progressent.

De même, comme le soulignent dans leur étude de 2004 déjà citée les économistes Behaghel, Crépon et Sédillot, les données sur lesquelles les études de l'impact de la contribution Delalande, ne prennent en compte le coût des indemnités légales qu'au niveau précisément de ce que prévoit la loi et non de ce que prévoient en sus les conventions collectives. Dès lors, elles ne peuvent être qu'approximatives lorsqu'elles totalisent le coût d'un licenciement auquel s'ajoute la pénalité Delalande. Cela signifie que le détail des échantillons qui sert à fonder cette réflexion ne va pas jusqu'à la prise en compte des particularités d'un certain nombre de conventions collectives. Or nous savons qu'elles sont particulièrement lourdes au niveau de ces indemnités de licenciement. On rappelle pour mémoire les indemnités prévues dans la convention collective de la métallurgie ou de la chimie.

Ainsi, dans une PME de la métallurgie sous-traitante dans la vallée de la Seine :

- si elle emploie plus de 50 salariés,
- que le salarié licencié a de 56 à 57 ans,
- que le licenciement intervient après 1999,

c'est donc une somme de 12 mois qu'elle devra régler à l'Unedic à titre de pénalité.

Lorsque l'on cumule cette pénalité avec les indemnités qu'il reçoit en application de la convention, en imaginant par exemple qu'il ait 21 ans d'ancienneté, c'est donc une somme totale de :

	<u>Entreprise</u>	<u>Salarié</u>
Préavis		
2 000 + 45 % =	2 900 €	2 000 €
sur deux mois...	5 800 €	4 000 €
plus congés payés...	580 €	400 €
Indemnité de licenciement		
6 mois, soit ...	12 000 €	12 000 €
Pénalité Delalande		
2 000 + 45 % =	2 900 €	
sur 12 mois : 34 800 €	34 800 €	
Total ...	56 080 €	18 400 €

Pour rester dans notre problématique de coût, le licenciement du salarié coûte à l'entreprise 2 ans, 4 mois et 1 jour de salaire net du salarié congédié ! soit 19 mois et 10 jours de salaire brut !

Là encore, et comme nous l'avons relevé ou comme nous le relèverons pour différentes autres mesures de même nature, si celles-ci s'adressent à une société comme Renault, il est certain qu'elles pèsent sur le coût global du travail recalculé. Il est certain également qu'elles pèsent sur les décisions qui sont prises sur la période 1987 à 2008 par Renault pour favoriser des délocalisations massives vers les pays de l'Est ou l'Afrique du Nord⁹⁸. Cependant, il est vrai également qu'une société de cette importance a les capacités financières d'amortir le choc que constitue une telle pénalisation.

En revanche, la situation est totalement différente au sein des entreprises de sous-traitance. Elles voient leur existence-même mise en cause par l'existence de ces pénalités. Ainsi, nombre de celles-ci ne résisteront pas à ces obligations de paiement et seront contraintes, soit de déposer le bilan, soit de fermer plutôt que d'être transmises. Quant à la TPE, elle est véritablement saignée à blanc par ce type de mesure (même si la loi module l'impact en fonction de la taille de l'entreprise) car elle n'a aucun moyen ni de s'en prémunir, ni de la différer sur le temps. Elle ne peut recourir éventuellement qu'à un prêt ou à l'injection de capitaux propres pour affronter une telle difficulté.

3.2.3. Le fonctionnement des exonérations

Certes, le législateur a prévu un certain nombre d'exonérations. En fait, elles sont au nombre de dix, dans le texte qui est concrétisé par l'article L.321-13 du code du travail. Dans le cadre de ces exonérations, on note par exemple l'adhésion du salarié à une convention de conversion et le refus par le salarié d'une pré-retraite du fonds national de l'emploi.

On se rappelle qu'à cette date l'adhésion à une convention de conversion devait obligatoirement être proposée à tout salarié licencié pour motif économique, ayant au moment du licenciement deux ans d'ancienneté révolus. Le salarié abandonnait ses indemnités compensatrices de préavis dans la limite de deux mois, mais il bénéficiait d'une meilleure indemnisation chômage et d'actions de reclassement.

⁹⁸ Dont les usines de Tanger et d'Oran sont inaugurées sur la période 2010-2014.

À partir de 1999, la loi a modifié ce système exonérateur et non seulement l'employeur devait financer la convention de conversion, mais il devait également payer la pénalité Delalande.

Au titre des autres exonérations, on notera les éléments suivants :

- le licenciement pour faute grave ou lourde, sous réserve bien entendu qu'il ne soit pas requalifié par le conseil de prudhommes,
- le licenciement à la suite d'une cessation d'activité pour raison de santé ou pour départ en retraite entraînant la fermeture définitive de l'entreprise ;
- le licenciement pour chantier, la démission du salarié, la rupture du contrat de travail pour cas de force majeure, la première rupture de contrat dans le cadre d'une entreprise de moins de 20 salariés sur un délai de douze mois.

La pénalité n'est pas davantage applicable en cas de licenciement pour inaptitude après justification de l'impossibilité de reclassement en cas de rupture du contrat d'un employé de maison⁹⁹.

3.2.4. L'impact de la mesure

Dans leur étude, Behaghel, Crépon et Sédillot sont extrêmement dubitatifs sur l'efficacité du processus. Tout d'abord, il convient de rappeler que celui-ci entraîne un prélèvement sur le monde de l'entreprise d'une somme évaluée à 1.000.850.000 € sur la période¹⁰⁰.

Deuxièmement, les analystes s'interrogent sur 1.890.000.000 € sur la période 1993 à 1999, c'est-à-dire celle durant laquelle aucune exemption n'est prévue. Cela correspond à un prélèvement de l'ordre de 270.000.000 € par an sur les entreprises. Comme il a été indiqué ci-dessus, le but de la contribution Delalande dans la pleine logique de la législation sur la protection de l'emploi telle qu'on la connaît depuis 1973 est donc de

⁹⁹ L'effectif de l'entreprise est calculé de manière stricte : les salariés à temps partiel sont décomptés au prorata de leur horaire de travail. En revanche, les salariés sous contrat de formation en alternance, sous contrat d'emploi solidarité, ou sous contrat d'apprentissage ou encore sous contrat d'initiative emploi, sont exclus du décompte.

¹⁰⁰ 1987-2008.

renchérir le coût du licenciement pour réduire leur nombre et générer ce que l'on appelle un effet de rétention.

L'autre intention, qui d'ailleurs ne figurait pas expressément dans l'intention du législateur en 1987, est de faire porter le poids de l'indemnisation du chômage décidé non pas sur la collectivité, mais bien sur l'entreprise qui a pris cette décision. Ainsi, on pourrait rapprocher ce type de dispositif de ce que les Américains appellent l'*experience rating*, c'est-à-dire de la prise en charge par l'entreprise qui licencie des conséquences de sa décision de licencier.

Comme nous l'avons indiqué au paragraphe 2 ci-dessus, quelle que soit l'intention ou la méthode choisie, le processus apparaît contestable en lui-même pour deux raisons.

La première résulte du fait qu'en renchérissant à l'extrême le coût du licenciement, au-delà même de ce que prévoient déjà les conventions collectives de branche (la simple référence à la loi n'est évidemment pas suffisante), on aggrave le coût du travail. Ainsi, le coût recalculé du travail sur la totalité de la période d'emploi du salarié doit bien être complété par, dans le pire des cas, un an de salaire brut.

De toute évidence, cette analyse en matière de coût n'est pas pratiquée. À aucun moment, que ce soit d'ailleurs dans les quelques protestations émanant du CNPF, ou dans les analyses des critiques ou des laudateurs du texte, on ne voit apparaître l'expression « coût du travail ». Celle-ci n'apparaît qu'une seule fois dans l'article de Behaghel, Crépon et Sédillot et elle n'est pas davantage développée.

Pourtant, dans la logique de notre analyse, on doit considérer que la contribution ou pénalité Delalande est bien ce qui a été imaginé de plus pénalisant pour l'entreprise, sans aucune considération concernant ni son prix de revient passé (dont on sait qu'il se révèle donc erroné en raison de l'absence de prise en compte de l'élément économique que constitue l'imposition a posteriori de cette taxe sur le licenciement), ni sur l'impact postérieur. En effet, l'entreprise va bien devoir, d'une façon ou d'une autre, réintroduire dans son calcul de prix, sur la période future, la charge extraordinaire que constitue la pénalité Delalande.

L'efficacité au regard de l'objectif recherché par le législateur. Les données sur la période 1987-2007 sont complexes à analyser. Behaghel, Crépon et Sédillot¹⁰¹, au terme de leur étude, concluent de la façon suivante ces analyses : « *l'effet sur les licenciements doit, en outre, être décomposé, puisqu'il comporte l'effet de rétention (effet visé) mais aussi un effet d'accélération des licenciements (effet d'entrée de seuil, usuel dans ce type de dispositif).* »

L'effet non souhaité d'un dispositif tel que la contribution Delalande est de dissuader les embauches, d'autant plus fortement que les personnes sont susceptibles d'entrer rapidement dans le champ de la mesure.

En fait, il apparaît que la pénalité Delalande n'a produit un effet de rétention qu'à la marge, sans doute plus vigoureux dans la dernière période, c'est-à-dire la période 1998-2007, sans que l'on sache exactement, parce qu'aucune étude n'est disponible à ce sujet, le nombre d'entreprises qui ont été dans l'obligation purement et simplement de déposer le bilan parce qu'elles étaient dans l'incapacité d'ajuster leur main-d'œuvre aux rigueurs de la contribution Delalande et que seule la voie de la liquidation était dès lors envisageable. Ainsi, l'effet de rétention n'est vu que sur les entreprises qui survivent à l'application de la loi.

Il est évident qu'à l'annonce de la mise en œuvre du dispositif, et avant chacun de ses renforcements, les entreprises qui souhaitaient se séparer de salariés âgés ont procédé rapidement à ces licenciements, voire les ont anticipés, de telle façon à ne pas être exposés soit au doublement de la pénalité, soit en tout état de cause au maximum de celle-ci en fonction de l'âge du salarié qui était visé par la mesure. Là-encore, les données dont nous disposons à ce jour ne permettent pas d'avoir sur la période une claire visibilité de l'efficacité du dispositif. Le retour d'expérience a été insuffisant sur ce procédé.

Nous examinons désormais l'effet qui aurait dû être examiné : la restriction à l'embauche. Le député Delalande ne l'avait pas prévu. Ses successeurs, sans respecter

¹⁰¹ Luc Behaghel, Bruno Crépon et Béatrice Sédillot : Contribution Delalande et transitions sur le marché du travail.

l'impératif du retour d'expérience ont voulu à tout crin renforcer le dispositif. Il était pourtant évident que le mécanisme mis en œuvre en 1987 allait avoir un effet dés-incitateur à l'embauche de tout salarié de plus de 50 ans, en l'occurrence de plus de 55 ans.

C'est la raison pour laquelle les réformateurs du système, prenant conscience du frein à l'emploi et à l'exclusion du marché du travail de la population des cinquantenaires que cela pouvait impliquer, ont décidé de modifier le système en faisant de telle sorte tout d'abord qu'il ne soit pas applicable aux personnes embauchées à partir de l'âge de 50 ans, puis dans un deuxième temps en allant jusqu'à indiquer que la pénalité Delalande ne serait pas imposée aux personnes engagées à partir de l'âge de 45 ans.

De cette façon, le législateur, qui est intervenu postérieurement à Jean-Pierre Delalande, a essayé d'éviter ou de réduire l'effet de restriction des embauches de travailleurs âgés qui était évidemment la conséquence du texte.

Cependant, celles-ci ne correspondent qu'à des cas marginaux tels que le licenciement pour faute grave ou lourde ou la démission du salarié trouvant son origine dans un déplacement de la résidence du conjoint par exemple. L'amendement Delalande a eu un effet totalement opposé à ce qu'espéraient ses promoteurs. D'une part, il n'a pas empêché les licenciements des salariés de plus de cinquante ans... qui ont été motivés sur le terrain de la faute grave contre le paiement de substantielles indemnités dans le cadre transactionnel. De cette façon, la pénalisation excessive était évitée par l'entreprise, le salarié bénéficiait d'un important pécule de départ, et la loi était totalement contournée. Mais dans le même temps, les entreprises ont évité d'embaucher des salariés de plus de quarante-huit - cinquante ans... pour ne pas avoir à les licencier au premier revers économique en payant la contrepartie Delalande. Quinze ans plus tard, le législateur doit imaginer un nouveau dispositif¹⁰² pour favoriser le retour à l'emploi des seniors alors que l'on prépare l'allongement de la vie active ! Voilà encore l'un des effets absurde et totalement contre-productif d'une législation sur la protection de l'emploi reposant essentiellement sur des présupposés idéologiques.

¹⁰² Mise en chantier des idées de Jean-Louis Borloo et de Gérard Larcher pour tenter d'éprouver un contrat spécial « seniors ».

4. Le régime des sanctions

Le régime des sanctions ne se limite pas aux indemnités financières, conçues au seul bénéfice des salariés, sans qu'il soit tenu compte de l'intérêt de la collectivité de travail à laquelle appartenait le salarié licencié et qui a vocation à subsister après son départ. Ou encore de l'intérêt de la collectivité territoriale qui subit les conséquences de la défaillance de l'entreprise consécutives à ces punitions, voire de la collectivité nationale qui devra assumer le financement d'une période de chômage. Il est d'ailleurs intéressant de noter que dans sa jurisprudence nouvelle -nouvelle à l'époque des années 1975-77 !), le conseil d'État a une vision restrictive de cet « intérêt général » qui ne concerne aucunement la préservation de l'entreprise dans le tissu local et le bassin d'emploi, comme si l'intérêt général du bassin d'emploi était en quelque sorte d'un rang inférieur à l'intérêt général existant, selon le conseil, du fait de la présence des IRP dans l'entreprise.

Mais la sanction financière qui pèse sur l'entreprise n'est pas limitée aux conséquences de la garantie d'indemnisation. Le législateur a doublé ce système de plusieurs pénalités complémentaires, de nature administrative, puis il a couronné le tout d'un dispositif répressif particulièrement rigoureux qui concerne à la fois l'entreprise et son dirigeant.

4.1. Les pénalités de nature administrative

Pour être complet sur le régime des sanctions qui peuvent être déclenchées à l'égard de l'entreprise, il faut évoquer comme nous venons de le faire les sanctions administratives qui découlent de la loi dite Delalande concrétisée dans l'article 321-13 ancien du code du travail¹⁰³.

Toujours dans le cadre des sanctions administratives, la moindre erreur dans le processus de licenciement économique est de nature à déclencher des sanctions civiles particulièrement lourdes. Tout employeur qui procède au licenciement pour motif économique d'un salarié sans lui proposer le bénéfice d'une convention de conversion

¹⁰³ Loi 92.722 du 29 juillet 1992, loi 92.1446 du 31 décembre 1992, loi 2000-37 du 19 janvier 2000.

doit verser aux organismes sociaux une contribution égale à un mois du salaire brut moyen des douze derniers mois travaillés.

Mais l'inventaire de l'arsenal ne serait pas complet si l'on omettait un autre dispositif qui ajoute une sanction à la sanction. L'article L.1235-4 (anciennement 122-14-4 du code du travail, second alinéa), prévoit en cas de licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse, que « *le tribunal¹⁰⁴ ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal, dans la limite de six mois d'indemnité de chômage par le salarié concerné* ».

Le texte laisse une certaine liberté à la juridiction, qui peut moduler la sanction de un à six mois. Mais de longue date, les six mois sont décidés de façon systématique dans des conditions qui échappent en outre à tout débat contradictoire.

4.2. *Le syndrome de la punition*

Pour le législateur des années quatre-vingt, pénaliser financièrement l'entreprise n'est pas suffisant : il faut également s'en prendre à la personne même de l'employeur. La société anonyme ne doit pas le rester : il faut châtier les responsables. Le rédacteur des nouveaux textes se situe dans la logique du vieux droit pénal français, héritier du droit romain et des procédures inquisitoriales de l'Ancien régime. Il faut marquer les corps -ou du moins les casiers judiciaires des dirigeants-, utiliser le pilori, -en l'occurrence le pilori médiatique-, pour démontrer à l'électorat que la France a changé sa politique à l'égard de l'entreprise en général et des entrepreneurs en particuliers.

Dans le numéro du 20^{ème} anniversaire de sa constitution, le Syndicat de la Magistrature met à l'honneur ses héros, héros de la lutte contre l'État post-gaulliste, et de la lutte contre les entrepreneurs, les capitalistes dénoncés par les représentants de l'École française de droit du travail. Les faits d'armes d'Hubert Dujardin, Oswald Baudot, Claude Joly, Jean-Pierre Michel et Jacques Bidalou pour ne citer que ceux-ci sont détaillés. Et bien entendu, le juge d'instruction Patrice de Charette figure dans cette liste

¹⁰⁴ Il faut entendre le conseil des prudhommes.

de dignitaires pour avoir inculpé d'homicide involontaire, infraction aux réglementations de la sécurité du travail, de la médecine du travail et du travail temporaire un dénommé Chapron, sitôt placé en détention.

Notre propos n'est pas de défendre le sieur Chapron, dont il convient cependant de rappeler qu'il n'est pas le « patron » de l'entreprise Huiles, Goudrons et dérivés, située à Vendin le Vieil, mais seulement manager de cette entreprise. La société est une filiale de Charbonnages de France, l'un des premiers groupes de chimie européen à cette époque, de nature publique puisqu'il s'est substitué après la libération à différentes entreprises minières nationalisées. Le juge de Charette applique les directives du Syndicat qui a décidé de lancer une opération politico-judiciaire sur le patronat français dont plusieurs membres feront l'objet d'actions similaires, au cours de ces années 1970-1980. Nous devons noter l'intervention de la politique pure dans le domaine de la gestion du droit par ces fonctionnaires particuliers que sont les magistrats, dans des conditions claires et affichées... mais connues par une infime minorité des justiciables. Rares sont en effet les lecteurs de la revue du Syndicat de la magistrature, ce qui est regrettable puisqu'ils pourraient découvrir dans ce numéro non seulement l'appui officiel de François Mitterrand au juge Patrice de Charette, mais également le compagnonnage affiché avec Fidel Castro dont le sens de la justice et l'admiration des principes dégagés par Montesquieu dans l'esprit des lois semble impressionner le Syndicat¹⁰⁵. À partir de 1981, nombre de magistrats membres du SM obtiendront des postes de responsabilité à la Chancellerie, dans les tribunaux et dans les cours.

La première offensive répressive contre les entreprises en général et les chefs d'entreprises en particulier est conjointe au vote et à l'application des lois dites Auroux et de leur codicille, à partir du 28 octobre 1982. La partie pénale du code du travail commence à s'épaissir et l'on voit surgir les articles L.481-2, L.483-1-1 (devenus, dans l'ordre, L.2146-1 et L.2431-1 puis L.2135-2 et L.2146-2) qui viennent réprimer l'entrave au fonctionnement régulier des organes représentatifs du personnel. Ils sont complétés le 13 novembre 1982 par les dispositions de l'article L.532-1 (devenu

¹⁰⁵ *Justice*, 1987, numéro 120-121, p.90 et 91 interview de Jacques Donzelot sur fonds de photographie prouvant une parfaite connivence avec le *leader maximo*.

L.2525-1 et 2) concernant les conflits collectifs puis, le 23 décembre 1982, par les dispositions des articles L.263-2-2 et L.482-1 concernant également les organes représentatifs du personnel. Le moindre de ces articles prévoit un emprisonnement d'un an à l'encontre du chef d'entreprise et, en cas de récidive, un emprisonnement qui peut être porté à deux ans outre une amende qui peut être doublée.

Une sorte de trêve marque les années 1986-1990. Mais l'offensive reprend au mois de juillet 1990 et au mois de décembre 1992. Le législateur renoue avec les principes de 1982 : toute disposition introduite dans le code du travail doit nécessairement être accompagnée d'une pénalité. La simple instauration de l'assistance du salarié pendant la procédure de licenciement par un conseiller spécifique est sanctionnée : l'atteinte à l'exercice régulier des fonctions de ce conseiller du salarié est punie par la loi du 18 janvier 1991 par une peine pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 3.750 €, peine doublée en cas de récidive.

De même, en 1992, les pénalités sont accrues concernant la violation des dispositions des articles L.122-46, (devenus L.1153-1 à 4) et 122-49 (devenu L.1152 1 et 2) et L.123-1 (devenu 1142-1) du code du travail, c'est-à-dire les premiers textes qui concernent les mesures discriminatoires¹⁰⁶.

Le 12 juillet 1990, une loi punit d'une amende de 3.750 €, qui est doublée en cas de récidive, outre un emprisonnement de six mois ou l'une de ces deux peines seulement, toute violation aux dispositions visant le contrat à durée déterminée et les conditions de sa signature. Ainsi, l'employeur qui déroge à la loi en s'autorisant à créer un emploi lié « à l'activité normale et permanente de l'entreprise », par le recours au contrat à durée déterminée est justiciable de ces dispositions ! Il faut qu'il soit certain en embauchant qu'il n'aura plus besoin de ce salarié au terme d'un délai qu'il doit déterminer à l'avance. Il en est de même pour l'employeur qui ne respecte pas les trois critères de recours au contrat à durée déterminée (remplacement d'un salarié en cas d'absence ou de suspension de son contrat de travail, accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, ou emploi à caractère saisonnier). Bien évidemment, il ne doit pas

¹⁰⁶ Loi du 2 novembre 1992.

renouveler le contrat hors des conditions fixées par l'article L.122-1-1 (devenu 1242-1)¹⁰⁷.

4.3. *L'accentuation de la répression est-elle un gage de l'efficacité des mesures de la loi du travail ?*

4.3.1. La disproportion

L'article L.122-46 (devenu L.1153) du code du travail issu de la fameuse loi du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale vise cette fois-ci les harcèlements sexuels ou moraux. Désormais, la possibilité offerte aux salariés d'évoquer le harcèlement moral leur permet de contester chaque avertissement, celui-ci pouvant prétendre qu'une sanction disciplinaire est de nature à « *altérer sa santé physique ou mentale, et compromettre son avenir professionnel* ». La loi du 17 janvier 2002 invente un dispositif répressif particulier concernant les infractions de discrimination : l'article L.122-45 (devenu L.1132-1 à 4 et L.1134-1 et 2) du code du travail issu de la loi du 16 novembre 2001 est soumis désormais à un emprisonnement d'un an et une amende de 3.750 € outre l'affichage du jugement sur les lieux de l'entreprise ; est également prévue l'insertion dans les journaux. Ainsi, les employeurs français, quels que soient le niveau ou l'importance de leur entreprise, vivent désormais sous le régime des suspects. Ils sont suspectés par leurs salariés, suspectés par les syndicats, suspectés par l'inspection du travail-et suspectés par les organismes publics ou parapublics dont l'Urssaf.

Quelle est la liaison entre cette observation qui apparaîtra à certains lecteurs comme polémique, puisqu'elle conteste en fait une évolution du droit validée par plusieurs élections législatives et présidentielles ? Cette liaison résulte tout d'abord de la logique d'un système et d'autre part de l'examen de son efficacité.

Sur le plan de la logique, les choses sont en apparence fort claires. Le législateur s'est engagé dans la voie du contrôle absolu de l'entreprise et de la récusation de la liberté entrepreneuriale en ce qui concerne l'essentiel, l'amplitude du pouvoir de décision du chef d'entreprise. Considérant que le jeu contractuel n'était pas suffisant pour assurer au salarié une sécurité et un revenu dans un monde économique en mutation qui produit

¹⁰⁷ Un contrat de travail à durée déterminée, 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.

naturellement des effets sur le fonctionnement des entreprises, et donc le contrat de travail, il a tenté de bloquer ou de freiner ces évolutions pour préserver les acquis des salariés en CDI. Estimant que les mesures juridiques modifiant le droit du travail n'étaient pas suffisantes en elles-mêmes pour assurer la suprématie de ce nouveau droit, effectivement en rupture avec le précédent, en particulier au niveau de la législation sur la protection de l'emploi, il a donc décidé d'assoir ce droit sur un fonds de pénalités tant pécuniaires que strictement pénales. Aucune de ces mesures n'a cependant été envisagée avec une perspective de retour d'expérience concernant son efficacité globale sur l'emploi. Et aucune étude préalable n'a été réalisée concernant leur impact sur le coût du travail dans l'entreprise.

Si nous sommes aujourd'hui certains que la pratique du Retex ne peut nous être contestée, en revanche, il nous sera sans doute opposé que la pénalisation du code du travail était nécessaire au regard des abus de la partie patronale et qu'il n'existe aucune interaction entre la pénalisation du code du travail et la mise en œuvre, exemplaire ou non, de ces mesures pénales avec le coût du travail et le niveau de l'emploi. Si cette dernière remarque est parfaitement opposable dans le cadre des TGE, elle ne l'est pas dans le cadre des TPE et des PME où le chef d'entreprise et l'encadrement sont plus sensibles à l'aspect pénal de la loi. Vivre sous ce régime de suspicion, de menace permanente est difficilement supportable. Nous constatons aujourd'hui dans les PME le même syndrome que celui qui touche les maires des petites communes dont la responsabilité personnelle est mise en cause pour tout sujet, de la chute de l'arbre dans la cour de l'école jusqu'au trou dans la chaussée ou sur le trottoir, en passant par la violation des dispositions légales concernant les permis de construire. Des maires découragés ont mis un terme à leur mandat. Nous voyons aujourd'hui des chefs d'entreprises abandonner la direction de leurs affaires à la moindre alerte à moins qu'ils ne s'engagent dans des processus frauduleux de contournement de la loi par la pratique des délégations de pouvoir par exemple.

En effet, à chaque instant dans la vie de l'entreprise, une disposition répressive peut être utilisée comme instrument pour mettre en cause la responsabilité pénale du chef d'entreprise. Cette profonde évolution du droit, cette intensification de la répression, est commentée avec une délectation non feinte par certains juristes du ministère du travail. On citera en particulier la compilation de Jean Michel, personnage emblématique de

cette tendance et de cette époque. Responsable du contentieux général du ministère du travail et de la santé de 1988 à 1999, c'est-à-dire pendant les années de la présidence de François Mitterrand (1988-1995) et du gouvernement de Lionel Jospin (1997-1999), il devient ensuite chargé de la veille juridique à la direction du travail et de l'emploi. Sous le ministère de Monsieur Larcher et par l'intermédiaire de la Documentation Française, il parvient à publier ce qui est devenu la bible en matière de répression. Il énonce et analyse les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, au long de deux tomes de 938 et 532 pages. Au terme de sa réflexion, l'éminent juriste, qui ne doit connaître de l'entreprise que ce qui sourde des rapports de son administration, recommande une aggravation des ... sanctions. On ne peut qu'être effondré à la lecture de ce texte, non seulement en raison de ces conclusions, mais en outre de la logique idéologique et administrative qui le sous-tend.

Au cours de ces mêmes années, combien d'études ont été commandées par le ministère du travail pour vérifier l'efficacité des textes nouveaux et la réalité de leur effet sur l'emploi ? De 1988 à 1999, lorsque Jean Michel règne sur le contentieux général, combien de travaux ont été effectués pour mesurer, à la demande de l'État, la déperdition financière qui résultait pour les entreprises françaises d'une part, et pour les Assedic d'autre part, du versement systématique des indemnités de préavis après la dispense presque tout aussi automatique qui est déférée aux salariés lors des licenciements économiques après dépôt de bilan ? Bien entendu, l'ouvrage de référence n'évoque jamais l'efficacité du processus et n'en cite pas un chiffre. S'il aborde la législation comparée, il ne fournit pas un élément de référence dans les pays européens cités pour permettre de prouver la supériorité du modèle français de protection de l'emploi.

Certes, la taille de certaines entreprises leur permet de bénéficier de structures financières, comptables et juridiques grâce auxquelles elles intègrent et maîtrisent parfaitement ces données nouvelles. Il s'agit généralement de sociétés comptant plus de mille salariés au rang desquels les banques, les assurances, les grandes entreprises industrielles liées par exemple à l'aéronautique ou à l'électronique. D'ailleurs, la menace qui pèse désormais sur tous les chefs d'entreprise ne vise pas de la même façon les petites et les grandes structures. Dassault Aviation et Bouygues disposent d'équipes de juristes capables d'interpréter les textes et d'engager les procédures nécessaires pour contrer une menace qui pèserait sur un dirigeant ou sur un cadre en cas, non pas de

violation, mais « d'interprétation erronée » d'une disposition légale. Ces entreprises usent largement de la délégation, voire de la sous-délégation de pouvoir au bénéfice des cadres d'exécution, directement au contact des ouvriers ou des clients. Le phénomène est tellement vrai que la simple existence de ces *staffs* juridiques est de nature à limiter l'action de l'inspection du travail à l'encontre de ces grandes structures.

Mais il faut savoir qu'en général, la loi s'applique sans discernement aux très petites et aux petites et moyennes entreprises. Dans ces structures, le dirigeant n'a ni la culture ni le temps nécessaire pour appréhender vingt ans de sédimentation législative et réglementaire. Il a appris vaguement, sur le tas, qu'il fallait une lettre d'embauche... alors que pendant longtemps, la simple preuve du contrat de travail était le bulletin de salaire. Désormais, de nombreuses conventions collectives exigent un contrat en bonne et due forme. Il convient de le faire précéder d'une déclaration unique d'emploi... sous peine de se voir poursuivre pour travail dissimulé.

Désormais, le moindre recoin de la législation du travail fait l'objet d'une codification pénale. Ainsi, la loi du 16 décembre 1992 entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994 ajoute différentes pénalités. Ne voit-on pas renforcées, avec la loi du 28 octobre 1997¹⁰⁸, les dispositions de l'article L.122-18 (devenu L.3142-71) du code du travail concernant la suspension du contrat de travail pendant la durée du service national actif... à quelques semaines de la suppression pure et simple du service national !

4.3.2. L'aggravation continue du chômage

4.3.2.1. L'instauration de la LPE et la politique de sanction sont sans effet sur l'emploi

De 1992 à 2002, nous notons le caractère systématique de cette politique de sanction et sa montée en puissance à travers les dispositions de l'article L.122.45¹⁰⁹ (devenu L.1132 à L.1134) relatives aux discriminations concernant l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, l'appartenance à une ethnie, une nation ou une race, etc.... la rédaction de ces articles étant d'ailleurs calquée sur celle de la loi du 29 juillet 1881. C'est donc une longue litanie que l'on serait dans l'obligation

¹⁰⁸ L'une des premières lois du gouvernement Jospin en matière d'emploi.

¹⁰⁹ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001.

de psalmodier au fil des pages. Si certaines de ces sanctions, concernant par exemple le licenciement d'une femme en période de grossesse ou postérieurement à celle-ci, se justifient pleinement, de même que le licenciement brutal, sans effort de reclassement d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, il n'en est pas de même de nombreuses autres dispositions.

Quel est le résultat de cette accumulation de contraintes dans les délais nécessaires pour mener à bien un licenciement économique ? Quel est le résultat financier pour l'entreprise et partant, quelle est l'efficacité du procédé quant à la protection des emplois ? Enfin, quelle est l'efficacité sur le niveau de l'emploi du dispositif répressif le plus virulent d'Europe à l'égard des chefs d'entreprise et des dirigeants de sociétés ? Ces questions sont cependant déterminantes lorsque l'on tente de réaliser une relation entre les dispositions législatives et leur effet sur l'emploi.

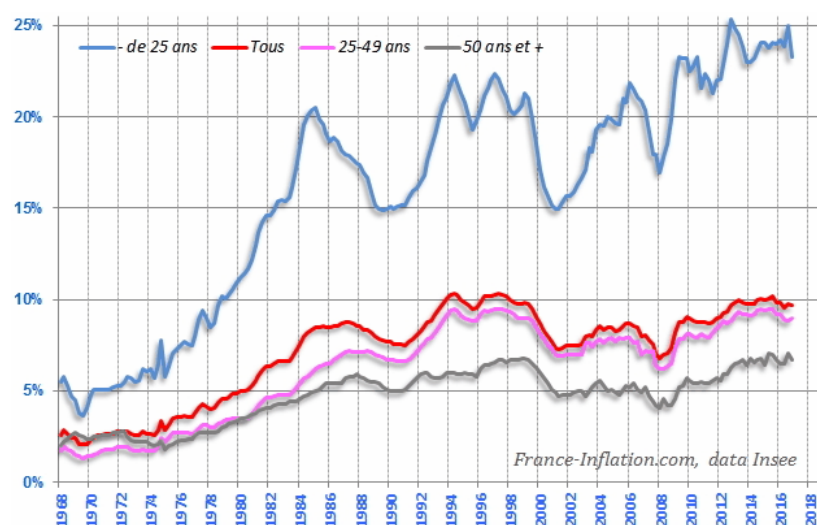
Les tableaux publiés depuis 25 ans par la DARES et l'OCDE sont évocateurs. Le résultat est en fait à l'opposé total de la volonté affirmée du législateur des années Mitterrand : l'excès de protection formelle de l'emploi, la pénalisation du code du travail et de la fonction de dirigeant d'entreprise ou de manager n'empêche en aucune façon la destruction de l'emploi lorsque l'entreprise, petite ou moyenne, d'importance nationale ou internationale, est confrontée à des crises conjoncturelles ou structurelles.

Après trente ans d'expérience et d'analyse du phénomène, il est possible de suivre les courbes du chômage d'une part et de la généralisation des pénalités relatives à la gestion du contrat de travail d'autre part. Si les prévisions doctrinales du législateur des années 1981, 1988 et 1997 étaient fondées, la courbe des licenciements aurait naturellement dû s'inverser et l'emploi se figer. Il n'en a rien été. Au contraire, les destructions massives d'emplois se sont poursuivies, prouvant que l'économie ne peut être régentée par le droit.

Mais il s'est produit en outre un phénomène plus pervers, et plus destructeur d'emplois. Les dirigeants d'entreprise ont intégré le risque pénal et le risque de destruction économique du capital productif, issu de leur propre effort financier, de celui de leurs familles ou de leurs actionnaires dans leur fonctionnement. Certes, la rigueur du droit n'est pas la seule cause de ces départs d'entreprises pour les pays du Maghreb ou de

l'Europe de l'Est, de l'Asie du Sud Est ou de Madagascar. Les effets de cette législation idéologique ont été accentués par ceux de la mondialisation, dont on devinait la menace pour l'emploi dans les années 1990, par la concurrence intra-européenne permise désormais par le grand marché, mais également par la rigueur de la législation sur l'environnement qui entraîne le dépaysement des entreprises chimiques ou pétrolières. Ce courant n'était sans doute pas évitable. Mais il pouvait être retardé, sans doute d'une génération. La législation du travail a accentué ce phénomène. Dans de nombreux cas, elle a été l'élément qui a confirmé la nécessité pour les dirigeants et les apporteurs de capitaux de mettre un terme aux implantations françaises, quitte à ce que ces décisions produisent des générations de chômeurs, en particulier dans les emplois de main-d'œuvre. Cette législation dite de protection de l'emploi n'a donc aucunement atteint son but affiché, mais au contraire, elle a accentué la déperdition durable d'emplois.

En revanche, et il conviendra d'y revenir, elle a assuré pour un temps plus ou moins long le confort matériel (parfois relatif) des salariés licenciés, dans le cadre d'une politique de type keynésien de soutien à la demande, favorisée par des ponctions financières sur l'entreprise dans le cadre de ces licenciements. Elle a ainsi favorisé l'individualisation des comportements, au détriment de la cohérence de la collectivité des salariés d'une entreprise, et de l'existence d'un outil de travail. Mais les grands théoriciens de la protection de l'emploi fondés sur la sanction pénale et financière se défendent ardemment d'être responsable d'une telle situation et en récusent le constat. Il est cependant incontournable.



4.3.2.2. Tableau - Évolution du taux de chômage - source INSEE

Nouveau calcul de novembre 2016 : France métropolitaine seule

Date	Métropole							France %
	Milliers	Total %	Homme %	Femme %	15-24ans %	25-49ans %	>49ans %	
2016-T4	2783	9.7	9.8	9.5	23.3	9	6.7	10
2016-T3	2814	9.8	9.8	9.8	25	8.8	7.1	10.1
2016-T2	2776	9.6	10	9.3	23.9	8.9	6.5	9.9
2016-T1	2841	9.9	10.2	9.5	24.2	9.2	6.5	10.2
2015-T4	2851	9.9	10.4	9.4	24	9.2	6.7	10.2
2015-T3	2923	10.2	10.7	9.5	24.1	9.5	7	10.5
2015-T2	2905	10.1	10.6	9.6	23.8	9.5	7.1	10.4
2015-T1	2855	10	10.3	9.6	24.1	9.4	6.4	10.3
2014-T4	2913	10.1	10.5	9.7	24.1	9.5	6.8	10.5
2014-T3	2863	10	10.2	9.7	23.6	9.4	6.7	10.3
2014-T2	2812	9.8	10.1	9.6	23.2	9.2	6.6	10.2
2014-T1	2797	9.8	10.1	9.4	23	9.1	6.8	10.1
2013-T4	2790	9.8	9.8	9.7	23	9.2	6.4	10.1
2013-T3	2838	9.9	10.1	9.7	23.9	9.2	6.7	10.3
2013-T2	2878	10	10.2	9.9	24.5	9.3	6.6	10.4
2013-T1	2837	9.9	10.1	9.8	24.9	9.1	6.5	10.3
2012-T4	2787	9.7	9.9	9.6	25.4	8.8	6.3	10.1
2012-T3	2675	9.4	9.5	9.3	24	8.7	5.9	9.8
2012-T2	2661	9.3	9.3	9.4	22.9	8.8	5.9	9.7
2012-T1	2585	9.1	9.2	9	22.1	8.6	5.6	9.5
2011-T4	2541	9	8.9	9	22	8.4	5.7	9.3
2011-T3	2491	8.8	8.5	9.1	21.3	8.2	5.6	9.2
2011-T2	2457	8.7	8.4	9	22	7.9	5.4	9.1
2011-T1	2472	8.8	8.3	9.3	22.4	8	5.4	9.1
2010-T4	2476	8.8	8.3	9.3	21.6	8.1	5.5	9.2
2010-T3	2494	8.8	8.7	9	23.3	7.9	5.4	9.2
2010-T2	2512	8.9	8.8	9	22.8	8	5.4	9.3
2010-T1	2538	9	9	9	22.5	8.1	5.6	9.4
2009-T4	2564	9.1	9.2	9	23.2	8.1	5.7	9.5
2009-T3	2477	8.8	8.7	9	23.2	7.8	5.3	9.2
2009-T2	2493	8.8	8.8	8.9	23.3	7.8	5.2	9.2
2009-T1	2307	8.2	8.1	8.4	22.1	7.3	4.6	8.6
2008-T4	2061	7.4	6.9	7.8	19.9	6.5	4.2	7.7
2008-T3	1974	7.1	6.7	7.5	18.5	6.3	4.2	7.4
2008-T2	1943	7	6.6	7.4	17.8	6.2	4.6	7.3
2008-T1	1899	6.8	6.6	7.1	17	6.2	4.1	7.2
2007-T4	1972	7.1	6.7	7.5	18	6.4	4.2	7.4
2007-T3	2124	7.6	7.4	8	18	7.2	4.4	8
2007-T2	2163	7.8	7.4	8.3	19.2	7.1	4.7	8.1
2007-T1	2236	8.1	7.6	8.6	20.4	7.2	5.2	8.4
2006-T4	2193	8	7.7	8.3	20.9	7	4.9	8.3
2006-T3	2345	8.5	7.7	9.4	21.1	7.7	5.1	8.9
2006-T2	2353	8.6	8	9.2	21.5	7.6	5.4	9
2006-T1	2397	8.7	8	9.6	21.9	7.9	5.2	9.1
2005-T4	2366	8.7	7.8	9.6	20.8	7.9	5.3	9
2005-T3	2353	8.6	7.9	9.5	21	7.8	5.1	9
2005-T2	2310	8.4	7.8	9.1	19.6	7.9	4.8	8.8
2005-T1	2255	8.3	7.8	8.9	19.7	7.7	4.9	8.7

Date	Nombre	Taux					
		Total	Homme	Femme	15-24 ans	25-49 ans	>49ans
2004-T4	2422	8.9	8.1	9.7	20.8	8.3	5.8
2004-T3	2409	8.8	8	9.8	20.8	8.2	5.7
2004-T2	2386	8.8	7.9	9.8	20.3	8.1	6
2004-T1	2410	8.9	7.9	10	19.9	8.2	6.3
2003-T4	2372	8.8	7.9	9.7	20.4	8	6.2
2003-T3	2267	8.4	7.6	9.3	18.7	7.8	6
2003-T2	2298	8.5	7.5	9.6	18.9	8	5.8
2003-T1	2236	8.3	7.4	9.3	17.1	7.9	5.7
2002-T4	2167	8	7.3	8.9	17.3	7.5	5.6
2002-T3	2128	7.9	7.1	8.8	16.5	7.3	5.7
2002-T2	2127	7.9	7	8.9	16.7	7.3	5.8
2002-T1	2106	7.8	6.9	9	16.7	7.3	5.6
2001-T4	2048	7.7	6.5	9	16	7.2	5.3
2001-T3	2049	7.7	6.4	9.1	15.8	7.3	5.3
2001-T2	2078	7.8	6.5	9.3	15.7	7.4	5.4
2001-T1	2108	7.9	6.6	9.5	15.4	7.6	5.6
2000-T4	2155	8.1	6.8	9.7	15.4	7.7	6
2000-T3	2216	8.4	7	9.9	16.1	8	6.1
2000-T2	2293	8.7	7.4	10.2	17	8.2	6.3
2000-T1	2385	9.1	7.8	10.5	18.1	8.6	6.5
1999-T4	2508	9.5	8.3	11	19.9	8.9	6.9
1999-T3	2612	10	8.7	11.4	20.9	9.3	7.2
1999-T2	2675	10.2	8.9	11.8	21.1	9.6	7.5
1999-T1	2704	10.3	9	12	21.3	9.7	7.6
1998-T4	2695	10.3	8.9	12	20.9	9.8	7.5
1998-T3	2690	10.3	9	12	21	9.8	7.4
1998-T2	2664	10.3	8.9	11.8	20.9	9.7	7.3
1998-T1	2672	10.3	9	11.9	21	9.7	7.3
1997-T4	2732	10.6	9.3	12.1	22	9.9	7.4
1997-T3	2778	10.8	9.5	12.3	22.5	10.1	7.5
1997-T2	2804	10.9	9.6	12.4	22.8	10.2	7.5
1997-T1	2805	10.8	9.6	12.3	23	10.1	7.4
1996-T4	2786	10.7	9.5	12.3	22.9	10	7.1
1996-T3	2769	10.7	9.4	12.3	22.2	10	7
1996-T2	2723	10.5	9.1	12.2	21.7	9.9	7
1996-T1	2673	10.3	8.8	12.2	21	9.7	6.9
1995-T4	2612	10.2	8.6	12	20.5	9.5	6.7
1995-T3	2583	10.1	8.5	12	20.5	9.4	6.6
1995-T2	2539	9.9	8.4	11.7	20.4	9.2	6.6
1995-T1	2585	10.1	8.7	11.9	21	9.4	6.6
1994-T4	2665	10.4	9.1	12.1	21.8	9.7	6.8
1994-T3	2718	10.7	9.3	12.3	22.3	9.9	6.8
1994-T2	2762	10.8	9.4	12.6	22.5	10.1	6.7
1994-T1	2738	10.8	9.4	12.4	22.3	10	6.6
1993-T4	2667	10.5	9.1	12.2	21.7	9.7	6.4
1993-T3	2597	10.2	8.8	11.9	21.4	9.4	6.3
1993-T2	2524	9.9	8.6	11.6	20.5	9.1	6.4
1993-T1	2426	9.6	8.1	11.3	19.3	8.7	6.5
1992-T4	2379	9.4	7.8	11.4	18.5	8.5	6.7
1992-T3	2320	9.2	7.4	11.3	17.9	8.3	6.7
1992-T2	2237	8.9	7.1	11.1	17.4	8	6.5
1992-T1	2177	8.6	6.9	10.9	17.3	7.7	6.3
1991-T4	2095	8.3	6.6	10.5	16.7	7.4	6.1
1991-T3	2044	8.2	6.4	10.3	16.4	7.2	5.9
1991-T2	2026	8.1	6.3	10.3	16.3	7.2	5.8
1991-T1	2007	8	6.2	10.3	16	7.1	5.7
1990-T4	1992	7.9	6.2	10.1	15.8	7	5.6
1990-T3	1983	7.9	6.2	10.1	15.5	7	5.5
1990-T2	1983	7.9	6.1	10.1	15.2	7	5.6
1990-T1	2006	8	6.1	10.3	15.2	7.1	5.6
1989-T4	2031	8.1	6.2	10.5	15.1	7.2	5.6
1989-T3	2043	8.1	6.2	10.6	15.2	7.3	5.7
1989-T2	2044	8.1	6.2	10.6	15.2	7.3	5.7
1989-T1	2072	8.3	6.4	10.7	15.6	7.4	5.8
1988-T4	2129	8.5	6.7	10.9	16.5	7.4	6

Date	Nombre	Taux					
		Total	Homme	Femme	15-24 ans	25-49 ans	>49ans
1988-T3	2179	8.7	6.9	11.1	17.2	7.5	6.2
1988-T2	2213	8.9	7.1	11.2	17.6	7.6	6.4
1988-T1	2236	9	7.3	11.2	17.9	7.7	6.4
1987-T4	2257	9.1	7.4	11.3	18	7.7	6.4
1987-T3	2253	9	7.3	11.3	18.1	7.6	6.4
1987-T2	2273	9.1	7.4	11.4	18.5	7.6	6.3
1987-T1	2285	9.1	7.5	11.4	18.8	7.6	6.2
1986-T4	2243	9	7.4	11	18.7	7.5	5.9
1986-T3	2220	8.9	7.5	10.8	19	7.3	5.7
1986-T2	2213	8.9	7.6	10.7	19.4	7.2	5.7
1986-T1	2235	9	7.7	10.8	20.3	7.1	5.8
1985-T4	2299	9.3	7.9	11.2	21.8	7.1	6
1985-T3	2262	9.2	7.8	11	21.7	6.9	5.9
1985-T2	2143	8.7	7.4	10.5	20.1	6.7	5.6
1985-T1	2112	8.6	7.2	10.5	19.9	6.6	5.5
1984-T4	2167	8.8	7.4	10.8	21.2	6.6	5.4
1984-T3	2180	8.9	7.4	10.9	22.1	6.5	5.3
1984-T2	2055	8.4	6.8	10.5	20.9	6.1	5.2
1984-T1	1871	7.7	6.2	9.7	18.6	5.5	5
1983-T4	1772	7.3	5.9	9.2	17.3	5.3	4.8
1983-T3	1773	7.3	5.8	9.4	17.2	5.3	4.8
1983-T2	1772	7.3	5.7	9.5	17.3	5.3	4.7
1983-T1	1726	7.1	5.5	9.3	16.8	5.1	4.7
1982-T4	1688	6.9	5.3	9.2	16.4	5	4.7
1982-T3	1703	7	5.3	9.3	16.5	5	4.6
1982-T2	1678	6.9	5.3	9.1	16.1	5.1	4.5
1982-T1	1679	6.9	5.4	9	16.1	5.1	4.4
1981-T4	1673	6.9	5.4	9	16.2	5.1	4.4
1981-T3	1525	6.3	4.7	8.6	14.5	4.7	4.2
1981-T2	1485	6.1	4.4	8.6	14.2	4.5	4.1
1981-T1	1486	6.1	4.4	8.6	14.5	4.4	4.1
1980-T4	1419	5.9	4.2	8.3	13.9	4.1	4
1980-T3	1330	5.5	3.8	7.9	12.9	3.9	3.9
1980-T2	1238	5.1	3.5	7.5	11.8	3.6	3.7
1980-T1	1223	5.1	3.5	7.3	11.7	3.6	3.6
1979-T4	1247	5.2	3.7	7.3	12	3.7	3.6
1979-T3	1240	5.2	3.8	7.1	11.8	3.7	3.7
1979-T2	1196	5	3.8	6.8	11.2	3.6	3.7
1979-T1	1152	4.9	3.7	6.6	10.8	3.5	3.4
1978-T4	1099	4.7	3.5	6.3	10.5	3.4	3.2
1978-T3	1057	4.5	3.4	6.1	10.1	3.3	3
1978-T2	1043	4.5	3.3	6.1	9.9	3.3	3
1978-T1	1040	4.4	3.3	6.2	9.7	3.3	3
1977-T4	1044	4.5	3.2	6.3	9.7	3.3	3.1
1977-T3	1037	4.4	3.2	6.2	9.8	3.2	3
1977-T2	1014	4.3	3.2	6.1	9.7	3.1	2.9
1977-T1	955	4.1	3	5.7	8.9	3	2.8
1976-T4	891	3.8	2.7	5.5	8.1	2.9	2.6
1976-T3	869	3.8	2.7	5.4	7.7	2.8	2.6
1976-T2	900	3.9	2.8	5.6	8.2	2.9	2.7
1976-T1	903	3.9	2.8	5.6	8.3	2.9	2.6
1975-T4	862	3.8	2.8	5.3	7.7	2.9	2.5
1975-T3	841	3.7	2.8	5	7.6	2.8	2.4
1975-T2	773	3.4	2.6	4.6	7	2.6	2.2
1975-T1	689	3	2.3	4.2	6.1	2.3	2.1

CHAPITRE QUATRIÈME

LES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL (IRP)

Le choix méthodologique qui sous-tend l'ensemble de cette réflexion est fondé sur la vision du chef d'entreprise et, au-delà, des équipes de management. Il fait donc prévaloir l'intérêt de l'entreprise, personne morale, sur celui du salarié. Il pourrait nous être objecté que cette vision est restrictive, voire essentiellement néolibérale¹¹⁰. Elle privilégie l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire la maximisation du profit, et génère naturellement la critique de l'environnement institutionnel. Second élément : elle déclenche la critique de ceux qui considèrent que tout ce qui empêche l'adaptation de l'outil de production, en cas de retournement de la conjoncture économique ou de mutations sociologiques ou plus globalement d'évolutions du marché constitue un élément favorable pour le salarié. Enfin, et le lecteur l'aura compris, ce choix nous conduit à suspecter tous les fonctionnements générateurs de coûts du travail, en dépassant les convenances, les habitudes, les pesanteurs sociologiques et, plus globalement, le discours « politiquement correct » des institutions.

¹¹⁰ Il s'agit de la critique clairement exprimée par le think-tank Terra Nova dans le cadre du projet de la Loi PACTE. Nous ne partageons, évidemment, ni les présupposés, ni les conclusions de cette analyse. Nous contestons l'idée que l'entreprise privée devrait répondre à des buts d'intérêt général. Nous estimons que l'entreprise privée, sous forme de société commerciale, répond à un objet social dans la logique première des intérêts de ses actionnaires et de ses dirigeants, lorsqu'ils sont également associés. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous avons centré cette réflexion sur la situation des PME et que nous n'avons envisagé que de manière périphérique la problématique des ETI et des TGE.

1. Une volonté de pénétration dans le périmètre du pouvoir de direction du chef d'entreprise, sans contrepartie

Nous pourrions dire, plus spontanément, qu'une recherche exhaustive des coûts occultés ou des coûts cachés devrait conduire, naturellement, aux observations et aux conclusions que nous allons aborder dans ce paragraphe. En fait, il n'en n'est rien. Nous sommes d'ailleurs assurés que certains de nos lecteurs considèreront comme anormal le fait d'aborder la problématique de la représentation du personnel, des effets de la syndicalisation et, plus globalement, du dialogue social dans l'entreprise, sous l'angle du coût. Il est vrai que la littérature, classique sur ces sujets, se concentre sur les apports potentiels que le dialogue social et son fonctionnement, à travers les IRP, peut apporter aux salariés, et très subsidiairement à la direction et au management, en matière de « *vivre ensemble* » dans l'entreprise par exemple.

Nous nous devons naturellement nous appesantir sur cette littérature afin, d'une part, de souligner ces conceptions et de nous en démarquer, mais surtout de permettre à nos lecteurs de comprendre quelle a été leur portée.

1.1. Les principes fondant l'instauration du comité d'entreprise

L'ordonnance du 22 février 1945, qui instaure le comité d'entreprise, est signée par le général De Gaulle, le ministre du travail, G. Parodi, le ministre de la production industrielle Robert Lacoste et le ministre de l'économie Pierre Mendès-France. Mais nous sentons dans la rédaction du préambule de l'ordonnance, outre l'influence des travaux du CNR, la plume du Général, en particulier dans le premier et le second paragraphe. Il aborde en effet les thèmes qui lui sont chers : contrôle ouvrier et participation des travailleurs : « *Le grand mouvement populaire qui a libéré la France de l'ennemi n'a pas été seulement un mouvement de la libération nationale : il a été également un mouvement de Libération sociale. Dans la résistance clandestine comme à Londres autour du général De Gaulle, des projets de reconstructions économique et sociale de la France ont été élaborés. Une des idées que l'on retrouve dans presque tous ces projets est la nécessité d'associer les travailleurs à la direction de l'économie et à la gestion de l'entreprise* ». Le second paragraphe du préambule évoque à la fois une légitimité de ces comités qui vient du passé immédiat dans la prise de contrôle des

usines et les exemples étrangers : « Aussi bien, dès la libération du pays, des Comités de production ou des comités de gestion se sont-ils constitués spontanément dans de nombreuses usines. Le but de ces comités était partout de remettre en marche l'industrie nécessaire à l'effort de guerre et d'en accroître le rendement. Et il n'est pas douteux, comme l'ont montré les expériences faites depuis quatre ans en Grande Bretagne, aux États Unis et au Canada, que la participation du personnel à des comités de ce genre peut avoir à cet égard les plus heureux effets ». (...). Puis le préambule, dont nous noterons qu'il n'emploie jamais le vocable « employeur » mais lui préfère celui de « chef d'entreprise », aborde le rôle futur des comités : « Ils n'ont pas seulement le droit de proposer toute mesure tendant à améliorer le rendement et à accroître la production : ils doivent aussi être tenus informés de tous les éléments concernant la marche de l'entreprise. Le chef d'entreprise devra faire, au moins une fois par an, un rapport d'ensemble sur la situation et l'activité de l'entreprise. Dans celles qui revêtent la forme de société anonyme, les comités auront le pouvoir d'obtenir des commissaires aux comptes tous éclaircissements sur la situation financière de l'entreprise et de présenter à l'assemblée générale des actionnaires, toutes observations utiles. Ainsi l'autorité de la direction sera maintenue intacte et, en même temps par l'intermédiaire de ses représentants, le personnel pourra être étroitement associé à la marche générale de l'entreprise dans laquelle il travaille ».

Cette coopération nécessaire entre la direction et les représentants du personnel apparaît dans le fait que le chef d'entreprise préside les réunions du comité d'entreprise. On peut espérer que de ces contacts fréquents -le comité se réunit au moins une fois par mois- au cours desquels seront discutés des problèmes concrets d'organisation du travail, et qui seront dominés par le souci de l'œuvre commune à laquelle la direction et le personnel sont attachés, sortiront des méthodes et des pratiques nouvelles de coopération entre le chef et les salariés de l'entreprise. En effet, le comité d'entreprise ne saurait avoir un caractère revendicatif : aux délégués ouvriers qui sont maintenus et dont le statut sera fixé par un texte prochain, continueront à appartenir les soins de présenter les réclamations individuelles ou collectives du personnel. Le conseil d'entreprise se place sur un tout autre plan, et il était nécessaire que ces deux institutions, également utiles, ne fussent pas confondues ». Le vocabulaire, ici encore est important. Il se situe dans la droite ligne de la réflexion gaulliste sur les rapports

entreprises/salariés, inspirés par les travaux du Sillon de Marc Sangnier et par les réflexions du Professeur Capitant. Nous retenons les mots « coopération » (utilisé à deux reprises dans le dernier paragraphe cité) ou « souci de l'œuvre commune ». Si le texte original ne prévoit l'institution d'un comité qu'à partir de 100 salariés (le seuil sera ensuite réduit à 50), il comporte une exception pour les entreprises qui représentent une « importance économique reconnue ». Il ouvre donc sur des exceptions à une norme qui apparaissait satisfaisante, alors que nous verrons que le seuil des 50 salariés qui sera établi quelques temps plus tard doit être reconnu aujourd'hui comme une erreur du législateur. Le texte souligne enfin que la pratique de l'élection introduit « la démocratie dans l'atelier » : il s'agit d'une revendication de la CGT et du Parti communiste, présent au gouvernement, qui est enfin satisfaite. Les organisations syndicales qui seront dites « représentatives » auront le monopole de la présentation des candidats.

1.2. La triple nature du comité

Le ressentiment du général De Gaulle à l'égard du patronat français explique en majeure partie la mise en œuvre de ce contrôle ouvrier sur l'entreprise française et l'autorisation conférée aux organisations syndicales, par le biais des comités d'entreprise, de s'insérer dans les secrets de la firme. Le texte permet la création d'un contre-pouvoir de nature politique, phénomène trop souvent oublié ou édulcoré par les manuels ou les ouvrages spécialisés. Il nécessite donc un rappel de notre part et une mise en exergue de la triple nature du comité.

La première cause de l'émergence aisée du comité d'entreprise moins de dix ans après la création des délégués du personnel est constitué par le ressentiment des vainqueurs politiques à l'égard du patronat.

Certes, les dirigeants d'entreprise et la droite, même gaulliste, ne peuvent ignorer le risque que fait courir cette nouvelle institution sur l'exercice du pouvoir de direction dans un pays où, historiquement, l'entreprise n'est pas spécifiquement un espace collaboratif. Les récentes grèves de 1936 sont encore dans tous les esprits, de même que les accusations portées pendant le procès de Riom contre les membres du gouvernement de Front populaire concernant l'impact des réformes sociales et économiques, nationalisations y compris, dans l'impréparation de l'industrie française à l'effort de guerre. Le ministre de l'Air est particulièrement concerné par ces critiques.

Mais la volonté gaulliste (et dans une moindre mesure communiste) de sanctionner un patronat français, trop impliqué dans soutien et le fonctionnement de l'État vichyste, d'une part, et dans une moindre mesure, de la collaboration, d'autre part, est sans faille. Sans évoquer des questions dont la résolution apparaît aujourd'hui assez claire, telle que les causes françaises de la destruction du vieux port de Marseille, nous pouvons citer quelques exemples qui vont illustrer parfaitement cette situation. Ainsi, Claude Joseph Gignoux, nommé président de la Confédération Générale du Patronat Français en 1936, et qui assure cette fonction jusqu'en 1940, rallie le régime du Maréchal Pétain dès le premier jour. Il emmène avec lui nombre d'entrepreneurs fascinés par la modernité de certaines élites -nous désignons ici les polytechniciens. Gignoux devient membre du Conseil National de Vichy et reçoit la francisque. Après la guerre, il formalisera une opposition radicale au gaullisme. Autre personnalité, cette fois-ci d'extrême droite, profondément impliquée dans les mouvements révolutionnaires d'avant-guerre, principal financier du MSR de Eugène Deloncle : Eugène Schuller, le président fondateur de l'Oréal. Il prône une collaboration complète avec les nazis, mais émet des thèses économiques et sociales qui présentent un réel intérêt et échappent au discours classique. Ainsi, sa grande théorie sur le salaire proportionnel est largement diffusée pendant la guerre¹¹¹. Paul-Louis Weiller, dirigeant de Gnome et Rhône, soupçonné d'avoir fraudé les interdictions de vente de licences aux puissances de l'Axe, Émile Dewoitine ou Louis Renault, pour ne citer que ceux-ci, ont adopté, avant et pendant la guerre, une attitude que le nouveau chef du gouvernement considère comme indigne. La création des comités d'entreprise est donc à la fois une sanction à l'égard de ces déviances et la mise en œuvre d'un contrôle qui est essentiellement conçu comme un contrôle politique, dans l'idée des promoteurs, pour éviter le renouvellement de ces attitudes antipatriotiques.

Second aspect : le nouveau pouvoir politique, mené par l'alliance gaullistes-communistes, ne peut faire moins que ce qui a été imaginé par le législateur vichyste. Or il se trouve que le régime de Vichy a concédé la Charte du travail du 4 octobre 1941¹¹². La Charte autorise la création de comités sociaux d'établissement qui disposent

¹¹¹ Eugène Schueller, *La révolution de l'économie*, éditions SEMP, Paris, 1941.

¹¹² Qui dissout les syndicats, interdit les grèves et le lock out.
Chapitre I^{er} Les comités sociaux d'entreprises

déjà d'une partie des pouvoirs qui vont être conférés au comité d'entreprise. Elle institue un organe au sein de l'entreprise, chargé d'assurer la plus grande collaboration entre le patron et les salariés mais qui exclut « *toute immixtion dans la conduite et la gestion de l'entreprise et dans les questions débordant le cadre de cette entreprise* » Le pouvoir de direction du chef d'entreprise, le secret des affaires sont donc totalement préservés, ce qui n'est plus le cas avec l'ordonnance du 22 février 1945. Les principales attributions du comité sont listées : « (...) *aider la direction à résoudre toutes les questions relatives au travail et à la vie du personnel dans l'établissement ; provoquer un échange d'informations mutuel sur toutes les questions intéressant la vie sociale du personnel et des familles ; réaliser les mesures d'entraide sociale dans le cadre d'activité du comité social local correspondant* ». En conséquence, le législateur de 1945 est contraint d'innover pour ne pas apparaître rétrograde au regard du texte vichyste.

En troisième position, figure sans doute la nécessité de satisfaire la CGT et le parti communiste. Les militants CGT de 1945 souhaitent que l'on oublie ceux qui ont rallié le régime de Vichy, à l'instar de René Belin¹¹³.

1.3. La postérité du texte : des commentateurs qui ignorent la problématique du coût

Ainsi, le procureur général Jean Laroque, dont le rôle a été éminent dans la construction du système social français de l'après-guerre, consacre, en septembre 1984, au professeur Maurice Cohen, une longue introduction à la première édition de son nouvel ouvrage

Art. 23 : « La collaboration entre employeurs et salariés est obligatoirement organisée dans les établissements dont l'effectif est au moins égal à cent ouvriers ou employés, au sein de « comités sociaux d'établissements » qui rassemblent le chef d'entreprise et des représentants de toutes les catégories du personnel ».

Art. 24 : « Les comités sociaux d'établissements réalisent au premier degré la collaboration sociale et professionnelle entre la direction et le personnel. Leurs attributions excluent toute immixtion dans la conduite et la gestion de l'entreprise et dans les questions débordant le cadre de cette entreprise ; sous ces réserves, elles s'exercent dans le sens le plus large, notamment en vue :

- d'aider la direction à résoudre toutes les questions relatives au travail et à la vie du personnel dans l'établissement ;
- de provoquer un échange d'informations mutuel sur toutes les questions intéressant la vie sociale du personnel et des familles ;
- de réaliser les mesures d'entraide sociale dans le cadre d'activité du comité social local correspondant.

Leur mode de fonctionnement est laissé à leur propre initiative. Ils sont placés sous l'autorité corporative et le contrôle du comité social local de la profession ».

¹¹³ René Belin (1898-1977). Militant au syndicat des agents des PTT, il suit Léon Jouhaux lors de la scission de 1922 et devient l'un des cadres principaux de la CGT en 1940, il rejoint le régime de Vichy et lui apporte la caution ouvriériste dont il a besoin. Ministre du travail du 14 juillet 1940 au 18 avril 1942, il est des principaux rédacteurs de la charte du travail de 1941.

sur le droit des comités d'entreprise¹¹⁴. Il rappelle, tout d'abord, qu'il « *y a un lien étroit entre le droit du travail et la situation économique et sociale. Ils évoluent ensemble. Dans la période actuelle de crise et de chômage, bien des situations nouvelles sont devenues préoccupantes. Les électeurs ont aussi manifesté un désir de changement* ». Clairement, le haut magistrat se situe dans la droite ligne de l'élection présidentielle de 1981, rappelant ainsi la primauté du politique, et évoque la nouvelle ère juridique qui s'est ouverte à cet instant. Puis, il aborde la cause de la création du fonctionnement des IRP : « (...) *les salariés peuvent avoir des propositions utiles à faire pour assurer la survie de leurs entreprises. Le législateur s'est préoccupé de l'expression de leurs opinions tant directement sur l'exécution de leur travail que par l'intermédiaire de leurs représentants sur leur fonctionnement et l'avenir des établissements où ils sont occupés* ».

Après avoir souligné que, désormais, les comités d'entreprise doivent être informés et consultés avant toute décision importante et rappelé qu'ils ont désormais la possibilité de se faire assister d'experts tout en recevant une formation économique spécifique, le procureur général Laroque se félicite que la loi du 28 octobre 1982 qui a modifié le fonctionnement des IRP ait « *élargi le domaine de leurs interventions, surtout au plan économique, (...) enfin donné des moyens nouveaux de fonctionnement* ». Il poursuit en expliquant que « *c'est la gravité de la crise économique et de la situation de l'emploi qui a incité les législateurs à élargir le rôle des salariés directement intéressés eux aussi à la bonne marche et à la sauvegarde de l'entreprise* ». Si le chef d'entreprise conserve le pouvoir « *qui est le corolaire nécessaire de sa responsabilité* », il connaîtra désormais l'opinion des salariés qui vont pouvoir coopérer avec lui à la gestion. Il pourra donc en tenir compte et, souligne le haut magistrat, il sera également contrôlé.

Cette première préface, dont nous souhaitons rappeler les passages essentiels, est caractéristique du comportement institutionnel français, et au-delà, de la position de la haute administration et de la magistrature. Elle surprend cependant en ce qu'elle n'établit aucun rapport entre les prétentions de la partie salariée à la coopération à la gestion, et les conséquences naturelle de cette revendication, en particulier de la part

¹¹⁴ Maurice Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ 1984, préface de Jean Laroque, Procureur Général près de la cour de cassation (p. 35 et s.).

d'un juriste. En effet, toute action humaine suppose une conséquence potentielle en matière de responsabilité. Or le magistrat -et au-delà, l'auteur de l'ouvrage- n'envisage pas cet aspect. Pour le dirigeant et les actionnaires, l'erreur dans la gestion de l'entreprise conduit à une sanction radicale, la perte de valeur des participations, voire à la disparition du patrimoine, sans rémission ou compensation. Et comme nous l'avons déjà souligné, le jour fatal de la liquidation judiciaire, le dirigeant est seul face à la chambre des procédures collectives du tribunal de commerce. Il ressent pleinement cette responsabilité et la perte qui va s'ensuivre. Il est certes possible de rétorquer que la responsabilité potentielle des salariés en cas d'influence négative sur un acte de gestion (en l'occurrence la perspective d'une restructuration) s'encourt par la rupture de leur contrat de travail qui résulte mécaniquement de la liquidation judiciaire de l'entreprise, cette perte patrimoniale qui génère en outre une perte de revenus. Mais nous savons que la LPE assure à la fois l'indemnisation de la perte de patrimoine et assure pendant un temps déterminé une garantie de revenus. En conséquence, si la sanction de la responsabilité peut trouver application, elle est relative¹¹⁵, alors même qu'elle est radicale et définitive pour la firme, personne morale, le dirigeant et les associés. Cette problématique, comme celle du coût qui y est liée en partie, échappe totalement au procureur général Laroque.

Son opinion recoupe donc celle des dirigeants politiques de ces années 1981/1986 et, bien entendu, des centrales syndicales de salariés. Nous notons, sans surprise, qu'en dépit de ses 40 ans d'expérience (1945-1984) dans le domaine social, il reste en fait à la porte de l'entreprise. S'il envisage de traverser les ateliers et désormais la salle de réunion du comité d'entreprise, il ne franchit pas le huis du service de comptabilité et celui du bureau du directeur des affaires administratives et financières -ou du chef d'entreprise. Si l'adjectif « *économique* » est présent à trois reprises dans son texte, on n'y trouvera ni le mot « *coût* », qu'il soit affecté ou non au travail, ni l'expression « *prix de revient* ». Nous n'y décelons pas davantage la formule « *micro-économie* » ou « *rentabilité de l'exploitation* ». Cette préface illustre ainsi le désintérêt exprimé pour la problématique économique qui sous-tend toute initiative entrepreneuriale et la

¹¹⁵ Nous ne mésestimons pas la problématique du licenciement des salariés de plus de 50 ans dans des zones économiques défavorisées, pour lesquelles la période de chômage peut dépasser les deux années.

responsabilité du chef d'entreprise. Ainsi, à l'heure où le livre de Maurice Cohen est mis sous presse, le projet de loi Badinter sur la réforme des procédures collectives est en débat. Le procureur général ne peut l'ignorer. Cependant, il n'en dit pas un mot, comme si l'exercice des droits des salariés était une sorte d'absolu politique dont la concrétisation était indispensable quelle que soit la problématique économique dans laquelle se situe l'entreprise. Dès lors, il ne fallait pas attendre de cette présentation une évocation de la problématique du coût de fonctionnement ou de gestion des IRP.

Nous nous projetons 20 ans plus tard : en 2002 les concurrents de Maurice Cohen, à savoir Michel Miné, Hubert Rose et Yves Struillou proposent la rédaction d'une préface à la seconde édition de leur ouvrage¹¹⁶ au président de la chambre sociale de la cour de cassation, Gérard Gelineau-Larrivet. Celui-ci se plie volontiers à l'exercice et vante les mérites des auteurs à travers une analyse des acquis jurisprudentiels des dernières années. Tout d'abord, il se félicite du renforcement de la protection des membres des IRP résultant de la décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 1988. Puis il stigmatise le management qui contrôle l'utilisation et le paiement des heures de délégation, développe des contentieux et procède à une discrimination syndicale qui est sous le contrôle de la cour de cassation. Il vante « *la description et la mise en œuvre d'instruments juridiques destinés à défendre des personnes se dévouant pour autrui -de souligner l'utilité de cette jurisprudence judiciaire qui ajoute à la procédure administrative une protection complémentaire de nature à empêcher les pratiques, entraînant, à terme, l'érosion des vocations syndicales dans certaines entreprises* »¹¹⁷. Le président honoraire de la cour de cassation reconnaît la complexité du système français résultant du mélange des compétences judiciaires et administratives (autre particularité hexagonale) et il admet que le contentieux du statut protecteur des représentants du personnel est à la fois complexe et « *difficile à gouverner* ». Mais il ne va pas au-delà, en abordant par exemple la problématique de la durée des contentieux et de leur répercussion sur le coût du travail. Il se félicite du travail de ses prédécesseurs, marqué par le fameux arrêt Perrier de 1974 et l'arrêt confirmatif de la cour de cassation du 5 mars 1996¹¹⁸. Tout ce travail lui semble justifié par « *la sauvegarde d'une liberté*

¹¹⁶ Michel Miné, Hubert Rose et Yves Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 2^{ème} édition 2002

¹¹⁷ *Op. Cit.* page 9.

¹¹⁸ Cour de cassation, chambre sociale, arrêt du 5 mars 1993 publié au bulletin N° 84.

publique essentielle, à savoir la protection et le fonctionnement des IRP » et ce n'est qu'au terme de sa préface qu'il aborde la problématique du coût mais, non pas sous l'angle du fonctionnement de la gestion des IRP, mais sous celui de la rupture irrégulière du contrat travail d'un salarié en mandat. Il note que « *l'indemnisation de la méconnaissance du statut protecteur doit désormais se doubler de l'indemnisation du licenciement nul selon les règles posées par l'arrêt Renou* » rendu par la cour de cassation le 27 juin 2000¹¹⁹ ». Il se satisfait de même du paiement d'une indemnité de douze mois concernant le licenciement d'un délégué syndical titulaire et termine son intervention en indiquant que l'inspecteur du travail a un rôle essentiel dans le fonctionnement des IRP.

Ce plaidoyer *pro domo* n'aurait pas été désavoué par le procureur général Laroque. À 20 ans d'intervalle, nous retrouvons, sous une forme différente, les mêmes conceptions, les mêmes idées et les mêmes exclusions. À aucun moment nous n'apercevons la mention de la problématique de l'entreprise et du management. Si le haut magistrat reconnaît du bout de la plume la complexité du fonctionnement, il n'en déduit pas une circonstance pour le dirigeant, pour les managers des PME qui n'ont qu'à se débrouiller ou payer. C'est d'ailleurs de cette façon que l'on pouvait résumer ce texte.

C'est donc sur le fond de cette lourdeur institutionnelle que nous avons travaillé à la problématique du coût de fonctionnement des IRP en ayant conscience que l'abord du sujet était iconoclaste, puisqu'il est assimilé comme étant une normalité du fonctionnement de l'entreprise – ce qui n'est pas nécessairement le cas dans les pays d'Europe de l'Ouest ou d'Amérique du Nord.

2. La liaison entre les IRP et la législation sur la protection de l'emploi

¹¹⁹ Arrêt cour de cassation, Chambre Sociale, arrêt Renou, 27 juin 2000, bulletin 5 N° 250. En l'occurrence, le licenciement d'un salarié considéré comme inapte par la médecine du travail est déclaré nul par les juridictions. Le salarié, licencié en 1994, perçoit des indemnités légales à hauteur de 186.718 francs pour 30 ans de carrière, et 220.000 Francs de dommages et intérêts. La cour de cassation considère que le salarié, « *victime d'un licenciement nul et qui ne réclame pas sa réintégration, a droit, d'une part, aux indemnités de rupture, d'autre part à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L.122-14-4 du code du travail ; qu'il s'ensuit qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé les textes susvisés* ».

Ainsi, la majorité de nos interlocuteurs référents, dirigeants ou managers, hésitaient à nous tenir un discours de vérité sur cette problématique tant ils craignaient d'être disqualifiés par leurs critiques. Ils finissaient par admettre qu'ils étaient contraints au respect de son fonctionnement et au dialogue social par la loi, mais que l'intérêt de l'un et de l'autre -au sens économique du terme, pour l'entreprise- n'était pas évident. D'aucuns nous indiquaient même qu'ils avaient le sentiment que le dialogue social ne pouvait se perpétuer et aboutir que lorsque l'entreprise avait encore quelque chose à négocier. À défaut, on en revenait rapidement à la culture de l'affrontement sans que le discours de l'entreprise puisse être considéré comme acceptable à partir de l'instant où il envisageait la réduction de l'emploi. C'est la raison pour laquelle nous considérons que la réglementation sur les IRP participe naturellement de la législation sur la protection de l'emploi. À compter de 1973, la conjonction entre les compétences du comité d'entreprise, notablement étendues depuis l'ordonnance du 22 février 1945, souvent modifiées, et les dispositions des lois de 1973 et de 1975, fait du comité un atout essentiel entre la main des syndicats de salariés pour contrer la politique et les décisions du dirigeant d'entreprise.

2.1. Du contrôle politique à l'immixtion dans la sphère du pouvoir de direction du chef d'entreprise

Mais il est clair que dans les entreprises fortement syndicalisées, les IRP concourent à une application renforcée de la LPE, c'est-à-dire de la protection de l'emploi à durée indéterminée. Nous rappelons pour mémoire les termes du préambule de l'ordonnance du 22 février :

- L'autorité de la direction sera maintenue intacte : elle est désormais impactée directement par la capacité d'opposition à la mise en œuvre immédiate des décisions nécessaires du comité d'entreprise ;
- La coopération nécessaire entre la direction et les représentants du personnel apparaît dans le fait que le chef d'entreprise préside les réunions du comité d'entreprise : les dirigeants sont souvent davantage face à une opposition, exprimée ou larvée, de la partie salariale ;
- le souci de l'œuvre commune à laquelle la direction et le personnel sont attachés : cette notion n'est valable que lorsque l'entreprise est prospère ;

- apparition de méthodes et des pratiques nouvelles de coopération entre le chef et les salariés de l'entreprise : nous ne donnerons ci-dessous quelques exemple ;
- Le comité d'entreprise ne saurait avoir un caractère revendicatif : la revendication est aujourd'hui une de ses missions premières.

En cas de péril pour la firme, les IRP sortent de leur pratique collaborative : elles deviennent la plupart du temps oppositionnelles. Les syndicats de salariés se raidissent dans leur pré carré pour empêcher l'expression du pouvoir de direction à partir de l'instant où celui-ci vise à réduire l'emploi ou modifier les techniques de production avec, pour conséquence, la réduction de l'emploi. Les IRP permettent aux salariées et à leurs syndicats de mener à une guerre de position, de l'intérieur de l'entreprise, dans des conditions qui ont été illustrées par l'affaire Goodyear d'Amiens. L'objectif est alors de retarder l'échéance de la décision de l'entreprise, en faisant de telle sorte que, pendant la période de résistance, le contrat de travail et donc la rémunération soient maintenus.

Pour aboutir, les syndicats vont exploiter chacune des ressources de la loi – en particulier les recours successifs en référé et la désignation de l'expert du comité d'entreprise – et les astuces juridiques que la LPE, puis le droit spécifique afférent aux IRP met à leur disposition. Les règles de cette guerre de position sont désormais connues : l'objectif des syndicats est d'allonger la durée des périodes de consultation, recourir, comme nous l'avons dit à l'expertise, contester les décisions de l'entreprise devant le juge, multiplier les procédures judiciaires de première instance et d'appel, etc., le tout pour maintenir l'emploi dans l'état existant le plus longtemps possible. Ce qui permet au salarié de gagner de l'ancienneté – ce supplément se décomptera lors du paiement de l'indemnité de licenciement -, de faire pression sur l'entreprise en maximisant un coût de travail inutile – en espérant que le management calculera rapidement son intérêt. Il préférera payer une indemnité supra-légale immédiatement, plutôt que de verser pendant des mois un surcoût du travail. En effet, les syndicats ont conscience que cette résistance augmente le coût du travail au sein d'une entreprise déjà en difficulté qui souhaite se séparer d'une partie des salariés qui ne sont plus utiles au processus de production.

Nous atteignons ici le centre du conflit de logique. Si l'entreprise est mue par la volonté de se perpétuer en dépit des difficultés avec, comme contrepartie, le licenciement d'un certain nombre de salariés, la partie salariale au contraire est animée par la seule

perspective d'obtenir un avantage financier maximum. Dès lors, le fait que la tombe de la personne morale soit désormais en perspective, et que soient condamnés au chômage les salariés qui auraient pu rester dans l'emploi n'intéresse plus la collectivité de ceux qui veulent partir. Si des salariés sont favorables à la rupture, parce qu'ils bénéficient de conditions d'emplois spécifiques¹²⁰, les syndicats peuvent même contraindre l'entreprise à la liquidation par le truchement des IRP et de leur fonctionnement. C'est la raison pour laquelle nombre de dirigeants interrogés nous ont indiqué que le fonctionnement des IRP et le dialogue social contraignent à un jeu superficiel, coûteux, et globalement inutile à la firme.

Dans le cadre de ce développement, nous nous interrogeons tout d'abord sur la réalité du coût et la cause de ce coût. Nous allons donc être conduits à analyser la création et le fonctionnement des IRP, afin de vérifier s'il est exact qu'il constitue un coût ou si cette prétention est illusoire.

Dans un second temps, nous nous interrogerons sur l'utilité pour la firme et vérifierons si l'expression commune des dirigeants d'entreprise, aux termes de laquelle le comité d'entreprise et plus globalement le dialogue social constituent à la fois des coûts et des contraintes inutiles est une réalité ou, au contraire, si l'entreprise peut tirer un bénéfice de l'existence de ces contraintes juridiques.

2.2. Le classement dans la hiérarchie des coûts occultés

Nous avons classé le coût des Institutions Représentatives du Personnel en troisième place après ce que nous avons qualifié de coût différé obligatoire et de coût différé exceptionnel. Le rapprochement entre ces différentes catégories de coûts n'échappera pas au lecteur. Ils sont consubstantiels au modèle social français. Depuis 1936 et 1945, les relations sociales dans l'entreprise ne peuvent se concevoir sans l'intervention d'un délégué du personnel et du comité d'entreprise. Depuis 1982 et les lois Auroux, ils ne peuvent se concevoir sans l'expression élargie de ces droits à travers, par exemple, le droit d'expression des salariés dans l'entreprise. Étant souligné qu'au cours de cette

¹²⁰ Nous avons éprouvé cette technique dans le milieu de l'hospitalisation privée, dans les années 1990-95, alors que la France était en manque d'emplois infirmiers. C'est toujours exact aujourd'hui dans les secteurs du bâtiment ou de l'informatique.

période, de quelques 50 ans, rares sont les analystes à s'être interrogés sur l'opportunité que pouvait revêtir pour la firme, l'existence de ces organismes. Nous l'avons souligné : nombre d'auteurs s'en félicitent, mais ils évitent, avec soin, de s'aventurer sur la piste de l'évaluation du coût de ces mesures. Nous avons indiqué qu'à partir de 1973, l'ensemble de ces dispositions trouvait une parfaite cohérence dans le mécanisme de la législation sur la protection de l'emploi. Les textes originaux de 1890 et de 1945, n'ont rien de comparable à ceux qui fondent de la législation sur la protection de l'emploi en 1973 et 1975.

Certes, la préexistence de la représentation du personnel et les comités d'entreprise, permettent, en particulier dans les années 50, aux syndicats de salariés, de marquer leur position dans les usines et d'organiser leur protestation concernant la riposte aux crises de l'après-guerre, grâce à l'existence des IRP. Les IRP sont donc peu à peu perçues par les syndicats de salariés comme un moyen de résister au pouvoir de direction de la firme, en ce qu'il peut avoir de plus radical au regard du sort des employés, dans le cadre des mesures de restructuration. Mais, elles ne sont pas encore conçues comme étant un instrument de négociation ou de lutte, permettant au syndicat de salariés de s'opposer mécaniquement au pouvoir de direction employeur. C'est donc bien la conjonction entre les IRP telle qu'elles préexistent à la LPE et le surgissement de la LPE qui les transforme en un instrument essentiel entre les mains des syndicats de salariés, comme l'a illustré médiatiquement l'affaire Goodyear d'Amiens.

L'évocation de cette conjonction de phénomènes, qui trouve son summum en 1982, devient, comme nous l'avons dit, constitutif du modèle social français. Désormais, le contrat de travail à durée déterminée, en particulier dans le monde industriel, mais cela sera vrai également dans le monde des services, est conforté par la LPE qui est elle-même soutenue par le fonctionnement des IRP. La direction d'entreprise et, plus globalement, le management, n'a pas anticipé la conjonction des phénomènes. La littérature, sur ce point, est d'ailleurs des plus pauvres. Lorsque le patronat français va s'éveiller face, en particulier, à la crise de l'industrie automobile, qui va mettre en lumière la puissance de cette conjonction, il sera évidemment trop tard. Et, même s'il prend conscience de cette force désormais acquise à la partie salariale, il est difficile de la combattre sur le plan doctrinal ou idéologique, tant la prégnance de l'école française

de droit du travail pèse sur l'ensemble de la société : universités, monde intellectuel, entreprises, médias.

C'est la raison pour laquelle notre préoccupation, qui sert de ligne directrice à cette réflexion, à savoir celle du coût, est longtemps apparue comme totalement incongrue au regard du discours classique. Il n'est pas politiquement admissible pour un chef d'entreprise de prétendre que le fonctionnement des IRP a un coût et, subsidiairement, que ce coût est de nature à accroître le coût du travail, qu'il est donc globalement nuisible pour la firme. Ces trois propositions semblent alors tellement décalées au regard de la pensée qui structure le débat médiatique, qu'elles sont inaudibles.

Notre réflexion vise à dépasser ce stade et à révéler l'existence du coût. Mais elle a également pour objectif de mesurer son importance au regard des autres coûts du travail. Enfin, elle doit indiquer si ce coût est au non discriminant pour la firme, qu'il s'agisse du coût direct ou du coût indirect¹²¹. Bien entendu, nos critères de base pour apprécier ce coût restent les mêmes : il s'agit d'un coût spécifique lié à la présence du salarié dans l'entreprise et ne dépendant que d'elle.

Ce coût résulte des obligations du fonctionnement micro-économique de l'entreprise, et des contraintes institutionnelles qui s'imposent à elle et qui viennent aggraver les conditions de ce fonctionnement. Par aggravation, nous visons évidemment celle des coûts du travail. En effet, un certain nombre de nos interlocuteurs chefs d'entreprises, nous ont indiqué qu'ils considéraient que les coûts de fonctionnement et de gestion des IRP, étaient en quelque sorte à classer au rang des frais généraux.

Les coûts seraient la conséquence d'une obligation légale conçue dans l'intérêt global de l'entreprise communauté. Nous en revenons à la notion de *Gemeinschaft* chère aux auteurs allemands et développée par des universitaires tels que Paul Durand de 1947 à 1950. Cette version est aujourd'hui popularisée par un certain nombre de contributions qui ont émergé dans le cadre de la préparation de la loi PACTE¹²², aux termes desquels,

¹²¹ Au niveau du coût direct, nous allons évidemment envisager le coût de fonctionnement des IRP, le coût de gestion et le coût de l'expression du salarié dans l'entreprise. Au niveau des coûts indirects, nous considérerons le surcoût du travail qui résulte du blocage des processus de réforme de l'entreprise, jugés nécessaires par la direction et différés dans le temps en raison de l'action des IRP.

¹²² Voir, dans ces conditions, la contribution du think-tank *Terra Nova*.

l'objet de l'entreprise ne serait pas limité à l'expression d'un intérêt particulier, de son objet social et sa fin, qui reste la maximisation du profit. Cet intérêt dépasserait celui des actionnaires et des dirigeants, voire même des salariés – intéressés audit fonctionnement par les règles de la participation, au-delà de la simple perception de leur rémunération. Cette entreprise-institution aurait en fait un objet d'intérêt général. Elle devrait satisfaire, au-delà des intérêts de ses actionnaires, ceux de ses salariés, bien entendu, mais également de ses dirigeants, voire d'un certain nombre d'États tels que l'environnement, par exemple.

Nous avons eu l'occasion de contester cette approche de la notion d'entreprise en rappelant trivialement que le jour où pour une cause conjoncturelle ou structurelle, qu'il s'agisse d'un problème de trésorerie ou d'une modification technologique qui n'a pu être anticipée, ou d'une concurrence brutale d'un pays à bas coût, le dirigeant se retrouve face à la chambre des procédures collectives, et est bien seul. Il n'y a plus un seul de ces « contributeurs » pour le soutenir¹²³. L'entreprise en difficulté est immédiatement lâchée par l'ensemble de ses « partenaires », en premier rang le banquier ; immédiatement après lui, les salariés, puisque, dans nombre de cas, les effets de la LPE, renforcés par le fonctionnement des IRP, leurs laissent espérer qu'il est temps de venir percevoir le produit de la législation sur la protection de l'emploi : préavis (non exécuté), indemnités de licenciement, dommages et intérêts assortis éventuellement d'une indemnité supra légale.

3. Rappel des obligations du dirigeant dans le cadre du fonctionnement du comité d'entreprise¹²⁴

Parmi l'ensemble des IRP telles qu'elles existaient avant les ordonnances Macron-Philippe de septembre 2017, nous avons sélectionné le comité d'entreprise pour procéder au rappel des contraintes qui s'imposent au dirigeant au regard de cette seule

¹²³ Si dans les années 1980-1990, on a pu voir des syndicats ouvriers venir à la rescousse de la direction d'entreprise pour soutenir des demandes de plans de continuation contre des avis de liquidation immédiate ou de plans de cession radicaux, objectivement aujourd'hui, ce type de comportement est beaucoup moins fréquent.

¹²⁴ Tableau récapitulatif établi par Surtravail, antérieur aux dispositions des ordonnances Macron-Philippe, et adapté en fonction de nos commentaires sur les obligations spécifiques du chef d'entreprise et la révélation de la problématique du coût.

institution. Nous présentons un tableau récapitulatif sur la base d'un critère simple : le nombre de salariés figurant dans l'établissement :

- 20 salariés et plus,
- 50 salariés et plus,
- moins de 300 salariés,
- plus de 300 salariés,
- 1.000 salariés.

Nous avons déjà indiqué que les seuils posaient au chef d'entreprise un problème d'ordre psychologique, le dirigeant envisageant le franchissement du seuil de 50 salariés comme le fait générateur de conséquences négatives pour la firme. Il s'agit indiscutablement du seuil le plus critique. Nous aurons l'occasion d'y revenir puisque nous reprendrons ce critère de seuil dans le cadre des effets de nuisance des IRP tels que nous les exposerons ci-dessous. Mais pour l'instant, notre objectif vise uniquement à présenter la nature des obligations du chef d'entreprise et leur redondance, afin de répondre par avance à ceux qui considèrent que celles-ci sont négligeables au regard de l'intérêt que représente pour la collectivité des salariés l'existence des IRP.

Nous avons retravaillé un tableau récapitulatif de *Juritravail*, et présenté dans la colonne de droite la nature des contraintes (réunions ou production d'informations par exemple) qui s'imposent à l'entreprise. Dans la colonne centrale, figurent les observations qu'elles suscitent, puis dans la colonne de droite, leur nombre au fur et à mesure du franchissement des seuils. La logique de notre étude impose d'estimer le temps que ces contraintes légales génèrent. Il s'agit d'un temps qui est distraité de l'emploi du temps du dirigeant qui devrait n'être consacré qu'aux fonctions commerciales, techniques, administratives ou financières dans le seul but de l'organisation de la production. Bien entendu, ce débat renvoie à la problématique de l'utilité des IRP pour la firme. Si l'utilité est démontrée, il est naturel que le chef d'entreprise y consacre du temps. Dans le cas contraire, il s'agit d'un temps précieux (et coûteux) totalement perdu. Nous détaillons le contenu de ces contraintes et leurs effets sur la direction ou le management, au-delà même de leur formalisation : réunion du comité, ou simple transmission d'un document d'information.

Nous avons déterminé trois types d'obligations principales, que nous allons rappeler dans l'ordre de leur présentation. Le premier type d'obligations est évidemment la préparation des réunions, ou encore la préparation des documents sociaux qu'il est nécessaire de présenter aux élus. Très normées, ces obligations sont toutes soumises au risque du délit d'entrave qui pèse sur le dirigeant et l'équipe de management, accroissant le poids psychologique qui est attaché aux IRP et le rejet naturel qu'elles provoquent a priori.

Elles ne peuvent pas être assumées dans la légèreté : le dirigeant doit collationner les données et ce travail est chronophage. Proportionnellement, il est sans doute plus important en temps dans une petite PME, qu'il ne l'est dans une très grande entreprise où des cadres du service RH sont formés à cela spécifiquement. La préparation des documents et la collecte des données précèdent la transmission de l'information.

La seconde contrainte est relative à la présence du dirigeant ou de son représentant aux réunions du comité d'entreprise.

Nous abordons enfin une troisième contrainte dont la nature est différente des précédentes, puisqu'elle ne s'apprécie pas en temps passé par le dirigeant et ses équipes, c'est-à-dire en coûts directs qui vont s'agréger au coût du travail, mais en risque pour la firme : il s'agit de l'atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise. Ainsi, nous indiquons dans ce tableau chacune des obligations susceptibles de poser problème de confidentialité, voire de secret, en raison du risque « d'évaporation » des informations stratégiques en dehors de l'entreprise, par le biais des salariés en mandat.

Il nous sera objecté que les règles applicables au représentant du personnel visent un strict respect du secret des informations transmises à l'occasion des réunions, ou simplement, sans qu'une réunion et un débat viennent sanctionner cette obligation. Nous considérons néanmoins que l'obligation légale d'information est de nature à porter atteinte au secret. Soit par inadvertance, soit par malignité ou intention de nuire dans un cadre conflictuel, les salariés ou les syndicats dépositaires de ces secrets peuvent les utiliser contre l'entreprise pour assurer un objectif de nature purement syndicale. Ainsi, l'atteinte au pouvoir de direction du chef d'entreprise et qu'autorisent les textes sur les IRP se double d'un risque éminent de porosité de la part des salariés en mandat.

Au terme de ces explications, notre lecteur constatera que la crainte instinctive du dirigeant de PME à l'égard du comité d'entreprise est certes fondée sur un élément financier. L'existence et le fonctionnement des IRP constituent un coût qui peut être économisé s'il n'existe pas d'IRP au sein de l'entreprise. Mais au-delà du coût, ce sont donc ces deux éléments complémentaires qui forment la conviction du chef d'entreprise quant à la nuisance des IRP.

Comité d'entreprise		
Nature de l'obligation	Observations	Taille de l'entreprise
Périodicité mensuelle		
Réunions du CE		
Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information	Le CE se réunit au moins une fois par mois (article L.2325-14 du code du travail)	300 salariés et plus
<i>Obligation de présence</i>		
Périodicité bimestrielle		
Réunions du CE		
Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information	Le comité d'entreprise se réunit au moins 1 fois tous les 2 mois (article L.2325-14 du code du travail), y compris lorsque l'employeur a opté pour la mise en place d'une délégation unique du personnel (Article L.2326-5 du code du travail)	Moins de 300 salariés
<i>Obligation de présence</i>		
Périodicité trimestrielle		
Information sur la situation financière		
Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information	Le chef d'entreprise informe le CE sur l'évolution générale des commandes et l'exécution des programmes de production (Article L.2323-60 du code du travail)	300 salariés et plus
Information sur la situation financière		
Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information	Le chef d'entreprise informe le CE sur les éventuels retards de paiement de cotisations sociales par l'entreprise (Article L.2323-60 du code du travail)	300 salariés et plus
<i>Atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise</i>		
Information sur l'emploi		
Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information	Le chef d'entreprise informe le CE sur le nombre de contrats de mission conclus avec une entreprise de travail temporaire. Ces informations doivent retracer mois par mois l'évolution des effectifs et de la qualification des salariés par sexe en faisant apparaître le nombre de salariés en CDI, en CDD, à temps partiel, le nombre de salariés temporaires, appartenant à une entreprise extérieure et le nombre des contrats de professionnalisation. (Article L.2323-60 du code du travail)	300 salariés et plus
<i>Atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise</i>		

Comité d'entreprise (suite)		
Périodicité semestrielle		
Réunion Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information <i>Atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise</i>	La commission économique du CE se réunit au moins 2 fois par an (articles L.2325-23 et L.2325-25 du code du travail)	1.000 salariés et plus
Communication sur la mobilité volontaire sécurisée Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information	Le chef d'entreprise communique au CE semestriellement la liste des demandes de période de mobilité volontaire sécurisée avec l'indication de la suite qui leur a été donnée (article L.1222-16 du code du travail)	300 salariés et plus
Périodicité annuelle		
Information sur l'emploi des handicapés Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations	Déclaration annuelle d'emploi des travailleurs handicapés (article R.5212-4 du code du travail)	20 salariés et plus
Consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations <i>Atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise</i>	Le chef d'entreprise consulte chaque année le comité d'entreprisesur 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 (article L.2323-10 du code du travail)	Toutes
Consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations <i>Atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise</i>	Le chef d'entreprise consulte chaque année le CE sur la situation économique et financière de la firme, sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise, sur l'utilisation du crédit d'impôt (Articles L.2323-12 à L.2323-14)	Toutes
Consultation sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations	Le chef d'entreprise consulte le CE notamment sur l'évolution de l'emploi, les qualifications, le programme pluriannuel de formation, les actions de prévention, les conditions d'accueil en stage, les conditions de travail, les congés, l'aménagement du temps de travail, la durée du travail et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. (Articles L2323-15 à L2323-19)	Toutes
Bilan social (avant le 15 Avril) Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations	Le chef d'entreprise établit et communique le projet de bilan social aux membres du CE (Article L.2323-68 du code du travail)	300 salariés et plus

Comité d'entreprise (suite)		
Consultation sur le bilan social (avant le 30 Juin) Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations	Réunion pour avis des membres du comité central d'entreprise (article L.2323-72 du code du travail)	En cas d'établissements distincts s'il y a au moins 300 salariés
Information sur la participation (avant le 30 Juin) Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations <i>Atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise</i>	Le chef d'entreprise établit et présente un rapport au CE ou à la commission spécialisée sur les éléments servant de base au calcul de la réserve de participation à la gestion et à l'utilisation des sommes (article D.3323-13 du code du travail)	Toutes
Base de Données Économiques et Sociales (BDES) Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations <i>Atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise</i>	Le chef d'entreprise constitue et communique la base de données économiques et sociales est mise régulièrement à jour et a pour objet de rassembler un ensemble d'informations que l'employeur met à disposition du CE. Elle sert de support aux 3 consultations annuelles principales. La base de données est accessible en permanence. Les informations contenues dans la base de données portent sur les investissements sociaux, matériels et immatériels, l'égalité homme/femme, les fonds propres et endettement... etc. Ces informations portent sur les deux années précédentes et l'année en cours et intègrent des perspectives sur les trois années suivantes. (Article L.2323-8 du code du travail)	Toutes
Information sur les accords et conventions modifiés Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations	Le chef d'entreprise communique au CE la liste des modifications apportées aux conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise (article L.2262-6 du code du travail)	Toutes
Consultation sur la formation professionnelle Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations	Dans les entreprises de plus de 300 salariés, le chef d'entreprise établit et communique au CE un rapport détaillé, ainsi qu'un programme des actions de formation à la sécurité proposées pour l'année à venir (article R.4143-2 du code du travail)	Toutes
Consultation sur le droit d'expression des salariés (avant le 31 décembre) Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations <i>Obligation de présence</i>	Dans les entreprises où aucun délégué syndical n'a été désigné et dans celles où un accord n'a pas été conclu, le CE doit être consulté au moins une fois par an ou, à défaut, les délégués du personnel sur les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés (article L.2281-12 du code du travail)	Toutes

Comité d'entreprise (suite)		
<p>Rapport sur l'hygiène et la sécurité (avant le 31 Décembre)</p> <p>Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'informations</p>	<p>Le chef d'entreprise transmet au CE pour information du rapport et du programme présentés au CHSCT sur l'hygiène, la sécurité, la prévention des risques et l'amélioration des conditions de travail accompagnés de l'avis formulé par le CHSCT (article L.4612-17 du code du travail)</p>	Toutes
<p>Documentation comptable et financière</p> <p>Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information</p> <p><i>Atteinte au secret de fonctionnement de l'entreprise</i></p>	<p>Le chef d'entreprise communique au CE des documents comptables et financiers transmis annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés (Articles L2323-8 et L2323-13 du code du travail)</p>	Société commerciale
Périodicité quadriennale		
<p>Élections du CE</p> <p>Obligation de préparation des documents, de collecte des données et de transmission d'information</p> <p><i>Obligation de présence</i></p>	<p>Tous les 4 ans sont organisées les élections des membres du comité d'entreprise (article L.2324-3 du code du travail)</p>	50 salariés et plus

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Notre approche de la problématique retenue nécessitait une revue de littérature critique sur l'histoire et la doctrine du droit. Comme tout travail de recherche, mais peut-être de façon plus prononcée pour un praticien chercheur qui évoque au soutien de sa thèse des éléments ressortant de son expérience professionnelle, une analyse critique de la production juridique et de la réflexion doctrinale s'impose. Nous l'avons précisé : notre objectif n'est pas de réaliser une histoire du contrat de travail français. En conséquence, les observations que nous présentons sur cette histoire ont pour objet de conforter notre réflexion théorique. Elles permettent de souligner d'une part l'orientation dans un sens unique de la pensée classique, celle qui émane de l'école française de droit du travail et, au-delà, de la législation que cette école a inspirée. Nous privilégions une vision strictement managériale et notre recherche vise à comprendre les interactions entre une situation juridique, en l'occurrence un texte de loi et un contrat de travail, et le fonctionnement de l'entreprise.

L'essentiel des travaux français que nous avons consultés évite la confrontation entre la loi sociale et le contrat d'une part, et la réalité économique et managériale. Il ressort de ce simple constat que ces auteurs suspectent en fait que cette confrontation sera naturellement défavorable à leur école de pensée. Notre objectif se doit au plus fort non seulement de démontrer cette posture, mais en outre d'en exposer le plus clairement possible les effets dans le temps, au niveau de l'entreprise et plus globalement au niveau de l'emploi. Notre démarche n'est pas économique et nous n'avons ni les moyens, ni la prétention d'effectuer des rapports ou des comparaisons entre les éléments que nous constatons, ou dont nous démontrons l'existence, et un certain nombre de faits tels que l'accroissement du chômage de masse.

C'est la raison pour laquelle nous établirons des liens entre plusieurs constats, nous suggérerons l'existence d'une causalité concernant la persistance d'un chômage important en France, mais encore une fois sans aller jusqu'à la démonstration scientifique. Nous insisterons sur les conséquences au niveau du coût du travail dans une entreprise de telle ou telle mesure législative visant à croître la protection du salarié. La législation sur la protection de l'emploi vise à maximiser la pénalisation de l'entreprise en cas de licenciement -pour motif personnel ou économique-, en multipliant les risques et les chausse-trappes dans le cadre des procédures instaurées par le législateur (garanties de procédure). L'objectif des textes de 1973 et de 1975 et de leurs extensions est d'accentuer la complexité managériale des processus de rupture pour optimiser les indemnités (garantie d'indemnisation liée à la procédure elle-même). Au-delà de la procédure, ce sont les critiques judiciaires du fondement même de la rupture qui peuvent produire pour le salarié une augmentation de l'indemnisation résultant de la rupture de son contrat de travail. La garantie d'indemnisation est ici liée directement à la garantie de fondement.

La revendication de l'aspect punitif des textes de 1973 et de 1975, tant sur le plan prudhommal que sur le plan pénal, est totalement assumée, sinon revendiquée par de nombreux auteurs. À ce niveau, le travail récapitulatif de Monsieur Michel, ancien directeur du travail, nous a semblé emblématique. Il a pendant longtemps été considéré comme relevant d'une parfaite et totale normalité, y compris par le patronat français qui n'a pas lutté avec acharnement et efficacité contre ces mesures. Gérard Larcher est ministre du travail l'année de la parution de ces deux volumes qui revendiquent l'accentuation de la pénalisation de l'entreprise. Le ministre semble indiquer une nouvelle direction à la politique sociale de la France, mais dans le même temps, *la Documentation française* publie dans ses collections cet ouvrage militant. Cet exemple résume à la fois la prégnance de l'école de française de droit du travail sur les fonctionnements de ce pays et la réalité de l'influence d'un ministre en exercice dont la pensée semblerait, *a priori*, être en contradiction avec cette école.

La mise en exergue de la brève histoire de la pénalité Delalande nous semble également éclairante à tous points de vue sur le fonctionnement de l'ensemble des parties prenantes en matière de droit du travail, d'économie et de management. Elle est d'autant plus significative que ce sont des acteurs libéraux, les mêmes qui ont initié ce texte en 1986,

qui proclament son échec. Certes, on nous objectera que ce n'est pas la même assemblée, puisque 20 ans séparent les deux mesures (1986-2006), mais nous voulons dire par là qu'il s'agit bien du pouvoir législatif (en l'occurrence détenu par les libéraux en 1986 et en 2006). Dans l'intervalle, que ce pouvoir soit animé par les dirigeants inspirés par des idéaux de gauche ou par des dirigeants inspirés par des idéaux conservateurs ou libéraux, la mesure a été maintenue alors que son inefficacité était patente. Voilà bien l'une des caractéristiques françaises et par ailleurs l'un des constats de notre recherche : l'extrême lenteur de la reconnaissance de l'inefficacité d'un dispositif, à partir de l'instant où il produit pour l'une des parties une sorte de rente. Cette partie, en l'occurrence les salariés de plus de 50 ans, et les forces qui la soutiennent (les théoriciens de l'école française de droit du travail, les syndicats de salariés) n'ont plus en ligne de mire l'intérêt éventuel de la mesure pour la préservation de l'emploi, en l'occurrence de l'emploi des séniors. Ils ne voient plus que l'intérêt indemnitaire des salariés qui sont victimes de ces licenciements, c'est-à-dire la compensation patrimoniale de la perte du contrat de travail.

L'amendement Delalande prouve aussi que la France répugne à la pratique du retour d'expérience ou en tout état de cause a répugné pendant des décennies, en particulier en matière de droit du travail, à cette pratique. Mais là encore, nous concluons cette situation somme toute logique puisqu'une partie des forces et des groupes d'intérêt qui soutiennent une mesure de cette nature pressent empiriquement son inefficacité. Cette partie n'a donc aucunement intérêt à mettre en œuvre un processus de court/moyen terme qui démontrerait rapidement que ces mesures sont soit inefficaces, soit trop coûteuses pour les entreprises, qu'elles vont finalement se révéler déstructurantes pour les entreprises et donc contreproductives en matière d'emploi.

Mais, sachant cela, ou le pressentant, ces parties prenantes répugnaient à instaurer un système de retour d'expérience dont ils imaginent, comme nous venons de l'indiquer, qu'il mettra en cause le bienfondé de telles mesures et qu'au terme des deux ou trois années qui auront été des années d'épreuve, il conclura à la mise à néant du dispositif.

Pour la pénalité Delalande, comme pour de nombreuses autres initiatives de même nature, la France en général et l'entreprise française en particulier, a été privée du bénéfice du retour d'expérience parce que celui-ci n'était pas entré dans la culture

française¹²⁵. Il est désormais inscrit dans un certain nombre de textes et en particulier ceux qui apparaissent sous la présidence d'Emmanuel Macron ou ceux qui ont été pris par les administrations dont il avait la direction quand il faisait partie du gouvernement sous la présidence de François Hollande. L'une de nos recommandations serait évidemment la pratique du retour d'expérience dans tout ce type de matière car cette méthode devrait être systématisée et elle permettrait sans doute d'éviter un certain nombre de conséquences dramatiques pour les entreprises ou pour les citoyens.

¹²⁵ Il y parviendra par l'intermédiaire des militaires et d'un certain nombre de processus industriels ou géographiques tels que l'ingénierie du risque et les problématiques de catastrophes naturelles.

PARTIE II

LA DIMENSION ECONOMIQUE INVISIBLE

DANS LE DROIT DU TRAVAIL FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

DES ESSAIS DE DÉFINITION :
L'APPRÉCIATION INSTITUTIONNELLE
DU COÛT DU TRAVAIL

La revue de littérature au centre de ce travail de recherche permet d'émettre une conclusion inattendue dans l'espace rationnel du management -sinon de l'économie- et de leur commentaire : nombre d'auteurs se dispensent de définir le coût du travail. Notre objectif étant de rapporter la preuve que les entreprises françaises sous-estiment ce coût, en raison en particulier de la législation sur la protection de l'emploi, il nous faut aborder des éléments de définition sur lequel s'accorderaient quelques acteurs et qui nous permettent de fonder notre propre réflexion tout en démontrant le caractère anormal de la situation. Les entreprises n'étant pas aptes à présenter une définition cohérente (d'où notre recherche), les salariés n'étant pas concernés au premier chef par ce propos, le choix des institutions s'impose naturellement.

Fort heureusement, la notion de coût du travail n'est pas absente du champ institutionnel, une fois franchies les portes des universités où l'on enseigne le droit du travail, celles des grands médias hexagonaux, écrits ou audiovisuels où l'on commente d'actualité avec désinvolture et celles, plus majestueuses encore, des grandes assemblées politiques où l'on adopte des textes qui majorent ce coût. Elle n'est pas nécessairement confinée dans des ateliers des PME ou les *think tanks* de la grande industrie. Mais globalement, son acception la plus courante est différente de sa signification -et de sa portée- micro-économique. Elle ne recoupe pas l'ensemble du spectre du coût, faute d'être avalisé par l'ensemble des partenaires à l'acte de

production, d'une part, à la conception de la loi et à son application d'autre part. Un approfondissement de l'analyse conduirait nécessairement à calculer les effets de ce coût sur la pertinence du modèle social français et en particulier sur la législation de la protection de l'emploi et celle du contrat à durée déterminée. Les théoriciens ont parfaitement compris le risque et c'est la raison pour laquelle ils excluent de leur manuel, de leurs articles, ou de leur réflexion toute approche par le coût¹²⁶.

Dans le cadre de ce chapitre, en plongeant dans l'univers institutionnel, nous aborderons successivement trois acceptions objectivement différentes, mais comportant des points communs :

- dans un premier temps, nous rappellerons les acceptions classiques de la notion de coût du travail, par les organismes publics et parapublics : cette définition -légale, en quelque sorte- constitue la première base à partir de laquelle nous avons travaillé ;
- dans un second temps, nous reprendrons l'une des rares présentations effectuées par un syndicat ouvrier (un syndicat étant également un acteur institutionnel) qui constitue à la fois une approche de la notion et une récusation de l'idée et de notre recherche de certains éléments de ses développements ;
- dans un troisième temps, nous examinerons l'avis du juge (l'institution judiciaire est un élément consubstantiel des institutions) sur le coût du travail, puisqu'il apparaît que les parties au contrat de travail, salariés et syndicats, comités d'entreprise ou d'établissement et les entreprises, le plus souvent contraintes et forcées, s'en remettent parfois au juge judiciaire pour qu'il tranche leurs différends concernant la base du calcul de l'abondement de l'entreprise au comité, à savoir la masse salariale de référence. Ce troisième temps nous permettra ainsi d'aborder l'approche comptable et la portée du compte 641.

¹²⁶ Nous soulignons qu'au cours de cette période, quelques enseignants osent la contradiction. Nous citons à ce niveau le professeur Henri Mahé de Boislandelle de l'université de Grenoble, mais il faut indiquer qu'il tient une chaire en science de gestion.

1. L'acceptation de la notion de coût du travail par les organismes publics et parapublics français

1.1. L'article L.242-1, tel que modifié par la loi de 2016

C'est un article du code de la sécurité sociale qui définit le coût du travail, en creux, en quelque sorte, en expliquant que la rémunération versée au salarié constitue le socle des cotisations de sécurité sociale : « *Pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire. La compensation salariale d'une perte de rémunération induite par une mesure de réduction du temps de travail est également considérée comme une rémunération, qu'elle prenne la forme, notamment, d'un complément différentiel de salaire ou d'une hausse du taux de salaire horaire* ». La définition apparaît comme étant la plus large possible. Nous renvoyons le lecteur au texte complet de cet article, et nous revenons aux indemnités, qui sont mentionnées dans les derniers alinéas de ce volumineux article 242-1.

En effet, la loi a fini par inclure dans le périmètre des cotisations les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, mais sous certaines limites, après une large exclusion : « *Est exclue de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa, dans la limite d'un montant fixé à deux fois la valeur annuelle du plafond mentionné à l'article L.241-3, la part des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail ou de la cessation forcée des fonctions de mandataires sociaux, dirigeants et personnes visées à l'article 80 ter du code général des impôts qui n'est pas imposable en application de l'article 80 duodecimes du même code* ».

Les mandataires sociaux subissent un traitement particulier : « *Toutefois, les indemnités versées à l'occasion de la cessation forcée des fonctions de mandataires sociaux, dirigeants et personnes mentionnées à l'article 80 ter du code général des impôts d'un montant supérieur à cinq fois le plafond annuel défini par l'article L.241-3 du présent*

code et celles versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, d'un montant supérieur à dix fois ce même plafond, sont intégralement assimilées à des rémunérations pour le calcul des cotisations visées au premier alinéa du présent article. Lorsque les mandataires sociaux, dirigeants et personnes mentionnés à l'article 80ter du code général des impôts perçoivent à la fois des indemnités à l'occasion de la cessation forcée de leurs fonctions et des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, il est fait masse de l'ensemble de ces indemnités ; la somme de ces indemnités est intégralement assimilée à des rémunérations pour le calcul des cotisations mentionnées au premier alinéa du présent article dès lors que le montant de ces indemnités est supérieur à cinq fois le plafond annuel défini au même article L.241-3 ». Et le commentaire sous l'article 242-1 précise : « Conformément à l'article 14 de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017, ces dispositions s'appliquent aux indemnités versées au titre des ruptures de contrat de travail notifiées à compter du 1^{er} janvier 2017 ou aux indemnités versées à l'occasion d'une rupture mentionnée à l'article L.1237-11 du code du travail dont la demande d'homologation a été transmise à compter de cette date ».

La vision de la loi est intéressante parce qu'elle est relativement globale en ce qui concerne les rémunérations. Elle vise en particulier les indemnités de rupture, préavis, congés payés sur préavis et indemnités de licenciement, ce que nous qualifions dans la catégorie des coûts occultés, de « coûts différés obligatoires » ; différés parce que payés après la fin du contrat de travail, et obligatoires parce que les ruptures pour cause économique, pour cause réelle et sérieuse ou les ruptures conventionnelles¹²⁷ prévoient le paiement de ces indemnités, et que l'indemnité de départ en retraite leur correspond généralement. Nous démontrons qu'elles ne sont pas prises en compte lors de l'acte de production, pour des raisons liées à la logique comptable telle qu'elle est définie en France depuis 1947, mais contre toute logique micro économique.

1.2. La position de l'Insee

Régulièrement, l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques produit une analyse du coût horaire de la main-d'œuvre en France. Nous reprenons l'un de ces

¹²⁷ Le calcul n'est pas nécessairement le même pour les ruptures conventionnelles.

articles afin de vérifier la définition du coût du travail qu'il propose. Mais cet article nous permet en outre d'examiner le contexte du commentaire réalisé par Antoine Luciani, agent de la division « *Salaires et revenus d'activité* » de l'Insee. Nous rappelons que l'Insee est une direction du Ministère de l'Économie et des Finances, mais qu'elle bénéficie d'une indépendance totale dans ses travaux statistiques. Cela n'enlève rien au fait que les publications de l'Insee revêtent une autorité admise par l'ensemble des services de l'État et servent de référence aux entreprises publiques et privés. Elles sont également référentes sur le plan international.

L'article, dont la présentation est tout à fait caractéristique des études de l'Insee sur ce sujet, utilise des données datant de l'année 2012, c'est-à-dire en décalage de quasiment trois exercices par rapport à la date de leur publication. Cette précision est importante car elle signifie que ces articles sont en décalage d'au moins trois ans par rapport à la réalité du fonctionnement des entreprises. Nous devons même apprécier ce décalage à quatre années au moins, puisque les données utilisées par l'auteur à l'année N, celle de la production de l'article, datent de l'année N-3. Mais l'entreprise va utiliser ces données après la publication de l'article au cours de l'exercice suivant, en l'occurrence l'exercice 2016, c'est-à-dire à l'année N+1 à compter de la date de première levée des données (2012). Nous rappellerons les constats avant d'aborder l'analyse.

1.2.1 La définition donnée par l'Insee et ses carences

L'exposé est le suivant : « *Le coût de la main-d'œuvre comprend l'ensemble des dépenses directement liées à l'emploi de salarié. Il s'agit en premier de la rémunération assimilable à du salaire (salaire brut, prime, avantage en nature) y compris l'épargne salariale. Les autres composantes sont principalement les cotisations sociales -obligatoires, conventionnelles ou facultatives-, nettes d'exonération, à la charge de l'employeur (Sécurité Sociale, chômage, retraite, prévoyance, indemnité de départ), et les autres charges assises sur les salaires et emplois (participation à la formation professionnelle, à l'effort de construction, taxe sur les salaires (taxe nette de subvention). Le coût horaire moyen de la main-d'œuvre dans un établissement est le rapport entre ces dépenses et le total des heures effectivement travaillées dans l'établissement (hors congés et absences, quelle qu'en soit la raison).*

Les effectifs saisonniers retenus sont constitués des salariés ayant eu un contrat de travail durant l'année, permanent, occasionnel ou saisonnier, à temps partiel ou à temps complet, y compris apprentis. Ces effectifs sont comptés en équivalent temps plein (EQTP) sur l'année, c'est-à-dire au prorata de leur durée d'emploi dans l'année et de leur quotité d'emploi lorsqu'ils sont à temps partiel : un salarié ayant travaillé six mois à mi-temps compte ainsi pour un quart dans les effectifs. »¹²⁸ L'auteur constate que le salarié français coûte en moyenne en équivalent temps plein (EQTP) 51.839 € par an à son employeur dans les entreprises de 10 salariés ou plus : « Rapporté au nombre d'heures effectivement travaillées, le coût du travail est légèrement inférieur à 33,7 € de l'heure. Il est le plus élevé dans la production-distribution d'électricité et de gaz, et dans les activités financières et d'assurance, où la proportion de cadres est forte. Le coût horaire est le plus faible dans l'hébergement restauration, qui emploie une main-d'œuvre peu qualifiée et bénéficie donc davantage des allègements de cotisation sur les bas salaires ».¹²⁹

L'auteur nous renseigne rapidement sur ce qu'il entend par coût du travail : « les rémunérations perçues par le salarié (salaire et traitement brut, primes et avantages en nature, épargne salariale...), d'autre part, les cotisations sociales (obligatoires ou volontaires, à la charge de l'employeur). Il comprend aussi les frais de formation professionnelle, les autres dépenses liées à la main-d'œuvre et les taxes sur les salaires, déduction faite des subventions reçues. »

Nous proposons un tableau qui résume la proposition de l'Insee :

PROPOSITION INSEE
Salaire brut
Primes
Épargne salariale
Cotisations sociales (sécurité sociale, chômage, prévoyance)
Indemnités de départ en retraite
Formation professionnelle
Effort de construction
Taxe sur les salaires

¹²⁸ Antoine Lucioni, *Le coût horaire de la main-d'œuvre en France*, publication de l'Insee 29 septembre 2015, n° 1567

¹²⁹ Antoine Lucioni, *opus cit.*

La situation est cohérente au regard du propos : elle ne l'est pas au regard de la réalité des coûts. Cette définition reste imprécise en raison de la mention « *autres dépenses liées à la main-d'œuvre* ». Cette mention appelle une suite qui est absente du texte, absence fâcheuse dans un domaine qui suppose une parfaite rigueur.

Ainsi, la définition de l'Insee prend en compte la notion d'épargne salariale, mais elle exclut celle des mutuelles, pourtant déjà décidée au moment où l'article est rédigé (le texte de la loi date de 2013), l'application étant reportée au 1^{er} janvier 2016. De même, les coûts révélés par notre nomenclature ne sont pas retenus spécifiquement par l'économiste de l'Insee.

Le tableau devrait être complété, a minima, de la façon suivante :

PARTIE COMPLÉMENTAIRE
Préavis, CP sur préavis, indemnité de licenciement dommages et intérêts versés aux salariés lors de la rupture du contrat de travail -ou indemnité de départ en retraite
Pénalités constituées par le versement dans le plafond des 6 mois aux Assedic devenus Pôle Emploi
Pénalité Delalande sur la période 1986-2007
Frais de fonctionnement des IRP, comprenant le remplacement des salariés en mandat
Frais de gestion des IRP
Frais de conseil

1.2.2 Les calculs de l'Insee sur la base de la première partie du tableau

La notion de coût moyen fixé donc à 33,70 € efface les disparités qui existent entre différents secteurs tels que la production-distribution d'électricité ou les activités financières, le coût étant estimé à ce niveau à 50 €, ou encore l'information-communication et les activités scientifiques et techniques : le coût est alors de 45 €. L'auteur indique que dans l'hébergement-restauration ou le commerce, le taux varie entre 22,50 et 29,30 € ; dans l'industrie manufacturière, il est de l'ordre de 30 à 40 €, de l'ordre de 29,30 € dans la santé et l'action sociale, et il s'établit à 39,10 € dans l'enseignement¹³⁰.

¹³⁰ *Op. cit.*, Antoine Lucioni.

Si l'Insee n'effectue pas de distinction en ce qui concerne les effets de seuil et ne poursuit pas l'analyse, il remarque cependant que le coût horaire s'élève avec le nombre de salariés dans l'entreprise. En effet, il estime le coût horaire moyen à 27,60 € dans les entreprises de 10 à 49 salariés, ce coût augmentant de 12 % dans les entreprises de 50 à 249 salariés puis de 25 % dans les entreprises de 250 à 999 salariés. Il est plus élevé de 36 % dans les entreprises de 1.000 salariés ou plus, ce qui signifie qu'il est passé de 27,6 € à 37,5 €.

L'explication réside en partie dans le fait que les entreprises de plus de 50 salariés sont soumises à des obligations légales renforcées : participation des salariés au résultat, versement d'une contribution au comité d'entreprise et ce que nous qualifions de « *frais de fonctionnement du comité d'entreprise* » généralement absent des études sur le coût du travail ou le management. Ces coûts sont réunis dans ce que nous qualifions de « *coûts de seuil* » et « *coûts de participation ou de communauté* », étant souligné que nous distinguerons ces deux coûts alors même qu'il pourrait nous être opposé que les coûts de participation ou de communauté sont aussi des coûts d'effet de seuil. Cependant, ces coûts correspondent à une intention précise du législateur qui n'a rien à voir avec les effets de seuil¹³¹. À ce niveau, l'analyste accepte donc d'intégrer les coûts complémentaires relatifs au fonctionnement des institutions représentatives du personnel. Mais il ne développe pas son explication qui réside, pour partie également, dans le fait que les entreprises qui emploient plus de 50 salariés proposent des salaires plus élevés que les TPE.

Antoine Lucioni l'énonce clairement : « *plus l'entreprise est grande, plus elle est susceptible de proposer à ses salariés des compléments de rémunération (intéressement, abondement à des plans d'épargne entreprise...), des avantages en nature, une couverture complémentaire santé ou un dispositif de retraite facultatif. Ces compléments peuvent représenter une part significative du coût* »¹³². L'analyste souligne que l'effet de seuil est particulièrement significatif dans l'industrie : « *le coût horaire moyen dans les entreprises de 1.000 salariés ou plus est 1,7 fois supérieur à*

¹³¹ À ce niveau, sur les intentions politique des promoteurs des lois de 1959 et de 1967, voir *Revue Espoir*, revue de l'institut Charles de Gaulle, numéro 3 et 5. Voir également les écrits du professeur Capitant.

¹³² *Op. cit.*, Antoine Lucioni.

celui des entreprises de 10 à 49 salariés, alors que dans les entreprises marchandes, le rapport est de 1,3 en moyenne », ce qui explique le phénomène de la sous-traitance en général et de la sous-traitance en chaîne en particulier. Nous revenons à la problématique des coûts de transaction.

Dans son tableau récapitulatif, l'Insee reprend l'ensemble des éléments du coût et en distingue 7 :

1. rémunération directe brute (incluant les cotisations sociales à la charge des salariés), primes et indemnités, heures complémentaires, congés, avantages en nature et épargne salariale,
2. intéressement, participation, et abondement de l'employeur au PEE, au PERCO, au PEI et au PEG,
3. cotisations et contribution légale de Sécurité Sociale : Urssaf, Assedic, Agirc, Arrco, etc... Ces contributions peuvent donc être légales ou conventionnelles ou encore facultatives,
4. taxe d'apprentissage,
5. frais annexes et recrutement,
6. participation des employeurs à l'effort de construction, taxe sur les salaires, contribution pour défaut d'emploi de travailleurs handicapés, versement transport, FNAL¹³³, 8 % prévoyance.

Le point 7 concerne les « *Aides et subventions pour l'emploi salarié : aide à l'emploi des jeunes à l'embauche, aide au recrutement d'un cadre dans l'industrie, subvention FNE¹³⁴ hors exonération de cotisations sociales* ». Mais ces aides et subventions

¹³³ La contribution au Fonds National d'Aide au Logement est due par tous les employeurs, quelle que soit la taille de l'entreprise.

¹³⁴ Conclues entre l'État représenté par la Direccte et une entreprise ou un OPCA chargé d'assurer un relais auprès de ses entreprises, les conventions FNEN Formation ont pour objet la mise en œuvre de mesure de formation professionnelle, afin de faciliter la continuité de l'activité des salariés face aux mutations technologiques et celles des conditions de production. L'aide à la formation du Fonds national de l'Emploi, FNE-Formation, s'intègre aux outils du volet ingénierie emploi-formation du dispositif *Appui aux mutations économiques* (AME). Le système FNE-Formation (AME-Entreprise) est mobilisé en priorité au sein des entreprises ou groupements d'employeurs de moins de 250 salariés. Pour les entreprises ou groupements d'employeurs de plus de 250 salariés, la pertinence du recours au FNE-Formation sera appréciée en fonction des difficultés particulières du bassin d'emploi, de la branche d'activité et de l'entreprise ou groupement d'employeurs concerné.

viennent en réduction du coût et ne sont donc pas considérées comme des éléments constitutifs du coût du travail.

Dans la dernière partie de l'article, l'auteur souligne qu'en 2008 et 2012, le coût horaire dans les entreprises de 10 salariés ou plus, en particulier dans l'industrie et les services marchands, a augmenté au rythme annuel de 2,3 % par an en euros courant, alors que l'évolution générale des prix était de 1,7 % en moyenne. Il souligne que sur la période précédente 1996-2008 (en l'occurrence une période de 18 ans), le coût horaire avait crû à un rythme annuel de 3,4 % en euros courants dans le secteur marchand, avec une inflation moyenne de 1,6 %. L'augmentation nette, non compensée par l'inflation, en moyenne et par an, était donc de 1,8 %.

Sur 5 ans, l'augmentation du coût horaire proviendrait essentiellement de l'augmentation des rémunérations brutes pour 5,2 %, et des cotisations sociales pour 4,5 %. L'auteur note que les impôts sur les salaires et les frais de formation professionnelle ont diminué, à hauteur respectivement de -0,3 % et de -0,1 %. Il en conclut que les cotisations sociales ont augmenté plus vite que les rémunérations brutes : leur part dans leur coût total remonte ainsi de 1,7 point, passant de 28,3 à 30 % alors que celle des rémunérations brutes recule d'un point, dont 0,2 point dû à une baisse relative de l'épargne salariale¹³⁵.

Nous concluons quant à nous sur deux éléments :

- que sur ces sept points, seul le point numéro 2 (intéressement-participation) est contenu dans notre nomenclature. Les autres coûts sont soit des coûts connus, soit des coûts que nous ne faisons pas entrer dans le périmètre du coût du travail, tels les coûts de recrutement ;
- que l'augmentation du travail, en raison de l'augmentation des charges, en particulier, est en fait très en retrait au regard de la réalité de ce coût qui ne tient pas

¹³⁵ L'enquête porte sur 27.000 établissements et 234.000 salariés. Elle concerne les montants globaux au niveau de l'établissement. Les montants déclarés reflètent la législation en vigueur sur les années courantes 2011 ou 2012 mais sont actualisés en euros 2012.

compte des éléments de la seconde partie du tableau... lesquels ont été eux-mêmes impactés par exemple, par l'augmentation des charges !

1.2.3. Conclusion générale sur les approches institutionnelles du coût du travail

Ainsi, la définition de l'Insee est plus précise que la définition légale : il existe donc un décalage au sein-même de la vision institutionnelle, alors même qu'elle devrait être unique et complète. Reprenons ces éléments pour les comparer, avec, en italique, la définition du code de la sécurité sociale et en caractères bâton la définition de l'Insee :

Premier groupe :

Les salaires bruts, primes, avantages en nature y compris l'épargne salariale.

Rémunération directe brute (incluant les cotisations sociales à la charge des salariés), primes et indemnités, heures complémentaires, congés, avantages en nature et épargne salariale, outre intéressement, participation, et abondement de l'employeur au PEE, au PERCO, au PEI et au PEG.

Second groupe :

Les autres composantes sont principalement les cotisations sociales -obligatoires, conventionnelles ou facultatives- nettes d'exonération, à la charge de l'employeur (Sécurité Sociale, chômage, retraite, prévoyance, indemnité de départ).

Cotisations et contribution légale de Sécurité Sociale : Urssaf, Assedic, Agirc, Arrco, etc...

Troisième groupe :

Autres charges assises sur les salaires et emplois (participation à la formation professionnelle, à l'effort de construction, taxe sur les salaires (taxe nette de subvention).

Taxe d'apprentissage, frais annexes et recrutement, participation des employeurs à l'effort de construction, taxe sur les salaires, contribution pour défaut d'emploi de travailleurs handicapés, versement transport, FNAL, 8 % prévoyance.

Mais cette définition est encore en retrait au regard de notre nomenclature.

2. La vision de la notion de coût du travail par les syndicats

Après l'examen de la notion de coût du travail telle qu'elle ressort de la loi et des écrits de l'Insee, nous nous intéressons à son abord par les syndicats ouvriers. La CGT et Force Ouvrière se montrant peu prolixes sur ce type de sujet, nous avons choisi de fonder notre réflexion sur une analyse très documentée de la CFDT, réalisée en 2006 sous la signature de Didier Balsan et Emmanuel Mermet. Comprenant plus de 70 pages, ce document est issu d'une réflexion collective qui a réuni plusieurs membres de la confédération. Elle est également fondée sur les informations données par les fédérations de la métallurgie, du cuir et de l'habillement ou des services. Enfin, cette étude a été soutenue par l'Institut de recherche économique et sociale (IRES).

Ce texte est particulièrement intéressant, non seulement parce qu'il est l'un des rares à aborder ce sujet essentiel, mais également parce qu'il est réalisé sur la base d'éléments factuels que nous admettons comme fondement d'une réflexion sur le sujet. Il nous permet donc de montrer la différence d'approche puis la différence d'analyse avec les définitions légales et institutionnelles.

Dès l'introduction, le syndicat adopte une position tranchée sur un point essentiel : le rapport entre le montant des coûts salariaux et le niveau des taux de chômage indiquant qu'il « *est impossible d'établir une relation* » entre ces deux montants. Notre propre analyse réserve sa conclusion sur ce sujet.

Seconde observation : la CFDT souligne que « *les entreprises cherchent de plus en plus à adapter leur production face aux fluctuations de la conjoncture. Elles vont essayer de transformer le coût salarial de coût fixe en coût variable, puis flexible* ». Ce qui est ainsi énoncé comme étant en quelque sorte un concept managérial mériterait évidemment un développement en amont, beaucoup plus consistant. Il permettrait de vérifier ainsi si c'est l'importance du coût salarial qui va conduire l'entreprise à le transformer en coût variable (de toute évidence la CFDT vise à ce niveau le CDD et l'intérim), ou si c'est plus simplement l'importance du coût qui conduit la firme à réfléchir au moyen de le minimiser et donc à le transformer en coût variable.

2.1. L'approche du coût du travail par la CFDT

2.1.1. Une vision réductrice de la notion de coût

La première partie de la réflexion, intitulée « *mécanisme théorique et stratégie d'entreprise* », poursuit l'énoncé des définitions et des principes qui vont encadrer la réflexion du syndicat et en quelque sorte limiter son ampleur, puisque les conventions qui sont annoncées ont pour objet de structurer le débat. Ainsi, le syndicat admet que « *la définition la plus fréquente du coût du travail inclut le salaire et les cotisations sociales (salariales et patronales) ; c'est aussi cette notion qui prévaut dans l'esprit des dirigeants d'entreprise*¹³⁶ ».

Dans la même logique, le syndicat souligne que certains analystes incluent dans le coût du travail « *des coûts indirects liés à la gestion des ressources humaines et à l'ajustement des effectifs (recrutement, formation, coût des licenciements ou des fins de contrat temporaire etc..* », mais il ne retient pas ces éléments. Nous notons que dans le cadre d'une grille d'examen williamsonienne, il s'agit globalement de coûts de transaction afférant à la recherche, à la conclusion et à la rupture du contrat de travail.

Mais la CFDT admet qu'il existe également des compléments de rémunération d'une autre nature que le salaire et vise par cette formule la participation, l'intéressement, et l'épargne salariale. Ces compléments de rémunération « *sont généralement laissés en dehors du coût du travail : de plus en plus confus pour partager les gains de productivité et pour introduire plus de variabilité (on devrait dire de réversibilité) dans la réattribution des salariés, ils ont un autre statut que le salaire* »¹³⁷. Nous comprenons donc qu'il laisse également ces éléments en dehors de la définition du coût du travail, ce que nous contestons.

Nous notons donc de notables différences avec notre propre approche. En effet, le syndicat exclut d'ailleurs du coût du travail les éléments suivants :

¹³⁶ CFDT. Le coût du travail : la politique de baisse des cotisations sociales en France, effets attendus et conséquences, rapport d'études, février 2006, p. 4 et 8.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 8.

- les coûts indirects liés à la gestion des ressources humaines et à l'ajustement des effectifs (recrutement, formation, coût des licenciements ou des fins de contrats temporaires, etc.),
- les compléments de rémunération d'une autre nature que le salaire : participation, intéressement, épargne salariale.
- et bien entendu le coût de gestion et de fonctionnement des IRP.

2.1.2. La contestation de la définition institutionnelle

Le syndicat conteste donc la définition institutionnelle concernant en particulier l'épargne salariale, l'intéressement, la participation et les mécanismes d'abondement de l'employeur au PEE, au PERCO, au PEI et au PEG.

Cette contestation se situe dans la logique du « tout garanti » qui inspire encore de nombreuses organisations syndicales. Elle vise donc à exclure les éléments variables qui sont considérés au fur et à mesure non pas comme une participation au risque et donc au bénéfice de l'entreprise, comme c'est le cas dans la pureté des intentions gaullistes en 1959 et en 1967, mais comme un élément de rémunération sous une autre forme. Et comme tel, cet élément ne peut être variable, il doit être garanti.

Cette réticence des syndicats de salariés explique une partie de la difficulté de l'ensemble du système français vers une option plus « collaborative ». La participation et l'intéressement sont des avantages complémentaires « offerts au salarié » par la firme, garantis dans leur principe mais non dans leur montant lors de la signature du contrat de travail. Ils sont donc soumis à un aléa, qui est celui de la réussite de l'entreprise. Dans le cadre de notre réflexion, nous les considérons comme un coût du travail car lorsque ces dispositifs sont actionnés, ils correspondent aux critères que nous avons définis : présence du salarié dans l'entreprise et participation à l'acte de production, coût pour l'entreprise. Nous estimons évidemment que ces coûts doivent être inclus, de même que « *les coûts de licenciement ou fin de contrat temporaire* ».

2.1.3. Le retour à notre analyse : la problématique de la formation

Mais il subsiste la problématique des coûts de formation. Il existe bien une contribution liée à la formation qui est prélevée sur le salaire. Les définitions légales et celles de l'Insee ne le précisent pas spécifiquement. La contribution est assise sur la masse

salariale annuelle brute soumise à cotisations de sécurité sociale (montant indiqué sur la DADS). Elle est elle-même fondée en quelque sorte sur une approche minimaliste mais globalement admise du coût du travail, à savoir le total des rémunérations imposables et des avantages en nature versés durant l'année à l'ensemble du personnel :

- salaires ou gains,
- indemnités de congés payés,
- montant des cotisations salariales,
- indemnités,
- primes et gratifications,
- autres avantages en argent et en nature,
- sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire.

En dépit de son caractère relativement vague (*autres avantages en nature et en argent*), nous pouvons dire que cette base est en retrait au regard de la définition de l'Insee.

Le taux applicable dépend de l'effectif de l'entreprise (moins de 10 salariés, de 10 à moins de 20 salariés, ou 20 salariés et plus), sachant qu'un dispositif de lissage permet d'atténuer les effets de seuil. Le taux varie entre 0,55 % et 1 % de la masse définie.

La CFDT n'est pas très claire dans ses explications concernant l'inclusion ou non du coût de la formation dans le coût du travail. Il nous apparaîtrait logique qu'elle inclut ce coût limité dans le coût du travail tel qu'elle l'admet, tout en excluant en revanche les coûts dépassant la limite légale.

À ce niveau, nous devons indiquer que par choix et par convention, nous excluons les coûts de formation supérieurs à la limite des 1 % du coût du travail. Au-delà de cette limite légale, nous considérons que le coût de formation varie en fonction de la décision de l'entreprise. Il devient une dépense stratégique, un investissement en fonction de l'apparition des nouvelles technologies, etc. Certes, à ce niveau, l'entreprise peut effectuer un autre choix et se séparer d'un personnel dont l'employabilité est réduite en raison de ces nouvelles technologies tout en refusant de procéder à des investissements en matière de formation permanente. De cette façon, l'entreprise rejette ce qui constitue un coût de transaction ex-post. Elle considère que sa contribution générale au fonctionnement de l'État doit la conduire à bénéficier gratuitement des infrastructures

scolaires et universitaires, de l'apport des enseignants, qu'il s'agisse de l'appareil éducatif public (payé par la contribution des citoyens et des entreprises) ou privé (payé par la contribution des familles, les entreprises et l'abondement de l'État). Dans cette perspective, l'appareil éducation peut être considéré comme un facteur technologiquement séparable¹³⁸.

Notre décision d'exclure le coût de la formation du coût du travail repose sur une explication complémentaire. Cette prise en compte serait trop complexe à mettre en œuvre en raison de la totale disparité de politique au sein des PME : certaines procèdent à des formations spécifiques, d'autres à des formations « sur le tas », au contact des autres salariés ou des autres compagnons dans les entreprises de bâtiment par exemple. Certaines sont adeptes de la formation en alternance, qui semble pourtant si difficile cependant à mettre en œuvre, que ce soit dans les formations techniques ou les formations générales ; d'autres y sont formellement opposées, estimant qu'il s'agit d'une substitution de fonction et que la charge de la formation initiale doit reposer intégralement sur l'État. Ces mêmes entreprises estiment d'ailleurs que la charge de la formation continue doit également reposer sur la collectivité. D'autres, en revanche, mettent en œuvre des dispositifs spécifiques de nature professionnelle et gérés par la profession¹³⁹.

Nous noterons pour terminer cette incise sur la problématique de la formation que la législation sur la protection de l'emploi est de nature à éviter le licenciement des salariés pour cause d'inemployabilité en raison d'évolutions technologiques dont l'accompagnement n'aurait pas été programmé par l'entreprise. Elle constitue un encouragement à la formation permanente dans l'entreprise ou suivie et financée par l'entreprise au cours du contrat.

2.1.4. Les exclusions de facteurs de coût choisies par la CFDT

La CFDT exclut du périmètre des facteurs de coût tout ce qui concerne le coût des licenciements ou des fins de contrat temporaire : nous rappelons qu'il s'agit pour nous

¹³⁸ Nous rappelons le rôle des instituts de formation dans l'imprimerie de labeur pendant une grande partie du XX^e siècle.

¹³⁹ L'IFABTP situé à Aubergenville dans les Yvelines, devenu l'ITEDEC, forme à 23 métiers du bâtiment.

d'éléments essentiels, constitutifs de notre nomenclature des coûts occultés, que nous appelons les coûts différés. Nous intégrons naturellement dans le coût la participation, l'intéressement et l'épargne salariale.

Le coût de recrutement est inclus dans le coût du travail parce qu'il s'agit d'un coût *ex ante*, bien qu'à cet instant le demandeur d'emploi ne soit pas encore le salarié de l'entreprise et que le critère que nous avons retenu pour déterminer le coût du travail est le fait d'appartenir au personnel de la société. Nous pratiquons à cet égard une exception à la convention que nous avons déterminée, étant précisé que la logique de Williamson nous impose cette exception. Le fait générateur est la décision du manager de recruter. Il se situe en amont de la signature du contrat de travail, mais il est intégré dans le coût du travail à compter de l'instant où le salarié est recruté. S'il ne l'est pas, le coût reste un coût de gestion classique car il ne peut pas être affecté à une personne déterminée¹⁴⁰.

Au terme de cette première partie de l'analyse de la CFDT, nous remarquons que celle-ci diverge de la nôtre sur plusieurs points. Le syndicat exclut les « coûts indirects » tel que le recrutement, les compléments de rémunération (intéressement, etc...) et bien entendu les indemnités de rupture ou les dommages et intérêts : nous sommes donc en opposition totale au regard de cette conception.

Lorsque nous retrouverons les unions locales des syndicats à l'action sur le plan opérationnel, nous constaterons qu'ils dédaigneront la théorie exprimée officiellement par leur confédération pour revendiquer, dans le cadre de l'abondement des finances du comité d'entreprise par la firme, une base différente. Ils demanderont ainsi l'intégration dans la notion de masse salariale d'autres éléments de rémunération ou de revenu.

2.2. Le questionnement ouvert : quel est le rapport entre le coût du travail et le niveau de l'emploi ?

La CFDT n'est pas à l'aise sur cette question et ce long article n'est pas abouti. Le syndicat exclut par convention certains types de coûts, mais se pose la question de l'opportunité de ce choix. Il admet que « *le coût de la main d'œuvre est généralement plus complexe à identifier qu'il n'y paraît ; aux salaires et cotisations sociales qui*

¹⁴⁰ Nous reviendrons sur cet aspect de notre raisonnement sur les coûts.

constituent le coût direct du travail, il conviendrait d'ajouter les coûts d'ajustement de la main d'œuvre liés aux procédures de gestion des ressources humaines (embauche, formation, licenciement) ». Or, ces coûts indirects font parfois l'objet d'études spécifiques, mais sont rarement intégrés aux modélisations de la demande de travail¹⁴¹.

Cette posture mérite d'être soulignée, car elle est rare au sein des centrales syndicales de salariés qui ne s'intéressent pas au problème du coût du travail. Elle atteste de la sensibilité de la CFDT à une problématique dont elle admet que l'étude est complexe. Mais ce constat ne la conduit pas encore à dépasser les conventions quasiment centenaires dans le monde syndical.

En première conclusion de cette approche, nous dirons que la CFDT reste sur une vision extrêmement classique du coût du travail qui est en profond décalage avec celle que nous proposons. Mais elle a bien saisi que son approche était parcellaire. Cela étant, la récusation des préceptes syndicaux emporterait trop de conséquences sur le plan technique et bien entendu sur le plan syndical pour qu'elle ose aller au-delà de cette simple reconnaissance d'une réelle difficulté.

En seconde conclusion, nous soulignons que la CFDT n'est pas pleinement en phase avec les définitions légale et institutionnelle, concernant en particulier la problématique de l'intéressement. Cela étant, elle n'envisage pas simplement l'aspect doctrinal du coût du travail avec éventuellement les conséquences qui peuvent en être tirées dans le cadre de sa pratique. L'un de ses objectifs est d'aborder l'impact du coût du travail sur le niveau de l'emploi. Mais là-encore, son positionnement institutionnel la conduit à limiter l'amplitude de son analyse.

Elle répète avec juste raison qu'il n'existe pas en France d'étude systématique sur la relation entre le coût du travail et le niveau de l'emploi. Elle note qu'au niveau macro-économique, la démonstration d'une liaison entre les phénomènes (réduction du coût du travail et augmentation de l'emploi), n'est pas démontrée, bien qu'au niveau micro-économique, c'est-à-dire au niveau de l'entreprise et au-delà du bassin de l'emploi, cette liaison semble probable. Elle fait référence à ce niveau aux quelques études qui sont

¹⁴¹ *Op cit.*, p. 10.

réalisées dans les années 1995-2000 et sur lesquelles nous reviendrons au terme de ce chapitre, lorsque nous examinerons les allègements de charges et leurs conséquences.

Sur le plan purement méthodologique, les éléments de son discours doivent être relevés en raison de leur originalité. Mais en raison de l'origine du *corpus* sur lequel se fonde l'article, et qui émane essentiellement des ETI et des TGE et trop rarement des TPE et PME, le syndicat est réticent à reconnaître qu'il existe une interaction positive entre la réduction du coût du travail et le niveau de l'emploi. Certes, il cite un certain nombre d'études qui vont plutôt dans ce sens, en particulier le rapport Malinvaud de 1998¹⁴². Mais nous percevons une forte réticence à admettre que la réduction du coût du travail en-dessous du smic, en particulier pour les emplois de faible qualification, pourrait avoir un effet notable sur le niveau de l'emploi. La CFDT cerne la réalité du problème posé par l'ouverture des frontières européennes et la concurrence directe des pays de l'Est. Elle rappelle les différentiels de salaires horaires au moment de la rédaction du rapport et donne l'exemple d'un salaire horaire moyen en France de 24 €, alors qu'il se trouve à la même époque de 4 € dans les pays de l'Est. Mais « idéologiquement », le syndicat ne peut franchir le pas en indiquant que l'existence même du smic horaire a été de nature à décourager les industriels français et, parmi eux, les donneurs d'ordre les plus importants. Ainsi, le rôle des entreprises de production automobile n'est jamais cité dans le rapport. La CFDT s'interdit de critiquer l'effet du smic horaire, c'est-à-dire le blocage du coût du travail à un niveau tel qu'il rend inemployable un certain nombre de salariés. Elle s'interdit d'aborder la question de la suppression des charges sociales sur les bas salaires par transfert, en tout ou partie, sur le salaire net payé au salarié.

Cette réticence est notable : le syndicat exclut de mettre en exergue le problème posé par le smic, mais il ne nie pas pour autant son existence. Ainsi, il remarque que 14% des salariés français se trouvent engagés au niveau du smic et que le rapport du smic au salaire moyen ouvrier passe « de 51,967% à 73% en 1975 ; le salaire net médian pour les salariés à taux plein équivaut à 1,8% smic en 1976 et à 1,8% smic en 1984 »¹⁴³. Deuxièmement, il remarque la dégradation du niveau de l'emploi des personnels peu

¹⁴² Rapport Malinvaud de 1998.

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 20.

qualifiés et la tendance des entreprises à substituer des salariés qualifiés à des salariés non qualifiés, avec pour conséquence un phénomène de déclassement. Mais il ne reprend pas l'analyse sur le rapport entre cette situation et l'effet de cliquet du smic, qui empêche l'entreprise de descendre en dessous d'un certain coût du travail.

La CFDT étudie ensuite l'ensemble des dispositifs qui vont être initiés dans les années 1993 et suivantes pour tenter d'alléger les cotisations sociales autour du smic, c'est-à-dire pour alléger le coût facial du travail, sans remettre en cause l'existence même du smic. Elle reconnaît que nombre de salariés peu qualifiés ne sont plus employés ou que l'accès à l'emploi est devenu extrêmement problématique pour les jeunes sortant de l'institution scolaire ou universitaire, qu'ils soient d'ailleurs diplômés ou non. Mais là-encore, elle refuse d'admettre qu'il puisse exister une cause frontale et directe à cette situation, c'est-à-dire que le smic et les charges sociales afférentes (sous réserve bien entendu des dispositifs d'allègement que nous aborderons par la suite), constituent en soi une difficulté et un obstacle.

2.3. La conclusion du syndicat CFDT : l'exclusion de la problématique du coût du travail comme élément causal des phénomènes constatés

En conclusion, la CFDT critique la stratégie salariale française sur les années 1980-2006 en ce qu'elle n'a pas « *empêché la hausse du taux de chômage des personnes peu qualifiées* ». Elle constate également que « *les services de proximité demeurent moins développés qu'ailleurs. Le nombre d'emploi par habitant dans le commerce et dans l'hôtellerie-restauration était, au milieu des années 1990, supérieur de 80 % et de 130 % aux États-Unis (par rapport à la France). La moitié de cet écart s'expliquerait par le coût du travail, l'autre moitié par des différences de structure de consommation entre les 2 pays* »¹⁴⁴. Toujours dans ce paragraphe de conclusion, au regard des remarques qu'elle vient d'effectuer, la CFDT note que la stratégie salariale française a « *alimenté la tendance au déclassement des jeunes diplômés* », ce qu'elle appelle la réduction de la prime d'éducation. Elle constate et critique également le fait qu'elle a « *focalisé des politiques de l'emploi sur la question de l'abaissement du coût du travail, reléguant les objectifs d'élévation des qualifications, de relance des carrières salariales*

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 24.

et professionnelles et de mise à jour des grilles de classification à un rang secondaire »¹⁴⁵. En revanche, elle n'émet aucune remarque sur la problématique de l'orientation scolaire, de l'ouverture en faculté de filières générales sans réflexion sur les besoins du marché et de la société française en général, ce qui donne des étudiants et des diplômés en grand nombre dans des filières qui ne recrutent pas.

Bien entendu, pour intéressante que soit cette conclusion au regard de notre étude, elle reste à la fois partielle et objectivement quelque peu partielle au regard de la réalité des causes du phénomène critiqué, à savoir, l'augmentation et la pérennité d'un chômage important au niveau des personnes peu qualifiées.

Des trois centrales principales, la CFDT est la plus en pointe pour ce qui relève de la réflexion sur le coût du travail et ses effets directs sur les décisions de délocalisation des entreprises de main d'œuvre (automobile et sous-traitant automobile) vers les pays de l'Est dans les années 1990-2000. Certes, les sources documentaires ne manquent pas, et la CFDT est suffisamment bien équipée et bien renseignée pour les obtenir dans le domaine de l'automobile. Mais elle n'inclut pas, dans cette réflexion, le récolement de l'information dans ce secteur qui viendrait pointer les insuffisances de son raisonnement. Second élément : elle déplore le sous-emploi chronique des personnels peu qualifiés et appelle à une meilleure organisation des carrières, de la formation, en un mot de tout ce qui favorise l'employabilité de ces salariés. Mais elle refuse de remettre en cause le principe du smic sous le prétexte qu'il permet le maintien d'une consommation de masse, qui est elle aussi favorable à l'emploi¹⁴⁶. Elle refuse donc clairement d'approfondir la problématique du coût du travail.

En revanche, elle disserte volontiers sur des phénomènes annexes, tel que le contournement de l'effet mécanique des charges sociales par un certain nombre de dispositifs. Ainsi, elle reprend la critique classiquement de gauche du recours au travail à durée déterminée et à l'intérim. Elle admet tout en déplorant leur instabilité, les aides d'État qui visent mécaniquement à réduire les charges sociales pesant sur les emplois

¹⁴⁵ *Op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁶ Nous avons déjà souligné que cette consommation de masse s'adresse principalement vers des produits d'importation, puisque les grandes lignes de fabrication, les produits d'électroménager par exemple, ont quasiment disparu de l'hexagone.

payés à hauteur du smic, etc. Ainsi, cette étude, riche et approfondie, se voit limitée dans son impact en raison d'une acception du coût du travail posée dans les premières pages qui génère irrésistiblement une faille dans l'analyse. Elle est également limitée dans son effet par le refus de remettre en cause des dogmes établis par le syndicalisme français depuis une cinquantaine d'années.

3. Le rôle du juge judiciaire dans l'appréciation du coût du travail : le compte 641 et la DAS définissent-ils le coût du travail ?

Nous avons abordé la définition légale du coût du travail, la définition opérationnelle qui en est donnée par l'un des organismes d'État les plus investis en la matière, l'Insee, et enfin les syndicats par l'intermédiaire et la voix de la CFDT. Il nous a paru important de vérifier quelle était la position du juge judiciaire ce qui nous permet dans le même temps d'aborder la question des normes comptables.

Le juge judiciaire est chargé d'interpréter les lois et règlements en fonction des intérêts, par définition contraires, des deux parties en présence. En l'occurrence la problématique des coûts du travail peut ressortir des conflits entre l'entreprise et les institutions représentatives du personnel (IRP) dont le comité d'entreprise ou d'établissement et les syndicats de salariés. Le comité assure un rôle dans le cadre de la législation sur la protection de l'emploi puisqu'il est consulté dans la perspective de licenciements collectifs, et intervient dans le cadre de l'élaboration et la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi, pour ne retenir que ces deux exemples. Il participe de la contestation du pouvoir de direction du chef d'entreprise, en employant les fonds versés par l'entreprise pour son fonctionnement, comme cela va être rappelé dans le cadre des développements suivants. Nous verrons que les IRP sont elles-mêmes facteurs de coûts du travail, de façon directe ou indirecte.

Pour apprécier le rôle du juge judiciaire, il ne s'agit pas de se rapporter aux multiples décisions rendues par les conseils de prudhommes ou les Cours d'Appel concernant la notion de salaire ou celle d'une rémunération, mais de savoir si le juge civil est conduit à donner un avis sur ce que revêt la notion de coût du travail, à l'occasion d'interrogations obliques qui lui sont faites dans un certain nombre de contentieux. Pour aborder au mieux cet aspect, nous avons choisi le contentieux des comités d'entreprise,

puisque'il se trouve qu'au cours de ces dernières années, un certain nombre d'avocats de comités d'entreprise ont sollicité les juridictions pour tenter d'obtenir pour leurs clients le meilleur abondement financier au niveau des deux ressources qui sont prévues par la loi, à savoir : le pourcentage de 0,2 calculé sur l'ensemble de la masse salariale, et le montant dû au titre des activités culturelles et sociales.

3.1. Un arrêt topique de la cour d'appel de Versailles

Plusieurs décisions ont été rendues au cours des années 2011 jusqu'à 2017 ; la plus topique, et sans doute la mieux rédigée, émane de la cour d'appel de Versailles, dans un dossier *Comité d'entreprise de l'établissement siège de la Société Sanofi Winthrop Industrie contre SA Sanofi Winthrop Industrie et Comité d'Établissement de l'Établissement siège de la Société Winthrop Industrie*¹⁴⁷.

L'analyse que nous allons développer met l'accent sur l'aspect paradoxal de l'action menée par les syndicats présents au sein des comités d'entreprise. Ces structures considèrent qu'elles ont intérêt à élargir au maximum la part de la masse salariale de référence, pour obtenir de l'entreprise l'abondement lui aussi maximal. Mais les responsables syndicaux qui militent ainsi pour une définition du coût du travail largement extensive au regard des limites fixées par la loi concourent à la démonstration de l'excès de coût dans l'espace économique français : ce n'est pas le moindre des paradoxes.

3.1.1. Le compte N° 641 du plan comptable détermine-t-il de façon totale les coûts du travail d'une entreprise ?

Précisément, dans ce dossier, le comité, se fondant d'ailleurs sur des décisions de justice déjà rendues mais dont l'interprétation est controversée¹⁴⁸, estime que la seule base acceptable pour le calcul de la masse salariale est le compte n° 641 du plan comptable général, intitulé « rémunération du personnel et des dirigeants ». Cette référence comptable intègre les salaires, les primes et commissions, les congés payés, mais également les indemnités de rupture -sauf une partie des indemnités de licenciement-,

¹⁴⁷ Cour d'appel de Versailles, 28 février 2017 n°1504444, décision rendue sous la présidence de Jean-François de Chanville.

¹⁴⁸ Cour de cassation, Chambre Sociale, 30 mars 2011, 29 mai 2014 et 9 juillet 2014 - n°13-17.470

les indemnités de mise à la retraite et les indemnités de préavis. Enfin, la référence 641 du plan comptable général vise également l'intéressement et les gratifications des stagiaires.

Si nous rapportons cette définition à celle de notre analyse telle qu'elle est exposée ci-dessous et telle qu'elle a été déjà été brièvement annoncée, le constat est clair : la définition donnée par le compte 641 est bien plus large que la définition légale ou celle de l'Insee, et elle valide une partie de notre analyse. Mais en revanche, elle reste encore en deçà de celle-ci.

Nous indiquons ici que nous avons réalisé un choix de présentation qui résulte de notre positionnement de recherche. Nous nous situons en sciences de gestion et non en comptabilité ou en économie. L'exposé du compte 641 aurait pu se situer dans la partie institutionnelle. Mais d'une part, il est la conséquence des éléments légaux, même si le plan comptable bénéficie d'une validation législative depuis 1947. D'autre part, ses choix sont eux-mêmes soumis à contestation.

3.1.2. L'intérêt du compte 641 : le conflit entre l'approche comptable des dépenses relatives à la présence des salariés dans l'entreprise et l'approche sociale

Le retraitement du compte 641 par les syndicats et le comité d'entreprise de Sanofi les conduit à exclure la rémunération des dirigeants non-salariés, le remboursement des frais professionnels et certaines sommes dues lors de la rupture du contrat de travail. Pour donner une idée de l'enjeu, il convient de souligner que le calcul que préconise le comité d'établissement contre l'avis de la Société Sanofi Winthrop génère une augmentation de l'abondement sur 6 ans, à hauteur de 1.000.060 € sur cinq années.

La Société Sanofi combat cette perspective en soulignant que le seul document qui peut être pris en compte pour servir de base de calcul et établir de manière irréfragable la masse salariale est la DADS, c'est-à-dire la Déclaration Annuelle des Salaires. La société ajoute que toute autre référence serait de nature à rompre le lien prévu par le législateur entre la réalité de l'importance de la collectivité de travail et le financement du comité d'entreprise. Ainsi, Sanofi considère que les indemnités légales conventionnelles de licenciement, ou encore des indemnités transactionnelles ne

peuvent pas être prises en compte dans la masse salariale¹⁴⁹. Elle estime bien entendu que tout ce qui concerne les rémunérations des dirigeants sociaux, les remboursements de frais professionnels et toutes les sommes dues au titre de la rupture du contrat de travail doivent être exclus de ce calcul et que dans le cadre de ce contentieux, la Cour doit se reporter purement et simplement à l'article L.2325-43 du code du travail¹⁵⁰.

La cour d'appel de Versailles reprend chacune des prétentions du comité d'entreprise pour les admettre ou les rejeter, en soulevant à chaque reprise une argumentation qui mérite d'être prise en compte. Elle exprime, au jour de la rédaction des présentes, l'avis le plus circonstancié d'une formation judiciaire et sans doute l'avis le mieux formulé. Le comité d'entreprise a demandé l'inclusion dans la masse salariale de référence de sept éléments complémentaires qui, selon lui, constituent cette masse au-delà des éléments déjà admis et correspondants à l'article L.242-1 du Code de la Sécurité Sociale¹⁵¹. La Cour reprend un par un les sept éléments, pour les admettre ou les rejeter.

Les demandeurs souhaitent prendre en compte un premier élément, les provisions diverses « notamment au titre des congés payés, de la prime du 13^{ème} mois, du compte épargne temps, de la prime de vacances et d'autres primes ». La Cour écarte cette demande en estimant que les provisions de nature salariale comme toutes les autres ne peuvent pas être introduites dans la base de calcul de la masse salariale brute. Second élément : le comité demande que l'on tienne compte des rémunérations non salariales des dirigeants. La Cour s'y oppose de façon là encore tout à fait naturelle. En effet, il s'agit de rémunération de mandataires sociaux qui diffèrent donc des salaires. Le mandataire social ne bénéficie pas des garanties du salarié (indemnisation du chômage) puisqu'il est révocable *ad nutum*. Il n'a aucune garantie d'indemnisation en cas de rupture de son contrat -sauf cas de négociations des fameux « parachutes » qui peuvent effectivement être prévus contractuellement.

Troisième revendication, et à ce niveau la Cour aborde l'un des éléments que nous retenons comme étant un facteur de coût du travail : les indemnités conventionnelles de

¹⁴⁹ Cela semble donc signifier qu'elle ne prend pas en compte ces éléments dans le coût du travail et qu'elle sous-estime donc, du moins dans ses prises de positions officielles, la réalité de ce coût.

¹⁵⁰ Article 2325-43 du code du travail

¹⁵¹ Article 242-1

départ en retraite ou en préretraite, lesquelles figurent effectivement dans le compte 641. La Cour écarte la demande car elle estime que les indemnités de départ à la retraite et les indemnités de préretraite « *ont une nature plus indemnitaire que salariale, puisqu'elles sont des avantages accordés à titre conventionnel et perçues en capital, le plus souvent, sous conditions d'une certaine ancienneté et en fonction de cette ancienneté, sans que ces indemnités ne correspondent exactement à la contrepartie d'un travail, ce qui justifie qu'elles ne soient pas soumises à cotisations sociales en deçà d'un certain plafond qui est égal à 2 PASS¹⁵², soit 78.456 €* » à la date de l'arrêt, en 2017.

La Cour continue en indiquant qu'il convient de distinguer ces indemnités conventionnelles des indemnités de retraite de base provenant de la Sécurité Sociale, perçues périodiquement, pour lesquelles les cotisations sociales ont déjà été versées chaque mois par le salarié. Nous nous arrêtons quelques temps sur cette appréciation qui nous semble inexacte, en dépit du fait qu'elle confirme notre vision de la nature des indemnités de licenciement et des indemnités de départ en retraite ou des dommages et intérêts. Toutes ces sommes concourent à indemniser le salarié de la rupture de son contrat de travail, c'est-à-dire de la perte d'un élément de patrimoine. Les indemnités de licenciement ou de départ en retraite sont proportionnelles à la durée de service du salarié. Systématiquement, il s'agit pour l'entreprise d'un coût.

Quatrième élément qui se situe dans la même logique comme nous venons de le souligner : les indemnités de rupture liées au licenciement et les indemnités de transaction. La Cour rejette leur inclusion dans la base de calcul des subventions du comité d'entreprise, c'est-à-dire dans la masse salariale, de la partie indemnitaire des sommes versées au salarié licencié. La Cour vise expressément le « *bénéficiaire d'une rupture conventionnelle ou ayant quitté la société à la suite d'un plan social, qu'il s'agisse d'indemnités de rupture conventionnelle, ou d'indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, ou même des indemnités ou dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse* ». Elle martèle son argumentation en soulignant que ces indemnités ne peuvent être assimilées à la contrepartie d'un travail mais ont une nature principalement indemnitaire. Elle en veut pour preuve d'ailleurs le

¹⁵² Plafond Annuel de la Sécurité Sociale

fait que « ces indemnités ne sont d'ailleurs soumises que pour partie à cotisation sociale, à savoir que pour leur partie non indemnitaire au-delà d'un certain plafond, qui est égal à 2 PASS soit 78.456 € ; or la DADS inclut bien cette partie dans l'indemnitaire au-delà de ce plafond, qui est alors considéré comme ayant une nature salariale ».

3.1.3. L'intéressement n'est pas un élément de rémunération

La Cour écarte rapidement la cinquième demande concernant les salariés mis à disposition et aborde la sixième demande qui est celle liée à l'intéressement. Pour elle, l'accord d'intéressement est mentionné dans l'article L.3312-4 du code du travail « *comme n'ayant pas le caractère de rémunération. Le plan comptable général l'a mentionné dans le compte 691. Elle déboute donc le comité de ce chef* ».

Le septième et dernier point concerne la gratification des stagiaires. À ce niveau, la Cour se montre plus circonspecte ; elle considère que « *la gratification des stagiaires n'est certes pas un salaire à part entière dans la mesure où la situation de stage constitue à la fois une période de formation et une période de travail, à l'instar de la situation d'apprentissage ; du fait de cette nature mixte du stage, à la fois une formation de manière principale et un travail de manière secondaire, il n'est pas surprenant que la gratification des stagiaires soit assujettie pour partie à des cotisations sociales au-delà d'un certain seuil comme le retrace la DADS* ». La gratification des stagiaires telle que prévue par la loi étant déjà mentionnée dans la DADS, elle confirme que la référence au code 641 est inutile.

Au terme de cet arrêt, la Cour estime que les sommes figurants sur les DADS de la société Sanofi Winthrop Industrie, pour les années 2008 à 2014 incluses, forment l'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement d'une part, de la contribution aux activités sociales et culturelles du comité d'établissement concerné d'autre part. Elle déboute expressément le comité de sa demande donnant à la réintégration d'intéressements dans la masse salariale brute, base de calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles, avant dire droit sur la demande en dommages et intérêts du comité pour l'atteinte à ses droits et sur la demande tendant à réintégrer dans la DADS la part de gratification des stagiaires, et ordonne la réouverture des débats.

3.1.4. Les leçons de cette analyse jurisprudentielle

Nous avons résumé ces leçons dans le tableau suivant :

Provisions diverses : congés payés, de la prime du 13^{ème} mois, compte épargne temps, prime de vacances et autres primes	Rémunération non salariale des dirigeants	Indemnités conventionnelles de départ en retraite	Indemnités de rupture autres que préavis et I.L. liées au licenciement ou à une transaction	Intéressement et participation
<i>Rejetées par la Cour car caractère provisionnel</i>	<i>Rejetées par la Cour car n'ont pas le caractère de salaire</i>	<i>Rejetées par la cour car caractère indemnitaire et non salarial</i>	<i>Rejetées par la Cour</i>	<i>Rejeté par la Cour</i>
Les congés payés figurent dans le compte 6142	Figurent dans le compte 653	Figurent dans le compte 641	Seules les indemnités de licenciement figurent dans le compte 641	Figurent dans le compte 691

Bien entendu, cette décision revêt, dans le cadre de notre étude, un intérêt à deux niveaux principaux. Sur un premier niveau, elle matérialise le retour de nombreux acteurs vers la notion de coût du travail, même si ceux-ci ont une toute autre préoccupation que le simple intérêt managérial et n'ont d'ailleurs aucunement l'idée que leur activisme procédural pourrait avoir une conséquence au niveau managérial.

Ainsi, les réticences du syndicat CFDT manifestées dans son approche du coût du travail, dans le cadre de l'étude de 2006, sont évidemment battues en brèche par la revendication formée par les syndicats présents dans le comité d'entreprise de la Société Sanofi Winthrop. Nous avons souligné à plusieurs reprises que la réalité du coût était notablement édulcorée par nombre d'acteurs y compris par des acteurs économiques majeurs, c'est-à-dire par les chefs d'entreprise eux-mêmes, par le management et par les syndicats de salariés. Cette affaire en apporte la preuve.

Paradoxalement, ce sont donc les syndicats de salariés qui, par leur action, tentent de fixer dans la jurisprudence une amplitude du coût du travail supérieure à celle qui est déterminée par la loi, revendiquée par l'Insee. Le compte 641 n'est donc pas une référence absolue.

3.2. Le coût global du comité d'entreprise conçu comme indicateur du fonctionnement de la firme, et son rapport à la rémunération du facteur capital

Les très grandes entreprises consacrent des sommes considérables au budget de fonctionnement des comités d'entreprise, au moins dans la limite des 0,2% de la masse salariale, au-delà du budget des œuvres culturelles et sociales. Cette situation n'est pas nouvelle : le montant atteint parfois près de 4 % de la masse salariale.

3.2.1. Quelle est la nature des sommes versées par la firme au comité d'entreprise

La plupart de nos interlocuteurs syndicaux considèrent que les sommes versées au comité d'entreprise ne constituent pas à proprement parler un revenu complémentaire pour les salariés : en conséquence, elles ne doivent pas être intégrées dans le coût du travail. Notre analyse est différente. Nous estimons que ces sommes procurent aux salariés un avantage (loisirs, voyages, etc.) auxquels ils devraient consacrer du revenu s'ils souhaitaient en bénéficier. À compter de l'instant où cette somme provient de l'entreprise et est consacrée à avantager le salarié au détriment d'une autre utilisation (investissement, rémunération des actionnaires ou rémunération des salariés avec charges sociales), et où elle dépend bien de la présence du salarié dans l'entreprise et du nombre de salariés concernés, elle doit être considérée comme élément constitutif du coût du travail, même si sa qualification de rémunération lui est retirée. Nous notons d'ailleurs que les Urssaf commencent à s'intéresser aux comités d'entreprises et tentent de procéder à des redressements. Ainsi, les aides de secours versées par le comité sont soumises à cotisations.

Le salarié bénéficie de cette façon d'avantages économiques en sus de sa rémunération, tels que réduction du prix du repas de midi au regard du prix d'un repas identique dans un restaurant, réduction du prix des billets d'avion ou de séjours à la mer ou à la montagne, etc... Le cumul de ces avantages au cours d'une année fiscale peut constituer l'équivalent d'un demi mois de salaire, voire davantage, si l'on réévalue au prix du marché la valeur des avantages obtenus. L'argument mérite d'être mentionné car il induit une différence notable entre la situation du salarié d'une TPE ou d'une PME, même bénéficiant d'un comité d'entreprise parce que son effectif dépasse les 50 salariés, et ceux de la très grande entreprise. Le salarié de la très grande entreprise bénéficie ainsi

d'un avantage notoire et cet avantage constitue un facteur d'attrait et de différenciation au regard des autres entreprises du marché.

Le rappel de ces éléments n'épuise pas le sujet du coût complémentaire que constitue l'abondement de l'entreprise au bénéfice du comité. Nous avons souligné que ce versement est pratiqué au détriment d'autres facteurs contribuant à l'activité de l'entreprise. Le prélèvement qui est effectué sur la base de la masse salariale est donc retiré à l'entreprise qui ne peut en disposer pour un autre usage (investissement ou rémunération des associés). Nous notons que dans les cas où l'entreprise se trouve dans une difficulté économique caractérisée qui peut conduire à la réduction des effectifs salariés, tant que celle-ci restera au-dessus de l'effectif minimum de 50 salariés en équivalent temps plein, l'ensemble des cotisations restent dues et le comité continue à fonctionner. Le blocage organisé par l'article 2323-86¹⁵³ du code du travail est symptomatique. Il s'agit d'une dépense obligatoire qui ne peut être sacrifiée ou amputée. Le nombre de procédures initiées par les comités d'entreprise sur la demande des syndicats de salariés pour élargir la base de calcul des contributions de la firme indique clairement que cette question est au centre de leurs préoccupations, quelle que soit la situation économique de la firme, ou plus globalement la situation économique générale.

3.2.2. Les développements jurisprudentiels autour de la notion de coût du travail, conçue comme une référence de base du financement du comité d'entreprise

Le système français est surprenant, tant par sa cohérence que par son incohérence. Sa cohérence résulte par exemple du fait que tout aspect factuel peut trouver une qualification juridique qui permet à un plaideur d'éprouver sa théorie devant une juridiction. C'est de cette façon que l'école française du droit du travail a accompagné et souvent devancé les éléments les plus marquants de la législation sur la protection de l'emploi. Le rôle des avocats tels qu'Etienne Grumbach a été prépondérant dans ce type de contexte.

¹⁵³ **Article L.2323-86**, abrogé par Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 - art. 1

La contribution versée chaque année par l'employeur pour financer des institutions sociales du comité d'entreprise ne peut, en aucun cas, être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise, à l'exclusion des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondants ont disparu. Le rapport de cette contribution au montant global des salaires payés ne peut non plus être inférieur au même rapport existant pour l'année de référence définie au premier alinéa.

Mais le système est également incohérent en raison même de la diversité des acteurs et des sources. En l'occurrence, les syndicats de salariés ont intérêt à élargir la base de calcul du versement de l'employeur au comité d'entreprise. Ils font feu de tout bois et de cette façon, ils alimentent notre réflexion sur la notion de coût du travail en dépassant le coût fixé par les règles légales, comptables ou fiscales. Mais ainsi, ils démontrent également que le poids réel du coût du travail est largement supérieur à ce que laissent penser ces règles trop restrictives.

3.2.3. Le jugement du tribunal de Montpellier

La logique jurisprudentielle dégagée en février 2017 par la cour d'appel de Versailles n'est pas partagée par l'ensemble des juridictions de même niveau sur l'ensemble de l'hexagone. Ainsi, saisie dans des circonstances similaires, le tribunal de grande instance de Montpellier avait cru bon de rendre en 2015 une décision totalement opposée, dont il convient de souligner que la motivation et la rédaction sont d'une qualité notablement inférieure à celles de Versailles.

L'espèce oppose le comité d'établissement de Montpellier de la Société Dell et la Société Dell SA. Le conflit est afférent au financement d'une crèche mais, plus globalement, il concerne le montant de la masse salariale de référence, en application de l'article L.2325-43 du code du travail. Le comité d'établissement de Dell Montpellier reproche à la société d'avoir déterminé le montant dû au titre de la subvention de fonctionnement et de la subvention aux activités sociales et culturelles par référence à la DADS, plutôt que par référence au compte 641 du plan comptable général ; le cas est donc identique à celui tranché par la Cour de Versailles. Les arrêts de référence sont d'ailleurs les mêmes : le comité d'établissement se prévaut de deux arrêts de la cour de cassation en date du 20 mai 2014 et du 9 juillet 2014.

Certes, le Tribunal de Montpellier note que la cour de cassation, dans ces deux arrêts, précise que « doivent être exclus du compte 641 un certain nombre d'éléments, la rémunération des dirigeants sociaux, le remboursement des frais, les indemnités de rupture hors indemnités légales et conventionnelles de licenciement, de retraite et de préavis ».

Mais elle ajoute : « *selon la cour de cassation, les indemnités transactionnelles doivent aussi être retraitées au compte 641* »¹⁵⁴. Le Tribunal souligne que le comité d'établissement peut exiger de l'employeur que celui-ci lui communique « *le montant de la masse salariale annuelle brute, sur laquelle est assise la subvention de fonctionnement qui lui revient, l'employeur ne pouvant, sous peine de délit d'entrave, se réfugier derrière un système de comptabilité par service et non par établissement qui ne lui permettrait pas un tel calcul.* » Il cite par référence l'arrêt de la cour de cassation, chambre criminelle du 11 février 2003. Puis le Tribunal de Grande d'Instance tranche le litige dans une formule lapidaire : « *les sommes comptabilisées au compte 641 constituent l'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'établissement, qui ne dispose pas des éléments d'information nécessaires pour vérifier si les sommes dues lui ont été intégralement versées. En conséquence, il convient avant dire droit d'ordonner une expertise judiciaire avec mission de déterminer le montant des reliquats éventuels de subvention de fonctionnement et de contribution aux activités sociales et culturelles à payer au comité d'établissement de Montpellier, sur les années 2008 à 2013 inclus.* »¹⁵⁵

3.2.4. Le jugement France Telecom du 17 mai 2011 du tribunal de Grande Instance de Paris

Le conflit qui oppose les firmes à leurs comités d'entreprise et d'établissement pour la détermination de la masse salariale de référence a donc tendance à s'intensifier au cours de ces dernières années, en raison de la complexité des éléments de ce contentieux d'une part, de l'instabilité de la jurisprudence d'autre part. Mais il est également d'autres débats qui permettent de revenir sur la notion de base du calcul de la contribution de l'entreprise. Enfin, certains contentieux sont directement relatifs à la fonction du comité d'entreprise dont on verra qu'elle pourrait s'étendre à celle de l'assistance à la contestation, depuis l'intérieur de l'entreprise même, du pouvoir de direction de l'employeur.

¹⁵⁴ Alors que nous savons qu'ils sont en général retraités par le compte 67.

¹⁵⁵ Cour d'appel de Montpellier, affaire comité d'établissement de Montpellier de la Société Dell contre SA Dell, TGI Montpellier, 2^{ème} chambre section A, 10 mars 2015.

Nous avons choisi d'évoquer, parmi plusieurs décisions, celle qui a été rendue par le tribunal de grande instance de Paris, 1^{ère} chambre statuant en matière sociale, dans un contentieux opposant le comité de l'établissement SCE de la Société France Telecom et la Société France Telecom, avec intervention volontaire du syndicat CFE-CGC France Telecom¹⁵⁶.

Cette décision est intéressante par plusieurs de ses aspects. Tout d'abord, elle va permettre au lecteur d'apprécier la masse financière totale en jeu et la réalité des ambitions des syndicats dans l'entreprise pour le contrôle du comité. Elle constitue également un élément d'appréciation au regard du chiffre d'affaires de l'entreprise. Troisième élément qui est plus spécifiquement lié à cette décision : elle démontre l'effet « de cliquet » instauré par la loi, qui vise à pérenniser les contributions au bénéfice du comité d'entreprise. Mais lorsque la firme est en crise ou lorsqu'elle est contrainte de réduire brutalement son personnel, le problème économique qu'elle affronte est accentué par le maintien de cette contribution.

Ces questions posent frontalement le problème du coût du travail d'une part, et du fonctionnement de la garantie de procédure instaurée par la législation de l'emploi d'autre part. Dans le cas des très grandes entreprises, les organes représentatifs disposent d'un indiscutable pouvoir « d'empêchement » - nous ne reprendrons pas ici le terme entrave- à l'égard du pouvoir de direction. Ainsi c'est le financement accordé par l'entreprise elle-même qui fonde la contestation du pouvoir de direction, avec l'aspect paradoxal que nous avons déjà relevé.

Dans ce dossier France Telecom, nous notons tout d'abord les sommes tout à fait exceptionnelles qui sont en cause. Ainsi, la masse salariale annuelle de l'entreprise France Telecom atteint, en 2002, 4.138.161.754 €. Nous travaillons pour commenter cette décision sur les chiffres qui sont fournis par le jugement. En 2002, la Société France Telecom comprend 246.251 salariés¹⁵⁷. Cela signifie que la masse salariale moyenne par salarié est de 16.804 €.

¹⁵⁶ Tribunal de grande instance de Paris ¼ social RG 09/08444, jugement du 17 mai 2011 sur assignation du 28 mai 2009.

¹⁵⁷ Bilan social France Telecom 2003.

Le montant global des dépenses du comité d'entreprise est de 161.000.796 €, étant souligné que la seule application du coefficient de 0,2% aboutirait à la somme de 8.276.323 €. Le tribunal souligne qu'en réalité, la Société France Telecom consacre au comité d'entreprise 3,9% de la masse salariale totale, qu'il s'agisse du budget de fonctionnement ou du budget des œuvres sociales et culturelles. À cette date, la Société France Telecom compte 38 établissements distincts pour les élections au comité d'établissement ¹⁵⁸.

Le contentieux qui oppose les parties porte à la fois sur un complément de budget (de 1.691.559 €), mais également sur des décisions relatives à la gestion directe par le comité d'établissement de l'activité de restauration. L'intérêt de la décision réside en fait sur le rappel judiciaire des conditions de fonctionnement des comités d'entreprise et en particulier du rappel des éléments de temps qui sont retenus pour fonder le financement du comité d'entreprise ou des comités d'établissement, au-delà même du pourcentage. Ainsi, le jugement rappelle les dispositions impératives de l'article L.2323-86 du code du travail, qui instaure un double « effet de cliquet » sur lequel les commentateurs insistent rarement.

Le premier effet est relatif à la méthode de calcul de la contribution de l'employeur aux institutions sociales. Cette contribution est au-delà du budget de fonctionnement de 0,2 %. Et l'article 2323-86 dispose : « *la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer des institutions sociales du comité d'entreprise ne peut, en aucun cas, être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise, atteint au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise, à l'exclusion des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondants ont disparu.* »¹⁵⁹

En langage plus sommaire, nous dirons qu'une fois le principe de la contribution acté et le montant déterminé sur trois années successives, celle-ci ne peut être inférieure au total le plus élevé atteint au cours des trois dernières années. Cela a évidemment pour effet

¹⁵⁸ Le nombre sera réduit à 19 établissements à partir de 2008, étant précisé que l'effectif total de la société sera notablement diminué au 1^{er} janvier 2007. L'établissement SCE en contentieux avec la Société France Telecom dans le cadre de ce dossier compte 6.700 collaborateurs.

¹⁵⁹ Nous signalons le critère des trois ans, critère que nous reprendrons pour notre analyse finale.

de maintenir le plus longtemps possible la somme maximale atteinte. C'est le premier effet. Le second effet est relatif au montant des salaires payés, c'est-à-dire à la masse salariale globale. À ce niveau, l'article L.2323-86 prévoit la chose suivante : « *le rapport de cette contribution au montant global des salaires payés ne peut non plus être inférieur au même rapport existant pour l'année de référence définie au premier alinéa.* » Donc l'année de référence bloque le montant de la masse salariale et deuxièmement le montant de la contribution doit rester identique au montant le plus élevé versé sur les trois dernières années.

L'année de référence qui permet de déterminer le montant de la masse salariale est pour des raisons pratiques évidentes l'année N-1. Si l'année fiscale se termine au 31 décembre, le budget n'étant établi au mieux que vers le mois de mars et au pire au 30 juin, une subvention complémentaire devra être versée au comité d'entreprise dans l'hypothèse où la masse salariale aurait évolué de l'année N-1 à l'année N¹⁶⁰.

3.2.5. Le jugement Société Boehringer-Ingelheim du 4 juin 2013 du Tribunal de Grande Instance de Paris

Un dernier cas mérite d'être étudié : il s'agit de l'amplitude de l'action des œuvres sociales. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a rendu une décision intéressante à ce sujet le 4 juin 2013¹⁶¹. En l'occurrence, le contentieux qui oppose les parties dans cette société de fabrication et vente de produits vétérinaires comprenant 850 personnes concerne la convention conclue par le comité avec un avocat. Cette convention a pour objet « *l'assistance du comité comprenant notamment l'aide à la préparation des réunions, la consultation, l'information sur toutes les questions touchant à sa constitution, à son fonctionnement, à ses prérogatives et à ses moyens* » de même que « *l'assistance des élus sur toutes les questions ayant trait notamment à l'exercice de leur mandat, à leur protection.* » Les juristes protecteurs du périmètre dans lequel s'exerce le pouvoir de direction du chef d'entreprise considéreront déjà anormal que le

¹⁶⁰ Il convient de noter que le comité d'entreprise peut demander une rectification du montant de la subvention lorsqu'il y a un défaut de versement au regard du montant réel de la masse salariale d'une part ou lorsque l'Urssaf a pratiqué un redressement qui implique la prise en compte de salaire ou d'éléments de salaires complémentaires.

¹⁶¹ Tribunal de grande instance de Paris ¼ sociale n° RG 12/05394 jugement du 4 juin 2013 sur assignation du 5 avril 2012, affaire Jérôme X président du comité d'établissement de Paris Société Boehringer-Ingelheim contre comité d'établissement de la Société Boehringer-Ingelheim.

comité d'entreprise paye avec les moyens mis à sa disposition par l'entreprise l'assistance des élus sur toutes les questions ayant trait à l'exercice de leur mandat et à leur protection. Cela suppose en effet que la subvention versée permet au comité d'entreprise de contester les décisions et/ou les effets des décisions prises par le chef d'entreprise. Cela étant, le comité d'entreprise étant une personne morale, à l'instar de toutes les personnes morales, nous considérerons qu'il est en droit d'offrir à ses membres directeurs, à ses élus, la protection qui est due à tous les membres d'une association.

C'est en fait la dernière partie de délibération qui pose problème au chef d'entreprise. En effet, elle est rédigée de la façon suivante : l'assistance des salariés sur toutes les questions de droit social ou de droit privé auxquels ils sont confrontés. Dans le cadre de son assignation, la société Boehringer-Ingelheim est très claire : Elle considère que « *le financement de cette prestation ne correspond en aucun cas à une activité sociale et culturelle ni à une dépense qui pourrait être prise en charge au titre du budget de fonctionnement* ». L'entreprise demande l'annulation de la délibération concernant cet aspect.

Le tribunal est de toute évidence gêné pour motiver sa décision, mais il va débouter le chef d'entreprise, es-qualité de président du comité, de sa requête. Le tribunal considère en effet que la définition donnée par le code des activités sociales et culturelles vise également « *les activités non obligatoires légalement, exercées prioritairement au bénéfice du personnel de l'entreprise et sans discrimination, en vue d'améliorer les conditions collectives d'emploi, de travail et de vie du personnel au sein de l'entreprise* ». La motivation est évidemment éminemment perverse pour l'entreprise : elle signifie que le comité d'entreprise peut financer les demandes de conseil, voire les procédures engagées par un salarié contre l'entreprise.

Nous imaginons ainsi que, dès la lettre de présentation à l'entretien préalable, le comité peut débloquent la provision nécessaire au financement des frais d'avocat pour l'ensemble de la procédure.

L'employeur souhaitait voir distinguer les consultations qui relevaient de la vie personnelle et civile du salarié (divorce, contentieux de voisinage, etc.) du financement des conseils en droit social qui ont pour convocation de s'exercer à son encontre. Le

tribunal statue en sens inverse : « *dès lors que le financement de cet accès au droit n'est pas remis en cause, il ne peut, pour les motifs invoqués, être distingué selon qu'il a pour objet un conseil en droit social ou en une autre matière de droit privé, une telle distinction revenant en effet pour la société à opérer un contrôle sur la prestation fournie* »¹⁶². Il est bien évident que le tribunal aurait pu statuer dans un sens différent en indiquant que la limite du financement offert par le comité d'entreprise était constituée par la nature du conseil et que le conseil visant à contrarier les intérêts de l'entreprise au sens large, c'est-à-dire à procéder contre elle, était exclu du périmètre de financement. Ainsi, l'avocat pouvait conseiller le salarié sur le plan fiscal ou sur le plan personnel dans le cadre d'un contentieux familial, mais il n'était pas envisageable que le CE permette en quelque sorte l'organisation d'une action contre l'entreprise.

L'argument est contestable, et nombre d'entreprise ont finalement cédé sur le principe en raison non pas tant de sa pertinence, que de l'ensemble des moyens qui permettaient de contourner l'éventuelle interdiction. Il nous sera d'ailleurs opposé que le rôle du syndicat est précisément de renseigner le salarié sur ses droits dans l'hypothèse d'un conflit avec son employeur, et qu'en outre, l'avocat n'est pas nécessairement lié au syndicat majoritaire dans l'entreprise, qui assure la gestion du CE. L'objection est de poids, mais elle nous renvoie à la problématique française et au rôle des IRP en France. Si le syndicat est majoritaire dans l'entreprise, si le salarié y est affilié, en dépit de la contradiction que relèvent nombre de patrons de PME (ils ne veulent pas financer une opposition à leur pouvoir par le biais du CE), il convient de rappeler que la maîtrise des IRP permet ainsi aux syndicats de contourner le problème résultant de la faiblesse de leur implantation dans l'entreprise, c'est-à-dire de leur base militante. Le CE devient un fournisseur de service qui permet au syndicat de se faire valoir des salariés au-delà même de son action militante. Le contrôle des IRP supplée à la carence du militantisme.

4. Conclusion

En conclusion de ce premier chapitre, il apparaît que globalement, les acteurs institutionnels (législateur par l'intermédiaire de la loi sociale, fiscale ou comptable et

¹⁶² Tribunal de grande instance de Paris, jugement du 4 juin 2013.

les syndicats de salariés), les administrations publiques telles que l’Insee et le pouvoir judiciaire s’accordent sur une vision *a minima* des coûts du travail qui écartent une grande partie des éléments de notre nomenclature. Les confédérations, lorsqu’elles réalisent des études de fonds telle que celle de la CFDT auraient plutôt une vision restrictive. Elles jouent le jeu institutionnel et tentent de maintenir une cohérence avec les autres éléments de cet ensemble. En revanche, les unions locales et les sections d’entreprise n’ont pas les mêmes préoccupations et elles peuvent se permettre de déborder au-delà des lignes, au risque de se trouver en contradiction avec la ligne de la confédération et le discours syndical global (selon lequel le coût du travail en France ne serait pas si cher !). Les exemples que nous avons présentés sont particulièrement topiques : les sections d’entreprise ne se rendent pas compte que leur vision extensive des éléments de rémunérations des salariés entrant dans la base de calcul de la contribution de l’entreprise au comité est de nature à prouver précisément que le c t du travail en France comporte d’autres éléments que ceux qui sont mentionnés par les institutions. Ce sont ces éléments que nous allons présenter dans le cadre de notre nomenclature, élément essentiel de notre apport.

CHAPITRE DEUXIÈME

LA PROTECTION SOCIALE AU DÉTRIMENT DU VOLET ÉCONOMIQUE

Aucun ouvrage consacré au droit du travail, qu'il soit de nature purement scolaire ou plus ouvert sur la prospective, n'ouvre sur des considérations concernant l'entreprise. L'école de pensée dominante au cours de ces 45 dernières années (1973-2018) n'admet pas une telle présentation. Avant d'aller au-delà dans notre étude de la législation sur la protection de l'emploi et de ses conséquences sur l'entreprise, il nous a paru nécessaire de nous intéresser à cette école et d'en révéler le fonctionnement. En effet, si elle a saturé l'université française pendant de nombreuses années, elle s'est évertuée à rester discrète sur son organisation qui est demeurée informelle, mais bien réelle : dans l'université, tout se produit par cooptation, et qui n'est pas adoubé par l'un des fondateurs (Lyon-Caen, Jeammaud, Pélissier, pour n'en citer que quelques-uns) devra réaliser un véritable parcours du combattant pour se hisser aux premiers postes. Il en est de même dans les revues (*Droit social* par exemple), ou dans l'édition. Présenter une vision différente du droit du travail et critiquer la législation sur la protection de l'emploi reste un exercice solitaire qui ne peut être porté à la connaissance du plus grand nombre dans les années 1980-2000¹⁶³.

Il nous a donc paru nécessaire d'évoquer cette école française de droit du travail qui naît dans les années 1968-1973, et dont l'émergence est favorisée à la fois par le mouvement

¹⁶³ Nous avons fait nous-même l'expérience de ce phénomène en présentant un manuscrit de 2006 à 2008, premier état de cette réflexion.

de mai 1968 et par le vote de la loi du 13 juillet 1973 qui initie la législation sur la protection de l'emploi. Non pas que les députés de la majorité emmenée par Pierre Messmer aient été farouchement engagés à gauche, mais ce texte qui se veut généreux pour les demandeurs d'emplois générés par la première crise du pétrole au sortir des Trente Glorieuses va rapidement servir de fondement à une initiative bien plus profonde qui vise à aligner le statut de l'emploi privé sur le statut de l'emploi public, dans le cadre d'une vision idéologique inspirée par des acteurs marxistes ou post-marxistes qui, quant à eux, sont clairement engagés à gauche de l'échiquier politique.

Nous avons eu à débattre de nombreuses reprises de cette réalité et de cette prégnance profonde sur le droit français avec des tenants de l'université des années 1970-80 -désormais retraités- ou leurs épigones, toujours actifs et parfois plus acharnés encore à défendre la LPE et le modèle social français que leurs mentors. Il se trouve (heureusement !) que notre expérience professionnelle et universitaire, doublée par un long travail de recherche, se situe à la jonction de ces deux générations, ce qui nous a permis d'être à la fois le spectateur du départ de ce mouvement (et le bénéficiaire de cet enseignement), mais également l'un des acteurs comme membre d'un cabinet d'avocats fortement engagé dans la défense salariale, de 1983 à 1989. Dès lors, la contestation de la réalité de l'existence de cette école (en fait, peu fréquente) mais surtout de ses influences et de ses effets sur le long, voire le très long terme, ne peut sérieusement prospérer face à la réalité de cette expérience et au compagnonnage de quelques années avec l'un de ses tenants, Tiennot Grumbach.

1. L'expression de la doctrine

1.1. Trente ans de contestation de la réalité économique

De 1973 à 2007, le droit du travail français a exclusivement évolué dans le sens d'une plus grande rigidité des conditions de l'emploi grâce au renforcement constant de la législation sur la protection de l'emploi. Le contrat de travail privé devait calquer son *corpus* normatif sur le statut de la fonction publique.

L'analyse de ce phénomène mérite d'être approfondi. La génération des étudiants issus de mai 1968 est prise en mains par des enseignants en droit du travail qui remplacent peu à peu les professeurs d'université de l'après-guerre. Ils sont convaincus du bien-

fondé de la loi de 1973 et de la LPE. Leurs étudiants arrivent en poste au niveau des chargés de travaux dirigés, puis des agrégés titulaires de chaire de droit du travail au cours de la décennie 1980 : l'étudiant qui est en licence en 1968 et gesticule sur les barricades parisiennes obtient peu ou prou son doctorat de droit en 1973 et son agrégation dans la foulée. Il forme les nouvelles générations d'étudiants et de juristes, qu'il s'agisse des juristes d'entreprise, des avocats, des magistrats, voire des futurs enseignants eux-mêmes

L'arrivée au pouvoir de François Mitterrand conforte les options des universitaires en chaire, fortement influencés par les thèses marxistes ou postmarxistes, assistés de jeunes maîtres de conférences et de chargés de travaux dirigés. Issus de la gauche voire de l'extrême gauche, ils dispensent un enseignement axé principalement sur la situation et la défense du salarié. Certains revendiquent des expériences personnelles en entreprise, en particulier dans la métallurgie et dans le cadre du travail à la chaîne, à la Régie Renault ou chez Simca, (devenu Simca Chrysler dans les années 1975, Talbot puis Peugeot). Ils forgent alors la légitimité de leur discours universitaire non seulement sur un substrat marxiste, mais également sur une fréquentation de la condition ouvrière en usine. Elle leur confère sinon une connaissance du milieu ouvrier et de ses conditions de travail, du moins une réelle aura à l'égard des générations d'étudiants qui vont se succéder sur les bancs de leurs diverses facultés.

1.1.1. L'exemple d'Étienne Grumbach

L'expérience de Tiennot Grumbach mérite que l'on s'y attarde un instant. Nonobstant une longue tradition familiale qui le conduisait naturellement vers les métiers du droit (il est apparenté à Pierre Mendès-France, avocat de formation), Étienne Grumbach (né le 19 mai 1939) participe aux grands courants qui animent la gauche française non communiste des années soixante. Étudiant tardif (il a 29 ans en mai 1968), féru de marxisme et passionné par l'expérience chinoise, il voit dans le mouvement une façon de régénérer une société française qui s'est terriblement embourgeoisée au long des Trente Glorieuses. Ils sont loin, les frémissements d'avant-guerre, de l'époque du Front Populaire où le Parti communiste semblait encore révolutionnaire et où la CGT représentait le monde ouvrier. Désormais, l'objectif de l'ouvrier n'est-il pas simplement d'avoir un réfrigérateur, une télévision et une 2 cv Citroën ? N'aurait-il pas été repris

insidieusement par le fordisme le plus trivial, celui qui veut que chaque ouvrier devienne propriétaire d'une auto de la marque et puisse devenir un propagandiste du groupe industriel ? Enthousiasmé par l'expérience de Cuba, magnétisé par l'exemple du « Che » qui vient d'être tué à la Higerá en Bolivie le 9 octobre 1967, Tiennot Grumbach participe donc au mouvement de mai 68 aux côtés de Daniel Cohn-Bendit et de Roland Castro¹⁶⁴. Sa déception, suite à la reprise en main gaulliste, est à la hauteur de ses espoirs. Il poursuit cependant une action militante, soutient les mouvements féministes et se rapproche du monde ouvrier en participant à la chaîne de construction dans une usine automobile. Puis il reprend ses études, obtient le certificat d'aptitude à la profession d'avocat et s'inscrit au barreau de Versailles dont il deviendra le Bâtonnier, quinze ans plus tard.

En dépit des honneurs, il restera profondément ancré à la gauche de l'échiquier politique français. Adoubé par l'université, il obtiendra un doctorat en droit du travail sur travaux, sur la base de ses très nombreux articles et de sa réflexion de fonds, que nous évoquerons tant elle est effectivement essentielle. Tiennot Grumbach estime cependant à assurer une véritable cohérence de son parcours, entre son engagement politique et son rôle d'acteur économique dans la société, voire d'élu local. Il concourt parallèlement au développement d'une réflexion intellectuelle sur le droit du travail et son utilisation comme outil dans le cadre des procédures de licenciement. Cette expérience constitue la base de sa réputation dans les milieux ouvriers et il devient l'un des conseils emblématiques de la CFDT dont il accompagnera là aussi la réflexion juridique pendant plusieurs années. Il sera également le conseil de plusieurs unions locales CGT, en particulier sur le bassin d'emploi de la Seine entre Mantes-la-Jolie et Poissy, où il avait fixé initialement son cabinet. Il devient président du Syndicat des Avocats de France, fortement marqué à gauche, dont il sera par la suite le président de la commission juridique pendant de nombreuses années.

Étienne Grumbach est à la fois un produit et l'un des animateurs de cette école française de droit du travail. Formé par les enseignants déjà cités, il devient lui-même l'un de ses

¹⁶⁴ Hervé Hamon et Patrick Rotman, *Génération, Années de rêves* tome I, 1987, *Années de poudre* tome II, 1988, Seuil. Cet ouvrage évoque de façon complète le parcours politique d'Étienne Grumbach.

soutiens et de ses promoteurs les plus fervents. Sa réflexion juridique et sa contribution au débat (par de nombreux articles et bien entendu par son rôle auprès des centrales syndicales de salariés) sont orientées par la nécessité de renforcer la législation sur la protection de l'emploi. Il agit de cette façon sans discontinuité de 1973 à 2003, date à laquelle il cesse peu à peu son activité¹⁶⁵. Dans le cadre des brillantes démonstrations qu'il effectue tant dans ses écrits qu'à l'occasion des plaidoiries sur des dossiers identifiants qui sont parfois à l'origine de revirements importants de jurisprudence, il écarte délibérément tout élément qui ne concerne pas strictement la protection des droits du salarié. En cela, il milite naturellement pour la protection des acquis sociaux accumulés de 1936 à 1973, pour l'instauration de cette législation sur la protection de l'emploi et son développement à compter de 1975. Il milite également pour le développement de cette législation grâce aux lois de 1982, dites loi Auroux¹⁶⁶, ce qui lui vaudra quelques années plus tard la reconnaissance de Martine Aubry, devenue entre-temps ministre du Travail, qui le décorera à deux reprises. L'objectif ultime qu'il poursuit est l'alignement de l'ensemble du corpus juridique afférent au contrat de travail sur une sorte de statut de la fonction privée qui serait le pendant naturel du statut de la fonction publique.

Les contraintes intrinsèques de ce raisonnement le conduisent naturellement à évacuer de celui-ci tous les éléments qu'impose l'évolution naturelle de l'entreprise. Sa connaissance du monde de l'entreprise, sa confrontation aux avocats du patronat dans nombre de dossiers, enfin le développement massif du chômage au cours de la période de sa vie active nonobstant le développement de la LPE, ne l'incitent pas à modifier les fondements-mêmes de sa réflexion. Sa formation marxiste semble peser sur sa perception du monde à tel point que l'entreprise reste suspecte dans ses comportements, quels que soient les événements extérieurs, les crises successives et les effets prévisibles de la mondialisation à l'instant où la gauche de gouvernement se concentre sur la semaine de 35 heures. Ainsi, une clause de mobilité géographique, nécessaire au développement de l'entreprise ou tout simplement à son évacuation des zones urbaines de la périphérie parisienne -le cas de Montreuil a été un moment très significatif- lui

¹⁶⁵ Il décède en 2013.

¹⁶⁶ Il émet en revanche une critique sur l'amendement Delalande dont il envisage les effets négatifs durables sur l'emploi des seniors.

apparaît comme étant une atteinte directe au statut du salarié¹⁶⁷. Pour quelle raison supérieure le salarié serait-il contraint, avec ou sans contrepartie, de déménager ou d'exposer du temps ou des frais de route qui viendraient s'imputer sur ses conditions de vie, sous le simple prétexte de conserver un emploi dans une firme qui se délocalise géographiquement en raison de contraintes administratives¹⁶⁸ ? Ces éléments constituent donc une atteinte inadmissible à la situation acquise du salarié à l'instant T, alors qu'il demeure à proximité de son lieu de travail.

Même lorsque les communes d'Argenteuil, de Bezons ou de Montreuil -dont l'exécutif est encore à cette époque détenu par le Parti communiste français¹⁶⁹- décident d'évacuer les dernières entreprises industrielles de leurs territoires, ce raisonnement le conduit à considérer que le salarié est légitime à refuser la mutation de son emploi vers une nouvelle zone géographique. Dans son esprit, l'entreprise doit assumer les conséquences de la décision politique de l'exécutif communal, fondé soit sur des préoccupations écologiques ou simplement un mandat politique. Pour lui, cette délocalisation, même contrainte, constitue une modification du contrat de travail assimilable à un licenciement et générateur du paiement de diverses indemnités¹⁷⁰. Nous pourrions multiplier les exemples, mais celui-ci apparaît suffisant en lui-même pour convaincre sinon de l'inanité du raisonnement, du moins de ses limites à l'heure où non seulement les communes de l'ancienne ceinture parisienne se débarrassent de leurs entreprises métallurgiques ou chimiques et où, globalement, l'outil industriel de la France commence à être agressé par le jeu normal de la concurrence et des échanges internationaux. Les universitaires ne conçoivent le contrat de travail que dans le cadre d'un espace franco-français totalement imperméable à toutes les influences étrangères (jusqu'aux années Jospin, on ne parle pas encore de la mondialisation et on n'imagine

¹⁶⁷ La notion de statut du salariat, pierre angulaire de la réflexion de ces universitaires, et qui constitue aujourd'hui encore une sorte de référence ultime autour de laquelle doit penser l'ensemble de doctrine. Dans ce sens, Éric Maurin, *La peur du déclassement*, Seuil 2009, p. 22 et s.

¹⁶⁸ En l'occurrence, la mairie de Montreuil ne souhaite plus conserver des implantations industrielles.

¹⁶⁹ Nous avons tenté de négocier avec Jean-Pierre Brard, maire en exercice, le maintien sur Montreuil de la STDM, société spécialisée dans le surfaçage des pièces métalliques à usage de l'aviation, située dans la zone industrielle de Montreuil. Elle a demandé un permis de construire pour l'extension de ses usines sur un terrain lui appartenant, acquis de longue date à cette fin. Le maire a refusé et la société s'est délocalisée sur la région nantaise. Seule une huitaine de salariés sur 47 a suivi la délocalisation contrainte.

¹⁷⁰ Nous examinerons le cas de la société Dammann.

pas encore ses effets). Le sort de ce contrat ne s'analyse et ne se conçoit que dans une parfaite rigidité, seule capable de préserver le sort du salarié.

Mais pour les tenants de l'école française de droit du travail dont Tiennot Grumbach fut l'un des représentants les plus actifs et les plus brillants, le droit du salarié devait primer. Toute notion économique était nécessairement subordonnée à l'exercice de ce droit et l'entreprise devait s'adapter... ou mourir, étant précisé cependant que la pensée de l'avocat qu'était E. Grumbach, à la différence de l'action des magistrats qui appliquent strictement la loi sans avoir à s'intéresser aux conséquences de leurs décisions, s'intéressait au sort de l'entreprise. Cet intérêt n'était pas relatif à la situation difficile du management ou des associés, mais à de la survie économique de la collectivité de travail, c'est-à-dire des autres salariés dont le sort pouvait dépendre de la rigueur d'une décision judiciaire. Ce phénomène mérite d'être souligné car d'une part il est totalement absent de la logique judiciaire, et d'autre part de celle de la plupart des avocats. Notre critique de la position des magistrats ne vise donc pas un déficit d'humanisme¹⁷¹, mais le caractère mécanique d'un processus contraint qui conduit à favoriser la position du salarié et qui peut conduire à la liquidation judiciaire. Le magistrat est le juge d'une cause, celle du demandeur, et n'est pas comptable de l'intérêt général d'un bassin d'emploi ou de la collectivité des salariés d'une entreprise.

Il n'en reste pas moins que la réflexion d'Étienne Grumbach, telle qu'elle résulte de ses contributions, exclut totalement la notion de coût du travail, les conséquences pour l'entreprise d'une décision judiciaire relative à la rupture du contrat dans le coût du travail, ou encore la prise en compte du coût de fonctionnement et de gestion des IRP dans le coût du travail. En cela, il s'identifie pleinement à cette école de pensée.

1.1.2. Le changement de paradigme

La loi du 13 juillet 1973 constitue pour l'entreprise un changement de paradigme au regard de l'histoire du contrat de travail depuis le début du XX^e siècle. L'ensemble du dispositif juridique antérieur est révoqué et l'épaisseur des manuels de droit reflète cette évolution au fil de ces quarante ans. En 1952, *le manuel pratique de législation du*

¹⁷¹ À la différence de Paul Magnaud, « le bon juge » de Château Thierry !

travail de Lebègue, Court et Dedieu, publié par les éditions Foucher à Paris¹⁷² est composé de 127 pages. Il est divisé en 15 chapitres, intitulés respectivement *Entrée du personnel dans l'entreprise, Contrats individuels de travail, Conditions, Salariés, Congés payés, Sécurité sociale*. Puis la seconde partie aborde les syndicats professionnels, les délégués du personnel, les comités d'entreprise, les conventions collectives et les processus de conciliation et d'arbitrage. Les trois derniers chapitres sont consacrés au contrôle des conditions de travail, au résumé des formalités que doivent observer les chefs d'entreprise (4 pages !) et à deux chapitres de questions pratiques. Le livre contient la reproduction de la quasi-totalité des formulaires employés à cette époque. À la fin de l'année 1968, Messieurs Dupuis, Tarrade et Gagnière font paraître aux éditions Lavauzelle un *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*¹⁷³ qui comporte quant à lui 168 pages et une vingtaine de chapitres. Ces deux ouvrages ne contiennent que très peu de renseignements relatifs à la procédure de licenciement pour faute, et aux conséquences de la procédure.

Dix ans plus tard en 1977, Jacques Hochard, docteur es-sciences économiques, publie un *Nouveau manuel de droit social* chez Néret¹⁷⁴. Nous disposons de l'exemplaire qu'il avait personnellement dédié au président Pierre Laroque, et qui, de toute évidence, n'a été ni lu, ni annoté par le respectable magistrat. Il s'agit de la quatrième édition de l'ouvrage et bien évidemment de la première qui intègre les réformes de 1973 et de 1975. Lors de la découverte de ce livre, nous étions intéressés par le commentaire de ces nouvelles dispositions et la vision de l'économiste appliquée au droit social, ultime vision puisque à compter de cette date et jusqu'au courant des années 2000, on ne verra plus d'ouvrages de droit écrit ou commenté par des économistes. En fait, la vision de Jacques Hochard est classique pour l'époque. Il débute son livre de 290 pages par une présentation des principes fondamentaux du droit du travail, l'histoire du droit social et celle du syndicalisme. Il aborde cependant au quatrième chapitre *L'entreprise et le chef d'entreprise*, ce qui constitue la première originalité de l'ouvrage en dépit d'un nombre de page restreint (12). Le chapitre 5 est consacré à la représentation du travailleur et le suivant au contrat de travail. C'est donc logiquement dans le chapitre 7 qu'il aborde la

¹⁷² Lebègue, Court et Dedieu, *Manuel pratique de législation du travail*, éditions Foucher à Paris, 1952.

¹⁷³ Dupuis, Tarrade et Gagnière, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, éditions Lavauzelle, 1968.

¹⁷⁴ Jacques Hochard, *Nouveau manuel de droit social*, Néret 1977.

rupture du contrat dans le cadre des nouvelles lois de 1973 et de 1975 au cours de 20 pages. Mais il s'agit purement et simplement d'une présentation de ces deux lois sous forme de résumé, sans commentaire sur leurs effets ou sur le passage à une ère différente de celle qui existait jusqu'alors. L'économiste n'utilise pas les éléments fondamentaux de sa matière de prédilection pour apporter des éléments de réflexion sur les conséquences économiques et financières de ce nouveau dispositif de rupture ; il ne fait pas une allusion au problème du coût du travail dans l'entreprise.

À la même époque (1977), Pierre Bouloc publie aux Éditions d'organisation un autre *Manuel de droit du travail et de droit social*¹⁷⁵. La présentation est différente et l'auteur travaille par titres (généralités, relations individuelles de travail, réglementation du travail, relations collectives du travail, etc.). C'est dans le titre 2 qu'il aborde la rupture du contrat de travail en fonction des deux nouvelles lois. Il n'y consacre que 10 pages, mais avec une grande rigueur et résume les dispositifs dans des tableaux très évocateurs.

1.1.3. Le Précis Dalloz de Paul Durand, élément de référence de l'évolution du droit du travail

Ces manuels sont utilisés essentiellement dans les écoles pratiques (travaux publics) et les écoles d'ingénieurs, ce qui permet de souligner l'anormalité que constitue la quasi-absence de l'entreprise et celle tout aussi sidérante d'une réflexion sur les conséquences économiques des comportements managériaux liés au droit du travail. L'université, quant à elle, préfère de longue date conseiller à ses étudiants le *Précis* publié chez Dalloz. Dans les années d'après-guerre, les professeurs Paul Durand et André Rouast sont chargés de sa rédaction qui comporte plusieurs éditions, celle qui nous sert de référence datant de 1953 et mentionnant encore en avertissement les changements apportés à ce droit par la législation après la Libération.

La composition est assez classique. L'introduction est présentée en quatre chapitres. Après un chapitre préliminaire sans intérêt particulier, les auteurs attaquent dans le chapitre deux la formation historique de ce qui est encore à cette date un nouveau droit, le droit du travail. Chapitre trop court pour saisir la complexité de la situation française, il a au moins le mérite d'exister. Le chapitre trois aborde les sources de ce droit, en

¹⁷⁵ Pierre Bouloc, *Manuel de droit du travail et de droit social*, Éditions d'organisation 1977.

insistant sur le droit interne d'origine étatique. Le chapitre suivant positionne le droit du travail dans l'ensemble de l'espace juridique.

La première partie nous intéresse particulièrement en raison d'une part de son contenu (qui aborde l'entreprise) et de sa présentation. En effet, les auteurs ne réservent le premier chapitre ni à l'ouvrier (ou plus globalement au salarié, partie au contrat) ni à l'entreprise sans laquelle il n'existe pas de contrat. Ils le consacrent à « *l'intervention de l'État dans l'organisation sociale* ». Ils indiquent donc par ce choix leur préférence idéologique et/ou leurs choix philosophiques. Dans leur pensée, l'État est premier, l'entreprise est seconde. Le chapitre deux, intitulé « *L'entreprise dans le droit du travail* », évoque successivement la constitution de l'entreprise et le chef d'entreprise, le personnel et les moyens de production et se termine par une analyse de la fin recherchée par l'entreprise.

En s'attardant sur les pouvoirs du chef d'entreprise, les auteurs analysent son pouvoir législatif (le règlement d'atelier), le droit de direction de l'employeur et le pouvoir disciplinaire, ce que Paul Durand qualifie de « *pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire* »¹⁷⁶. Il est conduit à s'interroger sur le fondement de ce pouvoir et il conteste le fait que les fondements du pouvoir de direction soient constitués par la propriété du capital : « *Cette explication ne paraît pas exacte ; le droit de propriété, droit réel portant sur les choses, ne peut expliquer un pouvoir de commandement sur des personnes. L'entrepreneur n'est d'ailleurs pas toujours propriétaire des moyens de productions* ». L'auteur poursuit : « *le fondement véritable se trouve dans les responsabilités qu'assume le chef d'entreprise. L'entrepreneur, qui dans notre organisation économique, est chargé d'assurer la production et les échanges, qui court le risque de son exploitation et doit assurer le bien commun des membres de l'entreprise, doit disposer des pouvoirs nécessaires pour parvenir à ses fins* »¹⁷⁷.

Nous devons nous arrêter un instant sur ces propositions car elles vont générer une déviation de la pensée des auteurs. Durand et Rouast négligent une étape importante de

¹⁷⁶ Paul Durand et André Rouast, *Précis de législation industrielle*, Dalloz, 1953, p. 113. L'ouvrage comprend 595 pages.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p. 113.

l'examen du fonctionnement de l'entreprise, en l'occurrence la première étape, essentielle, qui est celle de propriété du capital et non celles des « *responsabilités* ». Le chef d'entreprise devient responsable d'une collectivité de salariés parce qu'il dispose du capital nécessaire pour mettre en œuvre un processus de production sur la base d'une idée originale, comme nous l'avons rappelé. Si le processus nécessite l'embauche de salariés, alors il embauche et il acquiert à ce moment des responsabilités au regard de ces salariés.

Durand et Rouast interrompent net leur raisonnement : ils passent à l'examen des pouvoirs puis des contre-pouvoirs dans le cadre des rapports collectifs et de fonctionnement des IRP. D'ailleurs, le chapitre trois est consacré au syndicalisme (167-229) et le chapitre quatre à la collaboration sociale. Le chapitre cinq évoque les conflits du travail. Quant à la deuxième partie de l'ouvrage, elle concerne spécifiquement les rapports individuels de travail, c'est-à-dire le contrat de travail. À aucun moment, les auteurs n'évoquent la question du coût du travail qui est aussi absente de leur ouvrage que celle du rôle essentiel de la propriété du capital.

La succession de Durand et Rouast est assurée par les professeurs Camerlynck et Lyon-Caen¹⁷⁸. L'édition de 1971 comporte 641 pages. Nous pouvons apprécier les préoccupations des auteurs à la conception de leur plan et à la place consacrée à ces sujets. Première observation : l'entreprise n'est abordée que dans la deuxième partie de l'ouvrage, à compter de la page 297 et elle est présentée dans le chapitre préliminaire de cette partie en 3 pages. En revanche, le titre premier est intitulé *Le chef d'entreprise* et est lui-même composé de deux chapitres : *Les pouvoirs du chef d'entreprise* (10 pages) et *Les obligations et responsabilités du chef d'entreprise* sur le plan hygiène et sécurité et responsabilité pénale (7 pages). Le propos est d'une très grande pauvreté. Lorsque l'on examine l'index, on constate qu'il n'existe aucune référence sur la notion de coût du travail.

La 10^{ème} édition paraît avant les premières lois du premier septennat de François Mitterrand, après 7 et 5 ans d'application des lois de 1973 et de 1975. Le volume de

¹⁷⁸ G.H. Camerlynck et Gérard Lyon-Caen, *Précis Dalloz*, 5^{ème} et 10^{ème} édition, respectivement de 1971 et de 1980.

l'ouvrage a évolué (851 pages), sa structure également : l'entreprise est reléguée à la troisième partie. La première concerne désormais l'emploi, (politique de l'emploi, embauchage, licenciement - 130 pages). La seconde partie concerne ce qui est désormais appelé, dans la logique que nous avons soulignée, « *Statut du salarié.* » L'appellation est révélatrice de la pensée des auteurs et de cette volonté de faire passer le salarié du contrat au statut. Désormais, l'université évoque avant le droit la notion de statut d'une façon très officielle. La responsabilité pénale du chef d'entreprise est traitée dans le titre deux « *Les conditions de travail* », lorsque les auteurs évoquent les problèmes d'hygiène et de sécurité. Enfin, la troisième partie aborde l'entreprise, toujours dans le cadre d'un chapitre préliminaire qui est composé de 15 pages et d'un titre intitulé « *Le chef d'entreprise* » également composé d'une quinzaine de pages. Dans l'index, nous trouvons une référence sur le coût de la vie, mais certes pas sur le coût du travail. Le Précis Dalloz continue à être la base de l'enseignement universitaire en droit du travail, même s'il est concurrencé par des ouvrages émanant d'autres maisons d'éditions.

1.2. Les juristes refusent d'intégrer dans leurs réflexions l'interaction entre le droit et l'économie

1.2.1. Le développement de la réflexion de l'école française de droit du travail

L'université de droit résiste furieusement à l'interdisciplinarité. La plupart des manuels référents de droit social des années soixante-dix excluent toute référence à l'économie, tels que ceux de Messieurs Camerlynck et Lyon-Caen¹⁷⁹ (Camerlynck et Lyon-Caen, 1975). Les ouvrages publiés de 1981 à ce jour refusent de se pencher sur le rapport entre la règle de droit et ses conséquences économiques.

Nous prenons comme référence un texte rédigé 20 ans plus tard (2002) par Pélissier, Supiot et Jeammaud¹⁸⁰. Il mentionne dans son index alphabétique la notion de coûts salariaux, développée aux références 29, 986 et 989. À la référence 29, page 38, les auteurs consacrent un paragraphe à ce qu'ils appellent « *les exigences économiques* ». Ils exposent que « *l'économie capitaliste est animée par la recherche du profit et régulée par des marchés où la concurrence fait rage. Qu'il soit ou non mu par l'appât*

¹⁷⁹ G.H. Camerlynck et Gérard Lyon-Caen, *Précis Dalloz*, 1971, 5^{ème} édition et 1980, 10^{ème} édition.

¹⁸⁰ Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud *Précis de droit du travail*, Dalloz Éditeur, 21^{ème} édition, septembre 2002.

du gain et la quête de la puissance, tout entrepreneur est contraint, par les lois « de cette économie-là » à maximiser son profit et à poursuivre une compétition sans fin. Faute de quoi, il manquerait de « rationalité » -voire de moralité, celle qui lui commande de « créer de la valeur (pour l'actionnaire) » et condamnerait son entreprise à l'échec. Cela signifie pour lui de limiter le coût de la force de travail et affirmer sa souveraineté de décideur » (...).

Dans un paragraphe intitulé « *Limiter le coût de la force de travail, assurer la souveraineté patronale* », les auteurs abordent très brièvement le coût du travail. Leur vision se situe dans la stricte logique de notre analyse des facteurs de contrainte au rang desquels nous faisons figurer l'université française. Ainsi, Jean Pélissier, Alain Supiot¹⁸¹ et Antoine Jeammaud expliquent que « *toute réforme sociale ou toute concession faite au salarié renchérit des coûts de production, amputant le profit attendu par les apporteurs de capitaux et nécessaire aux investissements. Ainsi parle-t-on de charges sociales, comprenant le salaire et tout ce que l'emploi coûte à l'employeur (cotisations de Sécurité Sociale, chômage, congés payés, mais aussi cotisations conventionnelles de retraite et de prévoyance, versements dus au comité d'entreprise, etc...)*¹⁸². Le droit social tend donc à altérer le profit, tant que la concurrence pousse à réduire le prix sur le marché, d'où une irréductible opposition d'intérêts entre l'entrepreneur et ses salariés, une contradiction de l'économique et du social au cœur même du droit du travail.

La question du coût du travail est donc évacuée en quelques lignes, sinon en quelques mots. Elle est limitée à son acception la plus classique et sans réflexion sur le rapport du droit au coût. Les auteurs poursuivent d'ailleurs leur présentation dans un paragraphe intitulé « *Intérêts opposés et intérêts communs* » en indiquant que « *le patronat soutient volontiers que le chômage est dû à un excès de réglementation des relations du travail, coûteuse et paralysant la gestion. Depuis près d'un quart de siècle, motif pris de la « crise économique » ou de la montée du chômage, il revendique la « flexibilité » qui*

¹⁸¹ Actuellement professeur au collège de France, auteur de nombreux ouvrages sur le travail.

¹⁸² Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *op. cit.*, p. 38 et 39.

est d'abord celle des conditions juridiques d'usage de la force de travail par un retrait de la règle légale devant la convention (d'entreprise ou même individuelle)¹⁸³ ».

La seconde référence de l'ouvrage consacré aux coûts salariés est donc située sous les références 986 et 989. C'est en fait le sous-titre III, pages 1096 et suivantes qui est consacré à la notion de salaire. En l'occurrence, les auteurs explicitent la notion de salaire, abordent les notions d'intéressement et de salaire indirect, mais n'évoquent plus le problème du coût du travail. Ni le chapitre 1 ni le chapitre 2 ne reviennent sur ces notions. Ainsi cette présentation récuse, comme nous l'avons dit, l'interdisciplinarité et évacue la notion de coût.

1.2.2. La position du professeur Javillier dans les années 1978-80

Dans son traité de droit du travail, publié à la LGDJ en 1978, le professeur Jean-Claude Javillier, professeur à l'université de Bordeaux 1, directeur à l'Institution du Travail, consacre quelques pages à la notion d'entreprise en droit français. Nous estimons nécessaire de s'y arrêter quelques instants en abordant tout d'abord la construction de l'ouvrage avant de revenir au contenu même du passage.

1.2.2.1 La construction de l'ouvrage

Le chapitre premier est consacré aux traits fondamentaux du droit social, c'est-à-dire globalement à la hiérarchie des normes et aux sources de ce droit spécifique. Le second concerne la formation historique du droit social et il est déjà intéressant quant à la pensée profonde de l'auteur. Il évoque de manière très superficielle le système de droit issu de la Révolution. Il admet que le droit nouveau résulte des principes de 1789, est fondé sur le libéralisme et l'individualisme, et évoque le texte de l'article 1780 du code civil de 1804. Mais la seule remarque concernant la nouveauté de ces quelques articles (1780 à 1797) qui fondent un espace de droit nouveau est relative à la notion imposée de durée déterminée, qui marque la rupture avec « *les engagements à vie du servage de l'Ancien*

¹⁸³ *Op. cit.*, p. 40. On notera que les auteurs profitent de cette occasion pour citer abondamment leurs propres travaux et ceux de leurs collègues adhérents à la même école. Voir dans ce sens les notes à la page 40 du *Précis* sous le même paragraphe : Gérard Lyon-Caen, *La bataille truquée de la flexibilité*, droit social 1985.801 ; Jean Pélissier : *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ?* Éditions législatives et administratives 1986 ; Alain Supiot : *Déréglementation ou autoréglementation de l'entreprise*, droit social 1989.185 ; Bernard Brunhes *La flexibilité, modèles européens*, droit social 1989, 1.251.

Régime ». Le professeur Javillier passe très rapidement sur la logique de la déclaration des droits et son impact sur les notions même d'entreprise et de fonction productive, dans un cadre totalement nouveau au regard de l'ancien droit : l'ébauche de ce qui va devenir le contrat de travail.

L'aspect le plus surprenant dans cette présentation, qui occupe les pages 65 à 88, résulte sans doute dans ce quasi-effacement de la déclaration des droits et de ses effets sur l'entreprise industrielle et commerciale. Certes, les grands principes tels que le droit de propriété, la liberté économique ou la liberté des contrats sont évoqués. Il en est de même du décret d'Allarde et la loi Le Chapelier. Mais ces commentaires sont restrictifs. En revanche, l'auteur rappelle la création du livret ouvrier par la loi du 22 germinal an XI et le fait que sa possession par l'employeur permet à celui-ci d'exercer sur le salarié différentes pressions. Mais à aucun moment il n'étend son analyse à la création du code de commerce et aux obligations qui s'imposent aux premiers employeurs et qui en font juridiquement et économiquement des entreprises et, partant, des employeurs.

À l'instar de la plupart des ouvrages de même nature de cette époque, ce traité dédaigne l'analyse de l'entreprise et de l'entrepreneuriat comme fondement de la relation de travail et se lance derechef dans l'examen des droits nouveaux des salariés (les lois de 1973 et de 1975 sont récentes), déplorant leurs insuffisances mais se félicitant cependant de l'abandon de la théorie de « l'employeur seul juge ».

La deuxième partie du traité est intitulée « *L'employeur* », la troisième partie « *Les travailleurs* ». Suivent ensuite « *les conflits du travail* » (quatrième partie) et « *La négociation collective* » (cinquième partie).

La partie « *L'employeur* » est elle-même divisée en deux sous-parties, la première consacrée à l'entreprise (et composée de 35 pages), la seconde consacrée à l'employeur, composée quant à elle de 105 pages. Le lecteur y retrouve non pas une analyse de l'entreprise et de son fonctionnement pouvant déterminer la relation de travail, mais essentiellement l'étude des instruments du pouvoir du chef d'entreprise (chapitre 2), à savoir le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire. Mais l'essentiel du propos concerne la notion « *d'employeur seul juge* » et le caractère discrétionnaire des pouvoirs du chef d'entreprise qui s'illustre notamment dans le droit du licenciement. Ainsi,

90 pages de cette très longue partie sont en réalité consacrées au droit du licenciement nouvellement créé et non à la personne de l'employeur, c'est-à-dire au chef d'entreprise ou au manager.

1.2.2.2. *L'approche de l'entreprise par le professeur Javillier*

Nous revenons aux pages 190 à 196 qui ont pour vocation de présenter l'entreprise à l'étudiant et dont le caractère laconique est en soi une illustration de la place consacrée à la notion même d'entreprise dans ce livre. L'auteur a distingué deux approches dans ce qu'il appelle les théories de l'entreprise. La première est une approche patrimoniale et contractuelle qui évoque comme fondement même du pouvoir du chef d'entreprise le droit de propriété et le droit de former des contrats, mais essentiellement des contrats de travail.

L'inspiration vient directement de l'ouvrage du professeur Ripert publié en 1946 à la LGDJ¹⁸⁴ dans laquelle l'auteur expose que « *l'entreprise capitaliste est donc juridiquement quelque chose de très simple. Elle met le travail au service du capital. Elle donne au capitaliste la propriété et la direction de l'exploitation* ». La comparaison entre cet énoncé repris comme tel par Javillier trente-deux ans plus tard et les analyses de la notion d'entreprise émises par les grandes signatures anglo-saxonnes sont évidemment frappantes. La simplification de la réflexion hexagonale sur cette notion l'est tout autant.

Le professeur Javillier insiste sur le contrat de travail qui « *conférerait à l'employeur l'autorité nécessaire pour assurer la prestation de travail.* »¹⁸⁵ Il fait sienne la définition de son confrère Carmelynck dans son propre traité de droit social publié en 1964, selon lequel « *en définitive, selon cette conception contractuelle traditionnelle, le pouvoir disciplinaire apparaît en réalité comme la simple addition, envisagée sur le plan collectif de l'entreprise, des liens individuels de subordination qui se trouvent harmonisés afin d'assurer le bon fonctionnement de l'ensemble, mais sans que leur nature s'en trouve modifiée.* »¹⁸⁶ Javillier évoque ensuite ce qu'il appelle la théorie

¹⁸⁴ G. Ripert Aspects juridiques du capitalisme moderne. L'entreprise capitaliste, LGDJ, Paris 1946, 2^{ème} édition.

¹⁸⁵ *Op. cit.*, p. 191.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, p. 191

institutionnelle et communautaire de l'entreprise dont il trouve la source dans les écrits de Paul Durand (Durand 1947). Pour illustrer cette théorie institutionnelle, il reprend la définition que donne le professeur Durand¹⁸⁷ : l'entreprise « *se présente dans le droit du travail comme des groupements organisés en vue d'une fin commune. On y retrouve les traits d'une institution et l'on peut de ce point de vue rapprocher l'entreprise de la famille ou de l'État. Le petit atelier artisanal rappelle le groupement familial, tandis que la grande entreprise n'est pas sans analogie avec la société politique.* » Paul Durand et au-delà de lui Jean-Claude Javillier constatent que l'entreprise « *ne groupe donc pas des associés placés sur un plan d'égalité et disposant des mêmes pouvoirs. Le chef d'entreprise a une base prééminente, le groupement qu'il dirige n'a pas une base égalitaire*¹⁸⁸. Pour Durand, « *le personnel n'a cependant pas un rôle purement passif : il est associé à l'organisation de l'entreprise et la nécessité d'établir des liens entre l'employeur et son personnel a été particulièrement affirmée dans le droit moderne du travail. Mais le personnel n'a pas de pouvoir de décision et le caractère hiérarchique d'une entreprise n'en est pas modifié* ».

En cette fin des années 1980, l'auteur précise que la théorie patrimoniale et contractuelle est consacrée par la jurisprudence sociale de façon majoritaire. Il critique la fameuse théorie de l'employeur seul juge et s'interroge sur la validité de l'analyse d'un de ses collègues, Gérard Lyon-Caen, qui déclarait péremptoirement que « *le concept d'entreprise devrait être banni du droit du travail où il jette la confusion* »¹⁸⁹. Les théories classiques de l'entreprise (sous-entendu françaises) sont de nature à fonder sinon à justifier l'exploitation de l'homme par l'homme.

1.2.2.3. Conclusion sur ce point

Au terme de cet examen, on reste évidemment surpris du caractère extrêmement laconique du propos puisqu'il n'occupe que quelques pages sur un volume qui en compte environ 500. Mais en outre, comme nous l'avons déjà relevé, de l'aspect extrêmement ténu de l'analyse de l'entreprise et de son fonctionnement. Cette école de droit qui émerge dans les années 1968-1970 et qui sera totalement dominante dans

¹⁸⁷ P. Durand, *Traité Dalloz de droit du travail*, 1947, tome 1, p. 412 n° 339.

¹⁸⁸ P. Durand, *op. cit.* p. 422.

¹⁸⁹ Gérard Lyon-Caen, RTDC 1974 p. 234 et 235.

l'université française jusqu'à la fin des années 2000 démontre ainsi la faiblesse de ses fondements. Le refus d'une analyse à la fois précise et systématique des acquis de la Révolution, en rupture avec le droit de l'Ancien Régime est déjà surprenant. Mais c'est évidemment l'aspect « hors-sol » de la réflexion sur l'entreprise et partant de la réflexion sur la situation du salarié qui pose évidemment question. En effet, comment disserter sur l'opportunité d'un licenciement pour faute liée par exemple à une mauvaise exécution du travail en méconnaissant totalement le fonctionnement économique de l'entreprise et la notion de coût du travail ? Comment développer des théories sur l'indemnisation de la rupture sans prendre en compte cette notion de coût, sans même l'évoquer et en refusant d'approfondir le fonctionnement de l'entreprise ?

Cette défaillance de l'analyse caractérise la réflexion dans notre pays au cours de ces années. Elle explique parfaitement les conséquences qui vont en résulter. Elle rend plus nécessaire encore dans le cadre de notre travail un approfondissement des notions juridiques purement hexagonales. Elles imposent évidemment une prise en compte circonstanciée des réflexions anglo-saxonnes.

1.3. L'université inspire, oriente et soutient le législateur

Pendant ces années 1982-2002, le travail du législateur a été inspiré et soutenu par les organisations syndicales de salariés et, au sein de l'université, par les tenants de l'école française de droit social. Celle-ci a promu depuis les années 1970 un droit du travail reposant d'une part sur un présupposé de nature idéologique, et d'autre part sur une conception systémique. Le présupposé est simple, sinon simpliste : le droit peut contraindre la réalité économique. En tout état de cause, il peut contraindre le marché de l'emploi. Cette vision est fondée à la fois sur une conception marxiste ou postmarxiste des rapports économiques et sociaux, et sur la croyance, typiquement française, dans le rôle salvateur de l'État. Cette école de pensée exclut totalement de son périmètre de réflexion le dirigeant d'entreprise lui-même. Curieusement, dans la réflexion des universitaires français, le « patron » est une entité symbolique qui n'est jamais incarnée. Il peut être représenté par des caricatures semblables à celles de la CGT des années 1930 (un bonhomme rondouillard avec un chapeau haut de forme et le cigare à la bouche), légèrement modifiée par Régis Franc et la figure de *Tonton Marcel* dans

laquelle on reconnaît Marcel Dassault¹⁹⁰. Dans les années 1990, cette caricature sera complétée par l'image des cadres interchangeables au service du grand capital internationalisé et en particulier des fonds de pension américains. Cette tendance à la caricature et à l'ignorance de la réalité du monde de la PME qui constitue le centre de notre recherche et de notre expérience de praticien, est d'autant plus aisée à perpétuer que l'entrepreneur est exclu de la sphère universitaire. En effet, l'université de cette époque (1968-1995) refuse l'intrusion de l'entreprise en son sein et récuse les rapports avec le monde économique. Ils sont considérés comme une sorte de trahison au regard de la nécessaire pureté qu'implique la réflexion intellectuelle.

Fort heureusement, le temps a passé. L'inanité de ce type de comportement a été prouvée par le contre-exemple américain et le fonctionnement des grandes universités américaines. Cette génération d'universitaires commence à quitter peu à peu les établissements en raison de l'âge de la retraite. La nouvelle se montre beaucoup plus ouverte à un monde dont elle a saisi l'importance et elle a compris qu'une interactivité était évidemment indispensable entre les deux pôles qui devaient concourir à cette réflexion.

Le retour aux spécificités de l'université des années 1970-1990 et à ses créations intellectuelles est cependant nécessaire pour comprendre l'interaction entre cet espace et ceux de la politique, de l'économie et du droit. Dans la vision des juristes de ces années, les deux parties qui signent un contrat de travail sont dans une situation inégalitaire, contrairement à ce que laisse supposer sèchement le code civil de 1804. Cette différence entre la théorie juridique et la réalité économique s'exprime précisément à travers le déséquilibre économique qui existe entre le propriétaire du capital et celui qui n'a à offrir que sa force de travail. Il est accentué par une insuffisante maîtrise de l'information par le salarié alors même que, de son côté, l'employeur est supposé avoir accès à l'ensemble des sources qui lui permettent d'optimiser par exemple le prix proposé au salarié en contrepartie de sa mise à disposition¹⁹¹. Enfin, cette école de pensée estime que les syndicats n'ont pas une force et une présence suffisante dans

¹⁹⁰ Régis Franc, *Tonton Marcel capitaine d'industrie*, Casterman, 1983.

¹⁹¹ La notion de dissymétrie d'information sur l'on retrouve chez Williamson est ainsi admise dans cette pensée, mais sans aucune référence aux théoriciens américains.

le monde économique pour soutenir le salarié tout au long de sa présence dans l'entreprise et que celui-ci reste en quelque sorte isolé. Il est donc nécessaire, au regard de ce constat, que la loi et le règlement viennent en quelque sorte rétablir un équilibre qui n'existe pas naturellement, en imposant à l'entreprise un certain nombre d'obligations. Il en va du revenu, de la santé, de la sécurité quant à la pérennité de l'emploi et de l'équilibre psychologique du salarié, d'où l'idée de placer en tête de la description du droit du travail le rôle de l'État¹⁹² (Durand et Rouast, 1953).

Cette vision du contrat de travail se renforce au cours de cette période. L'entreprise qui semble sortir victorieuse et renforcée de la période des Trente Glorieuses doit donc au salarié une contrepartie qui doit être constituée par une sécurité quasiment absolue de l'emploi, que semble permettre objectivement la situation économique des années 1960-1970, qui reste la période de référence de ces universitaires. Dès lors, cette école du droit social français tente de contraindre l'entreprise à substituer au contrat de travail une sorte de « statut de l'emploi salarié du droit privé », qu'elle va concrétiser au fil du temps par une sédimentation législative et réglementaire. C'est précisément tout l'enjeu de l'œuvre législative sur la protection de l'emploi qui débute en 1973 et s'illustre comme nous l'avons brièvement souligné au cours des années 1981 à 2002 par une succession de réformes législatives et un corpus d'accompagnement réglementaire particulièrement important qui va en quelques années tripler ou quadrupler le volume du code du travail.

1.3.1. Les crises ne modifient pas sa réflexion au sujet du contrat de travail

La crise économique de 1929 a fortement imprégné les esprits, a constitué et constitue encore la base du raisonnement d'économistes (Keynes, 1936) et de chercheurs en sciences sociales. En revanche, elle n'a que modérément influencé la pensée des juristes français. Et pourtant, ses conséquences sur l'entreprise et l'emploi pouvaient constituer le fondement d'une réflexion prospective concernant les nouvelles crises. Celles-ci se sont succédées avec plus ou moins d'ampleur à compter de 1973 et 1979 (crises pétrolières), 1993 (crise du SME), 2001 (l'éclatement de la bulle internet) et surtout la dernière en date dont les effets perdurent aujourd'hui, la crise des *subprimes* de 2007-

¹⁹² Paul Durand et André Rouast, *op. cit.*, 1953.

2008 (Jorion, 2007 et 2008). En France, la seule et unique riposte se concrétisera par une totale rigidification du contrat de travail. Certes, l'émergence de certaines de ces crises n'a pas été détectée et concernant celle de 2008, un homme tel que Paul Jorion¹⁹³ constitue une sorte d'exception. Elles auraient dû concourir au développement de la réflexion sur l'intérêt de la flexibilité dans le monde de l'entreprise et en particulier au niveau du contrat de travail. Le discours sur la résilience (Cyrułnick, 2012) qui se répand dans la société suite aux travaux de Boris Cyrułnik semble malheureusement ne pas avoir été partagé, du moins jusqu'à ces dernières années, par le monde du droit du travail.

Nous ne pouvons penser en effet que seule l'entreprise française, élément constitutif nouveau de la fameuse exception qui plaît à la pensée hexagonale, échapperait à la résilience. Chacun admet aujourd'hui que la résilience est un atout pour tout individu et pour toute institution ou toute organisation administrative, économique ou sociale, victime ou objet d'un choc ou d'une mutation remettant en cause ces éléments fondamentaux. De même, les novations qui étaient en gestation dans les années 1980-1990 et annonçaient la troisième révolution technologique auraient dû imposer en France, dès cette époque, une évolution du mode de pensée ou du moins favoriser la réflexion sur un autre comportement à l'égard de l'entreprise, et en l'occurrence une autre conception du contrat de travail.

Mais cette évolution a été bloquée par la pesanteur des institutions, la résistance des forces sociales et politiques qui soutenaient les gouvernements en place, l'inertie de celles qui représentaient l'alternance. Au sein de l'université, le phénomène s'est concrétisé d'une façon plus grave encore. D'une part, l'entreprise en tant qu'organisation structurante de la société a été purement et simplement rejetée. Le chef d'entreprise lui-même, acteur essentiel du fonctionnement économique, est récusé comme tel ou confondu avec le PDG de la fameuse société anonyme qui incarne le capitalisme triomphant, froid et indifférent à la situation du salarié exploité. Les effets de ce schéma réducteur, postmarxiste, sont notablement accentués par le fait que le dirigeant de TPE ou de PME, qui n'est pas nécessairement diplômé de l'enseignement

¹⁹³ Paul Jorion, *Vers la crise du capitalisme américain*, La découverte, 2007.

supérieur, est quant à lui perçu avec un réel mépris lié à sa condition sociale d'origine et à son niveau culturel, le niveau technique étant quant à lui totalement écarté. Ainsi, le polytechnicien à la tête d'une entreprise nationalisée sera éventuellement admis à un colloque. Monsieur Dos Santos, gérant d'une SARL du BTP de 10 ou 15 salariés ne sera jamais considéré comme un interlocuteur valable ou un acteur référent du monde économique. L'effet de patronyme joue incontestablement à ce niveau, y compris pour les dirigeants de PME.

L'université française a donc évacué de son espace de son périmètre de réflexion l'entreprise-organisation et son dirigeant (Grumbach, 1978). Elle a récusé pendant longtemps l'idée que l'entreprise devait être résiliente devant la crise et plus simplement l'évolution de l'économie. Elle a contribué à bâtir autour des contrats de travail à durée indéterminé du secteur privé, en particulier dans l'industrie, une sorte de ligne Maginot qui devait les préserver envers et contre tout. L'image de la ligne Maginot est particulièrement significative tant au niveau de ce qu'elle exprime sur le plan matériel, au regard de l'histoire récente de ce pays, qu'au niveau des barrières infranchissables qui semblent limiter la réflexion dans de nombreux secteurs. Elle incarne toute la rigidité que conteste Boris Cyrulnik et à laquelle il impute une partie du retard ou des échecs français.

1.3.2. Le concept de ligne Maginot

Cette ligne Maginot est parfaitement matérialisée par le code du travail dans sa version 2007, dans la version qui précède immédiatement la réforme de la rupture conventionnelle. Mais globalement, elle est encore présente aujourd'hui encore dans sa version 2018. Partout, de vaillants fantassins de forteresse récusent l'impact du coût du travail sur le niveau général de l'emploi, dénie le poids des prélèvements obligatoires, contestent le fait qu'une partie de la population salariée est, du fait de ces rigidités et de cette absence de résilience, contrainte à la privation d'emploi ou cantonnée à un emploi précaire. Ces défenseurs statiques qui n'ont rien appris des chocs économiques successifs (1971-73, 2001, 2008) sont encore certains que leurs pré-supposés produiront nécessairement des emplois stables en raison de l'effet de contrainte de la loi sur le contrat de travail. Dès lors, aux pires instants, c'est-à-dire au moment de ces crises, lorsqu'il était nécessaire non seulement de réfléchir mais de provoquer des adaptations

du marché du travail, la France a bétonné son droit, l'a fortifié. On aborde ici le fond même de l'erreur conceptuelle dont, à notre sens, sont porteurs les théoriciens du fameux modèle français, dans son aspect contrat de travail et législation sur la protection de l'emploi. À la lumière des Trente Glorieuses qui restent pour eux la référence ultime, l'aboutissement, une sorte d'idéal qu'il serait nécessaire de préserver parce qu'il partagerait au mieux les richesses et l'emploi, ils récusent toute idée d'évolution (Marseille, 1989, 1992)¹⁹⁴. Ils ont récusé de même l'idée que ces trente années correspondaient à une situation économique particulière, en l'occurrence liée à la reconstruction et à la nécessaire modernisation de la France. Ils persistent à penser que la perfection du modèle réside dans un statut du travailleur privé qui serait en quelque sorte le pendant du statut du fonctionnaire et qu'il persistera dans l'avenir pour le bien de tous avec une sorte de vocation à l'universalité à l'instar des grandes idées des Lumières et de la Révolution (Grumbach, 1978). Ainsi, le contrat de travail à durée indéterminée et la législation sur la protection de l'emploi auraient vocation à s'intégrer dans le corpus des droits fondamentaux protégés par le préambule de la Constitution de 1958¹⁹⁵.

Or il est constant que la situation objective qui a favorisé l'apparition de ce corpus législatif et réglementaire est bien exceptionnel au regard par exemple des 100 années du XX^e siècle. Il ne s'agit que d'un petit tiers du siècle.

Mais cette notion de résilience qui nous apparaît indispensable et qui est considérée désormais pour beaucoup d'analystes comme consubstantielle au fonctionnement des organismes des institutions ou des sociétés est récusée par l'école française du droit social.

¹⁹⁴ Jacques Marseille ne confirme pas cette conception, il la combat.

¹⁹⁵ Rappel des dispositions du préambule de la Constitution de 1946 et de la Constitution de 1958. Le préambule de la constitution de 1958 énonce les principes économiques politiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps et parmi ceux-ci :

- « 5. 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.
6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.
7. Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.
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. »

1.3.3 Les présupposés confrontés à la réalité économique

Bien entendu, avec un recul d'une quinzaine d'années (2018 par rapport à 2004 et 2004 par rapport à 1994), ces raisonnements à la fois factuels et juridiques apparaissent comme terriblement datés. Ces universitaires ont élaboré leur réflexion et conduit à une évolution du droit en se fondant sur la situation économique de la reconstruction, dans un espace économique, sinon protectionniste, du moins relativement préservé. Ils estiment que l'entreprise française est une sorte de Phœnix, et que le processus de destruction créatrice cher à Schumpeter (Schumpeter 1911, 1942) et qu'ils n'hésitent pas à adopter en dépit des références de cet économiste, impliquera l'éternelle renaissance de l'emploi. Pour ces juristes, l'entreprise qui fait faillite doit naturellement renaître de ses cendres et, avec elle, les nouveaux emplois. Il est donc moralement et socialement juste d'imposer des charges procédurales et économiques au licencieur, puisqu'il a déjà prévu de réapparaître demain sous une autre forme. Il est nécessaire en outre de lui faire restituer l'ensemble de ses profits, récupérés sur le dos des travailleurs dans le cadre d'un processus d'exploitation largement décrit par Karl Marx.

Déjà gravement décalé sur la période 1985-1995, ce raisonnement a explosé sous l'impact de la mondialisation et de la réalité économique de la France des années 2000-2020, celle que nous connaissons aujourd'hui. En prônant l'aggravation de la législation sur la protection de l'emploi, ces universitaires (Camerlynck et Lyon-Caen, Javillier 1975 et 1976) ont retardé ainsi de nombreux licenciements économiques et permis l'augmentation des indemnités. Mais ils ont empêché l'adaptation de l'économie française et ont contribué à l'affaiblissement du pays, faute de vision prospective. De cette façon, ils sont également à l'origine de nombreuses faillites d'entreprises en particulier dans le monde de la PME. Bien entendu, ils n'ont jamais empêché Renault ou Peugeot de délocaliser leurs productions, en licenciant ainsi des milliers de salariés dans leurs propres usines, mais également dans la sous-traitance qui faisait la richesse des bassins d'emplois. À l'heure où ce travail de recherche se termine, l'usine Renault d'Oran est inaugurée¹⁹⁶, et celle de Tanger tourne à plein régime.

¹⁹⁶ 11 novembre 2014, avec 3.000 salariés sans compter la sous-traitance locale.

C'est donc sur ces sujets que l'échec de l'école française du droit du travail apparaît le plus patent. Imaginer le contrat de travail de demain et un nouvel espace des relations du travail sont autant de travaux qui reviennent naturellement à l'Université. Elle ne peut se concevoir uniquement comme le laboratoire d'autopsie de l'histoire des relations sociales. Elle ne doit pas tenir compte de la seule expérience française du développement économique et des luttes sociales des années passées, mais doit travailler en synergie sur les données actuelles de l'économie, du droit français et comparé, et sur des éléments de prospective.

Non seulement ces juristes et ces universitaires se sont trompés, mais ils ont leurré les salariés de l'industrie en leur faisant croire que leur contrat de travail à durée indéterminée était intangible. Si la moindre atteinte lui était portée, le droit imposerait aux entreprises une sanction tellement lourde que soit elles renonceraient, soit elles paieraient des indemnités qui viendraient satisfaire le salarié privé d'emploi. L'échec est total. Les entreprises n'ont pas été découragées de procéder aux licenciements massifs lorsqu'elles en éprouvaient le besoin économique, que ce besoin soit d'ailleurs lié à un état de la conjoncture ou qu'il dépende d'une réflexion sur l'avenir. Lorsqu'elles ont tardé, elles ont disparu. La dégradation de l'emploi industriel en France au cours de ces 20 dernières années est la réponse la plus cinglante aux constructions fantasmagoriques des théoriciens des années 1968 (nos usines). Non seulement ils n'ont en rien protégé la situation du monde ouvrier français, mais en convaincant les décideurs politiques qui ont transformé ces conceptions en lois, ils ont concouru à la désindustrialisation de la France, à la fuite éperdue d'un certain nombre d'entreprises vers d'autres horizons. En présentant cette réflexion à différents cénacles, face parfois à ces mêmes auteurs, nous avons affronté une dénégation formelle -ou empreinte de gêne- quant à la réalité de cette situation. Le temps passant, les acteurs oublient ou ils espèrent que nous oublierons les déclarations solennelles des années 1980. C'est pourquoi nous présentons cet ouvrage emblématique de la pensée d'une époque, revendiquée par l'ensemble des cosignataires et de leurs suiveurs.

1.4. Le droit capitaliste du travail

Cet ouvrage publié par les Presses Universitaires de Grenoble, en 1990, dans la collection *Critique du Droit*, sous le titre *Le droit capitaliste du travail* pour clôturer ce

chapitre, et cette revue de littérature sur les inspirations des intellectuels qui constituent cette école française du droit du travail en formation dans ces années 1968-73.

1.4.1. La synthèse d'une pensée militante

Ce livre nous semble exprimer au mieux la position idéologique de l'école française du droit du travail qui domine l'espace universitaire et inspire les décideurs politiques pendant plus de 40 ans (1968-2017). Son ultime contribution sera en effet constituée par l'opuscule rédigé en commun par Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen, à la demande de François Hollande, intitulé *Le travail et la loi*, publié aux Éditions Fayard en 2015. Il s'agit de l'ultime tentative de cette école pour s'opposer à la montée en puissance et le positionnement d'une école de pensée différente au sein de la société française et de ses institutions¹⁹⁷.

Le livre¹⁹⁸ est coécrit par François Collin, chargé d'enseignement à la Faculté de Droit de Reims, Régine Dhoquois, maître-assistant à l'Université de Paris VII, Pierre-Hubert Goutierre, délégué dans les fonctions de maître-assistant de la Faculté de Droit Reims, Antoine Jeammaud, professeur à l'Université de Saint-Étienne puis de Lyon, devenu l'auteur du précis Dalloz¹⁹⁹, l'un de ses prédécesseurs chez Dalloz, Gérard Lyon-Caen, professeur à l'Université de Paris I, directeur de Centre d'Étude de Droit Social et Albert Roudil, membre du Centre d'Éducation Ouvrière de l'Université de Lyon II. Ces auteurs de deux générations différentes partagent les mêmes conceptions politiques et la même vision du droit social, déjà abordées dans la première partie de cette recherche. Marxistes militants ou simplement influencés par la pensée marxiste, ils revendiquent leur engagement politique et théorisent celui-ci, dans des conditions qui sont tous à fait significatives.

Nous savons déjà que Gérard Lyon-Caen et Antoine Jeammaud professent ces conceptions, du haut des chaires qu'ils occupent dans leurs universités respectives et

¹⁹⁷ Robert Badinter, Antoine Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, Fayard 2015.
Robert Badinter est professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et ancien président du Conseil Constitutionnel. Antoine Lyon-Caen est professeur émérite de l'Université Paris Ouest Nanterre et directeur à l'École des Hautes Études en Science Sociale.

¹⁹⁸ Ouvrage collectif, *Le droit capitaliste du travail*, Collection de Critiques de Droit 5, Presses Universitaire de Grenoble, 1980.

¹⁹⁹ Jeammaud, Péliissier et Supiot, *Précis Dalloz*, éditions Dalloz, 23^{ème} édition, 1347 pages.

qu'ils sont l'un pour Dalloz, (avec J.C. Javillier pour la LGDJ). Les auteurs principaux des traités du droit du travail utilisés dans l'université française et considérés comme référents. L'intérêt du livre des PUG est d'autant plus grand que, dans cette approche critique du droit, ils s'autorisent une prise de position idéologique qui n'est pas aussi directe dans leurs traités de l'époque, même si les conclusions de leurs analyses sont similaires. L'ouvrage exprime donc une liberté de propos d'autant plus intéressante. Mais il est également significatif du fait de la coopération de plusieurs universitaires présents sur l'ensemble du territoire et à l'intérieur de l'ensemble des universités françaises, d'une part, et d'autre part, par un aspect transgénérationnel qui est assez remarquable.

Ces auteurs, professeurs ou chargés de recherche sont alors au faîte de leur influence et de leur reconnaissance dans le monde du droit et de l'université. Ils usent de ce type d'écrit programmatique sinon idéologique pour transmettre, en quelque sorte, le relais à la génération suivante. C'est ainsi que le jeune Antoine Lyon-Caen, qui commence simplement à professer dans son université de rattachement, mais également à l'Institut d'Études Politiques de Paris, bénéficie de nombreuses citations à l'intérieur du texte, dans lequel il ne signe, pourtant, aucune contribution. La liaison est établie. Lorsque Gérard Lyon-Caen cessera de professer, Antoine lui succédera, non pas nécessairement au sein des Éditions Dalloz, mais, en tout état de cause, il suivra une trajectoire de pensée similaire.

Nous avons remarqué que la collection *Critique du Droit* des Presses Universitaires de Grenoble avait déjà largement contribué à la valorisation des thèses de cette école et à la critique de l'entreprise et de la direction d'entreprise. Si nous avons décidé de nous appesantir sur ce livre, c'est en raison du caractère non équivoque du propos consacré à l'analyse du droit du travail, tel qu'il existe en 1980 (les lois 1973 et 1975 ont respectivement 7 ans et 5 ans).

1.4.1.1. *L'Internationale²⁰⁰ en exergue*

Les intentions des auteurs sont clairement exprimées dès l'exergue de la première partie, intitulée « la genèse du droit du travail », qui émane de l'Internationale d'Eugène Pottier : « *Nous ne sommes rien, soyons tout !* ». Pour ces auteurs, « *le droit du travail naît d'une volonté politique de pacifier des relations sociales qui, depuis le XIX^e siècle, nourrissent la remise en cause de la société bourgeoise. Cette volonté procède de la combinaison paradoxale d'une idéologie de gauche et d'un courant dominant au sein d'une bourgeoisie qui sait, à l'occasion, faire preuve de pragmatisme* »²⁰¹. Quelques lignes plus loin, ils précisent le fond de leur pensée : ce droit, naturellement bourgeois, a pour objectif de réduire l'intensité de la lutte des classes. Il va, bien entendu, conduire les tenants des infrastructures juridiques (en termes marxistes : l'État, naturellement contrôlé par la bourgeoisie) à intervenir pour protéger la position du capital.

Le titre est déjà sans équivoque (*Le droit capitaliste du travail*) et il exprime clairement et par avance la position des auteurs qui se situe dans la droite ligne du marxisme des premières années. Il est possible de la résumer brièvement de la façon suivante. Le droit civil est construit autour du droit de propriété et vise à protéger la propriété des moyens de production. Il contraint le salarié « *à passer par la volonté de l'employeur pour avoir accès à l'usage de ses moyens. Le travailleur ne négocie pas librement, il négocie sa liberté. La production de sa propre existence lui échappe. L'égalité des individus rend possible leur inégalité concrète nécessaire au capitalisme* »²⁰². Nous sommes, ici, face à la synthèse la plus classique de la pensée marxiste qui, pour assurer sa cohésion, doit procéder à quelques raccourcis, dont la réalité historique est hautement discutable. Nous ne reviendrons pas dans le détail sur ceci, puisque nous avons l'occasion, lors de ce travail de recherches, de les analyser régulièrement.

S'il est exact que le code civil de 1804, dans la foulée des grands principes révolutionnaires de 1789, reconnaît le droit de propriété, il est constant qu'à cette date

²⁰⁰ Paroles d'Eugène Pottier et musique postérieure de Pierre Degeyter.

²⁰¹ Ouvrage collectif, *Le droit capitaliste du travail*, Collection de Critiques de Droit 5, Presses Universitaires de Grenoble, 1980., *op. cit.*, p. 25.

²⁰² *Op. cit.*, p. 29.

les auteurs de ce code ne conceptualisent pas la notion de propriété des moyens de production. Ils la conceptualisent d'autant moins que le fonctionnement industriel, tel qu'il va s'exprimer au cours du XIX^e siècle, en est alors à ses balbutiements. En revanche, la façon dont ces juristes abordent leur raisonnement permet de saisir immédiatement une vision très manichéiste, non seulement de la société, mais également de son fonctionnement, puisque les quelques lignes que nous venons de citer édulcorent notablement la relation contractuelle, toujours dans la même logique. La rigueur de la démonstration permet de balayer l'ensemble des aspects de la pensée marxiste, en les appelant pour mieux démontrer le fond de lutte des classes qui sous-tendrait l'émergence du droit du travail et constituerait, en quelque sorte, la raison essentielle de son existence, l'ensemble de l'histoire syndicale française.

Dans une logique que nous retrouverons à de nombreuses reprises, les auteurs reviennent également sur l'idée de rapprochement entre le statut de la fonction publique et le statut du salarié privé, exprimant clairement, à ce niveau, cette intention que nous avons déjà soulignée et sur laquelle nous reviendrons. Le texte est ponctué de formules fortes que nous devons citer : « *Le droit du travail procède de l'état bourgeois assumant la gestion socialisée de la force de travail* »²⁰³.

1.4.1.2. *Les failles dans l'analyse*

Les auteurs sont idéologiquement très proches d'un juriste comme Étienne Grumbach, qui partage l'ensemble de leurs convictions et dont l'engagement militant et politique est certainement bien plus prononcé. Cela étant, ils se trouvent en retrait, au regard de la pensée de Grumbach (Grumbach, 1978), tant au niveau de ce que l'on pourrait appeler l'intelligence du droit, sans que cette notation puisse être conçue comme une critique péjorative, que de la portée d'un certain nombre de mesures. Nous avons eu ce sentiment, en comparant deux écrits qui sont chronologiquement distants de quelques mois, inspirés du même corpus doctrinal et fondés sur une expérience relativement similaire (nous admettons qu'Étienne Grumbach bénéficie en outre, comme nous l'avons souligné, de l'expérience d'entreprise).

²⁰³ *Op. cit.*, p. 26

1.4.1.3. Les différences entre les positions des théoriciens et celles du praticien

Or, il se trouve que ces éminents juristes dénie aux lois de 1973 et de 1975 leurs portées fondatrices alors qu'Étienne Grumbach estime que par leur force, elles vont impacter le monde du droit du travail et conforter la relation contractuelle dans l'entreprise en renforçant notablement la position du salarié. Il considère que cette législation nouvelle est hautement protectrice pour l'emploi. Cet aspect est d'autant plus surprenant que, encore une fois, les auteurs partagent en fait les mêmes conceptions idéologiques et politiques que l'avocat. En effet, l'équipe dirigée par Jeammaud et Lyon-Caen émet des notations très modestes à l'égard des lois de 1973 et de 1975 en ignorant leurs effets alors que l'on est, en 1980, à leur septième année d'application. Et cependant, ces professeurs de droit affirment : « *En revanche, depuis 1974 environ, le droit du secteur privé se dégrade avec, notamment, l'apparition de très nettes tendances à la précarité de l'emploi (...)* »²⁰⁴. Certes, nous devons restituer cette citation dans son contexte et noter que la suite de la phrase est la suivante : « *alors que dans le secteur public, des garanties minimales inspirées du droit du travail privé sont accordées aux agents hors statut (dont la présence signale toutefois la persistance d'une vaste zone d'emplois précaires dans ce secteur)* ». Nous notons, à cet égard, que les auteurs comparent le système de la protection de l'emploi dans le secteur public et celui de la protection de l'emploi dans le secteur privé. Leur volonté d'aboutir à cette sorte d'idéal qui serait constitué par la mise en place d'un statut de l'emploi privé similaire à celui de l'emploi public semble donc leur ôter une clairvoyance au niveau de l'application de la législation sur la protection de l'emploi.

Mais cette citation, qui apparaît comme étant la première notable dans le texte, n'est pas la seule et, au fil du temps, nous nous rendons compte que les auteurs sous-estiment totalement l'impact des lois de 1973 et de 1975 sur l'emploi et, en particulier, sur la protection de l'emploi. Le terme « législation sur la protection de l'emploi » n'est d'ailleurs jamais utilisé dans l'ouvrage.

Cette première critique, qui nous apparaît fondamentale au regard de notre sujet mais, en outre, au regard des préoccupations mêmes des auteurs, est interpellante quant à leur

²⁰⁴ *Op. cit.* p. 46

objectivité sur cette innovation essentielle du droit du travail, mais elle est complétée par un autre silence de ces textes. En effet, dans ses écrits qui datent essentiellement de 1978, Étienne Grumbach théorise le système de protection mis en place par le législateur de 1973 et celui de 1975. La répercussion de ses livres, qui ne trouvent pas à cette date un éditeur d'importance nationale, sera notablement inférieure à celle des ouvrages des professeurs de droit. Cependant, Grumbach ose une analyse du droit nouveau qui met l'accent sur les novations qu'elle implique et dont les conclusions apparaissent contraires aux observations contenues dans *Le droit capitaliste du travail*.

Nous sommes évidemment contraints de nous arrêter quelque temps sur ce qu'il convient de considérer comme une franche contradiction, au regard des présupposés idéologiques et politiques de ces juristes. En effet, nous démontrons, dans notre recherche, que la législation sur la protection de l'emploi constitue non seulement une novation essentielle à l'état du droit antérieur, mais que, en outre, elle est loin de générer, comme le suppose le collectif, ce qu'il qualifie de dégradation du droit existant.

La législation sur la protection de l'emploi va massivement assurer la protection de ce qu'il est convenu d'appeler les *insiders*, c'est-à-dire les salariés qui disposent un contrat à durée indéterminée. Cette protection va générer un surcoût de l'emploi, une atteinte aux pouvoirs de direction de l'employeur et à la possibilité de modifier l'outil de travail, en fonction des évolutions conjoncturelles ou structurelles de l'économie.

En effet, lorsqu'il aborde ce qu'il appelle « *l'interprétation de la loi du 13 janvier 1973* »²⁰⁵, l'analyse du collectif est extrêmement limitée et n'approfondit en aucune façon les réelles novations de ces textes. Cet aspect est sans doute l'un des plus surprenants du *Droit capitaliste du travail*. En effet, chacun sait que cette législation émane de ce que les auteurs appelleraient « la bourgeoisie », en l'occurrence l'Assemblée Nationale issue de l'élection triomphale de 1968, d'une part, celle qui est issue de l'élection législative de 1973, d'autre part).

²⁰⁵ *Op. cit.*, p. 79.

1.4.2. Le point commun aux deux pensées : la sous-estimation du rôle du chef d'entreprise et du management

De l'occultation des dispositifs nouveaux à la sous-estimation de leur impact sur le fonctionnement de l'économie et de l'entreprise, il n'y a qu'un pas que le collectif franchit allègrement : il s'agit clairement de la faiblesse principale du texte, d'ailleurs totalement consubstantiel, à la logique du propos. En effet, en ayant décidé d'insister sur le fait que le chef d'entreprise (systématiquement qualifié d'employeur dans les conditions réductrices que nous avons déjà soulignées) bénéficiait, en fait, d'un espace d'extrême liberté pour mener à sa guise l'entreprise et gérer les effectifs -nonobstant les novations du droit que nous venons de souligner-, les auteurs du *Droit capitaliste du travail* se devaient logiquement d'évoquer également les sanctions judiciaires dont nous savons qu'elles sont notablement renforcées par les textes de 1973 et de 1975. Ces textes donnent au juge un pouvoir d'appréciation tout à fait notable. Or, à contre-courant de cette réalité, les auteurs insistent dans la deuxième partie de leur ouvrage intitulée « *La pratique du droit du travail* » sur l'inefficacité des dispositions protectrices, d'une part, et, deuxièmement, l'inefficacité des sanctions²⁰⁶. Cette prétention est totalement contraire à la réalité que nous démontrons dans notre recherche et qui est déjà admise et annoncée par Étienne Grumbach dès 1978. Non seulement les sanctions judiciaires, c'est-à-dire les pénalités financières, ont une conséquence réelle sur l'entreprise (même si leur effet sur l'emploi est discutable), mais elles constituent également un avantage pécuniaire, de nature indemnitaire -rémunération de remplacement ou avantage patrimonial- pour le salarié. Les auteurs dénie cette réalité en se satisfaisant de la belle formule du professeur Javillier, selon laquelle « *le ciel de l'indemnisation* [est l'opium du travailleur licencié] »²⁰⁷, et prétendent que les décisions prises par les tribunaux sont insuffisantes au niveau leur impact économique et qu'elles sont, en général, mal exécutées ou insuffisamment exécutées. Et ils évoquent comme cause de cette situation la force insuffisante de l'Inspection du Travail.

Notre recherche prouvera l'inanité de cette prétention : non seulement les décisions de justice ont un impact réel sur l'entreprise, non seulement elles sont exécutées lorsque la

²⁰⁶ *Op. cit.*, p. 79 et suivantes.

²⁰⁷ Javillier, in Étude offerte à G.H Camerlynck : *une nouvelle illustration du conflit idéologique*, Paris, Dalloz 1977, p. 114

société est encore *in boni*, mais elles le sont aussi quand elle est en situation de redressement ou de liquidation judiciaire. Enfin, la contrainte que font peser les lois nouvelles sur l'entreprise pose un réel problème au niveau de la flexibilité de l'outil de travail, en raison des trois garanties qui sont développées par Étienne Grumbach (1978) et qui sont ignorées par le collectif d'auteurs universitaires.

Nous avons, évidemment, recherché dans ce livre les aspects concernant le coût du travail et le rôle du management. Nous ne sommes pas étonnés de constater leur absence, ce qui questionne non seulement sur l'objectivité des contributeurs et sur la portée de leur réflexion. Il faut attendre le milieu de l'ouvrage pour noter une réflexion concernant le management. Nous avons souligné l'imprégnation marxiste de l'ouvrage qui évoque, de façon récurrente, les fondements mêmes de la pensée du philosophe allemand (matérialisme historique, rôle du droit comme superstructure de la société capitaliste bourgeoise, dont l'infrastructure économique explique l'existence et/ou la suprématie, rôle essentiel des travailleurs pour faire émerger, dans le cadre de la lutte des classes, un nouvel ordre social). L'évolution sociale, économique et managériale, et en particulier les écrits anglo-saxons, aurait dû conduire les auteurs à agrémenter leurs textes de références nouvelles et les conduire également à s'investir dans le rôle du management, dans le cadre d'une réflexion qui aurait naturellement dépassé l'antagonisme classique capitalistes-travailleurs, bourgeois-ouvriers. En fait, il n'en est rien : les auteurs restent totalement prisonniers de cette analyse basique : « (...) *Désormais le bien commun ne résultera plus d'une opération alchimique dont le maître d'œuvre restait le patron trop lié malgré tout au capital. Il résultera tout simplement de l'émergence d'un « patronat de fonction » supposé libéré de tout lien avec le capital et chargé de trouver des solutions scientifiquement fondées aux problèmes posés par des conflits d'intérêts. L'intérêt général ne sera plus élaboré dans le « creuset » d'un patron plus ou moins paternaliste mais dans le cerveau des technocrates compétents, « détachés » de tout intérêt particulier. Bien entendu, cette théorie ne mérite pas d'être retenue dans la mesure où on ne voit pas très bien, à moins de prévoir l'élection du chef*

d'entreprise, de qui les patrons tiendraient leur légitimité si ce n'est de la propriété du capital »²⁰⁸.

Nous voyons, dans l'utilisation du terme « patronat de fonction », l'évocation de l'existence du management et d'une organisation du travail qui va, effectivement, caractériser tant la PME que la TGE²⁰⁹, au sein desquelles le patron, propriétaire du capital, n'est pas nécessairement l'interface directe avec les salariés. Nous avons estimé intéressant de souligner les circonvolutions de l'abord de la problématique managériale par le collectif. Celui-ci n'entend pas approfondir le débat concernant le rôle du management en entreprise et l'éventuel antagonisme entre le manager et le propriétaire du capital ou, au contraire, l'alignement « servile » du manager sur les propriétaires du capital. Ainsi, plutôt que de s'engager dans ce débat, ils ont résolu de l'éliminer de leur analyse, en se bornant à évoquer ce patronat de fonction, en usant d'un vocable objectivement peu valorisant pour les intéressés.

1.4.3. L'absence de toute référence à la notion de coût du travail

La seconde réflexion concerne le coût du travail. Nous avons déjà noté que l'entreprise française et ses représentants, souvent si prompts à dénoncer les cours et tribunaux, souvent à juste titre, n'ont jamais pris la peine de contrer idéologiquement et techniquement, c'est-à-dire juridiquement, cette influence déterminante. Cette situation est très interpellante sur la pauvreté de la riposte de l'entreprise française confrontée à la puissance de cette force de conviction et de formation qu'est l'université. Ainsi, le propos que nous développons n'a pas seulement pour ambition de souligner la prééminence sinon l'exclusivité de cette école de pensée. Elle a également pour objet de démontrer qu'elle est prééminente et saturante parce qu'elle ne se voit opposer ni résistance, ni théorie alternative.

Il nous sera logiquement opposé que les fédérations patronales ont d'autres ambitions que celles de contrecarrer, sur son propre terrain, l'université française en faisant, en quelque sorte, du contre-enseignement, de la contre-information ou en développant dans quelques laboratoires secrets une influence contraire à celle de l'université et de l'école

²⁰⁸ Ouvrage collectif, *Le droit capitaliste du travail*, op. cit., p. 127.

²⁰⁹ Très grande entreprise.

française du droit du travail. Nous avons eu déjà l'occasion d'exposer vainement à ces organisations qu'elles étaient dans l'erreur et que la persistance de cette erreur renforçait d'autant plus leurs contradicteurs. Nous avons également souligné, à cette occasion, combien la situation était gênante pour les entreprises : à partir de l'instant où la formation initiale était acquise, il était difficile d'en contrer les effets au fil du temps.

De même, nous avons indiqué aux mêmes décideurs, avec malheureusement le même insuccès, que l'ouverture du partenariat université-entreprise, depuis ces dernières années, nous semblait une méthode idéale pour associer des étudiants à des recherches en management ou en droit sur des domaines qui intéressaient l'entreprise et pour impulser par exemple des *think tank* spécialisés outre ceux que nous connaissons (Institut Montaigne, par exemple), afin de proposer une nouvelle vision du droit du travail liée aux impératifs du management et aux impératifs du coût dans l'entreprise. Objectivement, nous devons admettre que ces propositions font l'objet de réflexions plutôt positives.

La difficulté des rapports université/entreprise est aussi la conséquence du comportement de ces enseignants et dirigeants d'établissements qui répugnaient à voir non seulement les dirigeants et cadres d'entreprises, mais également la pensée de l'entreprise, pénétrer dans ses murs. Mais il est vrai que face à la réticence de l'université, le monde de l'entreprise aurait pu riposter grâce aux moyens économiques dont ils disposaient. Il a objectivement refusé de les mettre en œuvre pour assurer la défense et la diffusion de la pensée de l'entreprise, pour contrer la prééminence de l'université dans le domaine du droit social et la combattre sur son propre terrain et avec ses propres outils. Il y a donc, à ce niveau, un échec de la pensée managériale et entrepreneuriale française et, au-delà, un échec tactique. Ces échecs cumulés ont permis aux auteurs membres de ce collectif et à leurs épigones de saturer le débat d'idées pendant quarante années et d'imposer ainsi leurs conceptions.

2. Une revue de littérature au-delà des manuels de droit : les rapports des assemblées parlementaires et des organismes de conseil du gouvernement

Nous avons poursuivi notre revue de littérature sur le problème spécifique de la conception française du droit du travail qui implique sa stricte déconnection du

fonctionnement économique de l'entreprise. Nous avons recherché dans ces publications les éléments relatifs au rôle du chef d'entreprise et à la notion du coût du travail qui nous semble essentielle pour vérifier que les auteurs ont bien vérifié l'impact de leur propos sur le fonctionnement de l'entreprise. Ces écrits sont consacrés au droit du travail, à la valeur du travail, à l'organisation de l'entreprise ou encore à la législation sur la protection de l'emploi, aux 35 heures ou aux institutions sociales et représentatives, au niveau de l'emploi ou aux conséquences de la crise économique : nous nous attendions à ce qu'elles abordent, à un moment ou à un autre, la notion de coût.

2.1. Considérations sur la présence des chefs d'entreprise dans les comités de réflexion sur la législation sociale

Nous écartons d'emblée quelques contributeurs qui se distinguent de la masse et sur lesquels nous reviendrons : Jérôme Gautié²¹⁰, Michel Godet²¹¹, Pierre Cahuc et André Zylberberg²¹², et Jean Tirole²¹³ et Olivier Blanchard. En revanche, la quasi-totalité des autres auteurs et des travaux collectifs, tels que les rapports de comités ou de conseils, évite l'approche de la notion de coût du travail. De même, elle évite l'abord de la problématique de la législation sur la protection de l'emploi vue par le chef d'entreprise. Il est une convention transversale, non écrite mais pour autant évidente, que le point de vue du propos doit toujours être celui du salarié et non pas celui de l'entreprise ou du management.

2.1.1. Les auteurs qui écartent occultent la notion de coût du travail

Plus notable encore : lorsqu'à de rares occasions ces études abordent la notion de coût, elle renonce à la définir, ne serait-ce que par convention. Il est vrai que cette définition est complexe, comme le montrent ces travaux. Mais le constat reste surprenant puisque la réflexion de ces auteurs est toujours de nature à impacter ce coût. Dès lors, nous

²¹⁰ Jérôme Gautié, *Coût du travail et emploi*, Collection repère, La Découverte, 1998.

²¹¹ Michel Godet *Le Courage du bon sens, pour construire l'avenir autrement*, Odile Jacob, troisième édition revue et augmentée, 2009 ; *Libérer l'emploi pour sauver les retraites* (20 propositions), éditions Odile Jacob, 2014

²¹² Pierre Cahuc et André Zylberberg, *Économie du travail, la formation des salaires et les déterminants du chômage*, avec André Zylberberg, De Boeck Université, Paris, Bruxelles, 1996 ; *Le Chômage, fatalité ou nécessité ?* (en coll. avec André Zylberberg), Flammarion, 2004.

²¹³ Jean Tirole, *Théorie de l'organisation industrielle*, Economica, 2015 ; *Économie du bien commun*, Presses universitaires de France, 2016

imaginions qu'ils procéderaient à cette définition pour conduire, par exemple, une comparaison internationale avec la situation du droit positif telle qu'elle existe en Allemagne, en Grande Bretagne ou aux États-Unis. Dans ces pays, les auteurs n'hésitent pas à aborder la notion de coût. Or dans les travaux français, si la notion transparaît en filigrane, elle n'est pas abordée frontalement. Cette réflexion est valable même si l'essentiel du développement est consacré à la comparaison de ce coût entre plusieurs structures économiques travaillant dans la même branche ou dans des branches différentes, par exemple, voire entre plusieurs pays.

Notre démarche ne vise pas à stigmatiser ces auteurs mais à insister sur cette particularité franco-française. Cette réticence sinon cette répugnance à définir une donnée essentielle à la tenue d'un discours juridique et économique cohérent est en elle-même significative. Elle est donc récurrente dans ce type de littérature et révélatrice de la pensée française, de l'état et du mode de réflexion au sein de l'université. L'occultation d'un élément de cette importance révèle le refus de l'auteur d'affronter la réalité économique et la conséquence réelle de son propos, souvent dogmatique et décalé au regard de la réalité de l'entreprise. Mais il révèle également le comportement du segment du lectorat (et du corps social) auquel l'auteur s'adresse. Le lectorat, souvent étudiantin, est égaré par ce manquement.

Si ces auteurs refusent d'aborder la définition du coût du travail, ce n'est évidemment pas en raison d'une incapacité à poser une convention ou à l'approcher, en dépit de la difficulté réelle qui consiste à la cerner au plus près de sa réalité micro-économique. L'évitement du processus de définition du coût s'explique aussi par les risques qu'une telle initiative, tant au niveau de la logique de raisonnement -au regard de la thèse défendue par l'auteur-, qu'au niveau de la réception de ce discours par le public. Notre propos reprend ici toute son importance, au regard même de cet évitement de l'affrontement à la réalité du coût. Si le chef d'entreprise est exclu du périmètre de préparation de la loi, s'il est exclu des cénacles et des comités qui commentent l'application de la loi sociale, et en particulier de la législation sur la protection de l'emploi, c'est évidemment en raison du fait que son argumentaire sur le coût est inaudible pour les défenseurs de la LPE.

L'intervention dans tout débat sur l'augmentation du smic ou la concession d'un avantage social vicie dès les premiers instants la moindre argumentation puisqu'elle la renvoie au coût qu'elle provoque sur différents aspects. Nous les notons afin d'aborder dès cet instant l'intérêt de la nomenclature que nous allons présenter :

- durée de la procédure de consultation du comité d'entreprise dans la perspective de licenciements économiques : quel est le coût, direct et indirect de cette durée, calculé en heures de travail, des salariés devenus inutiles au processus de production et devant faire l'objet d'un licenciement, outre le coût des représentants du personnel impliqués dans le processus de consultation et devant être remplacés dans leur fonction productive ?
- durée de la procédure de recours et de l'examen comptable de l'expert désigné par le comité : **même question ;**
- définition de la notion même de coût :
 - coût de fonctionnement des IRP avec détail :
 - coût de remplacement dans l'emploi des représentants du personnel ;
 - coût de gestion des IRP ;
 - coût de procédure en cas de recours devant le tribunal de grande instance ;
 - coût de l'expertise ;
 - coûts de conseil ;
 - coût du temps passé par le dirigeant ou ses représentants ;
 - coût des salariés RH en soutien du processus de consultation ;
 - coût du personnel maintenu en inactivité pendant la période de consultation ;
 - coût du personnel maintenu en inactivité pendant la durée de la procédure de licenciement ;
 - coût de ce personnel après la signification de la décision de licenciement (préavis, congés payés sur préavis, charges sociales sur ces éléments, indemnités de licenciement).

Effectivement, l'approche de la notion de coût est complexe. Mais l'une des tâches essentielles du chef d'entreprise consiste à contrôler ce coût puisqu'il détermine le prix de revient d'un produit ou d'un service, donc les conditions de l'accès et du maintien sur le marché des produits ou services. Cette complexité et la violence de la

confrontation avec la réalité micro économique de l'entreprise expliquent que les travaux que nous allons désormais passer en revue excluent :

- la définition de la notion de coût,
- la confrontation avec les dirigeants de PME et plus globalement, le management.

2.1.2. Le choix des travaux examinés

Notre examen de cette production intellectuelle spécialisée a débuté nécessairement par les ouvrages de droit du travail. Au-delà, nous distinguons trois autres types de publication. Le premier est constitué par les rapports officiels qui sont une source de documentation et d'information sur l'état du droit et de la réflexion sur les mesures à envisager pour améliorer l'existant. Ils peuvent contenir des renseignements qui ne sont pas nécessairement communiqués au grand public, et des analyses qui se veulent transversales ou originales par rapport au cas traité. Dans le cadre de ces rapports, nous classons ceux des assemblées, de l'OCDE et des organismes spécialisés tels le Conseil Économique et Social.

Nous recherchons dans ces rapports et ces contributions officielles la présence dans les cénacles des chefs d'entreprise, afin de mesurer la réalité et l'ampleur de leur contribution. Puis nous y vérifions l'existence d'une réflexion sur la préoccupation essentielle du chef d'entreprise dans le cadre du processus de production d'un bien ou d'un service : le coût du travail.

Les années 2003 à 2005 voient fleurir plusieurs rapports sur la situation de l'emploi et les causes profondes du chômage. La présidence de Jacques Chirac semble débiter... neuf ans après son arrivée au pouvoir. Ce type de documents correspond en effet aux éléments exploratoires d'une politique à mener, politique qui n'a en fait jamais été prônée et imaginée par les gouvernements depuis 1995. Nous n'allons pas commenter l'ensemble de ces rapports : nous ciblerons notre attention sur quelques-uns d'entre eux qui nous apparaissent les plus significatifs de la réflexion française sur le coût du travail et la législation sur la protection de l'emploi. Nous citerons cependant pour mémoire le rapport de Jean Marimbert, relatif au rapprochement des services de l'emploi, préconisant la constitution d'un service public de l'emploi, remis en janvier 2004. Celui qui a été réalisé par la commission présidée par Michel de Virville, ancien directeur des ressources humaines de la société Renault, est intitulé *Pour un droit du travail plus*

efficace et propose principalement la rupture négociée de la relation de travail. Remis à François Fillon, ministre des Affaires Sociales, le 15 janvier 2004, il sera prolongé dans une partie de ses recommandations par la réforme de 2008. Michel Camdessus présente quant à lui un rapport intitulé *Le sursaut vers une nouvelle croissance pour la France*, soulignant le paradoxe entre le niveau des transferts sociaux et le taux de pauvreté français : il est remis le 9 octobre 2004 à Nicolas Sarkozy alors Ministre de l'Économie. Enfin, Messieurs Cahuc et Kramarz réalisent un document particulièrement intéressant en raison de leur vision novatrice, intitulé *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité Sociale professionnelle*, remis le 2 décembre 2004.

Le second est constitué par des écrits de vulgarisation écrits par des spécialistes à destination d'un public choisi, composé essentiellement d'étudiants, de spécialistes du sujet ou de personnes déjà impliquées dans le périmètre de cette réflexion soit parce qu'ils sont des acteurs de l'économie, soit parce qu'ils sont conduits à réfléchir sur ces thèmes.

Le dernier type est constitué d'ouvrages à destination du grand public, écrits par des journalistes, des hommes politiques ou des spécialistes qui décident d'adapter leur discours à un public différent de celui auquel ils ont l'habitude de s'adresser.

2.2. *Le rôle des assemblées parlementaires et des conseils du gouvernement*

2.2.1. Les rapports des assemblées

Les assemblées législatives produisent de façon régulière des rapports. Parmi ceux-ci, nous avons relevé le rapport émis par le Sénat sur les délocalisations en 2004-2005²¹⁴. Le coût du travail se trouve naturellement au centre de ce type de travail mais nous constatons, comme dans nombre d'autres publications, une absence de définition de la notion ou de fixation, au départ de la réflexion, ne serait-ce que par convention.

Ainsi, dans son rapport sur les délocalisations, le Sénat ne consacre que deux pages au coût de l'emploi. Ces deux pages arrivent au milieu du développement qui en comprend une centaine et fait état d'ailleurs d'un précédent rapport, antérieur de 10 ans (1993), où

²¹⁴ Jean Artuis, Sénateur, *Délocalisations : rompre avec les modalités pour sauver le modèle français*, commission des finances, imprimé pour le Sénat, 2005

le Sénat attirait la première fois l'attention sur les délocalisations. La haute assemblée admet que des emplois sont menacés par la délocalisation, que la France est un terrain favorable parce qu'en particulier « *les prélèvements obligatoires pour les entreprises (...) pèsent trop sur la production et pas assez sur les produits* »²¹⁵. De même, elle s'inquiète de l'absence de réaction du corps social et des professionnels, et critique ce qu'elle considère être une approche excessivement macro-économique du phénomène. Elle souligne que 0,35 % des emplois industriels auraient été délocalisés chaque année entre 1995 et 2001, soit un peu plus d'un emploi sur 300²¹⁶. Puis, se fondant sur les analyses de cabinets d'audit tels que Ernst and Young, elle annonce la perte de 202.000 emplois de service en France de 2005 à 2010 en expliquant simplement que la délocalisation des activités industrielles génère à terme la délocalisation des emplois de service. Malheureusement, le rapport du cabinet Ernst et Young ne nous a pas été communiqué : cela est regrettable car il nous aurait permis sans doute de vérifier la réflexion qui a été menée en 2002-2003 pour produire au Sénat ce type de données et vérifier si le rapport lui-même contenait une analyse du coût du travail, ce qui, d'après nos renseignements ne semble pas être le cas²¹⁷.

En tout état de cause, le Sénat évoque, au rang des freins à la délocalisation, la tertiarisation de la consommation, les contraintes logistiques, l'existence de cadres réglementaires contraignants à l'échelon communautaire et national, enfin les innovations réelles perçues comme telles par les consommateurs. Parmi les accélérateurs, il dénombre en fait peu d'éléments et passe totalement à côté du problème posé dans l'industrie automobile. Tout au plus cite-t-il le fait « *qu'un industriel doit aujourd'hui produire le même standard de qualité de coût et de délai où qu'il soit dans le monde* »²¹⁸. Cette réflexion est évidemment erronée puisque l'on sait qu'au niveau du coût du travail, ceux-ci sont largement inférieurs dans les pays d'Asie du Sud-Est par exemple, qu'ils ne peuvent l'être en France.

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 21.

²¹⁶ *Op. Cit.*, p. 27

²¹⁷ Entretien de l'auteur avec le sénateur Georges Mouly, ancien sénateur de Corrèze, particulièrement impliqué dans la restructuration économique des territoires industriels. Le sénateur Mouly s'est investi dans la restructuration du bassin d'emplois de Tulle, suite à la fermeture des industries d'armements petits calibres installées dans cette zone depuis 1789.

²¹⁸ *Op. Cit.*, p. 44

Il faut donc attendre la page 53 pour voir aborder le problème du coût du travail. Dans le chapitre intitulé *Vivre avec la globalisation de l'économie*, au sein du paragraphe intitulé *Une vision uniquement défensive de l'emploi*, le Sénat note que, concernant le transport, le coût salarial a été augmenté en France et que les effets de ces mesures sociales deviennent difficiles à supporter dans le contexte économique actuel. Il déplore la difficulté de recruter en France une main d'œuvre adaptée aux besoins et critique un cadre juridique nuisant à l'emploi et en particulier le fait que « *le droit du travail français, en développant de fausses protections, est directement à l'origine, sinon de délocalisation, du moins de non localisation* ». Au-delà de cette remarque concernant le coût du travail, peu développée, le Sénat aborde dans son chapitre II, intitulé « Face à la globalisation, l'absence de fatalité », le nécessaire équilibre entre la flexibilité et la sécurité du travail adaptée à la globalisation de l'économie. Il cite quatre rapports déjà rendus sur le problème de l'emploi et du marché du travail qui, pour certains, seront étudiés dans le présent chapitre²¹⁹.

Dans les pages 66 et suivantes, la haute assemblée critique la lourdeur des procédures de licenciement qui dissuadent d'opter pour une offensive en matière d'emploi. Il ose émettre une remarque qui, objectivement, sort de la réflexion commune, en indiquant que : « *Davantage encore que les coûts du licenciement (un licenciement assorti d'une transaction ou d'un plan social coûte en moyenne en France 1,5 fois le salaire annuel brut médian), ce sont la longueur (9 à 12 mois pour une grande entreprise) et les incertitudes juridiques d'une procédure de licenciement qui posent problème.* » Il rappelle à cet égard la remarque effectuée l'année précédente par Michel Camdessus qui précisait que vouloir s'opposer à la destruction de l'emploi par la voie judiciaire était illusoire. Le Sénat souligne même que le dirigeant qui « *a connu une fois dans sa carrière une procédure de licenciement collectif se trouve très fortement dissuadé d'initier des mouvements significatifs d'embauche par la suite* »²²⁰. Il critique les seuils sociaux, qui jouent très souvent contre l'embauche et reprenant là encore le rapport

²¹⁹ Rapport de Jean Marimbert relatif au rapprochement des services de l'emploi. Rapport de Virville, intitulé *Pour un droit du travail plus efficace* du 15 janvier 2004. Rapport intitulé *Le sursaut vers une nouvelle croissance pour la France*, de Michel Camdessus, du 9 octobre 2004. Rapport de Cahuc et Kramarz, intitulé *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité Sociale professionnelle* remis le 2 décembre 2004.

²²⁰ *Op. cit.*, p. 67 et 68.

Camdessus, souligne que les seuils de 20 et 50 salariés jouent comme un « *ralentisseur de croissance* » des entreprises²²¹.

C'est en abordant un projet de réforme fiscale en faveur des acteurs économiques que le texte revient au coût du travail par un chemin assez détourné, qui caractérise la curieuse conception des rédacteurs. En effet, au lieu de partir de la définition du coût du travail (de toute évidence pour les raisons que nous avons abordées et que nous développerons), le rapporteur tourne autour de la notion, s'autorise parfois des investigations sur une partie de sa définition, puis l'abandonne en reprenant d'autres thématiques. Par le biais des prélèvements pesant sur les entreprises et intégrés dans les coûts de production, il évoque enfin le coût du travail sur un plan global. Si cette approche n'est pas porteuse pour notre réflexion, elle contient cependant un nombre d'indicateurs qu'il ne faut pas négliger.

Ainsi, d'aucuns rappellent que les cotisations sociales patronales, comprenant l'assurance maladie, l'assurance vieillesse, les allocations familiales et les accidents du travail, pesaient 116 milliards d'euros en 2004²²². L'impôt d'entreprise affecté à la Sécurité Sociale (CSSS) pèse alors 3,4 milliards d'euros, la taxe professionnelle 15,6 milliards d'euros et la taxe sur les salaires 8,3 milliards. Le poids des cotisations sociales dans les coûts de production atteint donc la somme de 143,7 milliards d'euros.

Le Sénat en conclut page 76 de son rapport qu'« *il n'est plus possible de demander aux entreprises de prendre en charge la solidarité édictée par les États pour faire vivre la cohésion sociale. Aux entreprises la responsabilité de l'activité et donc de la création d'emploi, au citoyen le financement de la solidarité* »²²³. Il termine en indiquant qu'une baisse des cotisations employeurs de 15 milliards d'euros, soit 1 % du PIB, augmenterait ledit PIB de 0,6 points et réduirait le chômage de 1,8 point.

²²¹ Nous notons qu'entre le rapport et les textes de septembre 2017, 12 ans se sont écoulés et des centaines de milliers d'emplois ont été détruits.

²²² Respectivement 54,9 ; 29,3 ; 25 et 6,8 milliards d'euros.

²²³ *Op. cit.* p. 76.

Si ce rapport apparaît intéressant, bien que n'approfondissant pas la réflexion sur le coût réel du travail, il n'en est pas de même des autres documents de même nature que nous avons pu consulter. Il reste donc une exception.

2.2.2. Lorsque la technocratie veut réformer le code du travail : le rapport de Virville

Le gouvernement de Jean-Pierre Raffarin, en la personne de François Fillon, alors ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité²²⁴, confie à Michel de Virville, secrétaire général du groupe Renault, une mission particulière en lui demandant de travailler sur le problème de « *l'accumulation des textes législatifs et réglementaires* » qui « *a conduit progressivement à un enchevêtrement de normes et de procédures parfois assorties de possibilités dérogatoires, dont la logique et la rationalité n'apparaissent plus* ». Le ministre souligne, en avril 2003, que la jurisprudence ajoute à cette complexité et crée ainsi une insécurité juridique pénalisante pour les entreprises. Il préconise la réunion d'une commission de praticiens et d'experts reconnus pour leurs compétences pour dresser un bilan, et rechercher comment faciliter le développement de nouvelles dispositions « *conciliant souplesse et sécurité et offrant un cadre plus juridique et plus simple* ». Il souhaite également que la commission puisse renforcer la place du droit conventionnel par rapport au droit d'origine légale et réglementaire.

2.2.2.1. Un choix critiquable

On ne peut qu'être étonné du choix de la personne de Michel de Virville, secrétaire général de l'entreprise Renault. Il ne s'agit pas ici de mettre en cause les compétences professionnelles ou l'aptitude de ce cadre à diriger cette commission. En revanche, comment imaginer qu'une question qui concerne essentiellement les PME et beaucoup moins les très grandes entreprises puisse être abordée sous un angle original et bénéfique et pour l'emploi par un cadre de la direction générale de Renault ? Si Michel de Virville est de formation mathématicien et ingénieur de recherche au CNRS, il a fait partie de 1981 à 1986 de toutes les équipes gouvernementales qui ont renforcé le coût du travail en France. Conseiller de Pierre Mauroy et de Laurent Fabius, il côtoie évidemment le

²²⁴ Au lendemain de la réélection de Jacques Chirac, le 6 mai 2002, Jean-Pierre Raffarin est nommé Premier ministre. François Fillon devient le numéro 3 du gouvernement, en qualité de ministre des Affaires Sociales.

futur PDG de Renault Louis Schweitzer et se retrouve à ses côtés pour mener la politique qui constitue à réduire les emplois industriels du groupe en raison de l'importance du coût, de 1993 à 2008. La présidence de Louis Schweitzer et le travail de Michel de Virville ont permis, dans le cadre de la privatisation décidée en 1996 de réduire les effectifs qui passent de 85 962 employés (en 1992) à 42 953 (en 2005). Ainsi, cette mission est confiée à l'une des personnes qui a participé à la dévitalisation de plusieurs régions françaises en réduisant de façon drastique l'emploi industriel et en entraînant, parallèlement, la disparition des emplois dans les entreprises de la sous-traitance dédiée au géant français de l'automobile, sans que jamais la direction de l'entreprise ait proposé une solution alternative nationale, à l'image de ce qui se produit en Allemagne par exemple, dans le cadre d'une négociation globale avec les syndicats ouvriers de la métallurgie. Au moment où Michel de Virville produit son rapport, Louis Schweitzer, énarque, ancien directeur de cabinet de Laurent Fabius, prépare son départ qui sera effectif en février 2005. En 2004, il annonce un bénéfice net record et rappelle qu'il a porté Renault au quatrième rang des constructeurs mondiaux d'automobiles avec 5,8 millions de véhicules vendus par an. Cet aspect de ce qu'il estime être un succès de l'entreprise est incontestable, surtout lorsque l'on se souvient que l'entreprise Renault était au bord de la faillite en 1984, date à laquelle elle cumulait 12,5 milliards de francs de perte.

Mais, dans les panégyriques qui accompagneront le départ de Louis Schweitzer remplacé par Carlos Ghosn, la brutalité économique et sociale de la société Renault, son absence de travail prospectif dans le début des années 1980 et son absence d'implication dans des solutions alternatives est oubliée. Les destructions de bassins d'emplois, tels que celui du Mantois élargi, dans les Yvelines (de Mantes à Poissy et à Maule, en passant évidemment par Flins, implantation de l'usine Lefauchaux de Renault), les fermetures d'usine telles que celle de Vilvorde, avec les problèmes économiques, sociaux, urbains qu'elles ont générés, sont omises.

Si nous considérons le choix de Michel de Virville comme aberrant, c'est en raison de son passé personnel de conseil des gouvernements Mauroy et Fabius, mais aussi de celui de la firme qu'il représente. Nous stigmatisons l'absence de réflexion, de coordination et d'accompagnement de ces transformations, liées à des options stratégiques mûrement réfléchies, et enfin, l'absence totale de réflexion critique sur le droit du travail et le coût

de l'emploi français, et la législation sur la protection de l'emploi. Mais comment pourrait-il en être autrement ? Messieurs Schweitzer et de Virville ont chacun, à leur poste de conseiller du gouvernement, travaillé et accompagné le gonflement du code du travail tel qu'il s'est opéré de 1982 à 1986, date de la démission de Laurent Fabius. Nous ne pouvons imaginer qu'ils n'aient pas envisagé les effets pervers de la législation sur la protection de l'emploi -aggravés pendant cette période- et qu'ils n'aient pas pris conscience de l'inefficacité de la LPE au niveau de la lutte contre le chômage de masse. Quant aux conséquences de la LPE sur le coût du travail, ils en sont d'autant plus conscients qu'ensemble, ils contribuent au démantèlement des implantations nationales de l'industrie métallurgique française... précisément parce que le coût du travail leur semble excessif au regard de leurs objectifs de production et de leur politique de vente sur ce qui va devenir les anciens lieux de production, c'est-à-dire la France. Mais comment pourraient-ils critiquer un système qu'ils ont contribué à renforcer ? C'est la raison pour laquelle, plutôt que d'accompagner la réflexion sur l'évolution de ce coût, plutôt que de travailler sur le blocage des évolutions nécessaires de la LPE dont nous dénonçons les effets dans cette recherche, ces deux responsables vont en tirer une seule conséquence : la nécessité de délocaliser.

Le machiavélisme de la pensée est d'autant plus critiquable que messieurs Schweitzer et de Virville ont une parfaite connaissance du système allemand. Certes, nous sommes encore 15 ans avant la fameuse convention de Pforzheim, mais qui empêchait les industriels de la métallurgie française de réfléchir sur des propositions alternatives à l'affrontement direct avec des syndicats peu rompus à la négociation ? Objectivement rien, si ce n'est une absence d'intelligence prospective lié à une certitude de l'impossibilité d'amender le « modèle social français » et de son caractère mortifère.

2.2.2.2. *Un rapport en retrait au regard des propositions de Blanchard et Tirole*

Le choix de Michel de Virville par le ministre du Travail est donc hautement contestable. Les conclusions de la commission sont imaginables dès l'instant de ce choix... et de l'énoncé de sa composition. En effet, le président compose une commission à son image et à celle de sa société, ex-société nationalisée. Essentiellement

technocratique²²⁵, elle exclut totalement les représentants du tissu industriel français et de la connaissance pratique du droit de l'entreprise. Nous écrivons « connaissance pratique », c'est-à-dire connaissance acquise à partir des fonctionnements de tous types d'entreprises, de l'intérieur de celles-ci et non pas résultant de l'approche en fin de parcours des conflits du travail. Le président de Virville s'entoure de personnalités « qualifiées » et « d'experts » qui ont tous été influencés, en raison de leur âge et de leur formation, par cette école classique du droit du travail français dont nous contestons la suprématie. Pour la plupart, il s'agit de hauts fonctionnaires qui n'ont qu'une vision livresque du monde de l'entreprise : trois conseillers d'État, quatre magistrats, certes spécialisés en droit social, mais peu rompus aux pratiques de l'entreprise, et des professeurs d'université. Parmi les rapporteurs, on retrouve un maître des requêtes au Conseil d'État et trois fonctionnaires, dont un inspecteur du travail, un chef du service droit et réglementation du travail... chez Renault (!) et le directeur des relations du travail au Ministère²²⁶ ! Cette commission est en fait une caricature des préjugés et des blocages de la société française et du monde de l'économie réglementée. Elle correspond à la présentation du droit du travail telle que réalisée par Paul Durand et ses successeurs, Camerlynck et Lyon-Caen, que tous les membres de la commission ont dû avoir comme enseignants sur les bancs de la faculté de droit. Celle-ci est la quintessence de l'entre soi, l'explication directe de l'échec et du blocage de toute réflexion profondément novatrice.

Nous contestons donc l'opportunité du choix, cette distance avec le terrain et la réalité économique des PME, cette méconnaissance de la pratique quotidienne des relations sociales en leur sein et de leur réalité économique. Combien de ces membres savaient calculer le prix de revient d'un produit ou d'un service et pouvaient être capable d'y intégrer la totalité du coût du travail ? Nous critiquons cette vision archaïque -qui exprime celle des responsables politiques de l'époque, celle de François Fillon en particulier, mais largement partagée par d'autres dirigeants sous les quinquennats suivants.

²²⁵ On y retrouve un professeur d'université, deux avocats intervenant dans des structures de plus de 1.000 salariés, un magistrat et un directeur juridique des relations sociales... du groupe Thales

²²⁶ De 2006 à 2014 : Jean-Denis Combrexelle.

2.2.2.3. *Une contribution sans impact sur les notions de coût du travail et sur les perspectives de relance de l'emploi*

La commission de Virville émet au mois de novembre 2003, c'est-à-dire dans le délai fixé par le ministre, un rapport dont la liste des propositions n'est pas en prise directe avec la gravité de la situation que connaît la France à cette date et des enjeux des années suivantes. En fait, le rapport est à l'image de la commission : il concerne essentiellement les grandes entreprises de plus de 1.000 salariés, et occulte les contraintes et la réalité sociale pesant sur les PME. Quelques propositions, recommandant par exemple la refonte constructive du code du travail, ne peuvent être récusées²²⁷. Mais lorsqu'en sus de cette refonte, l'auteur expose qu'il conviendra de constituer des manuels d'information pour permettre la compréhension du texte... on s'inquiète légitimement de la clarté des dispositions envisagées pour rendre plus simple ou plus lisible le nouveau code.

Parmi les 50 propositions effectuées, on en retiendra essentiellement trois. La proposition n°10 évoque la possibilité pour la cour de cassation de moduler les effets de ses décisions dans le temps. Trop souvent en effet, la Cour prend une décision qui va s'appliquer brutalement quatre ans après les faits, et ce, de façon rétroactive... alors que l'employeur ou le salarié ont agi quatre ans auparavant en fonction des données connues de la loi et de la jurisprudence à ce moment. Que cette incongruité du droit français soit supprimée ne peut que susciter l'approbation. Il en est de même lorsque la commission recommande²²⁸ de soumettre la procédure de modification pour un motif autre qu'économique à des règles claires. Elle demande que la proposition de modification soit faite par écrit afin d'assurer une complète information du salarié.

La proposition n° 17 envisage qu'un cadre juridique spécifique permette d'inscrire la rupture négociée du contrat de travail dans un ensemble légal pour éviter ainsi le détournement de la procédure de licenciement qu'il produit généralement au bénéfice du salarié. Cette proposition lancera la réflexion sur la rupture conventionnelle qui aboutira cinq ans plus tard. C'est indiscutablement l'élément le plus intéressant et le

²²⁷ Proposition n° 3 du rapport

²²⁸ Proposition n° 16

plus porteur de ce rapport. C'est également celui qui est le plus en phase avec la réalité entrepreneuriale française, à éléments juridiques constants.

À partir de la proposition n° 24, la commission envisage des aménagements concernant l'exercice du droit syndical dans l'entreprise ou des structures représentatives du personnel. On se rend compte à ce niveau de la pression qu'a dû subir la commission pour consacrer la moitié de son rapport à des mesures qui ne visent aucunement à faciliter la compréhension du droit du travail par les employeurs ou à aménager des dispositions complexes ou contradictoires. Au contraire, ces éléments sont de nature à renforcer les prérogatives des délégués du personnel et des comités d'entreprise. Le problème de seuils n'est pas suffisamment mis en relief. Seule la proposition n° 40 se distingue quelque peu de cet ensemble puisque la commission estime qu'il est « *souhaitable* » de passer au crible l'ensemble des dispositions pénales en droit du travail pour clarifier la définition des infractions ». Elle préconise de « *ne conserver que les sanctions réprimant les comportements les plus graves* ». Cette préconisation ne sera jamais suivie d'effet, bien au contraire.

Cela étant, lorsque l'on se reporte aux quelques éléments de débat qui sont relevés et qui soutiennent cette proposition (pages 83 et 84 du rapport), on ne peut qu'être déçu des remarques qui sont présentées. La commission préconise l'emploi de mesures préventives ou coercitives de nature administrative plutôt que des mesures pénales sanctionnant l'activité du chef d'entreprise ou de son préposé bénéficiant d'une délégation. Elle « suggère » que soient examinés les différents cas où l'on pourrait substituer à la sanction pénale une autre mesure, mais aucune liste n'est jointe en annexe. Il faut dire que le nombre de dispositions pénales qui ont grevé le code du travail et le code pénal depuis 1981 est tel qu'il aurait sans doute fallu que la commission engage à plein temps un spécialiste de cette matière pour faire le point sur une situation devenue invraisemblable !

2.3. Le pied de nez de l'administration du travail au ministre et au rapport de Virville : la contribution de Jean Michel sous les auspices de la Documentation française

L'action gouvernementale, sous l'autorité retrouvée de Jacques Chirac, président de la République, et de Jean-Pierre Raffarin dans ces années 2002 manque assurément de

cohérence et de logique. Les événements de l'année 2006 sur lesquels nous reviendrons seront à l'aune de cette situation. La publication des livres de Jean Michel illustre parfaitement cette critique. En effet, lorsque l'ancien responsable du contentieux général des ministères du Travail et de la Santé de 1988 à 1999 publie en 2004 ses deux importants volumes consacrés aux sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, il reçoit sans difficulté *l'imprimatur* du ministre libéral des Relations Sociales Jean-Louis Borloo et de son délégué au travail, Gérard Larcher²²⁹ !

Et pourtant l'auteur ne semble pas dans la ligne politique de la nouvelle équipe gouvernementale. En effet, se fondant et validant l'ensemble de la production législative en matière sociale, en matière de droit pénal du travail des années 1982-2002, il recommande à longueur de pages une aggravation des sanctions pénales et des sanctions civiles à l'encontre des entreprises. Il reconnaît l'existence de plus de 150 articles d'incrimination dans le code pénal actualisé, mais il n'en conclut pas pour autant que celles-ci seraient excessives ou inutiles. Il estime que « *le caractère déshonorant et infamant de la condamnation pénale trouve sa juste place en droit du travail* » à condition bien entendu que « *les coupables aient conscience d'être des délinquants à part entière au même titre que ceux du droit commun* »²³⁰. L'auteur admet tout juste que la pénalisation d'un mauvais état des armoires individuelles ou des cabinets d'aisance, est excessive. Il revendique une revalorisation du quantum des peines délictuelles et du quantum des amendes. Il estime que dans un certain nombre de cas, il est nécessaire d'envisager des peines de prison supérieures à un an, alors qu'actuellement elles ne sont pas prévues. Jean Michel n'hésite pas à considérer que les peines complémentaires prévues pour sanctionner le recours au travail dissimulé dans le cadre de l'application de l'article L.362-4 du code du travail et l'interdiction pour une durée de cinq ans d'exercer l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, devraient être étendues à différentes autres infractions, de même que l'exclusion des marchés publics ou l'affichage et la diffusion de la décision prononcée. Il ne précise pas clairement quelles autres infractions pourraient être ainsi sanctionnées. Mais on imagine les effets immédiats qu'aurait une

²²⁹ Qui succèdent à François Fillon dans le troisième gouvernement de Jean-Pierre Raffarin.

²³⁰ Jean Michel, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, tome 2, La Documentation Française, 2004, page 272 et suivantes.

telle décision sur l'employeur et l'entreprise concernée : la fermeture et la liquidation judiciaire de l'établissement seraient, de façon quasi-systématique, consécutives de ce genre de mesure. L'auteur ne pousse pas la réflexion jusqu'à ce point : le ministère du Travail le rémunère pour penser la sanction, non pour dynamiser l'emploi. Il est donc de son devoir d'envisager l'élargissement de la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales et d'imaginer des sanctions pénales nouvelles pour l'infraction de non-respect de l'obligation de réemploi à l'issue du congé de maternité, le non-respect du temps de pause dans l'entreprise (!), l'inégalité de traitement entre salariés permanents et salariés précaires...

En compulsant les quelque 1.500 pages de ce long *pensum*, nous ne trouverons aucune réflexion sur la corrélation entre le système de sanctions et le fonctionnement concret des entreprises ou le niveau de l'emploi en France. L'auteur a parfaitement intégré les présupposés du législateur des années 1981 à 2002. Il ne s'est jamais intéressé au fonctionnement de l'entreprise. À aucun moment, il n'évoque une relation entre l'excès de la réglementation et le coût du travail. La notion même de prix de revient d'un produit ou d'un service, la logique de leur composition, échappent totalement à sa sphère de réflexion.

De même, si ce haut fonctionnaire s'attache avec une ardeur remarquable à développer les sanctions pénales, civiles ou administratives qui doivent selon lui peser sur l'entreprise ou son dirigeant, il ne s'intéresse en aucune façon au respect par l'autre partie au contrat de travail, le salarié, des règles de droit. Les sanctions administratives ou civiles qu'il envisage restent dans le cadre exclusif de la pénalisation de l'entreprise. Lorsqu'il évoque les garanties procédurales et le respect des droits de la défense, Jean Michel ne pense jamais à revoir le problème de la condamnation automatique de l'employeur dans le cadre de l'article L.122.14-4 second alinéa du code du travail²³¹.

Il serait osé de penser que la partialité de ce type d'analyse et ses excès lui ôteraient une grande partie de son audience : la Documentation française a distribué pendant plus de dix ans les deux tomes de cet ouvrage, les présentant comme le summum de la pensée

²³¹ Il s'agit des sanctions civiles autorisant le conseil de prudhommes à obliger l'entreprise à rembourser les organismes sociaux des allocations chômage versées au salarié.

sur le droit pénal du travail. Le lecteur pouvait vainement rechercher sur les mêmes rayons un travail de fond les relations entre l'excès de réglementation et les défaillances d'entreprise.

3. Les rapports du Conseil Économique et Social

Le Conseil Économique et Social rend de nombreux rapports sur l'économie et l'emploi, dans le cadre de sa mission institutionnelle. Nous avons pris comme référence le rapport de 2002 intitulé *smic et réductions du temps de travail : des divergences à la convergence* et le rapport de 2003 présenté par Henri de Benoist *Renforcer l'attractivité de l'économie française au service de la croissance et de l'emploi*.

Le premier concerne, comme son titre l'indique, l'évolution du smic et analyse non seulement sa structure et son cadre juridique, la catégorie de population qui en bénéficie, mais également les évolutions envisageables. Ce rapport a été émis quelques années après le passage aux 35 heures et les imperfections que l'on trouve dans ce texte, afférentes au coût du travail, sont en réalité liées au problème de la loi sur les 35 heures. Il n'aborde pas l'analyse du coût du travail autour du salaire minimum interprofessionnel de croissance. Dans le rapport de 2003 consacré au renforcement de l'attractivité économique française, la situation est plus simple encore : il n'existe aucune référence au coût du travail. La seule réflexion en liaison avec le thème de notre étude concerne là encore l'impôt sur les entreprises en France (page 27 du rapport) et la lisibilité du droit du travail. Les auteurs critiquent la législation sociale « *au regard de son volume, de la multiplicité de ses sources, de ses évolutions et de la complexité des solutions qu'elle dessine* »²³². Le rapport renvoie d'ailleurs à un précédent texte du Conseil Économique et Social du 15 mai 2002 intitulé *Le droit du travail, les dangers de son ignorance*.

²³² *Op. cit.*, p. 32

4. Les rapports du Conseil d'Analyses Économiques

4.1. *Le rapport Blanchard et Tirole de 2003 : un événement novateur dans la réflexion sur l'emploi et le coût du travail*

Le Conseil d'Analyses Économiques a produit en 2003 et en 2010 deux rapports qui ont retenu notre attention. Le premier est réalisé par Olivier Blanchard et le futur Prix Nobel d'Économie Jean Tirole. Il a pour titre *Protection de l'emploi et procédure de licenciement*.

4.1.1. **La parole donnée à une nouvelle école de pensée qui place la problématique des coûts au centre de sa réflexion**

L'idée est d'une part de réaliser un état du droit en matière de rupture du contrat de travail et d'autre part, d'envisager la corrélation entre la législation sur la protection de l'emploi et le niveau de l'emploi : il est donc au cœur de notre sujet. Ce rapport nous semble essentiel dans l'évolution de la pensée hexagonale concernant la relation de travail dans l'entreprise et la législation sur la protection de l'emploi. La coïncidence est troublante : il paraît trente ans après la publication de la loi de 1973 et remet en cause sinon les présupposés de la loi, du moins ses développements et sa pratique. Ses deux auteurs sont Olivier Blanchard²³³, professeur au Massachusetts Institute Technology et Jean Tirole, spécialiste de l'économie industrielle. L'un des secteurs d'étude est précisément la constitution du coût du travail dans l'entreprise. Ils se situent hors de la sphère d'influence de l'école française de droit du travail.

Le texte aborde, dès son introduction, le problème des coûts : il conclut quelque 70 pages plus loin en indiquant que les propositions qui sont émises seraient de nature à entraîner une protection de l'emploi plus efficace, des coûts plus faibles pour les entreprises et une diminution du chômage. Il considère comme une priorité l'abord du coût du travail. Cela étant, si le rapport émet des propositions intéressantes concernant la responsabilisation financière des entreprises par la mise en œuvre d'une contribution, une simplification du processus administratif et une diminution du rôle des instances

²³³ Né en 1948, il est alors âgé de 55 ans et a effectué la majeure partie de sa carrière aux États-Unis. Jean Tirole est né en 1953 et il a alors 50 ans.

judiciaires dans le processus de licenciement, et enfin un nouveau système d'accès au marché du travail, on doit remarquer qu'il ne définit pas frontalement le coût du travail.

Les auteurs déplorent (page 21) « *qu'une entreprise qui licencie plus qu'une autre ne paie pas plus que l'autre à la caisse d'assurance chômage ; ceci a une double conséquence : tout d'abord, l'entreprise n'internalise pas le coût qu'elle fait subir à cette caisse lorsqu'elle décide de licencier le salarié (...) en l'absence d'autres mesures, ceci conduit à trop de licenciements. De plus les allocations chômage doivent être financées d'une autre manière, en l'occurrence par une ponction sur les actifs (les cotisations patronales et salariales). Ceci augmente le coût du travail et donc les incitations de l'entreprise à licencier* ». ²³⁴ Bien entendu, ils modèrent leur affirmation en soulignant que l'entreprise supporte nécessairement un coût qui est celui des indemnités de licenciement, outre des « *coûts administratifs* » non négligeables sur lesquels ils s'engagent à revenir dans la suite du rapport.

C'est à notre connaissance, la première fois qu'apparaît, dans ce type de contribution, une réflexion précise sur la notion de « coût administratif » du licenciement. Les auteurs considèrent que l'entreprise reste « déresponsabilisée » quant à l'impact du licenciement sur les comptes de l'Unedic. Ils omettent cependant dans leur réflexion le fait que le conseil de prudhommes peut condamner l'entreprise à une pénalité de nature administrative correspondant au paiement de 6 mois d'indemnités Assedic. Nous ne reprendrons pas cette terminologie dans nos apports, car notre vision et notre explication concernant la logique de coûts imposée par la législation sur la protection de l'emploi repose sur la sanction. Or la notion de « *coûts administratifs* » laisse entrevoir une sorte de coûts objectifs, qui ne seraient que la conséquence d'un procédé sinon normal, du moins irrésistible en raison du fonctionnement même de l'entreprise. Nous considérons que ces coûts sont la conséquence de la législation sur la protection de l'emploi et de l'ensemble de la panoplie mise en œuvre par le législateur pour permettre au salarié de contester le pouvoir de direction du chef d'entreprise.

²³⁴ *Op. cit.*, p. 21.

4.1.2. Une approche qui renforce l'intérêt de notre recherche et la préfigure

Dans la suite de leur analyse, ils expliquent de quelle façon les entreprises à fort risque de licenciement s'organisent pour échapper aux sanctions financières pouvant résulter de ces mesures, en organisant ce qu'ils appellent une « coquille vide ». Nous reviendrons sur cette évolution de l'entreprise²³⁵. En revanche, et contrairement à ce qu'ils annoncent, ils n'approfondissent pas la notion de « coûts administratifs » en relation avec la LPE. Leur analyse du fonctionnement de la juridiction prudhomme n'est pas suffisamment approfondie et ils prétendent de manière abrupte²³⁶ que le coût direct du licenciement serait limité. Cette affirmation est décalée par rapport à la réalité vécue dans les entreprises telle que nous la démontrons. En outre et d'une manière extrêmement curieuse au regard de leur formation et de leur expérience professionnelle, les auteurs la dissocient de la notion de coût du travail.

En effet, Blanchard et Tirole expliquent que le coût direct du licenciement pour l'entreprise est faible, puisque les allocations chômage sont financées à partir des cotisations sociales proportionnelles à la masse salariale, indépendamment du comportement de licenciement de l'entreprise. Cette concentration sur cet aspect de la question résulte sans doute du fait que leur objectif principal est de responsabiliser l'entreprise au regard du licenciement. Ainsi, ils veulent pour preuve de l'efficacité du système qu'ils proposent la fameuse contribution Delalande qui a existé en France de 1987 à 2006, dont nous ferons l'analyse par ailleurs -et donc nous contesterons à la fois la pertinence sur le plan conceptuel et l'efficacité opérationnelle-, et ils estiment que les indemnités de licenciement légales sont minimales (2/10^{èmes} de mois par année d'ancienneté, comme nous l'avons indiqué, sauf meilleure appréciation de la convention collective).

Enfin, ils se rapportent à une étude de Abowd et Kramarz de 1997 qui estimaient, il y a donc maintenant plus de 18 ans, que le coût d'un licenciement en France était de l'ordre de 77.000 à 129.000 F, en 1992, et correspondait environ à 5 à 9 mois de salaire moyen.

²³⁵ Voir supra, dans la quatrième partie de notre recherche où nous expliquons à partir de cas concrets comment, dans le monde de la TPE et de la PME, l'entreprise s'organise pour échapper aux conséquences patrimoniales de l'indemnisation du licenciement et à son risque ultime : la liquidation judiciaire.

²³⁶ *Op. cit.*, p. 42.

Certes, Blanchard et Tirole admettent que cette somme, évidemment supérieure à l'indemnité de licenciement (à laquelle ils oublient de rajouter l'indemnité de préavis et les congés payés sur préavis) est au-delà du coût de ce que l'on a coutume d'appeler les indemnités légales. Ils reconnaissent également que ce coût est gonflé par l'impact du congé de reclassement qui existe pour les entreprises importantes, des frais de justice et des obligations imposées par les conventions collectives de branche.

C'est en cela que l'approche des deux auteurs préfigure notre recherche. C'est la première fois à notre connaissance que ce type de questionnement est abordé par des scientifiques de ce niveau dans un rapport officiel. Blanchard et Tirole percent la paroi étanche du « politiquement correct » qui empêchait jusqu'à cette date les chercheurs et les analystes de s'aventurer dans de tels domaines sans courir le risque de se voir refuser leur publication ou être mis au ban de la communauté du droit du travail. Ils défrichent la voie. L'originalité de leur propos sera renforcée par l'autorité qui va s'y associer rapidement en raison de la distinction attribuée par l'académie Nobel à Jean Tirole. Mais la preuve factuelle de la justesse de leur raisonnement constitue également un encouragement pour la communauté du management qui ne parvenait pas à se faire entendre en France, à la différence de ses succès dans les pays anglo-saxons.

4.1.3. Ne pas sous-estimer les limites du propos

L'enthousiasme provoqué par cette initiative ne nous empêche pas d'en mesurer les limites au regard de l'analyse que nous développons puisque nous considérons que Blanchard et Tirole ne vont pas assez loin et qu'ils abandonnent en cours de raisonnement quelques données importantes. Ainsi, ils n'évoquent en aucune façon l'impact du coût du licenciement sur le coût du travail et pas davantage de façon argumentée, le poids financier exact des contraintes administratives qui impactent ce coût. Nous en concluons que leurs recommandations au niveau de la mise en œuvre de *l'experience rating* est certes intéressante²³⁷, mais qu'elle est fondée sur des éléments encore imprécis au niveau du coût réel du processus de licenciement et de son impact sur le fonctionnement de l'entreprise.

²³⁷ Nous y reviendrons.

Pour apprécier la portée et l'intérêt du système de *l'experience rating*, il est nécessaire de déterminer complètement et préalablement le coût qui pèse sur l'entreprise pour savoir s'il est opportun ou non de le compléter par le poids de la pénalité spécifique qu'il génère. Certes, les auteurs reconnaissent (page 46) que « *beaucoup des étapes présentes à l'heure actuelle dans le cadre de licenciement collectif dépassent ce rôle d'information et jouent, de fait, le rôle de frein ou même d'obstacle au licenciement* ». De cette façon, ils confortent directement les axes de notre recherche.

Enfin, ils terminent leur analyse en prônant un système unique mais modulé de façon à faciliter l'entrée des jeunes sur le marché du travail et la réinsertion de chômeurs sans créer les effets de seuil présents dans le système actuel, celui de la législation sur la protection de l'emploi issu de la loi de 1973. Ils proposent un contrat unique qui prévoirait une période d'essai pendant laquelle l'entreprise et le salarié pourraient mettre fin à la relation de travail sans droit ni devoir et l'introduction d'une augmentation progressive des droits des licenciés et des devoirs des entreprises en fonction de l'ancienneté et de l'expérience récente du salarié sur le marché du travail.

Cette proposition, au regard de la législation sur la protection de l'emploi, de sa lourdeur et de son antériorité, apparaît en 2005 comme véritablement révolutionnaire, car mettant radicalement en cause le « modèle français ». Jean Tirole y reviendra à plusieurs reprises dans différentes interviews après la réception de son prix, et dans son ouvrage *L'économie du bien commun* (Tirole 2016).

4.2. Le foisonnement des contributions

4.2.1. Le rapport Barthélémy : un retour au classicisme

Le rapport Blanchard et Tirole doit être considéré comme l'un des mieux adaptés à la réalité de l'entreprise. Cette évidence ressort d'autant plus lorsqu'on le compare à d'autres études telles que celle de Jacques Barthélémy et Gilbert, publiée à la *Documentation Française* en 2010 sous le titre *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*.

Tout lecteur potentiel pourrait imaginer, à la lecture du titre, que le coût du travail soit au centre même de la réflexion. En réalité, il n'en est rien. De nombreux éléments relatifs au droit social sont évoqués (le taux de syndicalisation, la notion d'ordre public social

et de liberté collective...). Certes, ces analystes déplorent les coûts et incertitudes de la judiciarisation du licenciement et estiment souhaitable une simplification des procédures juridiques de licenciement qui sont « longues, incertaines et complexes ». Ils soulignent l'asymétrie des risques de telles procédures au détriment des entreprises et se félicitent de l'innovation que constitue la rupture conventionnelle issue de l'accord du 11 janvier 2008 inscrite dans le droit par la loi du 25 janvier 2008²³⁸.

Mais à aucun moment, les auteurs n'abordent l'impact de la situation du droit social français tel qu'il existe actuellement, ou l'effet des propositions qu'ils présentent sur le coût du travail. À plusieurs reprises, ils parviennent en périphérie du sujet, puisqu'ils remarquent par exemple que le taux de contestation des licenciements observés en France est plus élevé que celui qui est observé dans de nombreux autres pays²³⁹. Mais ils ne tirent pas de conséquence au niveau du coût du travail dans l'entreprise de ces aspects de la législation sur la protection de l'emploi.

Il faut attendre la page 86 de ce travail pour prendre connaissance de l'analyse des auteurs concernant le coût des licenciements. En l'occurrence, elle reprend les propositions du rapport de Cahuc et Kramarz²⁴⁰ concernant le paiement d'une indemnité de licenciement croissante avec l'ancienneté mais décroissante en pourcentage des salaires versés par l'entreprise depuis l'embauche du salarié, le paiement d'une contribution de solidarité proportionnelle au salaire versé par l'entreprise depuis l'embauche du salarié et visant à internaliser le coût social du licenciement en contribuant à influencer la prise en charge du reclassement du salarié.

Elle revisite également les propositions du rapport de Messieurs Blanchard et Tirole, déjà cité, qui préconisent d'associer une taxe spécifique au licenciement pour responsabiliser l'entreprise aux coûts sociaux de leur licenciement. Mais ils ne concluent pas sur le niveau du coût du travail dans l'entreprise et aucune de leurs remarques ne concourt à développer ce point.

²³⁸ Il est clair que cette procédure a entraîné une diminution du contentieux prudhommal.

²³⁹ *Op. cit.* p. 81 : comparaison proposée par Cahuc et Kramarz 2004, page 154, reprise par OCDE 2004, pages 74-75.

²⁴⁰ Francis Kramarz, directeur du Centre de recherches en économie et statistiques.

4.2.1.1. *Le rapport Fitoussi Passet du Conseil d'Analyses Économiques*

Le rapport intitulé *Réduction du chômage et réussite en Europe* commandé par le Conseil d'analyses économiques et adressé au premier ministre contient deux textes principaux. Le premier, réalisé par Jean-Paul Fitoussi et Olivier Passet, est intitulé *Réformes structurelles et politiques macro-économiques : les enseignements des « modèles » de pays*. Le second réalisé par Jacques Freyssinet est intitulé *Les réductions du taux de chômage : les enseignements des expériences européennes*. Ces documents sont complétés de commentaires réalisés par les économistes Olivier Blanchard, Edmond Malinvaud et Fiorella Padova Schioppa Kostoris et une étude sur la notion spécifique de durée du chômage présentée par Denis Fougère. Ces travaux font suite à un article novateur rédigé par le même Olivier Passet en collaboration avec David Jestaz publié en 1998 concernant une comparaison entre l'emploi aux États-Unis et au Japon (le modèle flexible de l'emploi au regard du modèle considéré comme rigide par excellence), étant souligné d'ailleurs que la situation japonaise est décrite avec un ensemble de détails qui conduit à modérer la vision exprimée de façon classique et récurrente dans les médias spécialisés²⁴¹.

Ces documents illustrent parfaitement le type même des rapports émis dans les années 1990-2010 -à l'exception du rapport Blanchard-Tirole. Si nous avons décidé d'insister sur ces textes, c'est non seulement parce qu'ils ont marqué un instant de notre réflexion sur la problématique de la protection de l'emploi et du coût du travail, mais également parce qu'ils ont participé de notre décision à approfondir la réflexion sous son aspect management, qui leur était objectivement totalement étrangère. Certes, les puristes de la science économique répondront rapidement que les préoccupations du management ne sont pas les mêmes que les leurs, et qu'en conséquence il est naturel qu'ils n'abordent pas des questions qui peuvent dès lors apparaître relativement triviales. Cependant, et c'est ce type de remarque qui avait suscité notre intérêt, ces économistes sont dans l'obligation d'aborder des éléments relatifs à l'entreprise et qui interfèrent avec son fonctionnement, soit que les éléments qu'ils soumettent à leurs lecteurs proviennent directement de l'entreprise, soit que les leçons qu'ils entendent tirer de leur expérience

²⁴¹ Le Japon développe lui aussi des méthodes permettant aux entreprises une certaine flexibilité.

aient pour objet d'influencer le comportement des dirigeants d'entreprise et des managers. Mais le propos n'est pas aussi clair que nous le traduisons aujourd'hui avec ces mots et ces images. Il en est de même d'ailleurs avec la contribution de Jacques Freyssinet²⁴² : il est à plusieurs reprises obligé d'évoquer ce qu'il appelle la « *législation protectrice de l'emploi* » -ce que nous appelons législation sur la protection de l'emploi, mais il ne s'étend pas sur la notion et ne la définit pas.

Nous allons donc aborder ces deux articles dans un sens évidemment critique en soulignant les aspects qui nous paraissent marquer une insuffisante problématique dans la réflexion.

4.2.1.2. *La contribution de Fitoussi et Passet*

Jean-Paul Fitoussi et Olivier Passet examinent la situation de l'emploi dans une quinzaine de pays de la communauté européenne élargie à l'Australie et aux États-Unis. Ils tentent de classer ces pays en fonction de l'état de leur fonctionnement institutionnel (nous dirons de leur législation) et des conséquences qu'il ou elle emporte sur l'emploi et le niveau du chômage, sa durée, la population concernée, etc. Ils prennent dès le départ quelques précaution de langage : « *Chaque expérience de pays est singulière : elle s'inscrit dans une tradition, une culture, un système anthropologique spécifiques. Elle est comme un précipité qui résulte de la combinaison d'éléments chimiquement purs dont le nombre, la qualité et la pondération sont déterminés par l'histoire du pays* » et les auteurs en concluent « *qu'importer l'un de ces éléments pour le mélanger à d'autres, provenant d'une histoire différente, ne pourra jamais donner le même précipité* »²⁴³.

4.2.1.2.1. Les sept postulats

Ils résument leur analyse à 7 grands points dont nous reprendrons ensuite les détails significatifs, étant souligné que nous ne commenterons que les points qui présentent un intérêt au regard de la problématique de notre recherche. Premier élément dans l'ordre d'importance : « *Les variables institutionnelles, lorsqu'elles sont considérées*

²⁴² Jacques Freyssinet, professeur à l'université de Paris I, directeur de l'IRES qui aborde *La réduction des taux de chômage : les enseignements des expériences européennes*.

²⁴³ *Op. cit.*, p.12

isolément, n'apparaissent pas jouer un rôle déterminant dans l'explication du niveau du chômage. Certaines d'entre elles apparaissent cependant affecter sa structure et sa volatilité ». L'ensemble de notre recherche va devoir s'inscrire en faux à l'égard de ce postulat, en dépit de l'intérêt de la démonstration et son apparente rigueur. Bien entendu, nous n'apportons un commentaire qu'au regard de la situation française, mais c'est précisément cette affirmation qui nous a déterminé à nous lancer dans ce travail de recherche puisque nous considérons que l'une des variables institutionnelles, en l'occurrence la législation sur la protection de l'emploi, lorsqu'elle est considérée isolément, joue un rôle déterminant dans l'explication du niveau du chômage en raison de son effet désincitatif à l'emploi.

Or, ces deux auteurs minimisent le rôle de cette législation. Ils ne l'évoquent que dans leur second postulat, lorsqu'ils approchent la notion de flexibilité. En effet, ils rappellent que la flexibilité au sens de l'OCDE mêle plusieurs caractéristiques institutionnelles, telles que protection de l'emploi, flexibilité des durées du travail, flexibilité des salaires et salaires minimum, entre autres. Mais la législation sur la protection de l'emploi n'est pas retenue comme étant déterminante.

Et pourtant, l'analyse du troisième postulat les conduit à revenir sur ce problème de l'indemnisation. Les auteurs indiquent en effet « *il se peut qu'une moindre indemnisation du chômage, qu'une moindre protection du travail permettront d'améliorer au second ordre les performances en matière d'emploi, mais peut-on imaginer que de telles mesures soient prévues au surcroît de cohésion sociale qu'exige une meilleure coordination des négociations sociales ? Et peut-on légitimer de telles mesures par des preuves empiriques aussi fragiles ?* ». Nous notons à ce niveau que s'ils raisonnent bien dans le cadre européen et leur travail concerne effectivement l'ensemble des pays d'Europe, le cas français ne leur semble pas suffisamment pertinent au niveau de ces deux critères que sont la moindre indemnisation du chômage et la moindre protection du travail.

Quatrième postulat : « *Trop souvent l'effet des institutions est appréhendé au travers de leur niveau. Mais s'agissant d'économies qui ont connu le plein emploi dans un même cadre institutionnel, il serait très difficile de déduire de leur existence même la propension des économies à l'aggravation du chômage* ». Les auteurs poursuivent: « *il*

ne nous semble pas en tous cas que l'évolution des institutions ait grandement influencé celle du chômage. C'est ce qui résulte d'une relation où les variations du chômage sont explicitées par les changements institutionnels. De même lorsque l'on calcule un indicateur de réforme, son évolution n'explique qu'une très faible portion de la part du chômage qui n'est pas expliquée par les chocs macro-économiques ». Nous serons évidemment conduits à revenir longuement au cours de notre recherche sur ce quatrième postulat pour le contester. Nous allons évoquer, dans le cas français précisons-le, des éléments totalement contraires. Mais nous soulignons qu'à l'époque où le rapport paraît, c'est-à-dire au courant de l'année 2000, la législation française sur la protection de l'emploi a déjà 27 ans d'ancienneté (1973-2000). Nous nous trouvons alors dans les six dernières années de l'expérience de la fameuse pénalité Delalande : les indicateurs de réforme peuvent donc être évalués de manière négative ou positive. Il est déjà possible au cours de l'année 2000 de donner un avis sur l'efficacité de la législation française sur la protection de l'emploi, c'est-à-dire de cet aspect institutionnel de la lutte contre le chômage.

Nous ne nous appesantirons pas sur les 5^{ème} et 6^{ème} postulats, à savoir le partage social du travail et la combinaison des politiques macro-économiques. Mais le dernier, qui vient conforter l'ensemble de la réflexion des auteurs et la conclure, ne peut davantage recueillir notre accord au terme de quelque 40 ans de suivi de la législation sur la protection de l'emploi, c'est-à-dire précisément du fonctionnement institutionnel français. Les auteurs affirment la chose suivante : *« Il semble d'une part que les institutions n'ont pas le rôle essentiel qui leur est habituellement prêté dans la littérature sur le sujet, mais que d'autre part, leur cohérence joue un rôle important. L'architecture institutionnelle d'un pays -et nous incluons dans cette architecture le mode de régulation macro-économique- résulte d'un échange social aux termes duquel les arbitrages sont effectués, des compromis sont trouvés (...) or il se peut que les institutions ne fassent que formaliser les pratiques préalables ou des demandes sociales nouvelles, davantage que de créer ex nihilo un cadre juridique optimal* ».

Cette conclusion nous semblait totalement dénuée de fondement, rapportée au cas français, puisque précisément après 27 ans de constat d'application d'un fonctionnement institutionnel concernant la protection de l'emploi (en 2000), nous étions conduits à estimer au contraire que les institutions n'avaient aucunement formalisé des pratiques

préalables. Depuis 1973, elles étaient précisément créées pour contraindre à de nouvelles pratiques. Elles ne correspondaient même pas à des demandes sociales nouvelles : en revanche, elles créaient non pas *ex nihilo* pour reprendre leur formule, mais du moins sur la base d'un espace juridique assez primitif une législation particulièrement lourde qui n'a été au fil du temps qu'en se renforçant et en se complexifiant.

4.2.1.2.2. La confortation de la critique intuitive par l'évolution de l'Allemagne

Nous avons tenté dès cet instant de conforter cette critique très intuitive de l'approche de Jean-Paul Fitoussi et d'Olivier Passet. En 2000, ils distinguent 6 groupes de pays européens et réalisent une classification en fonction de l'efficacité de leur réponse à la problématique du chômage, sur la période 1983-1999. Le premier groupe (États-Unis, Royaume Uni, Pays Bas, Irlande) constitue les pays dont la baisse récente du chômage prolonge une tendance affirmée de long ou moyen terme. Le second groupe (qui comprend également les États-Unis, le Portugal et le Danemark) constitue les pays où l'amélioration récente s'inscrit dans un mouvement lent d'érosion. Le troisième groupe (Autriche, Japon, Norvège et Suisse) constitue les pays qui résistent sur le faible niveau de chômage autour de 5 % de la population active. Le quatrième groupe (Finlande, Nouvelle Zélande, Suède) constitue les pays qu'ils déclarent être en rupture, avec de très faibles niveaux de chômage jusqu'à la fin des années 1980, puis avec une poussée massive au tournant des années 1990. Le cinquième groupe est celui des pays à chômage de masse persistant (Australie, Belgique, Canada), dont le taux est alors de 9 à 10 %. Le sixième groupe est celui des pays à chômage de masse persistant et à tendance croissante (Allemagne, Espagne, France et Italie).

Et les auteurs commentent : « *À eux seuls, ces quatre poids lourds de l'économie européenne représentaient en 1998 un peu plus de 60 % de la force de travail et 73 % des chômeurs de l'Union européenne à 15. Le piètre bilan de l'ensemble européen leur est largement imputable* ». Fitoussi et Passet visent ainsi le piètre bilan du chômage européen²⁴⁴. Ils qualifient donc le premier groupe de groupe « au modèle de résistance ». Puis, ils terminent leurs réflexions en indiquant : « *Concernant la protection de l'emploi*

²⁴⁴ *Op. cit.*, p.19.

(nous traduisons : concernant la législation sur la protection de l'emploi), un certain consensus semble se dégager pour reconnaître le peu d'impact de la réglementation sur le niveau absolu de l'emploi ou du chômage ».

Puis, concernant le processus d'indemnisation, ils ajoutent : « *La plupart des études conduites à l'échelle internationale relèvent que la diminution des prestations de chômage par rapport aux revenus de travail a un effet significatif mais faible à court et moyen terme, sur le niveau du chômage, ou neutre (...)*. » Là encore, à l'époque où nous engageons cette réflexion, nous ne sommes que sur une contestation intuitive. Cela étant, quatre petites années après la publication du rapport, l'Allemagne, qui appartient au 6^{ème} groupe, signe la fameuse convention de Pforzheim²⁴⁵ qui modifie radicalement la vision de ce rapport Fitoussi Passet et les classements dans les différents groupes.

En conséquence, les conclusions du rapport sont mises à mal par l'exemple allemand et nous restons surpris que la spécificité institutionnelle française n'ait pas inspiré aux auteurs une autre réflexion sur le rôle des institutions et des structures du marché du travail.

4.2.2 La position de Freycinet concernant la LPE

Nous adresserons la même critique à l'analyse de Jacques Freyssinet. Lui aussi s'attarde sur l'analyse du rôle des institutions du marché du travail et il y consacre plusieurs pages²⁴⁶. Il s'appesantit sur ce qu'il appelle la législation protectrice de l'emploi, terme synonyme de ce que nous appelons de façon récurrente législation sur la protection de l'emploi. Il part du rapport de l'OCDE déposé en 1999²⁴⁷ qui, en 4 arguments, évacue la réalité de l'impact de la législation sur la protection de l'emploi sur le chômage.

²⁴⁵ Convention signée en 2004 ; signature de l'accord de Pforzheim entre le syndicat *IG Metall* et l'organisation patronale de la métallurgie *Gesammetall* qui permet de déroger aux conventions collectives de branche et introduit ainsi une plus grande flexibilité au sein de l'entreprise. Cet accord inspire de nombreuses entreprises, d'abord dans la métallurgie, puis au-delà, permettant de présenter aux salariés un certain nombre d'efforts en matière d'augmentation de la durée du travail et de réduction du 13^{ème} mois en contrepartie d'un engagement sur la sauvegarde de l'emploi et le réinvestissement dans l'appareil de production. Le gouvernement de Mariano Rajoy mettra en place une mesure identique en 2012 alors que l'Espagne compte 25 % de chômeurs.

²⁴⁶ *Op. cit.*, p. 117 et suivantes.

²⁴⁷ Rapport OCDE 1999. Nous avons comme élément de référence l'ensemble des rapports OCDE depuis 1973.

Premièrement, l'OCDE considère que la LPE n'a que pas ou peu d'effet sur le chômage global²⁴⁸. Second élément : à une législation protectrice de l'emploi stricte correspondent des taux de chômage plus faibles des hommes d'âge très actifs (30-54 ans) et plus élevés des autres groupes, notamment des jeunes. Troisième observation : le taux d'emploi est plus faible dans les pays à LPE stricte mais la relation est inverse pour les hommes d'âge très actifs.

Quatrième observation enfin : à une LPE plus stricte correspondent des mouvements plus faibles sur le marché du travail : les durées d'emploi et de chômage sont plus longues, les risques d'entrée en chômage et les probabilités de sortie du chômage sont plus faibles. L'auteur en conclut que la législation sur la protection de l'emploi n'exerce aucun effet significatif sur le taux de chômage mais influe sur le degré de segmentation du travail et la composition du chômage. Il en veut pour preuve d'autres études dont celle d'Olivier Passet et David Jestaz sur la période 1990-1996, ou l'étude de Stéphan Nickell de 1997 qui porte sur la période 1989-1994 et qui conclut elle aussi à une absence de lien significatif avec la législation protectrice de l'emploi et la législation générale sur les normes du marché du travail.

Sans aborder la question des réformes Thatcher et la modification notable du paysage institutionnel britannique (disparition du *closed shop* en particulier), les auteurs sont bien obligés de constater que le chômage s'est notablement réduit en Grande-Bretagne. Ils considèrent que cette situation est simplement due « *au tassement de la population active sans croissance de l'emploi* »²⁴⁹. Là encore, l'exemple allemand, puis l'exemple espagnol et la politique menée par Mariano Rajoy depuis 2012²⁵⁰, semblent contrecarrer ces affirmations.

Nous terminerons cette lecture critique d'un rapport qui a fortement contribué à notre réflexion par la mise en exergue d'un élément malheureusement commun à l'ensemble de ces contributions : les analystes et les chercheurs excluent de leur réflexion tout élément directement en rapport avec le fonctionnement de l'entreprise. Lorsque nous

²⁴⁸ Rapport OCDE 1999 p. 52

²⁴⁹ *Op. cit.*, p. 122

²⁵⁰ Réformes Rajoy depuis 2012

prenons connaissance de leurs écrits, nous notons qu'ils se situent au niveau macroéconomique et n'envisagent ni la remontée de la perception des acteurs économiques principaux (les chefs d'entreprise) vers leurs cabinets ou leurs universités, ni l'effet inverse c'est-à-dire la prise en compte par ces entreprises des verdicts d'économistes de grande renommée. Le trait est suffisamment surprenant pour être souligné. Si Jean-Paul Fitoussi et Olivier Passet acceptent d'évoquer en fond de leur analyse ce qu'ils appellent « *le découragement de la population à la recherche de l'emploi* » (l'expression est répétée à 4 reprises à la page 66 du rapport), ils n'abordent pas la relation entre la législation sur la protection de l'emploi dans ses différents aspects et l'éventuelle désincitation à la recherche d'emploi.

Ainsi, les intentions et les réactions, fondées ou non, intuitives ou raisonnées, de deux acteurs essentiels du niveau de l'emploi, l'entreprise et de son chef d'une part, le demandeur d'emploi d'autre part ne sont pas examinées par ces auteurs. Ce comportement ne peut surprendre les praticiens du management.

5. L'examen du rapport du Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts en date du 29 mai 1996

Notre revue de littérature n'est pas chronologique : elle n'est pas davantage systématique car elle serait trop longue. Elle cherche à mettre en exergue l'état de la connaissance de notre sujet, le coût du travail dans le contrat de travail français, ce qui apparaît comme une tâche complexe puisque ce thème est soigneusement évité par la plupart de ces documents. Nous avons donc décidé de mettre l'accent sur les rares rapports qui évoquaient cette problématique et d'examiner les documents les plus emblématiques de l'état d'une réflexion, soit en raison de la qualité et le rôle de l'organisme émetteur, soit en raison de ceux de ses auteurs.

Le rapport du CSERC de 1996 constitue l'une des expressions institutionnelles les plus marquantes. En effet, il n'exprime pas seulement le point de vue de la haute administration française sur la situation de l'emploi et des mesures des années 1990 destinées à l'améliorer. Après 20 ans d'application de la législation sur la protection de l'emploi, il démontre également l'absence totale de prise en compte de ses effets sur le

fonctionnement de l'entreprise française et, partant, sur le coût du travail dont il convient de rappeler que sa surveillance est intrinsèquement l'un des fonctions de l'organisme.

5.1. L'approche de la problématique

Son approche de la problématique en fait un modèle du genre et il exprime non seulement la position de l'État, des administrations publiques et parapubliques impliquées, mais au-delà, il nous semble exprimer également le sentiment du corps social. Le conseil supérieur a succédé quelque temps auparavant au fameux Conseil de l'emploi des revenus et des coûts (CERC) qui fut dirigé pendant de longues années par le doyen Vedel et avait pour fonction de porter une expression censée dépasser celle de l'administration.

Cet organisme est un conseil du gouvernement, dont le président est désigné par l'État : à cette date, il s'agit de Pierre Cabanes, conseiller d'État. Alain Juppé, Premier ministre de Jacques Chirac, lui commande le 18 janvier 1996 « *une expertise des effets sur l'emploi et sur les revenus de l'allègement des charges sociales portant sur les bas salaires* ». Il souhaite apprécier la portée des mesures mises en œuvre depuis la loi Balladur du 27 juillet 1993 dans le cadre d'une analyse prospective et d'une comparaison avec les principaux pays européens. Le Premier ministre met à la disposition du conseil les représentants de l'ensemble des administrations impliquées.

Avant d'aborder le contenu de ce rapport, nous devons dire quelques mots quant à sa composition car ils éviteront bien des commentaires. Le CSERC réunit de façon quasiment exclusive des fonctionnaires. Sous la haute direction de Pierre Cabanes²⁵¹, ancien directeur du travail au ministère du Travail, devenu à l'époque du rapport du secrétaire général de Thomson et donc détaché de son corps d'origine, le Conseil d'État, il comprend le directeur général de l'INSEE, un maître des requêtes au Conseil d'État, un ancien ministre de François Mitterrand également ancien administrateur de l'INSEE et polytechnicien de formation, Bruno Durieux, Henri Guaino, commissaire au plan, un professeur des universités à Nice Sophia Antipolis, un conseiller maître à la Cour des

²⁵¹ Pierre Cabanes de la promotion ENA 1964 -1966 (année où Louis Schweitzer intègre la même école) a été directeur du travail en 1975, puis délégué général à l'emploi en 1980. Il quitte ce poste en 1981, lors de l'arrivée de la gauche au pouvoir. Il devient dirigeant de Thomson Brand en 1982, puis secrétaire général en 1986. Il devient président du CSERC en 1994.

comptes et un troisième conseiller d'État. Sur ces 9 membres, les seuls qui puisse arguer d'une réelle expérience de l'entreprise privée sont Pierre Cabanes, en dépit de son appartenance d'origine à la fonction publique, et Raymond Soubie, alors président de la société Altedia, spécialisée dans la recherche et le conseil en droit social et en ressources humaines.

Au-delà de la composition du conseil, les démarches réalisées pour aborder ses thématiques ne sont pas davantage rassurantes quant à leur éclectisme et à l'implication de ses membres dans le fonctionnement de l'économie réelle et du monde des entreprises. S'il précise qu'il a bénéficié de la collaboration de toutes les administrations, le rapport indique également qu'il a sollicité les avis de « *plusieurs personnalités* ». Parmi celles-ci, nous retrouvons le délégué à l'emploi, le directeur du budget, le directeur de la société Bernard Bruhnes, consultant, le président de l'Observatoire français des conjonctures économiques (Jean-Paul Fitoussi), le directeur de l'Institut de recherches économiques et sociales, Jacques Freyssinet, l'incontournable Edmond Malinvaud²⁵², à l'époque professeur honoraire au Collège de France, le directeur de la prévision et le directeur de la Dares. Nous remarquons immédiatement qu'aucun représentant des partenaires sociaux n'est cité, qu'il s'agisse d'ailleurs des syndicats de salariés ou des syndicats patronaux. De même, en dehors d'une consultation officielle qu'il semblait nécessaire de réaliser, aucune contribution personnelle émanant d'un syndicaliste ou d'un chef d'entreprise n'a été sollicitée. Ce double constat, qui révèle l'une des constantes du fonctionnement français, marque à la fois les limites de ce type d'exercice et l'incapacité du pouvoir politique. En l'occurrence, il est encore détenu pour quelques mois par Jacques Chirac et Alain Juppé. Les deux hommes de droite, comme leurs prédécesseurs de gauche, ne parviennent pas à imposer à leurs conseils de rechercher ailleurs une autre opinion, une autre vérité que celle qu'ils connaissent déjà. Nous avons déjà relevé et critiqué la récusation totale de l'avis des entreprises et de leurs dirigeants et leur exclusion de la sphère de réflexion préalable à la décision²⁵³ : elles sont parfaitement exprimées par ce rapport. En résumé,

²⁵² Edmond Malinvaud (1907-2005) est polytechnicien. Directeur de l'ENSAE, puis directeur de la prévision au ministère de l'Économie, il devient directeur de l'INSEE de 1974 à 1987. Il occupe par la suite une chaire au Collège de France. Il est auteur de nombreux ouvrages de référence sur l'économie française et auteur de nombreux rapports.

²⁵³ Ou en l'occurrence postérieure à celle-ci.

deux anciens élèves de l'ENA (Jacques Chirac et Alain Juppé) commandent à un autre élève de l'ENA, un peu plus jeune qu'eux (Pierre Cabanes) un avis sur la mise en œuvre et l'efficacité d'une politique mise en œuvre... par les élèves de l'ENA et de Polytechnique depuis 20 ans. Nous retrouvons cette pratique de l'entre-soi déjà dénoncée et dont les effets ne peuvent être que limités. Cela ne nous conduira à révéler dans chacune des analyses de ce rapport ou de ces propositions l'absence du sentiment et de l'expertise de l'entrepreneur... alors que la valeur de ceux-ci est au moins égale à celle des fonctionnaires, et sans doute supérieure au regard de sa confrontation directe, quotidienne et concrète à la problématique des coûts du travail. Nous remarquons donc à la lecture de la liste des membres du conseil et des membres du panel consultés qu'aucun d'entre eux, à une exception près (Raymond Soubie), n'est confronté quotidiennement au paiement des salaires de ses employés et au règlement des chèques à destination de l'Urssaf, des caisses de retraite et du Garp !

5.2. L'analyse

Notre objectif n'est pas de reprendre la totalité du rapport en le détaillant, nonobstant le fait, comme nous l'avons déjà indiqué, que ces quelque 70 pages en font réellement un modèle du genre. Il consiste à relever les aspects les plus frontalement contraires à la réalité vécue de l'entreprise, conséquence naturelle de l'exclusion *a priori* du chef d'entreprise du cénacle des personnes susceptibles de communiquer leur expérience.

Le rapport est divisé en quatre parties principales. La première analyse les mesures qui ont déjà été prises, la seconde est consacrée aux bas salaires, la troisième au coût du travail et la dernière aux conséquences économiques de ces opérations.

5.2.1. Les allègements de charges : une réalité qui prouve l'existence d'une problématique (l'excès de charges sur le salaire et l'excès du coût du travail au niveau des bas salaires)

Le premier chapitre intitulé *Analyse des mesures* passe en revue l'ensemble de celles mise en œuvre par Édouard Balladur depuis son arrivée au pouvoir. Il rappelle l'importance de l'effort budgétaire consenti par la nation en contrepartie. Il s'agit d'une constante du rapport : à plusieurs reprises, celui-ci insiste sur le coût fiscal global que génèrent les allègements généraux de cotisations sociales et plus globalement de charges. Ainsi, il les évalue pour 1995 à 21 milliards de Francs et considère qu'elles

sont « *un élément de la restructuration du prélèvement social et fiscal, transférant partiellement le financement de la protection sociale vers d'autres revenus que le salaire* » ce qui signifie que c'est globalement l'impôt, quelle que soit sa source, qui va financer l'allègement de cotisations. Le rapport considère que, toujours pour 1995, le nombre d'emplois concernés par les allègements est de 4,5 à 5 millions et que parmi cette masse de salariés, 1,6 millions environ bénéficient (en équivalent année entière) de mesures ciblées.

Au 1^{er} octobre 1996, la baisse des charges représentera globalement 12,4 % du coût du travail, l'impact varie en fonction du niveau de la rémunération. L'impact est maximal, à hauteur du smic, qui est à l'époque 6.250 F., puisque le taux de cotisations en pourcentage du salaire brut est égal à 28,6 %, alors qu'il repasse successivement à 35,5 % à 1,1 smic, 41,4 % à 1,2 smic et 44,1 % à 1,3 smic. À 2 smic, le taux de cotisations en pourcentage du salaire brut atteint 46,8 %.

Le rapport insiste sur l'objectif des allègements de charges : favoriser l'emploi des peu qualifiés et le travail à temps partiel. Le public cible est « *celui des personnes pour lesquelles on cherche à surmonter un obstacle à l'embauche, notamment les jeunes et les chômeurs de longue durée, des catégories d'employeurs* » (entreprise nouvellement créée par exemple). L'abaissement des cotisations sociales est parfois le seul instrument de l'aide ou accompagne d'autres leviers (niveau de rémunération, formation, prime, allègement de la législation au travail). Quelques lignes plus loin, le rapport souligne qu'il s'agit « *en modifiant les conditions de formation des coûts salariaux, d'infléchir durablement les décisions d'embauche ou la rentabilité des différentes productions* »²⁵⁴.

5.2.2. Conclusion du premier chapitre du rapport : l'absence de définition de la notion de coût avant l'examen de la problématique des coûts

Arrivé à la conclusion du chapitre 1^{er}, le CSERC s'interroge sur le fait de savoir si la politique d'allègement des charges sur les bas salaires serait une « *originalité française* » et sans surprise sa réponse est positive : « *la politique d'allègement des charges sociales sur les bas salaires apparaît assez originale au sein des politiques*

²⁵⁴ *Op. cit.*, p. 17 et 18.

poursuivies dans la majorité des pays membres de l'Union Européenne »²⁵⁵. Le conseil constate que partout en Europe, le taux de prélèvement social est nettement plus faible qu'en France, mais que le prélèvement social direct est plus élevé. Seconde observation qui distingue le cas français des situations des états comparables : « *l'insertion des jeunes passe en partie par des minima de salaires inférieurs à ceux pratiqués pour les plus âgés* ». Enfin, troisième observations : nombre de pays européens se sont orientés vers un abaissement des cotisations patronales. Détaillant quelques exemples, le Conseil note que l'Allemagne exonère de charges sociales les emplois de faible importance. Il oublie de noter qu'à cette même période, en Allemagne, il n'existe pas de salaire minimum : nous rajoutons cette précision à cet instant de notre analyse.

Au terme de ce chapitre 1^{er} du rapport, nous sommes évidemment dans l'obligation de noter quelques observations qui apparaissent essentielles au regard de notre recherche. Tout d'abord, nous notons qu'à aucun moment, ne serait-ce que par convention, le conseil, dont la mission est d'examiner les coûts, ne propose une définition des coûts. Cela constitue à notre sens une erreur conceptuelle qui prive l'analyste d'une base claire pour exprimer une éventuelle contradiction. Il est possible qu'implicitement le conseil se fonde sur la définition des coûts telle que l'admettent à cette époque les règles comptables. Mais précisément, compte tenu de la différence d'appréciation qui existe entre ces différentes autorités qui sont chacune aptes à se prononcer sur la notion de coût et son ampleur, il nous semble nécessaire qu'un organisme tel que le CSERC affiche sa propre conception des coûts. Nous notons à cet égard que son prédécesseur le CERC ne s'était pas aventuré davantage dans la recherche d'une définition.

La seconde observation que nous proposons dans la logique de la précédente est la carence de la définition implicite que le CSERC donne à la notion de coût du travail. En effet, la lecture du rapport nous permet de comprendre que le conseil n'inclut en aucune façon dans cette définition implicite les éléments complémentaires figurant dans la nomenclature que nous allons proposer : coûts de rupture du contrat de travail, décidés par l'entreprise ou fixés par le juge, ce que nous nommons les coûts occultés, coûts différés obligatoires ou coûts différés exceptionnels. Cette exclusion de ces deux coûts

²⁵⁵ *Op. cit.*, p. 21.

occultés est évidemment de nature à perturber l'analyse du CSERC et ce, à deux niveaux. Au premier, le Conseil exclut par principe l'effet de ces mesures d'allègement sur les coûts différés obligatoires, tels que le préavis. Mais surtout (second niveau de l'analyse), en méconnaissant ces coûts -et à ce niveau nous évoquons l'ensemble des coûts de la nomenclature que nous tentons de définir dans notre recherche- le Conseil exclut de son raisonnement plusieurs effets de frein sur l'embauche et en particulier sur l'embauche des moins qualifiés, alors qu'il se fait fort, par les mesures d'allègement du coût, de limiter ces effets. Comment peut-il envisager les effets d'allègement des coûts du travail et éventuellement les critiquer en mesurant leur ampleur et leurs conséquences sur telle ou telle catégorie de demandeur d'emploi, en ignorant parallèlement l'effet désincitateur de la LPE et son coût spécifique sur l'emploi ?

Nous nous trouvons ici au centre du paradoxe que révèle ce rapport : il ne sera pas le seul bien entendu et nous pouvons considérer que cet écueil est consubstantiel à la composition de l'organe et au choix du panel des personnes consultées, c'est-à-dire à la critique du fonctionnement institutionnel par les membres des institutions. Ce paradoxe nous apparaît d'autant plus inquiétant qu'à plusieurs reprises au cours de ces développements, le rapport approche des effets pervers ou incertains des mesures d'allègement. De même, il évoque la spécificité du cas français concernant l'excès des charges qui pèsent sur le salaire et donc sur l'entreprise. À aucun moment, à la date du 23^{ème} anniversaire de la loi de 1973 et du 10^{ème} anniversaire de l'amendement Delalande (le rapport est rendu le 29 mai 1996), ce texte n'aborde la législation sur la protection de l'emploi. En ne l'abordant pas, il évite évidemment d'en faire la critique et de relier celle-ci à la problématique des coûts du travail.

5.3. *L'examen du chapitre 3*

Nous passons directement au chapitre 3 du rapport intitulé frontalement « *Le coût du travail* ». Le titre du chapitre n'emporte pas pour autant un retour vers une définition de ce coût. Les auteurs exposent seulement qu'il leur semble nécessaire de situer le niveau du coût du travail en France et ils admettent que « *en ce qui concerne les emplois soumis directement à la concurrence internationale, on analyse par rapport aux pays industrialisés le niveau du coût salarial moyen en France et sa dispersion. Pour les pays à très bas salaire, les écarts de coûts sont tels qu'une baisse des charges ne saurait les*

résorber. Les pays pour lesquels les allègements de charges peuvent modifier significativement la compétitivité industrielle sont plutôt des pays industrialisés et notamment de l'Europe (...). Un coût salarial moins élevé dans ces secteurs peut permettre le développement d'activités plus fortement utilisatrices d'emplois peu qualifiés. Un niveau trop élevé du coût du travail minimal pourrait être un frein au développement de telles activités. »

Le premier paragraphe concerne non pas la définition mais une réflexion sur le coût salarial moyen. Là encore, de façon abrupte et sans en apporter la démonstration, le rapport expose que « *La France ne souffre pas d'un handicap particulier de coût salarial par rapport à la moyenne des pays industrialisés. Comme le rappelait le premier rapport du CSERC, ce constat repose sur 4 approches différentes* ». Nous nous trouvons face à l'auto confirmation par le conseil non seulement de la parfaite acception d'un coût salarial qui n'a pas été autrement défini, mais en outre de l'affirmation sans comparaison objective et complète -nous soulignons que la complétude de l'observation nécessite la prise en compte de notre conception des coûts- de ce que la France n'aurait donc pas de handicap au regard des autres pays industrialisés.

En revanche, les auteurs veulent pour preuve de l'excellence de leur constat concernant cette absence de handicap, le fait que le partage de la valeur ajoutée entre la rémunération du travail et celle du capital aurait retrouvé au cours des années 1993-1996 « *un cours d'équilibre de longue période* ». Sur la période précédente -1974-1984- en raison du choc pétrolier, il y aurait eu une déformation excessive en faveur du travail. Seconde observation : le coût salarial par unité produite aurait évolué de façon parallèle au sein des grands pays industriels entre 1973 et 1986. Cette affirmation est radicalement inexacte si l'on prend en compte les spécificités de la législation sur la protection de l'emploi en France.

Troisième observation : les coûts horaires du travail dans l'industrie se situeraient en France dans la moyenne des pays industriels. L'inexactitude de ce propos résulte de la même critique. Elle est accrue par l'absence de prise en compte de la spécificité de la situation allemande, même compte tenu de la réunification en dépit de la mention concernant la différence entre le coût horaire de la main-d'œuvre en industrie en Allemagne de l'Ouest et le coût horaire de la main-d'œuvre dans l'industrie en

Allemagne de l'Est²⁵⁶. Au regard d'un indice 100 pour la France, seuls se trouvent au-dessus de ce montant l'Autriche, les Pays Bas, le Danemark, la Belgique (ils se situent entre 101,02 et 107). L'Allemagne de l'Ouest se distingue nettement avec 123,2.

Les effets de la législation sur la protection de l'emploi ne sont donc aucunement pris en compte alors que l'on sait qu'elle est beaucoup moins rigoureuse en Allemagne, en Belgique, au Danemark, aux Pays Bas ou en Autriche. Elle est effectivement relativement sévère en Italie et en Espagne qui ont un coût de 99 (la France étant toujours en référence 100) et de 76,6 respectivement. Quant aux États Unis, dont on sait que la législation sur la protection de l'emploi est également quasiment inexistante, le coût du travail est estimé à 79,5.

Ainsi, l'occultation de la législation sur la protection de l'emploi permet au Conseil de procéder à des comparaisons qui ne nous semblent pas pertinentes au regard de la réalité de sa situation et qui surtout ne sont pas de nature à permettre une conclusion sur l'éventuelle incitation de l'employeur à pratiquer une embauche. En effet, si le coût salarial moyen est sous-estimé dans les conditions que nous précisons, c'est-à-dire en raison de l'occultation totale de la législation sur la protection de l'emploi, en revanche les entreprises tiennent compte de l'aspect financièrement pénalisant de cette législation. Enfin, le conseil ignore l'aspect psychologique, c'est-à-dire la pesanteur sur l'emploi de l'existence de cette législation. Ces deux aspects sont radicalement occultés par le rapport.

Le reste du chapitre consacré au coût du travail ne nous paraît pas apporter d'élément d'information essentiel, et en tout état de cause, ne remet pas en cause l'analyse que nous venons d'effectuer.

5.4. Une reconnaissance a minima en dépit de l'occultation des effets de la LPE

Le Conseil admet²⁵⁷ pourtant que « la France est, avec l'Italie, le pays de l'Europe des 12 où le taux de cotisations patronales est le plus élevé. Dans la plupart des pays

²⁵⁶ Le coût passant de 123,2 à 63,6, l'indice 100 étant celui de la France.

²⁵⁷ Rapport du C.S.E.R.C., 1996, p. 50.

européens, le taux de cotisations sociales est constant ou dégressif. » Il ajoute (page 51) « la France est, dans l'ensemble des pays européens, celui dont les cotisations sociales (patronales et salariales) sont les plus élevées des cinq niveaux de salaire pris en compte ». Effectivement, le tableau produit prouve que le prélèvement sur le salaire minimum atteint 40,5 % alors que le plus élevé dans des pays de l'Europe est celui de l'Italie avec 36,8 %. Mais le Royaume Uni est de 11,1 %, et en Allemagne de 32,3 %. Sur le salaire moyen de l'ouvrier, le taux est de 42,9 % en France, ce qui signifie qu'il s'agit d'un taux progressif, alors qu'il passe à 16,3 % au Royaume Uni, reste à 32,3 % en Allemagne et se situe toujours à 36,8 % en Italie.

En 1996, la France est déjà en tête de tous les états européens pour le prélèvement des cotisations patronales et salariales calculées sur le salaire, étant souligné que la fiscalité directe sur les individus est plus faible dans ce pays que dans les autres, ce qui objectivement pour les entreprises n'améliore en aucune façon leur situation.

Le Conseil tente d'expliquer cette spécificité française en exposant que pour le salarié, la situation n'est pas si défavorable qu'elle pourrait le paraître, puisque son salaire disponible après impôt ne serait pas sensiblement différent de la moyenne européenne. Le tableau souligne cependant que l'Allemagne, la Grèce, le Luxembourg, les Pays Bas, le Portugal et le Royaume Uni sont situés largement au-delà de la France et que la différence atteint 10 points pour l'Allemagne, le Luxembourg et le Royaume Uni²⁵⁸.

L'ancien CERC devenu CSERC sera finalement dissous en n'ayant, sauf erreur ou omission de notre part²⁵⁹, jamais procédé à une analyse circonstanciée de la notion de coût de l'emploi et sans jamais avoir travaillé sur des problématiques essentielles telles que les coûts cachés du travail, par exemple.

Le rapport 1996 est parfaitement représentatif de l'état d'esprit commun dans ces années 1990-1996, en dépit du retour au pouvoir de la droite néogaulliste. Deuxièmement, il se situe dans la logique d'un fonctionnement qui est essentiellement administratif, qui

²⁵⁸ *Op. cit.*, p. 53.

²⁵⁹ Des documents de travail internes au CSERC nous auraient échappé -sans avoir jamais procédé à une définition de son acception du coût du travail et en tout état de cause à une introspection lui permettant d'exposer un coût qui comprenne les éléments que nous répertorions dans la nomenclature que nous proposons.

exclut par principe toute référence au monde de l'entreprise. La démonstration qui résulte de ce rapport est éclatante à ce niveau. Pour les organes politiques, administratifs ou para-administratifs de cette société française des années 1990-2000, l'entreprise n'existe pas comme partenaire obligé d'une définition (celle du coût du travail) et partant, des politiques qui peuvent être mises en œuvre à partir de cette définition.

Troisième observation : les scientifiques et économistes les plus en vogue à cet instant ne voient pas d'inconvénient à cet ostracisme. Quelques années après la disparition du Conseil supérieur sur l'emploi, les revenus et les coûts, l'État a décidé de reconstituer un cénacle de nature équivalente. Il a donc constitué un organisme qui porte le nom de France Stratégie et qui a émis en 2017 un rapport intitulé *Le suivi du CICE en 2017*. Nous n'avons pas jugé utile de commenter ce document qui a paru quelques semaines avant la sortie des ordonnances du mois de septembre 2017 et qui ne semble pas apporter à notre recherche des éléments déterminants.

Nous nous bornerons donc à un commentaire sur la constitution de cet organe et sur son fonctionnement tel que nous pouvons l'approcher. À cet égard, nous formulerons deux observations. La première concerne sa composition : si elle semble tout aussi rigide dans le processus décisionnel qui la gouverne que celle qui présidait à la composition du CSERC, il est nécessaire d'observer qu'à 20 ou 30 ans de distance, plusieurs personnalités du monde entrepreneurial et du monde syndical sont associées, et ce, de façon officielle. Compte tenu de la date de création de France Stratégie, comparée à la date de création du CSERC, il aura donc fallu plus de 40 ans pour qu'une adéquation entre le monde économique réel et le monde économique revisité par l'administration soit enfin établie..., étant souligné que la représentation des forces vives du monde économique passe à travers un ensemble de filtres qui évitent les remontées virulentes du terrain. Ce progrès n'est cependant pas à négliger.

De même, la direction de cet organisme n'est plus conférée à un conseiller d'État, sans expérience aucune du monde de l'entreprise, et en tout état de cause de la PME, comme ce fut le cas par le passé.

En revanche, le problème de la démarche intellectuelle suivie par ce nouvel organisme France Stratégie reste entier. À la date de ce jour, nous n'avons pas connaissance de la définition qu'il propose du coût du travail.

6. La récusation frontale de l'importance des aspects économiques de la relation de travail dans l'entreprise : quelques contributions en provenance de l'Université

Nous avons décidé de séparer clairement ces analyses -supposées critiques- du coût du travail de la position officielle des institutions : la norme fiscale, la norme comptable, la vision des partenaires sociaux, en l'occurrence du seul du seul syndicat qui nous ait adressé un corpus, la CFDT. Puis nous aborderons la vision de l'institution judiciaire saisie par les partenaires sociaux de différentes questions relatives au coût du travail.

Mais dans ce chapitre consacré à l'approche -supposée critique- du coût du travail par les conseils du gouvernement ou les assemblées, nous avons recherché des exemples qui se situent au-delà de ce type de contributions, à la limite entre l'analyse critique et la vision des institutions. Ainsi, que dire de la position de certains laboratoires universitaires qui travaillent sur la notion de coût, travaux parfois encouragés -parfois commandés- par des organisations syndicales. Nous avons donc fait le choix d'analyser l'une de ces productions intellectuelles, en l'occurrence celle du laboratoire Clersé de l'université de Lille 1, réalisées sous la direction de Laurent Cordonnier, universitaire, auteur de plusieurs ouvrages sur le travail, notoirement classé à gauche²⁶⁰.

6.1. Une étude spécifique sur le coût du capital

L'étude du laboratoire Clersé date de 2013 et elle est produite sous les signatures de Laurent Cordonnier, Thomas Dallery, Vincent Duwicquet, Jordan Melniès et Franck Vandeveld. Il s'agit d'un texte fortement engagé (commandé semble-t-il par la CGT²⁶¹) sur le coût du capital et ce surcoût, cette étude étant sous-titrée : *Sens de la notion, mesure et évolution, conséquences économiques*. Les rédacteurs souhaitent démontrer

²⁶⁰ Laurent Cordonnier, *Pas de pitié pour les gueux*, Liber raison d'agir, 2000. Ce livre est consacré aux théories économiques du chômage.

²⁶¹ Dans un article qu'il écrit au profit du *Monde diplomatique* en juillet 2013, Laurent Cordonnier présente la thèse développée dans l'étude confirmant d'ailleurs que celle-ci a été demandée par la Confédération Générale du Travail et l'Institut de Recherche Économique et Sociale.

que les problèmes rencontrés par l'économie française, en particulier au niveau de l'exportation des produits manufacturés, ne relèvent pas d'un excès du coût du travail mais au contraire d'un excès du coût du capital. Ils considèrent que ce dernier est discriminant pour les entreprises en raison d'un surcoût constitué par : « *la différence entre la rente financière totale et le coût financier inévitable, assurant la mise à disposition des unités de production du capital productif*²⁶². » Ils estiment que la rente annuelle induite représenterait entre 50 et 70 % du coût réel annuel des biens capitaux neufs.

Pour soutenir leur analyse, ces chercheurs sont évidemment conduits à effectuer une comparaison entre le coût du capital, le surcoût qu'ils dénoncent et le coût du travail. Nous retrouvons dans cette étude la même incertitude au niveau de la notion de « coûts salariaux » que celle qui existe dans les textes destinés au grand public ou dans les rapports que nous avons examinés. Si, dans les vingt premières pages, les auteurs citent à de nombreuses reprises la notion de « coûts salariaux » ou de « coûts du travail », nous avons vainement cherché une définition de ce coût. Certes, en agglomérant différentes notions qui apparaissent au fil de l'étude, nous parvenons à cerner ce que les auteurs considèrent comme étant les éléments constitutifs du coût du travail, mais il faut réaliser un effort de lecture pour comprendre leur approche.

Ainsi, Laurent Cordonnier et son équipe se situent pleinement dans le périmètre de la critique que nous développons à l'égard de l'université. Un présupposé idéologique puissant conduit des chercheurs de haut niveau à négliger la définition d'un élément essentiel à la logique de leurs études. Certes, ce défaut n'enlève rien à l'intérêt du raisonnement qu'ils développent sur le surcoût du capital. En revanche, il empêche le lecteur de réaliser une analyse complète des phénomènes objets de cette étude, c'est-à-dire de la confrontation entre le coût réel du travail et le coût ou le surcoût éventuel du capital, avec leurs conséquences sur le prix de revient des objets manufacturés et, au-delà, sur les problèmes que connaît l'économie française pour exporter.

²⁶² Laurent Cordonnier, Thomas Dallery, Vincent Duwicquet, Jordan Melniès, Franck Vandeveldel, Université Lille I, Sciences et Technologies Clersé, janvier 2013, p. 11.

6.2. *Une intervention de Frédéric Guiomard sur la notion de droits fondamentaux lors d'un colloque à l'université de Paris X Nanterre en 2003*

Nous avons relevé dans les ouvrages de droit du travail le fait que le chef d'entreprise n'était désigné que par le vocable « l'employeur » ce qui réduisait sa dimension et l'ampleur de son rôle dans l'entreprise. De cette façon, ils limitent également le périmètre de leur analyse au pouvoir exercé sur le personnel par celui qu'ils appellent « *l'employeur* », avec une tendance prononcée, qui se situe dans la logique du comportement que nous avons déjà dénoncé, à « victimiser » les salariés placés sous le contrôle de « l'employeur ». Dans cette optique, le salarié serait victime d'un comportement par essence et par nature fautif de l'employeur.

Nous avons démontré que la notion de sujétion, sinon celle de contrainte, si elle était réelle, résulte bien d'un contrat et donc d'une acceptation par le salarié de ce lien de subordination. L'article de Frédéric Guiomard²⁶³ est l'exemple-même du commentaire limité et orienté du rapport de sujétion qui peut exister entre le salarié et le chef d'entreprise ou son représentant, le manager. Cet article date d'une quinzaine d'années, mais il reste tout à fait d'actualité au regard de sa structure. En effet, l'auteur ne peut prétendre qu'il n'aurait pas eu le loisir de développer de manière différente son analyse.

6.2.1 **Une vision limitée, non par convention mais par conviction, un exposé « hors sol »**

Dès le départ, la vision présentée au lecteur est limitée, non pas par convention, mais par affirmation résultant d'une conviction : « *Les pouvoirs de l'employeur : désignent toutes les prérogatives de l'employeur qui lui permettent d'exiger quelque acte ou activité du salarié* »(...) *le contrôle désigne les mécanismes qui permettent d'assujettir l'exercice de ce pouvoir aux conditions désignées par le droit.* »²⁶⁴ L'énoncé du sujet (droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur) est suffisamment ouvert pour que le lecteur puisse croire un instant qu'il s'agisse de l'ensemble des droits fondamentaux qui se confrontent ou s'affrontent dans l'entreprise, au sens large. En fait,

²⁶³ Frédéric Guiomard, *Les droits fondamentaux et le contrôle des pouvoirs de l'employeur*, communication au séminaire des droits fondamentaux, Université de Paris X Nanterre, 2 mai 2003.

²⁶⁴ Article de Frédéric Guiomard du 9 mai 2003, p.1.

la lecture des premières lignes permet de comprendre que l'objet du texte n'est en réalité que l'exercice des droits fondamentaux du salarié, et que ceux du chef d'entreprise ou de l'entreprise elle-même, (personne morale ou personne physique), échappent au périmètre de la réflexion. Au terme de son introduction, l'auteur formule sa problématique : « *Il apparaît que de la rencontre entre les pouvoirs de l'employeur et les droits fondamentaux [sous-entendu les droits fondamentaux du salarié] conduit à une double mutation des premiers [sous-entendu les pouvoirs de l'employeur]. En premier lieu, [les droits fondamentaux] conduisent à un renouvellement de la conception même du pouvoir et de son exercice dans l'entreprise. Ils permettent en conséquence un renouvellement des techniques judiciaires de contrôle des prérogatives patronales* ».

Il ne s'agit pas pour nous de viser spécifiquement un auteur ou un article. L'intérêt de ce texte réside dans le fait qu'il résume magistralement la pensée de la majorité écrasante de la doctrine avec ses aspects classiques (la défense de la LPE) et ses spécificités : l'ignorance de la réalité du vécu de l'entreprise. L'auteur n'aborde pas les fondements du pouvoir de direction de l'employeur, et il n'aborde pas davantage la relation entre ce qu'il appelle les droits fondamentaux du salarié et la notion d'emploi elle-même. Il ne les approfondira pas davantage au cours des 33 pages suivantes de son article.

6.2.2. L'idée, largement répandue dans le monde universitaire, selon laquelle seul le salarié bénéficie de droits fondamentaux

La première partie, intitulée *Les pouvoirs de l'employeur confrontés aux droits fondamentaux* encourt naturellement la même critique. En effet, si l'auteur se fait fort « *d'identifier les actes de pouvoir de l'employeur et d'en chercher les ressorts* », cette identification et cette recherche ne visent qu'à « *vérifier la conformité de l'exercice de ces pouvoirs avec les droits fondamentaux* ». Il va même jusqu'à souligner que les pouvoirs de l'employeur seraient en quête « *de fondement* ».

Cet aspect interpelle quant à l'antériorité de la réflexion sur la notion de pouvoir de direction dans l'entreprise. L'auteur semble ignorer que des dispositions juridiques spécifiques existent depuis 1789 dans la déclaration des droits et dans le code civil. Ainsi, il évacue de sa réflexion le fondement même du pouvoir de ce qu'il appelle « *l'employeur* » et que nous requalifions « chef d'entreprise ». Il borne volontairement

sa réflexion, refuse d'examiner le contexte de l'action entrepreneuriale qui précède et qui dépasse naturellement la simple fonction d'employeur. Le fait de vérifier que le pouvoir de direction « *ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux du salarié* »²⁶⁵, ne constitue pas en soit une étude du pouvoir de direction et le signe de la compréhension de l'action entrepreneuriale dont la signature du contrat de travail et son suivi ne sont évidemment que deux aspects spécifiques parmi d'autres.

L'auteur s'attache donc au respect de la vie privée du salarié, au respect de sa liberté de penser et de sa liberté religieuse. Il insiste lourdement sur l'égalité de traitement, la non-discrimination dans le droit social contemporain..., sous-entendant d'ailleurs en filigrane que l'exercice du pouvoir de direction dans une entreprise porterait naturellement atteinte à ces droits. À partir de la page 11, il aborde ce qu'il appelle « l'exigence de justification » et met derechef en cause « *le caractère discrétionnaire du pouvoir de l'employeur* ». L'employeur « *ne saurait invoquer le seul bénéfice d'un pouvoir pour faire admettre la légitimité de ses actes. Dès lors que l'exercice d'un pouvoir est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des salariés, l'employeur doit au contraire justifier des raisons qui l'ont conduit à adopter la mesure en question. Cette exigence de justification est un trait marquant des évolutions des formes de contrôle du pouvoir patronal* ».

Le propos est caractéristique du comportement critique de l'école française de droit du travail. L'auteur qualifie de « *discrétionnaire* » le pouvoir de « *l'employeur* ». Il suspecte la légitimité de ce pouvoir (le terme « *légitimité* » est employé) alors même qu'il se refuse parallèlement à aborder la notion de contrat, c'est-à-dire le fondement juridique de la relation entreprise/salarié. Il récuse ainsi la vision contractualiste des rapports de travail -mais sans s'appesantir sur la problématique juridique elle-même. C'est ainsi qu'apparaît en pleine lumière la différence entre les conceptions françaises de cette école et les conceptions anglo-saxonnes.

L'auteur évoque ensuite l'ensemble des textes qui visent à protéger l'exercice des droits fondamentaux du salarié, dont l'article 30 de la charte des droits fondamentaux de

²⁶⁵ *Op. cit.*, p. 6.

l'Union européenne, l'article 2 de la directive 2000/78 sur les discriminations... c'est de cette façon qu'il revient, et cette fois-ci à juste titre, à la loi de 1973 et à l'émergence de la garantie de fondement (expression que cependant, nous ne retrouvons pas ainsi formulée dans son texte).

6.2.3. Le chef d'entreprise réduit à sa compétence d'employeur et la contestation du pouvoir de direction

Le paragraphe relatif au fondement des pouvoirs de l'employeur permet de pointer la partialité de cette réflexion. Alors qu'il aborde la page 16 de son article, Frédéric Guiomard n'a toujours pas évoqué la relation existant entre le pouvoir de direction de « *l'employeur* » et l'organisation du travail dans l'entreprise. Il ne dit pas un mot sur le comportement du salarié en application des instructions de l'employeur dans le cadre du processus de production, et la maîtrise par l'entreprise du coût du travail. Au terme de l'article, le lecteur n'aura pas davantage reçu une information sur ces deux questions essentielles qui fondent et structurent le fonctionnement d'une entreprise.

Ainsi, la poursuite de sa réflexion ne peut se situer que dans un contexte incantatoire, visant à dénoncer ce qu'il considère comme des atteintes déraisonnables au droit des salariés. Il vise précisément l'ancien article L.120-2²⁶⁶ du code du travail qui interdit les mesures qui ne soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir ou proportionnées au but recherché, c'est-à-dire le texte qui introduisait la notion d'acte raisonnable. Il évoque la licéité du but sur laquelle nous avons bien entendu déjà travaillé et enfin, en partant du fameux arrêt *Criggs* de la cour suprême américaine, Frédéric Guiomard aborde la notion de *business necessity*.

Il convient de s'y attarder quelques instants car c'est le seul moment où l'intérêt de l'entreprise réapparaît. Le détour est en lui-même intéressant : on aurait pu penser en effet que les fondements juridiques que nous avons abordés auraient été suffisants pour que l'auteur s'engage derechef sur cette voie. Il préfère le détour par cet arrêt extrait de l'espace juridique américain et ne revient que postérieurement aux notions classiques de droit de propriété, de liberté d'entreprendre. Le texte se poursuit par une succession

²⁶⁶ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

d'affirmations abruptes et hautement contestables, telles que « *les droits fondamentaux des salariés portent rarement atteinte aux droits de propriété* »²⁶⁷. Et parallèlement, persiste une absence de développement sur la relation existant entre le pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise et le déroulement même du processus de production, et en particulier le coût du travail.

Au terme de ce paragraphe, une formulation, là encore abrupte, ne manque pas de surprendre : « *si l'importance du droit de propriété ou de société n'est plus à prouver, il est rare que ce droit puisse légitimer des pouvoirs à l'égard des salariés* »²⁶⁸. Et immédiatement après : « *La liberté d'entreprendre souffre à n'en pas douter de son absence de fondement textuel et de l'imprécision de son contenu.* » Nous renvoyons derechef à nos développements sur la déclaration des droits, la loi Le Chapelier et le décret d'Allarde.

6.2.4. Conclusion

Nous avons souhaité mettre en exergue ce texte de Frédéric Guiomard en raison de son exemplarité au regard de notre démonstration. Ce type de contribution, largement diffusé dans l'université française et, au-delà, dans les cénacles syndicaux ou politiques, fonde l'incompréhension entre deux mondes : celui de l'entrepreneur ou du manager, créateur d'emplois et celui du salarié ou du demandeur d'emploi. La présentation du monde du travail et de l'entreprise y est effectuée au profit de l'étudiant ou du salarié militant dans des conditions manichéennes. Elles permettent de mieux comprendre l'état de méconnaissance ou de sidération dans lequel on retrouve un certain nombre d'intervenants, qu'il s'agisse des étudiants d'université qui découvrent le management en cinquième année de faculté, ou des élèves de BTS qui abordent au terme de leur diplôme le monde de l'entreprise. À notre avis, et au regard de notre expérience de juriste impliqué dans le fonctionnement de l'entreprise française depuis de nombreuses années et en particulier de ce tissu essentiel qui est celui de la PME, ce type de raisonnement, ce type d'affirmation, est responsable de ces situations regrettables.

²⁶⁷ Op. cit. p. 19.

²⁶⁸ Op. cit. p. 23.

CHAPITRE TROISIÈME

CONFRONTATION DES CONCEPTIONS FRANÇAISE ET ANGLLO-SAXONNE

Nous l'avons indiqué en introduction : notre réflexion modifie totalement le paradigme des traités français courants de droit du travail de même que celui qui oriente les ouvrages critiques... souvent rédigés par des auteurs de la même école de pensée. Tous concourent à conforter le « modèle social français » qui a émergé des Trente Glorieuses et a été fondé, en ce qui concerne la protection de l'emploi salarié en contrat à durée indéterminé, sur les lois de 1973 et de 1975. Ce paradigme considère comme premier le salarié et son contrat, ou le contrat (à durée indéterminée, il convient toujours de la préciser) et le salarié qu'il protège avec l'ensemble de la législation « sur la protection de l'emploi » qui l'accompagne.

Le changement de paradigme que nous proposons bouleverse cet ordre et place l'entreprise en premier rang. Il semble pour le néophyte tout à fait naturel, puisque sans entreprise, pas de salarié et donc pas de contrat de travail. Mais dans la pensée des auteurs hexagonaux, même la présentation de ce phénomène premier est occultée, évincée. Cela étant, notre réflexion n'est pas simplement fondée sur ce constat. Elle est également inspirée par les théoriciens tels que Herbert Simon, Ronald Coase et Oliver Williamson. Ces trois prix Nobel qui élaborent par leurs apports successifs la théorie des coûts de transaction, considèrent que l'entreprise est première et ils raisonnent à partir de ce point de départ négligé par les juristes et les penseurs sociaux français.

En raisonnant à partir de et à travers la problématique du coût, qui elle-même ramène inexorablement à l'entreprise, nous comprenons aisément que la décision d'employer,

c'est-à dire de signer un contrat de travail, de maintenir le contrat, de licencier des salariés ou de maintenir l'entreprise elle-même, est afférente à une problématique de coûts. Cette problématique, omniprésente dans les écrits anglo-saxons, est quasiment absente des ouvrages contemporains de droit du travail, comme si les conditions et les conséquences économiques d'une décision d'embauche étaient d'une telle vileté qu'il était indécent de s'y attarder. Or non seulement nous nous y attarderons, mais nous envisagerons la problématique du contrat de travail, de sa signature à sa rupture, à travers la problématique du prix qui est évidemment celle de l'entreprise.

Dès lors, il nous paraît naturel de présenter d'abord l'entreprise et son chef, le dirigeant, le « patron » de TPE ou de PME, et au-delà des dirigeants et actionnaires des petites structures, les dirigeants et managers des structures plus importantes.

Troisième différence avec la plupart des écrits doctrinaux français en droit du travail et n examen du fonctionnement de la « gouvernance » et de l'actonnariat des entreprises : nous ne nous bornons pas à examiner les entreprises du CAC 40 auxquelles sont d'ailleurs consacrées de nombreuses monographies, ouvrages ou thèses. Nous abordons le tissu essentiel de l'industrie du commerce et des services tel qu'il existe en France, celui des PME. Notre lecteur ne trouvera donc pas dans ces lignes les ombres portées de Jean-Marie Messier ni celle de François Pinault ou de Bernard Arnault.

1. Approche de la notion de chef d'entreprise et de son utilité au regard de la réflexion sur les coûts

Pour aborder la notion de chef d'entreprise, nous avons pris le parti de remonter jusqu'à la date clef de la Révolution française, en raison de son impact juridique clair sur les relations du travail et sa concomitance avec la Révolution industrielle, étant souligné que celle-ci s'était manifestée antérieurement en Grande-Bretagne, ce qui rend toujours difficile les comparaisons entre les situations respectives des deux pays. L'axe de notre réflexion nous conduit naturellement à examiner en la notion de chef d'entreprise et celle, plus strictement juridique et managériale, de pouvoir de direction.

1.1. La notion de chef d'entreprise telle que résultant de l'histoire industrielle française

Si les anglo-saxons (et en particulier les Américains) sont particulièrement prolixes sur leur histoire industrielle et entrepreneuriale, s'ils ont érigé en mythe, extensible à l'ensemble de la société, la notion de *leadership*, il n'en est pas de même des Français. De même, l'Institut des Sciences de Vienne a marqué dans la pierre les visages de tous les grands inventeurs qui sont souvent aussi des chefs d'entreprise, à l'instar de ce que la France a fait sur les murs du Louvre, rue de Rivoli... pour les généraux d'Empire. L'Allemagne voue à l'ensemble de ses inventeurs, souvent chefs d'entreprise, un véritable culte. Ne serait-ce que dans le monde de l'aviation, les noms de Heinkel²⁶⁹, Dornier²⁷⁰, Henschel²⁷¹ ou Messerschmitt²⁷² résonnent encore dans toutes les mémoires. En France, qui se souvient de Chaptal, Panhard ou Levassor ?

Pour revenir dans l'industrie aéronautique, seul le nom de Marcel Dassault est encore vif dans la mémoire collective française. Mais pour rester dans le domaine de l'aéronautique, les Levasseur, Deperdussin, Couzinet ou autres Dewoitine, se sont très rapidement effacés après la disparition de leur marque. Si Peugeot, Renault et Citroën évoquent naturellement des marques de voiture, rares sont les Français qui pourraient spontanément relater la carrière d'André Peugeot, d'André Citroën ou de Louis Renault.

1.1.1. La valorisation de la personne du chef d'entreprise

En France, le chef d'entreprise comme acteur-clef du fonctionnement économique est rarement étudié. Il est rarement valorisé dans la littérature économique et la presse *people* ne s'intéresse qu'aux industriels qui défrayent ses propres chroniques, rarement aux patrons des PME Or toute activité économique, toute entreprise naît de l'initiative d'un homme -ou d'une femme- qui maîtrise une idée ou une technique. Cette maîtrise lui permet de produire un bien ou un service. Mais pour cela, il convient qu'il dispose du capital nécessaire à la mise en œuvre de cette idée. Ce n'est que dans un second temps, lorsque l'entreprise est déjà créée, qu'en droit (français) il s'agit soit d'une

²⁶⁹ Ernst Heinrich Heinkel, 1888-1958.

²⁷⁰ Claudius Dornier, 1884-1969, créateur en particulier du fameux Dornier X.

²⁷¹ Georg Christian Karl Henschel, 1759-1835 : la société de ses descendants produit des chars et des avions pendant la guerre de 1939-1945.

²⁷² Willy Messerschmitt, 1888-1978.

structure individuelle confondue avec la personne physique de l'exploitant soit d'une personne morale, qu'il est possible, si cela se révèle nécessaire, de procéder à la quatrième phase de l'opération : l'emploi de salariés pour produire ces biens ou ces services²⁷³.

Faisons abstraction des années 1750-1850 et abordons d'abord la première Révolution industrielle : les grandes industries telles que le textile ou la sidérurgie fonctionnent en dépit d'une structure hiérarchique relativement faible. Les ouvriers bénéficient encore d'une large autonomie d'action résultant d'une part de la maîtrise de ce que l'on peut appeler « le tour de main » et d'autre part de la pratique du marchandage. Lorsque le marchandage se réduit et disparaît, l'organisation de la production repose désormais sur le contremaître auquel le chef d'entreprise laisse un large pouvoir. Celui-ci va de l'embauche à l'organisation du travail, de la discipline à la mise en œuvre des conditions de paiement des rémunérations. Celles-ci dépendent, le plus souvent, de la pièce ou des pièces produites par l'équipe à laquelle appartient le salarié.

Cette organisation persiste jusqu'à la fin des années 1880 dans la sidérurgie ou dans les mines par exemple. Le chef d'entreprise n'est pas directement impliqué dans l'organisation de la production, ce qui donne libre cours à un pouvoir disproportionné des contremaîtres, dénoncé par Zola dans *Germinal*²⁷⁴. Mais cette autonomie génère des difficultés. La première est incontestablement une insuffisante efficacité liée à une pratique technique ou à un usage de la discipline qui va à l'encontre de la logique. L'autre résulte des conflits que suscite le comportement des « petits chefs » qui, certes, se sont vu dédier un ensemble de prérogatives par le chef d'entreprise, mais qui ne disposent pas d'une pleine légitimité. Celle-ci repose sur la connaissance totale de l'outil de production et de sa capacité à générer des commandes et à maîtriser le fonctionnement économique de l'entreprise. À la fin du XIX^e, la technicité grandissante des outils de production dans les industries de base (les mines²⁷⁵, la production d'acier ou le textiles) nécessite le recours à des personnes spécifiquement formées à ces

²⁷³ La survenance de l'auto-entreprenariat permet de préciser que certains projets d'entreprises n'ont aucunement vocation à générer des emplois.

²⁷⁴ Zola, *Germinal*, Le livre de poche.

²⁷⁵ En France, l'école des Mines a été fondée le 17 mars 1783. Polytechnique est fondée par la Convention en 1794

techniques, capables de les maîtriser, de les adapter et d'organiser le travail des hommes : les ingénieurs.

Quelques auteurs se hasardent à définir le chef d'entreprise et parmi eux, Jean Gustave Courcelle Seneuil²⁷⁶. Dans son *Traité théorique et pratique des entreprises industrielles commerciales et agricoles* publié en 1855, il aborde la notion d'entrepreneur et expose que « *sa fonction essentielle (...) est de prévoir et de pourvoir, d'associer et de diriger, dans la production le travail et le capital, d'approprier, dans la fabrication, les services et les produits aux besoins et, dans les échanges, l'offre à la demande* »²⁷⁷. Il omet simplement de rappeler qu'avant d'exercer ces tâches, l'entrepreneur doit également apporter le capital nécessaire au lancement de l'activité entrepreneuriale. De son côté Léon Walras, dans son propre traité intitulé *Éléments d'économie pure ou théorie de la richesse sociale*, publié en 1874, décrit ainsi l'entrepreneur : « *L'entrepreneur est le personnage (individu ou société) qui achète des matières premières à d'autres entrepreneurs, puis loue moyennant un fermage, la terre du propriétaire foncier, moyennant un salaire les facultés personnelles du travailleur, moyennant un intérêt le capital du capitaliste et finalement, ayant appliqué des services producteurs aux matières premières, vend à son propre compte les produits obtenus.* »²⁷⁸. La description de Walras est plus complète et elle évoque clairement l'importance du capital dans le rôle de l'entrepreneur et le fonctionnement de l'entreprise.

C'est ainsi qu'apparaît à la fin du XIX^e siècle la nécessité d'instaurer dans l'entreprise l'image forte du chef, tout en organisant des délégations au bénéfice d'individus d'un niveau hiérarchique subordonné, les ingénieurs, puis les contremaîtres et les ouvriers. L'ingénieur est ce nouvel intermédiaire, dont le rôle va aller progressant dans le monde industriel.

À la fin du XIX^e siècle, apparaissent en France les premiers écrits qui matérialisent ou théorisent le rôle du chef d'entreprise, suivant en cela l'exemple américain et les

²⁷⁶ Jean Gustave Courcelle Seneuil, 1813-1892.

²⁷⁷ Jean Gustave Courcelle Seneuil, *Traité théorique et pratique des entreprises industrielles commerciales et agricoles* 1855, page 3.

²⁷⁸ Léon Walras, *Éléments d'économie pure ou théorie de la richesse sociale*, 1874. Il s'agit en l'occurrence de l'édition de 1926 publiée chez Durand-Auzias, p. 196.

premiers écrits venu d'outre-Atlantique. Auparavant, nous retrouvons peu de témoignages, si ce n'est dans quelques documents à usage interne qui n'avaient évidemment pas vocation à être diffusés à l'extérieur de l'usine. Avec l'apparition de l'ingénieur, apparaît également la préoccupation du coût, puis la préoccupation de la maîtrise du coût.

1.1.2. La manifestation matérielle du rôle du chef : les règlements d'atelier

Ainsi, dans les années 1820, le règlement des usines Peugeot évoque cette notion de chef dont découle naturellement l'obéissance absolue du salarié. L'article 10 du règlement de police intérieure des manufactures de Peugeot Frères et Compagnie, en date du 30 juin 1820, décrète dans son article 10 : « *Il est ordonné à tout Ouvrier d'obéir aux Employés (Commis et Contre-Mâîtres) et tous ceux qu'ils commanderont concernant le travail et la police des Ateliers ; à cet effet, les Chefs les investissent de leur autorité*²⁷⁹ ». Cette organisation est confirmée dans les usines Peugeot en 1853. À la manufacture d'horlogerie Tissot de Montbéliard, un règlement identique est édicté en 1862 : « *Les contremaîtres*²⁸⁰ *ou commis de l'établissement, représentant les chefs, et agissant en leur nom, doivent être obéis et respectés comme les chefs le seraient eux-mêmes* »²⁸¹.

À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, plusieurs auteurs abordent la notion de chef et plus particulièrement celle de chef d'entreprise. Il est probable que l'émergence de cette réflexion soit en relation directe avec l'émotion provoquée dans la société française par la défaite de 1871. Elle constitue un choc comparable à celui qui sera provoqué par la défaite de 1940. Ce choc conduit plusieurs auteurs, dont nombre de militaires, à réfléchir sur la notion de chef et sur le rapport entre la direction et/ou le commandement et l'organisation de l'entreprise, en un mot sur le management. L'un de ces auteurs est le colonel Ardant du Picq²⁸² : tué en 1870, il laisse cependant un écrit et des notes

²⁷⁹ Règlement de police intérieure des manufactures de Peugeot Frères et compagnie, figurant dans les archives départementales du département du Doubs [ADD] U6925, justice de paix d'Audincourt. Cité par Yves Cohen, *Le siècle des chefs*, édition d'Amsterdam, 2012, p. 210.

²⁸⁰ Dans l'orthographe de l'époque.

²⁸¹ Archives principales de Montbéliard, 7F27 cité par Yves Cohen, *op. cit.*, p. 211.

²⁸² Ardant du Picq, 1821-1870, auteur de *l'Étude sur le combat*.

importantes sur la façon de diriger. Il sera suivi par de nombreux auteurs du corps des officiers qui travaillent sur ces notions, dont le colonel Émile Rimailho, polytechnicien.

Les écrits du capitaine Lyautey²⁸³, alors affecté au 4^{ème} régiment de chasseur à cheval de Saint Germain en Laye, en 1891 ont laissé une marque profonde, en raison de leur aspect fondamentalement humaniste. L'article intitulé *Le rôle social de l'officier* est publié à la *Revue des deux mondes* et il bénéficie d'un retentissement qui perdurera pendant plus de 50 ans, au-delà même de la mort du maréchal, qui intervient en 1934. Sa vision du commandement tranche notablement avec les anciennes conceptions tirées de l'expérience des campagnes africaines et de la guerre de 1870. L'influence de la pensée chrétienne transparait naturellement -et elle jouera sans doute dans la postérité du texte-, mais c'est l'exigence de la proximité entre l'officier et ses hommes qu'il convient de souligner. A l'instar des auteurs qui soulignent le lien nécessaire entre le chef d'entreprise et ses salariés, certains n'hésitant pas à parler d'amour. La réflexion d'Hubert Lyautey est à la fois le signe d'une novation dans la pensée et d'une sorte d'appel aux contributions d'intellectuels qui se sentent soit libérés, soit portés par le mouvement initié par l'officier de chasseurs. Mais la vision de Lyautey, parce qu'elle est inspirée par des préceptes catholiques, n'aborde pas les problématiques de coût. Elle est vertueuse dans une vision de l'homme inséré dans une communauté, combattante ou productive. Elle ne déborde pas sur une vision économique.

D'autres auteurs, parmi les premières générations d'ingénieurs, abordent derechef la description de l'entreprise. Nous devons citer des hommes tels que Gabriel Tarde qui publie *Les lois de l'imitation* en 1890²⁸⁴, Alfred Binet qui écrit *La suggestibilité* en 1900, Émile Cheysson, qui travaille sur *Le rôle social de l'ingénieur* en 1897²⁸⁵ - la liaison avec le texte de Lyautey est apparente dans le titre même de cet article -, et enfin Maurice Bellom qui écrit *Le rôle économique et social de l'ingénieur* en 1906.

Nous sommes alors dans une période pré-taylorienne, les grandes théories du créateur de l'usine Tabor de Philadelphie n'étant pas encore répandues en France. Mais Maurice

²⁸³ Hubert Lyautey, 1854-1834, maréchal de France, gouverneur général du Maroc.

²⁸⁴ Gabriel Tarde, 1843-1904 : juriste et philosophe français, auteur de la théorie de l'imitation.

²⁸⁵ Émile Cheysson a une expérience en tant que directeur des usines du Creusot dans les années 1874-1875.

Bellom donne du chef d'entreprise une définition qu'il est nécessaire de citer. Parlant des procédés envisageables pour diriger une entreprise, il écrit : « *De ces procédés, le plus efficace est l'exemple : pour commander aux autres, il faut savoir se commander à soi-même ; l'ouvrier qui voit son ingénieur non seulement irréprochable dans sa vie privée, mais encore laborieux, exact et sévère pour lui-même, acceptera plus volontiers les ordres reçus. Le sang froid dans le commandement n'est pas moins essentiel : aucun ordre ne doit être donné ab irato. La justice et la bienveillance, n'excluant pas la fermeté, sont des conditions évidentes d'une autorité fondée sur l'ascendant moral* »²⁸⁶. Ce passage et en particulier le visa de la locution latine *ab irato* renvoient directement aux propos et aux écrits d'un certain nombre de juristes des années 1980 qui verront sur le texte de 1973 fondant la législation sur la protection de l'emploi une garantie contre ce que Tiennot Grumbach²⁸⁷ (Grumbach 1978) appelait en particulier le licenciement *ab irato* et dont il pensait que la garantie de procédure pouvait définitivement l'éradiquer, ce qui est globalement le cas aujourd'hui.

Maurice Bellom poursuit en soulignant : « *Bien plus, en présence de caractères susceptibles, la nécessité s'impose de recourir à des détours pour formuler une critique : le reproche doit être parfois précédé d'un éloge dont l'occasion, guettée par le chef, sert de paravent ou de véhicule de blâme* »²⁸⁸. Notre étude ne vise pas à réaliser une analyse systématique des écrits de cette époque, mais simplement de souligner à la fois la prise de conscience dans la société industrielle de la fin du XIX^e siècle de l'importance du chef d'entreprise, de l'émergence de son rôle et de son importance dans le fonctionnement sociétal. À 120 ou 130 ans de distance, nous devons relever cette particularité²⁸⁹. Mais il est vrai également que la réflexion de ces ingénieurs n'aborde pas la problématique du coût du travail, de sa formation et de son contrôle.

²⁸⁶ Maurice Bellom, *le rôle économique et social de l'ingénieur*, 1906, p. 17 et 18.

²⁸⁷ Avocat prudhommaliste, engagé à gauche, conseil habituel de la CGT et de la CFDT : voir supra.

²⁸⁸ *Op. cit.*, p. 16 et 17.

²⁸⁹ Nous ne considérons pas que les articles des grands médias, voire de la presse tabloïde sur le patron de LVMH ou les frasques de Bernard Tapie constituent des références comparables.

1.1.3. Les apports de F. W. Taylor : le pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise et la logique de coûts

Les écrits de Frederik Winslow Taylor se situent dans la même tendance que celle des auteurs français : ils ne concernent pas seulement la personne du chef et l'aspect social de son rôle, on pourrait dire en quelque sorte l'aspect paternaliste. La vision de Taylor est beaucoup plus tournée vers le fonctionnement pur -mécanique- de l'entreprise. Il met en exergue le rôle de la hiérarchie intermédiaire, dans la perspective d'un fonctionnement amélioré de l'entreprise, d'une rationalisation du processus de production afin de réduire les coûts, ce qui permettra parallèlement d'augmenter les salaires. Sa théorie sera prolongée par la réflexion d'Henry Ford.

Taylor revoit l'ensemble du processus de production, de telle façon à retirer aux contremaîtres le pouvoir à la fois excessif et relativement inefficace. Pour rationaliser la production, il décide la spécialisation de l'ouvrier dans une tâche particulière qui lui est affectée dans le processus (chez Ford, la chaîne de montage). Ayant vécu lui-même une carrière d'ouvrier dans une usine métallurgique avant de devenir ingénieur grâce aux cours du soir, Taylor a remarqué que les ouvriers des aciéries américaines ne travaillaient pas à leur plein potentiel. Il dénonce dans son livre²⁹⁰ la tendance du salarié à la « flânerie », tendance encouragée par les structures syndicales existant dans l'entreprise et l'insuffisance de l'encadrement. En fait, il ne convient pas de réduire cette critique à la caricature qui en est souvent faite de « l'ouvrier fainéant ». Taylor ne donne pas une appréciation morale sur le comportement de l'ouvrier : il en donne une appréciation technique dans une logique managériale et nécessairement productiviste. Pour lui, l'ouvrier a tendance à la « flânerie » parce qu'il n'a pas l'obligation d'intégrer dans son comportement les objectifs de production de l'entreprise et de son chef, en raison de l'organisation du travail de l'époque. Si l'équipe d'ouvriers est en charge de réaliser un produit dans un temps précis qui lui permet d'obtenir une rémunération qu'elle considère comme acceptable, elle n'a pas d'intérêt particulier à produire davantage, ou plus efficacement en rationalisant ses gestes par exemple. Taylor évoque ainsi le comportement d'opportunité sur lequel nous reviendrons.

²⁹⁰ F.W. Taylor, 1856-1915 : *la direction des ateliers*, 1911.

La direction des ateliers critique aussi le comportement du chef d'entreprise qui ne prend pas conscience du phénomène. Taylor incite le chef d'entreprise à descendre de son bureau dans l'usine, non pas seulement pour saluer régulièrement l'ouvrier et s'enquérir de sa situation sociale, comme le suggéraient Alfred Binet ou Gabriel Tarde dans la logique des écrits d'Hubert Lyautey, mais pour vérifier régulièrement l'organisation de la production. Ce livre est publié en France en 1911. La définition du chef d'entreprise qui en émane tranche notablement avec les conceptions bourgeoises inspirées de l'esprit héréditaire de l'Ancien Régime français : « *L'idée directrice des générations passées était contenue dans le dicton suivant : « On naît chef d'industrie, on ne le devient pas » et la théorie était que lorsque l'on avait réussi à dénicher l'homme qui convenait à la place, on pouvait en toute sécurité lui laisser le choix des méthodes. Désormais, il faudra s'accoutumer à l'idée que nos chefs d'usine devront être formés à leur métier et qu'il n'y a pas d'homme, si habile soit-il, qui puisse espérer lutter avec succès contre un groupement d'hommes très ordinaires, mais bien organisés et coordonnant leurs efforts* »²⁹¹.

Taylor vise évidemment les mouvements de contestation qui peuvent être organisés par les ouvriers et dont la fameuse Carnegie a fait l'objet à la fin du XIX^e siècle. L'exemple de la Carnegie reste vivace dans l'esprit de tous les dirigeants d'entreprise américains et c'est évidemment ce risque que Taylor veut également éviter en procédant à une nouvelle organisation qui empêche l'ouvrier d'avoir la main mise sur le fonctionnement de la production.

1.1.4. Le retour à la vision française du chef d'entreprise : Charles de Fréminville et Henri Fayol

Le chef d'entreprise doit donc s'impliquer dans la rationalisation du processus de production en modifiant l'organisation de l'entreprise et, partant, il doit maîtriser et minorer les coûts. Pour ce faire, il doit retirer aux contremaîtres la possibilité de définir les tâches et les prix, en l'occurrence les prix des pièces payées à l'ouvrier. La logique de Taylor est une logique de coût, en l'occurrence de coût du travail. Il préconise la réorganisation de l'usine Tabor en remplaçant les trois contremaîtres qui dirigeaient

²⁹¹ F. Taylor, *Principes*, op. cit., p. 28.

150 ouvriers par 28 encadrants, pour le même effectif, dont plusieurs ingénieurs, en créant un bureau d'organisation et un bureau des méthodes. Cette logique nouvelle bat évidemment en brèche toutes les idées fouriéristes ou proudhoniens²⁹². Charles de Fréminville, ingénieur de l'École Centrale, visite l'usine Tabor de Philadelphie au début du XX^e siècle et dès son retour, au cours de conférences et d'écrits divers, il préconise lui aussi ce qu'il appelle à l'époque un service d'état-major (comme le souligne Yves Cohen, le terme ne fera pas fortune et restera totalement lié à la pratique militaire), dont dépend directement un bureau d'organisation et un bureau des méthodes.

Dans l'entreprise, la logique de la menace et de la sanction, c'est-à-dire la logique de la force qu'utilisaient les contremaîtres, est désormais remplacée par celle de la rationalité. Elle nécessite aussi une discipline qui sera appliquée d'autant plus aisément que la tâche de l'ouvrier est spécialisée, limitée, cantonnée. Comme cette tâche doit être évaluée et que le coût du travail doit être cerné le plus précisément possible pour que les justes prix de revient soient établis, la menace et la contrainte ne sont plus utiles puisque l'ouvrier n'a plus de liberté d'action dans le cadre de son travail. C'est également dans ces conditions que la rémunération passe de la pièce, ou des pièces, à la journée. Le contrôle effectué par les ingénieurs méthode permet de savoir exactement quelle est la valeur produite par l'ouvrier et en conséquence en fonction du prix de revient d'un objet et de son prix de vente, de déterminer le montant de son salaire.

Dans un premier temps, l'entreprise ne dégage pas des marges supérieures à celles qu'elle réalisait antérieurement puisque le coût des 28 personnes investies dans l'organisation et les méthodes est évidemment supérieur à celui des trois contremaîtres qui travaillaient auparavant au contrôle des ouvriers. Mais ce système entraîne un développement beaucoup plus rapide et ordonné de la production industrielle dans l'ensemble des nouvelles activités de ce début du XX^e siècle que sont la pétrochimie et l'industrie métallurgique, non plus la simple industrie lourde, mais également l'industrie de transformation et de production de biens : le développement de l'automobile débute avec le siècle et verra son activité croître notablement à partir des années 1920.

²⁹² Charles Fourier (1772-1837), et Joseph Proudhon (1809-1865).

Le système mis en œuvre par Taylor s'applique peu à peu en France. Yves Cohen, qui a réalisé une étude approfondie sur la situation des usines Schneider du Creusot dont la production est essentielle pour l'équipement militaire, note que dès 1894, l'encadrement lui-même se rendait compte des blocages générés par l'ancienne organisation du travail. Les contremaîtres du service de l'artillerie, au nombre de deux, demandent au chef d'entreprise une réforme de l'organisation qui leur semble insatisfaisante : « *l'atelier du montage ne cesse de grossir et un contremaître y commande 59 ouvriers tandis qu'aux machines-outils, le contremaître en dirige présentement 96. L'enjeu est de remplacer un système (le marchandage) par un autre (la surveillance directe). Le marchandage doit régresser car il laisse trop de liberté aux ouvriers sur les manières de faire qu'un seul contremaître a du mal à évaluer en raison de la diversité des pièces. Le travail payé au temps doit croître d'autant* »²⁹³. Les ouvriers ne seront effectivement plus payés pour un lot de pièces mais désormais à la journée. Le contrôle hiérarchique de la production va être notablement modifié. Chez Schneider aussi, les ingénieurs vont occuper désormais un rôle essentiel.

Si les noms de Gabriel Tarde ou d'Alfred Binet, ceux de Charles de Fréminville et de Maurice Bellom ne sont pas parvenus jusqu'à nous, et si la plupart des étudiants en management ignorent jusqu'à leur existence, en revanche Henri Fayol a conservé, au cours des cent années qui suivent la publication de son ouvrage intitulé *Administration industrielle et générale*, une réelle ascendance²⁹⁴. Fayol se situe dans la logique de Taylor, mais sous l'influence de Lyautey et de ses suiveurs. Il édicte plusieurs principes qui sont d'ailleurs précisés par différentes notes retrouvées dans son fonds d'archive et décryptées par Yves Cohen. L'une de ces notes date du 20 juillet 1913 à la référence « grand chef » : « *On sait par expérience combien il est difficile de rencontrer, réunies en un seul homme, toutes les qualités qui font le bon chef d'industrie ; quand il s'agit de très grandes entreprises, la difficulté est presque insurmontable. Par exception, les organisateurs de premier ordre se manifestent, mais ce sont des exceptions ; les géants sont encore plus rares dans le monde intellectuel que dans le monde physique. Le plus*

²⁹³ Yves Cohen, *op. cit.*, p. 242.

²⁹⁴ Henri Fayol, *Administration industrielle et générale*, 1916.

grand obstacle au très grand regroupement, c'est l'absence d'hommes »²⁹⁵. Et Yves Cohen précise : la formule « *l'absence d'hommes* » signifie en réalité absence de chef.

1.1.5. Conclusion

La présentation des apports de la pensée française sur ce que l'on n'appelle pas encore *le management*, en ce début du XX^e siècle, permet de prendre conscience de la problématique du « commandement » dans l'entreprise, c'est-à-dire du pouvoir de direction. Il existe une véritable réflexion franco-française en ces années 1880-1920, en particulier sur la notion de chef d'entreprise puis sur l'organisation des usines qui précède même la réflexion de Taylor. En conséquence, au niveau de la pensée, le droit du travail, dont on admet la concrétisation comme système de droit spécifique, date des années 1890-1910²⁹⁶. La généralisation de ces principes de gestion et d'organisation de l'entreprise sera illustrée par la montée en puissance de l'industrie automobile et l'organisation des usines Renault, Peugeot, Citroën et Michelin par exemple.

Cette réflexion met en exergue l'une des composantes du pouvoir de direction : le pouvoir d'organisation. Le passage de l'époque du marchandage à celle de l'organisation tayloriste du travail marque évidemment la nécessité pour le chef d'entreprise d'exercer directement le pouvoir d'organisation : à défaut, il n'y a pas de progrès de l'entreprise, mais au contraire, stagnation ou disparition de celle-ci. À cette époque, les lois sociales qui émergent en France n'entravent pas ce pouvoir de direction et d'organisation. Il n'est pas contestable que les préconisations de ces précurseurs du management influencés par la pensée catholique et attachés au rôle social du chef d'entreprise revêtent un aspect qui sera qualifié de « paternaliste » par les analystes marxistes des années trente.

Nous terminerons cette incise sur la présentation des qualités intrinsèques du chef d'entreprise par une citation de Raoul Dautry dont on sait le rôle important qu'il a eu dans l'organisation industrielle française des années 1914-18 (il met en œuvre un système de chemin de fer pour l'approvisionnement du front) et plus tard, pour la

²⁹⁵ Yves Cohen, *op. cit.*, p. 218.

²⁹⁶ Les deux références sont d'une part la loi du 27 décembre 1890 sur les conditions de rupture du contrat de travail et la publication du livre I du code du travail.

réorganisation du réseau ferré français : « *Un homme peut être un chef véritable si même il n'a sous ses ordres que deux manœuvres. Ce ne sont pas les feuilles de chêne qui font le chef indiscuté. Celui-là est chef qui est entièrement fidèle aux responsabilités de sa fonction ; qu'il anime et suscite en elle des initiatives ; qui en accomplit les rites avec amour ; et qui dans sa tâche s'est trouvé un contact d'amitié avec les autres hommes. Celui-là, il n'est même pas besoin de dire qu'il est un chef. Il est un homme, un chef n'est jamais, à tous les degrés de l'échelle, que celui qui assure totalement son métier d'homme* ».

2. La prééminence de l'entreprise dans la pensée anglo-saxonne

2.1. La propriété des actifs et le pouvoir de direction du chef d'entreprise

Pour les auteurs classiques américains, la propriété des actifs non humains, c'est-à-dire des éléments mobiliers ou immobiliers qui constituent le patrimoine de l'entreprise, est le fondement principal du pouvoir du chef d'entreprise. Cette analyse objectivement conforme à l'analyse marxiste peut difficilement être contestée. C'est bien la propriété des machines et des lieux dans lesquels s'exerce la fonction de production, et la propriété de la monnaie qui correspond au fonds de roulement, qui constitue le fondement capitalistique de l'entreprise. Il s'agit du fondement-même de l'action entrepreneuriale qui permet, dans un second temps au propriétaire-dirigeant de s'adresser à un demandeur d'emploi pour lui demander de participer à l'acte de production.

Le code civil français, dans sa version de 1804, ne tergiverse pas longuement sur le problème du contrat de travail. Il indique simplement que le salarié apporte sa force de travail. Le pouvoir de l'employeur est sans partage et fondé naturellement sur l'article 544 du même code civil qui établit les règles du droit de propriété dans la logique de la déclaration des droits de 1789 qui le reconnaît également et le sacralise²⁹⁷. En revanche, il est vrai que dans la seconde moitié du XIX^e siècle, un régime juridique particulier commence à encadrer les relations simples établies à l'ère industrielle entre le propriétaire des moyens de production et le salarié qui loue sa force de travail : il

²⁹⁷ Déclaration des droits de 1789, article 4 et article 17.

s'agit de la constitution progressive des règles constituant désormais, en France, le code du travail.

Si la propriété des actifs confère des droits premiers à l'entreprise et à son dirigeant, cette propriété n'est pas le seul élément qui fonde le pouvoir du chef d'entreprise. Certes, il peut décider de tous les usages de l'actif qu'il a acquis pour réaliser l'acte de production. Mais le pouvoir de direction résulte également de la maîtrise des connaissances techniques qui permettent de mettre en œuvre un processus de production particulier. Elle résulte enfin de sa connaissance organisationnelle qui lui permet d'organiser le processus de production.

Dans leurs travaux, Grossman, Hart et Moore²⁹⁸ considèrent que la possession des actifs donne au chef d'entreprise ce que Bernard Baudry et Bruno Quinel appellent dans leur article de 2003²⁹⁹ des droits résiduels de contrôle. Cette appréciation nous apparaît trop limitée, en particulier dans le cas de la PME : le chef d'entreprise ne dispose pas d'un pouvoir résiduel de contrôle. Il dispose d'un pouvoir net, autorisé par la loi et, concernant les relations avec ses salariés, encadré et limité par le code du travail. En fonction de ce pouvoir, et nous rejoignons alors l'analyse des deux auteurs, « *il peut exclure à discrétion les autres individus de l'utilisation de cet actif* ».

Nous ne reprendrons pas ici toute la controverse concernant la comparaison entre le contrat commercial et le contrat de travail, la relation entre l'employeur et son salarié et l'épicier avec son client (analyse déjà présente chez Simon et chez Williamson, détaillée par Alchian et Demsetz dans leur article de 1972). Ce qui nous préoccupe dans le cadre de l'élaboration de ces théories et dans leur application à la situation française résulte du fait que le schéma français n'est pas aussi simple que le schéma américain, tel qu'il est repris par ces différents travaux.

Premier élément : nous avons analysé le problème posé sur la législation sur la protection de l'emploi à travers la théorie de la firme de Simon et la théorie des coûts

²⁹⁸ Journal Article *Property Rights and the Nature of the Firm*, Oliver Hart and John Moore, *Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 6 (Dec., 1990), pp. 1119-1158 Published by: The University of Chicago Press

²⁹⁹ Bernard Baudry et Bruno Quinel : Une analyse théorique des fondements et du fonctionnement de la relation d'autorité intrafirme, revue économique, 2003/2 volume 54, p. 229 à 251.

de transaction de Williamson. Nous en avons conclu que le fonctionnement de l'entreprise était, dans le cas spécifiquement français, notablement alourdi sur le plan organisationnel et financier par le poids de la règle juridique et les réglementations successives, sédimentarisées au fil du temps. Nous avons constaté qu'elles généraient une augmentation très importante du coût du travail et, au sens de Williamson, elles généraient une augmentation sensible de ce qu'il appelle les coûts de transaction.

Second élément : si l'on étudie le contrat de travail et la protection française du contrat de travail au regard du concept d'autorité, tel qu'il a été examiné par les auteurs précités, nous devons relever des originalités du cas français qui ne semblent pas inquiéter les auteurs américains. Ainsi, Oliver Hart en particulier considère que l'autorité du chef d'entreprise repose essentiellement sur l'un des aspects des pouvoirs de direction et d'organisation qui est celui de rompre le contrat de travail. Cette approche peut paraître logique : nous dirons qu'elle renvoie également à la conception classique, sinon antique de l'autorité selon laquelle le maître a tout pouvoir sur le serviteur et peut donc se priver de ses services du jour au lendemain... comme le chef d'entreprise peut, dans le cadre du déroulement du contrat, exiger que le salarié accomplisse des tâches qui n'étaient pas initialement prévues dans la convention initiale.

Cela étant, l'employé français ne se trouve pas être la proie de son maître, comme semblent le prétendre les auteurs anglo-saxons pour les salariés américains. Le pouvoir de direction du chef d'entreprise est limité par les lois et règlements. Certes, le salarié, en signant le contrat de travail, accepte de se soumettre au pouvoir de direction et d'exécuter dans les conditions que nous avons déjà relevées un certain nombre de tâches dans la sphère de ce qui est qualifié par ces auteurs de « tâches acceptables ». Il n'en reste pas moins, et c'est l'une des causes de la problématique, que le droit français fournit aux salariés des éléments lui permettant de contester le pouvoir de direction de l'employeur et, au rang de ce pouvoir de direction, le pouvoir d'organisation.

À ce niveau du raisonnement, nous noterons déjà que la possibilité de contestation du pouvoir de direction constitue pour le chef d'entreprise une anomalie qui génère un coût, ne serait-ce que par le fait qu'il doive s'attacher à résoudre la difficulté qui va apparaître en raison de cette contestation. Le temps qu'il va devoir consacrer à la résolution de

cette difficulté est un coût qui contribue soit à aggraver les charges de l'entreprise³⁰⁰, soit à générer des inconvénients tels qu'ils vont eux-mêmes susciter des coûts complémentaires se répercutant sur le prix de revient des produits ou des services.

Les exemples utilisés par les chercheurs anglo-saxons ne tiennent pas compte des spécificités françaises, pourtant de nature à mieux fonder encore leurs démonstrations. Ces auteurs admettent l'existence des règles juridiques, mais ne les considèrent que comme un facteur parmi d'autres. Ils en concluent même parfois qu'elles ne sont pas susceptibles de troubler notablement le fonctionnement de l'entreprise. En effet, à aucun moment dans les écrits de Coase, Simon, Williamson ou Hart, nous ne relevons des remarques pertinentes concernant le fait que l'utilisation des règles juridiques par le salarié constitue en fait une véritable arme placée entre les mains du salarié contre l'entreprise. Nous pouvons élargir la réflexion et passer de la législation française sur la protection de l'emploi à d'autres espaces du droit du travail qui constituent également des contraintes pour le chef d'entreprise, étant souligné que la création et l'utilisation de ces règles n'est jamais accompagnée d'une réflexion sur la notion de coût. À ce niveau, nous renvoyons aux travaux pouvant exister au sein des organisations syndicales de salariés ou dans les ouvrages de référence en droit du travail.

Il est acquis que l'existence de cette réglementation permet au salarié de remettre en cause le pouvoir de direction et l'organisation de l'employeur. Certes, l'entreprise aura toujours le dernier mot puisqu'elle pourra rompre le contrat. Il n'en reste pas moins qu'entre le moment où, pour des raisons liées au meilleur fonctionnement de l'entreprise, le dirigeant prend une décision stratégique et le moment où il peut mettre à exécution cette décision et en tirer pour la firme un avantage économique (une nouvelle organisation du processus de production par exemple), il va s'écouler un temps d'autant plus long que la règle mise à disposition du salarié sera utilisée dans toute son ampleur, et systématiquement dans un sens nuisible à l'adaptation de la firme aux nouvelles exigences du marché ou à l'innovation technologique par exemple. Le temps est aussi facteur de coût.

³⁰⁰ Jean Tirole admet cet aspect des contraintes qui pèsent sur le chef d'entreprise en raison de la lourdeur du droit : Jean Tirole, *Économie du bien commun*, PUF, 2016.

2.2. *Les attributs du pouvoir de direction : la compétence d'organisation et la compétence de coordination*

Le droit du travail français s'est construit en occultant les principes économiques et managériaux qui structurent la notion même d'entreprise. Dès lors, il est naturel que ce droit occulte les fondements, l'essence même du pouvoir de direction du chef d'entreprise³⁰¹. Faute de compréhension de cette essence, ce droit peut-il saisir la nécessaire fluidité de ce pouvoir, ce que l'on pourrait appeler sa capacité de résilience face aux chocs économiques conjoncturels ou aux chocs technologiques plus structurels ? La réponse est évidemment négative et elle explique à la fois la distance qui existe entre le droit français et le droit anglo-saxon, -droit des entreprises et droit du travail- et le travail de sape réalisés par les juristes sociaux depuis les années soixante-dix pour contraindre le pouvoir de direction du chef d'entreprise dans le cadre de la formation et du développement de la législation sur la protection de l'emploi.

Le constat est sans appel : depuis le début ces années et avec le plein accord du Conseil Constitutionnel, le législateur a réduit au fur et à mesure le périmètre d'exercice de ce pouvoir, en espérant qu'il pourrait ainsi contraindre l'entreprise à maintenir l'emploi. Le législateur a produit du droit pendant 35 ans (1973-2008) sur la base de cette illusion. Prétendre que les parlementaires sont peu impliqués dans le fonctionnement économique des entreprises et qu'ils en méconnaissent les principes de base constitue aujourd'hui un lieu commun.

De la même façon, nous avons noté que le législateur n'évoque que très rarement dans le cadre des débats préparatoires au texte des lois sociales la liaison directe entre les sujétions nouvelles qu'il impose aux entreprises et l'augmentation du coût du travail qui peut en résulter. Ce constat est évidemment surprenant au regard des exigences de notre société, de sa complexité, et de l'intensité et de la qualité que devraient revêtir les débats parlementaires. Certes, ce constat n'est pas limité à la seule fonction parlementaire : nombre d'analystes, parmi lesquels les journalistes, commettent les mêmes erreurs ou

³⁰¹ Dans ce sens, G.H. Camerlynck et Gérard Lyon-Caen, *Droit du travail*, Précis Dalloz, dixième édition (et les précédentes), Dalloz.

les mêmes approximations. Parfois, ces erreurs ou ces approximations résultent de défaillances dans le raisonnement³⁰².

Dans ses décisions, le Conseil Constitutionnel français n'effectue pas une analyse du pouvoir de direction du chef d'entreprise : il reste sur le plan des principes conformément à sa mission. En revanche, le législateur, et après lui les juges du conseil de prudhommes ou du tribunal de commerce et des cours d'appels sont bien tenus d'aller au-delà dans l'approche de ce pouvoir. Bien souvent, ils refusent de s'y intéresser et d'en détailler les composants.

Sur le plan théorique, le chef d'entreprise dispose d'un pouvoir général de direction sur l'unité économique en raison des deux principes dont nous avons évoqué l'existence : la liberté de propriété, telle qu'elle résulte de l'article 544 du code civil³⁰³ et la liberté d'entreprendre.

Précisons à cet égard que dans la littérature spécialisée, et en particulier en droit du travail, le chef d'entreprise -le patron- est généralement qualifié « d'employeur », ce qui signifie que ces auteurs ne voient en lui que le pouvoir d'embaucher et de diriger les salariés, ce que les auteurs américains appellent « les actifs humains ». Bien souvent, les manuels du droit du travail, occultent les autres éléments qui permettent à la fois de fonder et de définir le pouvoir. Le langage populaire, le vocabulaire syndical résumant dans le mot « patron » essentiellement le pouvoir d'embauche et de licenciement. Ils ne l'assimilent pas à la création de brevet ou de processus originaux de production. Le mot est en lui-même un terme de lutte des classes. Il exprime cette opposition de classe, chères aux marxistes des premiers jours et à leurs épigones -les auteurs que les anglosaxons appellent « radicaux »³⁰⁴. Ce choix, ce présupposé, se retrouve dans les terminologies juridiques employées. Le raisonnement est évidemment pollué par un arrière-fond idéologique, le terme « employeur » étant dès lors utilisé de façon

³⁰² Nous analyserons dans ces conditions les travaux par ailleurs intéressants de François Varsin sur le pouvoir patronal : université Lumière Lyon II, Institut d'études du travail de Lyon, jury de thèse composé par Armand Jeammaud, Jean-Marc Béraud, Emmanuel Doclese, Maurice Gaillart et Marc Véricel.

³⁰³ Article 544 du 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.

³⁰⁴ Voir en sens contraire l'ouvrage d'Yves Cohen, *le Siècle des chefs*, publié aux éditions Amsterdam (2013), qui sur 870 pages décrit l'image le rôle du chef dans l'ensemble des compartiments de la société, y compris sur le plan économique. Au rang de ceux-ci, il place naturellement Fayol, Peugeot ou Renault.

générique pour désigner le chef d'entreprise dans toute sa plénitude. Ces remarques préliminaires nous permettent d'aborder en toute sérénité le rôle de coordination du chef d'entreprise, précisément en sa qualité d'employeur, d'utilisateur des « actifs humains ».

2.2.1. La compétence d'organisation

La compétence d'organisation est la première. Pour mettre en œuvre l'outil de travail, fondé sur l'investissement capitalistique, l'entrepreneur génère un certain nombre d'idées, de concepts, de méthodes. Il prend des initiatives et transforme ses idées en contrats. Ainsi, la création d'une entreprise impose la mise au point (dans le cadre d'un contrat d'association emportant la création de la personne morale) d'une structure juridique, qui permet à l'individu de s'identifier comme entrepreneur en raison de la réalisation d'un certain nombre de démarches administratives et juridiques connexes³⁰⁵. Le chef d'entreprise rédige des statuts, constitue avec ses associés un capital social et dépose ces statuts au registre du commerce qui procède à son immatriculation. De cette façon, il est reconnu comme entreprise par ses cocontractants, y compris ses salariés. Il est également reconnu comme tel par le marché et par l'administration. Cette structure juridique, cette personne morale, devient le contenant des actifs non humains et l'interlocuteur, le cocontractant des actifs humains³⁰⁶.

Sur le plan technique, le chef d'entreprise met en œuvre un processus de production à partir des concepts (éventuellement des brevets), des machines et des matières premières, ou des marchandises qu'il a sélectionnées. Il emploie des hommes et des femmes qui dépendent désormais de son autorité par le biais du contrat de travail. Le processus de production est optimisé pour permettre à l'entreprise d'obtenir le prix de revient d'un produit ou d'un service le moins élevé possible, afin de dégager la marge

³⁰⁵ Nous écartons pour la facilité de la présentation la notion classique d'entreprise individuelle, laquelle réunit sur la seule personne physique de l'entrepreneur l'ensemble des éléments. Traditionnellement, l'entreprise individuelle est simplement enregistrée au registre du commerce et des sociétés et n'a pas de statut. L'entrepreneur individuel est indéfiniment responsable sur l'ensemble de son patrimoine, sauf mesure spécifique telle que la déclaration d'insaisissabilité. Il convient de préciser que depuis quelques années, la loi française permet la création de sociétés de nature individuelle : EIRL, EARL par exemple.

³⁰⁶ Nous noterons que dans sa forme première et originale, l'entreprise est individuelle. Il n'y a donc pas à ce niveau de contrat d'association puisque l'entreprise se réduit ou se limite à la personne et au patrimoine d'un homme. Seul le contrat d'association permet l'émergence de la personne morale. Pour les besoins du raisonnement, nous nous en tenons à l'existence d'une personne morale.

la plus importante lors de la vente sur le marché. C'est évidemment dans le cadre de cette organisation et de la mise en œuvre du processus de production que le chef d'entreprise organise l'allocation optimale des ressources, des actifs non humains et humains nécessaires à la production. Alfred Marschall (1892) fait d'ailleurs de l'organisation un facteur de production à part entière³⁰⁷.

2.2.2. La compétence de coordination du chef d'entreprise : les écrits de Marshall et Taylor

Le chef d'entreprise détermine ses méthodes de production, ses axes de recherche et de développement. À ce titre, il peut créer, transformer ou supprimer des activités productives. Il peut déterminer la location géographique de ses sites de production. Il décide de l'embauche des salariés nécessaire à cette production et les organise en fonction de critères qui résultent de l'organisation technique qu'il a déterminée.

C'est à la fin du XIX^e siècle que sont apparues les premières réflexions sur l'organisation scientifique du travail avec Alfred Marschall³⁰⁸ (Marschall, 1892). Mais c'est évidemment Frederick Winslow Taylor³⁰⁹ (Taylor, 1911) qui théorise la division scientifique du travail sur la base de sa propre expérience réalisée dans une usine métallurgique³¹⁰. Cette nécessité d'organiser le travail conduit le chef d'entreprise à une maîtrise sur le corps, l'esprit et la volonté du salarié par le biais du contrat de travail. Le chef d'entreprise maîtrise le comportement du salarié au sein de la firme, afin qu'il s'intègre au mieux dans le processus de production. Par le contrat, le salarié consent au contrôle. Celui-ci n'est pas absolu, en raison même du contrat qui impose la rencontre de deux volontés. Mais l'amplitude de ce contrôle, qui est maximale aux premiers temps de la Révolution industrielle, se réduit naturellement sous l'effet des limitations imposées par le droit. Nous allons repartir de l'expression la plus récente de la pensée américaine sur la notion d'autorité dans la firme, des travaux d'Alchian et Demsetz d'une part, mais surtout de ceux de Williamson pour revenir sur la situation française et

³⁰⁷ Alfred Marshall, *Elements of economics of industry*, 1892.

³⁰⁸ Alfred Marshall, déjà cité. Au-delà, voir également la lignée des auteurs qui passe par Franck Knight, fondateur de l'École de Chicago qui fait émerger les réflexions sur le risque et l'incertitude, Dennis Holmes Robertson, britannique, contemporain de Keynes, et Ronald Coase.

³⁰⁹ Frederick Winslow Taylor (1856-1915), publie *The principles of scientific management* en 1911. Son livre est traduit en 1912 par Henri Fayol qui diffuse ses idées en France.

³¹⁰ Il convient de rappeler que Taylor est un autodidacte qui a commencé sa carrière comme ouvrier.

la placer en perspective. Si les espaces économiques et juridiques français et américains sont notablement distants et non réductibles les uns aux autres, les éléments relevés par la réflexion des anglo-saxons (anglais et américains) sont particulièrement éclairants sur ces notions fondamentales d'emploi et de législation sur la protection de l'emploi. Ces réflexions ne dédaignent pas les conséquences du droit sur le fonctionnement économique de l'entreprise et en particulier sur le prix de revient d'un produit ou d'un service. Bien au contraire, l'ensemble des auteurs cités, depuis la fin du XIX^e siècle, prend en compte ces éléments. Il nous semble en conséquence nécessaire de les aborder pour mieux revenir sur la situation franco-française, à la lumière de ces raisonnements, en tentant des adaptations qui tiennent naturellement compte des spécificités de notre espace juridique. Elles nous permettront éventuellement d'envisager son évolution.

2.3. La notion de hiérarchie dans l'entreprise

La pensée américaine sur les relations chef d'entreprise-salariés a connu plusieurs évolutions entre 1970 et aujourd'hui, dans des conditions qu'il est nécessaire de rappeler pour enrichir le débat. Dans leur célèbre article de 1972, Alchian et Demsetz raisonnent sur le rapport qui existe entre le chef d'entreprise et ses salariés. Pour eux, la nature du pouvoir du chef d'entreprise sur son salarié est *« exactement la même que celle du petit pouvoir dont dispose un consommateur pour diriger et affecter son épicier à diverses tâches (...). Parler de manager, diriger ou affecter les travailleurs à différentes tâches est une manière trompeuse de noter que l'employeur est continuellement conduit à renégocier les contrats en des termes qui doivent être acceptables pour les deux parties. Dire à un employé de taper cette lettre plutôt que de remplir ce document, c'est comme si je demande à un épicier de me vendre telle marque de thon plutôt que telle marque de pain. Tout comme je n'ai pas de contrat pour continuer à faire mes courses chez l'épicier, ni l'employé ni l'employeur n'est lié par une quelconque obligation contractuelle de continuer leurs relations. Les contrats de long terme entre l'employeur et l'employé ne sont pas l'essence de l'organisation que nous appelons une firme³¹¹. »*

Ainsi, les deux auteurs américains contestent la légitimité de la présence même de l'autorité et de la hiérarchie au sein de la firme. Cette analyse, relativement décalée par

³¹¹ Armen Alchian et Harold Desmetz, *American Economic Review*, 1972.

rapport à la réalité de la situation de l'entreprise, en particulier dans l'espace industriel -l'analyse peut être différente dans celui des services- n'a pas résisté à l'épreuve du temps. Mais la richesse de la réflexion en fait une référence fondamentale³¹². Si la relation entre l'employé et la firme est bien fondée sur un contrat, nous estimons que ce contrat n'est pas de même nature que le contrat de vente classique d'un bien ou d'un service et ce pour plusieurs raisons. La première résulte du fait que le contrat de travail, à la différence du contrat de vente n'est pas un contrat instantané et que la prestation de travail, à la différence de la vente n'est pas davantage une prestation instantanée. Le contrat de travail se prolonge sur la durée.

Second élément : le contrat de vente caractérise un échange entre deux parties d'un produit ou d'un service fini, contre un prix déterminé payé sur l'instant. En revanche, le contrat de travail consiste en une mise à disposition volontaire par le salarié de sa force de travail (élément physique de l'intervention), mais également de son éducation, de sa formation et de l'intelligence opérationnelle dont il peut faire preuve non seulement dans les actes de la vie courante, mais au-delà, en relation avec les spécificités de la tâche que l'employeur lui ordonne d'accomplir. Il s'agit donc d'un renoncement temporaire, limité dans le temps (en l'occurrence le temps de travail) à la liberté que tout individu tire de ses droits fondamentaux tels qu'ils sont transcrits dans la constitution de son pays afin de les soumettre à la volonté d'un tiers pour en tirer un revenu. La renonciation volontaire à l'exercice plein et entier de sa liberté le conduit à accepter d'accomplir les tâches qui lui sont ordonnées par l'employeur, dans la limite de ce que la loi autorise. Si le salarié peut être conduit à outrepasser les règles que lui imposent sa morale personnelle, sa pratique religieuse ou ses conceptions philosophiques, sur ordre de l'employeur, il ne peut en revanche être contraint à exécuter des opérations illicites telles que la fraude fiscale ou le trafic d'armes par exemple.

Le contrat de travail vient donc concrétiser l'accord du salarié dans le cadre de la soumission de sa volonté à celle d'un tiers (celle de la firme représentée par son dirigeant) ou de la hiérarchie intermédiaire mise en place par le dirigeant.

³¹² Cet article n'a pas été traduit en français. Nous en avons fait établir la traduction.

2.4. *La compétence d'organisation et la notion d'autorité dans les écrits de Williamson*

Oliver Williamson (Williamson 1975) se penche sur la problématique de l'organisation du travail dans l'entreprise³¹³. Comparativement, son analyse nous permet de mettre en relief les particularités françaises au regard des grands principes révélés par les analystes américains. Notre idée n'est pas de reprendre dans cette partie de notre travail la synthèse que réalise Williamson à partir des travaux de Stephen A. Marglin, d'Alchian ou d'autres auteurs. Nous allons aborder la conception américaine de la firme et par ce biais, l'organisation du travail, fondée sur le pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise, sur le concept d'autorité qui est admis par le salarié lors de la signature du contrat de travail. Les écrits de Williamson nous permettront également d'aborder la notion de coût du contrat de travail, en observant son analyse détaillée des coûts du contrat de vente³¹⁴.

Nous comparerons ces principes et ces procédés avec les références françaises, et nous verrons ainsi comment la législation française sur la protection de l'emploi impacte le pouvoir de direction du chef d'entreprise et la situation globale de la firme. Notre idée est d'apprécier et de qualifier ces effets et de vérifier s'ils ont une répercussion sur la situation de l'emploi.

2.4.1. L'analyse historique de Williamson : la fabrique des aiguilles

Williamson analyse les premiers procédés d'organisation du travail préindustriel ou industriel -la fabrique d'aiguilles chère à Adam Smith-, puis soumet l'organisation de type tayloriste ou fordien à la critique des contributions réalisées par les auteurs radicaux comme Stephen A. Marglin et Katherine Stone dans les années 1974, dans la foulée du mouvement de 1968. Ceux que les américains qualifient d'économistes radicaux sont en fait influencés par la pensée marxiste, estimant que les patrons exploitent les travailleurs et que la hiérarchie est le moyen organisationnel optimal qui permet d'aboutir à ce résultat. Mais ils considèrent également que d'autres moyens

³¹³ Oliver E. Williamson, *Les institutions de l'Économie*, Inter-éditions 1994 (édition originale *The economic institution of capitalism*, Free press, A division of Mac Milan, Inc. New York 1975).

³¹⁴ Voir supra.

d'organisation permettent une allocation optimale des ressources et un investissement des salariés dans les opérations de production.

2.4.2. Les modes entrepreneuriaux selon Williamson et la problématique de l'autorité

Williamson souligne que l'on peut distinguer 6 modes entrepreneuriaux qu'il nomme successivement : le système du travail à domicile, le système fédéré, le système de la propriété collective, qu'il divise en deux sous-systèmes (communautaire et groupe de pairs), enfin le système de contractualisation interne³¹⁵ et celui de l'autorité. C'est évidemment ce dernier sur lequel nous allons insister parce qu'il correspond, dans les secteurs secondaire et tertiaire, au système d'organisation du travail le plus fréquent et, jusqu'au début des années 2010, le plus opérationnel³¹⁶. Le prix Nobel aborde les notions de flexibilité et de zone d'acceptabilité du contrat : « *la relation d'emploi est, à dessein, une forme incomplète de contractualisation*³¹⁷ [où] *la flexibilité est privilégiée dans la mesure où l'employé reste disposé à accepter une autorité qui lui assigne ses tâches. La seule condition est que le comportement exigé reste à l'intérieur d'une zone d'acceptabilité du contrat* ». En signant son contrat de travail, le salarié accepte de soumettre son corps et son esprit, et partant, sa volonté, aux ordres fournis par l'entreprise-organisation, par son chef direct, le chef d'entreprise dans le cadre d'une

³¹⁵ Selon ce système décrit par Buttrick en 1952, « la direction d'une firme procure de l'espace au sol et des machines, fournit des matières premières et du capital de travail et s'occupe de la vente du produit final. L'écart entre les matières premières et le produit final n'est cependant pas rempli par le paiement des employés coordonnés au sein d'une hiérarchie descendante... mais par des contractants internes auxquels le travail de production est délégué. Ils louent leurs propres employés, supervisent le processus du travail et reçoivent un rendement à la pièce négocié de la part de la compagnie » (Williamson, *op. cit.*, p. 261.)

³¹⁶ On constate depuis 2010 un mouvement qui, s'il ne revient pas au système du travail à domicile, révèle l'éclatement de la collectivité de travail et l'individualisation des prestations commandées par la firme à des intervenants qui lui sont extérieurs et dont elle coordonne l'intervention. On note depuis les années 2005 en France, sans doute également sous la pression du chômage de masse, l'émergence de l'auto-entrepreneuriat et au-delà, le développement des entreprises individuelles. Jean Tirole dans son dernier ouvrage y fait d'ailleurs référence en s'interrogeant sur l'émergence d'un nouveau mode d'organisation économique et partant d'un nouveau mode d'organisation du travail qui échapperait à la firme et qui lui permettrait d'externaliser nombre de tâches en réduisant ainsi les coûts du travail. Nous noterons que cette tendance que d'aucuns expliquent également par l'explosion du numérique, l'aisance du travail à domicile à partir de l'instant où il est facilité par les outils informatiques, est aussi la conséquence des lourdeurs du contrat à durée indéterminée, des risques encourus par l'entreprise dans le cadre de sa gestion, et bien entendu de l'impact de ses coûts de transaction sur le coût du travail. Ainsi, la modification de l'organisation du travail que nous allons examiner dans le cadre de ce chapitre ne se produit pas simplement en raison de l'effet des nouvelles technologies. Elle est essentiellement une conséquence du coût du travail et des lourdeurs du CDI dans le cadre du droit du travail français actuel.

³¹⁷ Nous reviendrons sur ce point car nous estimons que ce n'est pas nécessairement une forme incomplète de contractualisation.

PME classique, par la hiérarchie mise en place par les propriétaires du capital, ou leurs représentants, en l'occurrence le président du conseil d'administration.

La notion de « zone d'acceptabilité » de la relation de travail, évoquée avant Williamson par Herbert Simon (Simon, 1957) doit être rappelée. Les économistes américains qualifient de « zone d'acceptabilité » l'amplitude des prestations que le salarié est conduit à accepter dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. En revanche, l'existence de cette « zone d'acceptabilité » implique que le salarié sera conduit à accepter de réaliser au cours de sa vie professionnelle ou en tout état de cause au cours du déroulement de son contrat, des tâches qui ne sont pas spécifiquement prévues par celui-ci, mais qui se situent dans sa logique, comme nous l'avons souligné ci-dessus. Lorsque la fonction d'exécution du salarié reste approximativement la même pendant l'ensemble de la durée de son appartenance au personnel de la firme, la « zone d'acceptabilité » reste bien celle qui a été définie à l'origine.

En revanche, dans un certain nombre d'autres industries, et l'on peut prendre l'exemple de la chimie, et pour le domaine des services, de l'informatique ou du numérique, il est évident que le développement des technologies ou bien l'avènement de la science -qui permet la découverte de nouvelles molécules par exemple- va conduire le salarié à travailler sur des produits -tels que des médicaments ou encore sur des programmes informatiques- dont ni lui, ni l'employeur n'avaient imaginé ne serait-ce que l'existence au moment de la signature du contrat. Cela étant, à partir de l'instant où il existe un lien suffisant de rattachement entre la fonction initialement prévue au contrat et l'évolution de cette fonction liée aux nouvelles technologies ou aux nouvelles découvertes de la science, nous devons admettre que « la zone d'acceptabilité » s'étend naturellement. Le salarié ne pourra prétendre qu'il outre passe la zone prévue initialement, soit pour obtenir un avantage spécifique dans le cadre de la relation contractuelle, soit pour refuser une évolution de sa fonction.³¹⁸

³¹⁸ On notera simplement le problème de l'émergence d'un danger dans le cadre de l'exécution du contrat. L'émergence du danger dans une opération chimique, voire dans une opération de bâtiment, telle que le nettoyage d'une cuve ou l'intervention sur une tranchée mal étayée, qui met en cause l'intégrité physique du salarié, le confronte à un risque pour sa santé ou pour sa vie, le fait naturellement échapper à la zone d'acceptabilité. C'est la raison pour laquelle le droit français a institué il y a quelques années la notion de droit de retrait. Le droit de retrait, en droit français, est en quelque sorte l'échappatoire qui permet au salarié

2.4.3. Les indicateurs d'efficacité

Dans le même chapitre, Williamson détermine 11 indicateurs d'efficacité qu'il regroupe dans 3 types : les flux productifs, les attributs d'affectation et les attributs des incitations. Au regard de notre logique de réflexion sur la coordination par l'autorité, seuls certains de ces critères, au nombre de trois, peuvent être retenus comme résultant naturellement de la coordination des salariés par l'autorité.

Tout d'abord, les affectations de postes (1) que Williamson intègre dans les critères d'affectation. Il est clair que c'est le chef d'entreprise qui doit affecter les salariés aux différentes tâches qu'ils doivent exécuter en fonction de leur formation, de leurs compétences, de ce que Williamson appelle lui-même la spécialisation au travail. Second élément : le leadership (2). Nous classons dans cet indicateur d'efficacité la capacité que représente un certain nombre d'agents de maîtrise ou de cadres pour favoriser la coordination des équipes. Le troisième critère est celui de la contractualisation (3). Nous l'entendons non comme la rédaction même du contrat, mais comme la capacité soit pour le chef d'entreprise, soit pour un cadre, d'organiser au mieux les interventions des salariés sur les postes qui leur seraient naturellement les mieux adaptés. Cet indicateur peut se confondre avec le premier que nous avons retenu, qui concerne les affectations de poste. En réalité, si le but recherché est le même (le salarié le plus compétent ou le mieux formé au meilleur poste), la méthode utilisée pour réaliser l'objectif est différente. Par l'affectation, le chef d'entreprise se borne à user de son pouvoir hiérarchique pour désigner un salarié à un poste précis. Par la contractualisation, il procède davantage à une négociation avec le salarié concerné pour le convaincre d'accepter un poste qui lui semble convenir au mieux non seulement aux capacités du salarié, mais également aux besoins de la firme. Bien entendu, l'indicateur dont il s'agit nous conduit naturellement à aborder les indicateurs d'efficacité liés aux incitations.

Parmi les 11, Williamson relève 6 indicateurs d'efficacité liés aux incitations et qui sont en partie inspirés des travaux de Chester Barnard (Barnard, 1938). Le premier est celui

de suspendre l'exécution de son contrat de travail lorsqu'il est, dans le cadre de cette exécution, sorti de la zone d'acceptabilité.

de l'intensité du travail : « *L'intensité du travail fait référence à la quantité d'énergie productive dépensée au travail. Sont favorisés les modes qui découragent les travailleurs de simuler des maladies* ». Il est évident qu'énoncé de cette façon, le critère n'est pas particulièrement explicite. Il est donc nécessaire d'apporter quelques précisions qui vont permettre de mieux comprendre sa portée. Si l'intensité du travail est indiscutablement un indicateur d'efficacité, il revient à la hiérarchie d'inventer des modes de gestion qui conduisent le salarié à s'investir au mieux dans ses fonctions. À ce niveau, on évoquera des modes classiques, tels que l'intéressement³¹⁹, mais également le système des primes, éventuellement des promotions dans la catégorie du salarié et hors de sa catégorie. Un autre mode de gestion dépasse le simple critère d'efficacité individuel pour s'en rapporter au résultat de l'ensemble de l'équipe et faire de telle façon que le salarié qui serait absent pour des maladies réelles ou supposées se sente en faute par rapport à la collectivité de travail, à tel point qu'il évite ce type de comportement. On notera que ce dernier aspect du critère d'efficacité se situe évidemment à la limite de la gestion par la hiérarchie. En effet, ceux que Williamson qualifie d'auteurs radicaux (ils ne se rattachent pas à l'école libérale), et en particulier Marglin et Stone, estiment quant à eux que l'essentiel de l'incitation du salarié doit passer par la gestion en équipe.

Second indicateur lié aux incitations : l'utilisation des équipements. On le distingue des précédents puisqu'il ne s'agit plus d'apprécier à ce niveau l'intensité de l'utilisation, mais la qualité de cette utilisation. L'efficacité du travail et le coût global du travail dépendront effectivement du soin apporté par le salarié au fonctionnement de l'équipement, à sa durée de vie, à la fréquence de sa maintenance. Ainsi, ce critère doit permettre d'éprouver les comportements. Le critère est naturellement éprouvé par la hiérarchie.

Troisième indicateur : l'innovation locale. Ce critère doit être apprécié avec habileté par la hiérarchie. Il se rapproche également du critère d'évaluation des équipements. En effet, le chef d'entreprise doit imaginer un certain nombre d'incitations conduisant les salariés qui utilisent de façon optimale les machines mises à leur disposition, à inventer

³¹⁹ En France, les textes fondamentaux sont l'ordonnance de 1959 et la loi de 1967.

des processus, éventuellement d'améliorer les conditions d'utilisation qui sont recommandées par le constructeur pour améliorer le rendement de la machine, la productivité du travail et les conditions de production sur le poste. L'idée est évidemment là encore de réduire les coûts par une optimisation du fonctionnement du matériel.

Le quatrième et le cinquième indicateurs sont ceux de la capacité de réponse du salarié, et de la capacité de réponse du système de production. Williamson envisage cette capacité de réponse face à « *un choc local* ». La capacité de réponse du salarié face à un choc local concerne par exemple « *les arrêts de travail qui sont dus à une panne de la machine ou à la maladie d'un travailleur* ». Cette fois-ci, c'est évidemment à l'encadrement -on revient à la hiérarchie-, qu'il s'agisse de la contre-maîtrise ou du niveau supérieur, d'intervenir sur les postes où se produit un choc de cette nature afin d'en éviter les conséquences, étant souligné que l'idée de résilience trouve cependant ses limites. À défaut, cela signifierait que la machine ou les salariés sont en état de sous-emploi chronique. En fait, l'expérience prouve qu'il est possible de faire appel sur un laps de temps limité à un effort supplémentaire des salariés qui vont augmenter les cadences, augmenter la productivité ou, concernant les services, accepter de réaliser des heures supplémentaires (dans ce cas, non payées par l'employeur) pour combler la défaillance d'un camarade qui porte atteinte au résultat du collectif. Mais il est évident que cette réaction ne peut se produire sur une longue durée.

Concernant la capacité de réponse du système, il s'agit cette fois-ci de la résilience³²⁰ du système de production lui-même. Bien entendu, cette capacité ne s'apprécie plus au niveau du poste de travail ou au niveau de l'atelier, mais bien au niveau de l'entreprise dans son ensemble. La capacité de réponse du système de production s'apprécie face aux évolutions du marché ou des technologies et des processus de production, à condition bien entendu que ces évolutions ne soient pas véritablement révolutionnaires et ne contraignent pas l'entreprise à modifier l'ensemble de son outil de production ou l'ensemble de son organisation. Car dans ce cas, il ne s'agit plus d'une capacité de

³²⁰ Pour reprendre la terminologie de Boris Cyrulnik : *Résilience, connaissances de base*, Odile Jacob, 2012.

réponse de l'entreprise face à un choc ponctuel et conjoncturel, mais bien d'un problème structurel qui peut remettre en cause l'entreprise elle-même.

C'est à ce niveau -et dans le cadre de la comparaison qui s'impose avec notre système- qu'apparaît en pleine lumière la problématique posée par le régime français de protection de l'emploi, problématique qu'ignorent totalement les Américains. Dans une entreprise, le système de production n'a pas vocation à s'adapter spontanément aux évolutions de la technologie. Bien au contraire, les salariés vont privilégier le maintien du système existant et des méthodes éprouvées le plus longtemps possible, parce que ce maintien leur assure une zone de confort. Seule l'action du chef d'entreprise contraint à l'adaptation.

Williamson est un théoricien pur, mais il sait que le système juridique et plus globalement le système institutionnel américain n'empêchera pas les adaptations nécessaires. Au contraire, sa logique, parce qu'elle repose sur une grande liberté d'action du pouvoir de direction, elle-même commandée par une logique de coût, encourage cette adaptation. Mais il en va tout autrement du système français qui bloque les nécessaires adaptations de l'entreprise en bridant le pouvoir de direction, en le soumettant à des contraintes anormales par le biais des IRP, en l'obligeant par l'effet de la LPE de conserver à son service des salariés inutiles au processus de production.

Or il est constant que même soumis à l'autorité du chef d'entreprise, les salariés qui se trouvent en sous-emploi chronique peuvent dissimuler pendant un certain temps la réalité de cette situation, en ralentissant les cadences, modifiant les gestes de la production, bref en perdant du temps de façon consciente et déterminée pour dissimuler la réalité de la réduction de la production. Ce laps de temps sera de nature à faire perdre des sommes notables en raison de ce sous-emploi, jusqu'à ce que le dirigeant prenne conscience d'une réalité qui ne lui sera pas dénoncée spontanément par les ateliers.

2.5. Conclusions sur la compétence de coordination, la notion d'autorité et la législation sur la protection de l'emploi

Au terme de cette analyse, il apparaît que la relation d'autorité dans l'entreprise qui est, rappelons-le, le 6^{ème} mode d'organisation retenu par Williamson, apparaît la mieux adaptée à l'organisation d'un système de production dans le secteur secondaire, le

secteur industriel. La question qui se pose aujourd'hui est également de savoir si ce mode d'autorité s'adapte au secteur tertiaire, celui des services, ou si d'autres modes d'organisation, que nous qualifierons globalement de modes « participatifs » peuvent avoir une efficacité équivalente. Il conviendrait également d'envisager les modes de fonctionnement en réseau, particulièrement adaptés à l'économie numérique³²¹.

Ces modes alternatifs de gestion de l'entreprise et du contrat de travail échappent à notre sphère de réflexion et d'analyse, qui reste centrée sur les TPE et PME classiques, du secteur secondaire (industrie, bâtiments et travaux publics) et des services. Cela ne signifie pas pour autant que nous ignorions des pistes de réflexions sur des modes alternatifs de direction de l'entreprise, ou de gestion. Il n'en reste pas moins que dans le processus de rupture, quel que soit le mode de gestion, l'existence même de la législation sur la protection de l'emploi conduit les deux parties (entreprise - salarié) à l'affrontement, en raison de la perspective des avantages liées à la rupture, avant les ordonnances Macron de septembre 2017.

Certes, la loi de 2008 sur la rupture conventionnelle est venue modérer les relations à cet instant du contrat, instant particulièrement crucial. Il n'en reste pas moins que de 1973 à 2008, le système de la LPE orientait la rupture vers un fonctionnement binaire :

- d'un côté l'entreprise, devenue l'adversaire qu'il fallait contraindre, pour l'empêcher de rompre, ou accabler financièrement ;
- de l'autre, le salarié :
 - o soit licencié,
 - o soit en cours de départ dans le cadre d'un mode de rupture dont il prend l'initiative (prise d'acte de la rupture du contrat de travail),et qui entend faire reconnaître ce qu'il estime être son droit ou ses droits contre l'entreprise, en obtenant des indemnités majeures.

Nous en revenons ainsi à la reproduction de l'affrontement « de classe » du début de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e entre l'ouvrier et le patron, dans une atmosphère post marxiste que ne dénierait aucunement les auteurs du *Droit capitaliste du travail*.

³²¹ Christophe Assens, Le fonctionnement en réseau

Ce comportement dépasse le « conflit de logique », cher à Tiennot Grumbach (Grumbach 1978), puisque parfois, le salarié est cadre, dirigeant ou non. L'affrontement avec l'entreprise et le management dont le cadre a été exclu n'en est pas moins violent, par tribunaux, en l'occurrence conseil des prudhommes, interposés.

Ainsi, la relation d'autorité ne se conçoit pas *in abstracto*. Les éléments objectifs qui viennent d'être rappelés et qui sont essentiellement tirés des travaux de Williamson doivent être complétés, dans le cadre du rapport à la situation française, par des données complémentaires et en particulier, les conditions de rupture du contrat de travail. Williamson décrit la manifestation de l'autorité par les affectations. La détermination des critères d'efficacité permet au chef d'entreprise de contrôler le déroulement du processus productif et en l'occurrence le respect du contrat de travail, et éventuellement de redresser la situation dans l'hypothèse d'une exécution fautive par le salarié. Hors le cas de l'exécution fautive, ces critères lui permettent également d'apprécier la fin d'un processus technologique, l'usure d'une machine, l'inefficacité d'un processus de production, au regard là encore d'une novation technologique ou managériale. Il peut dès lors en tirer comme conséquence le fait qu'il convient de supprimer telle ou telle partie de son activité, c'est à dire de rompre les contrats de travail des salariés concernés, ou encore, constatant l'exécution défectueuse du contrat et l'absence d'efficacité du pouvoir de sanction, il peut exercer ce pouvoir disciplinaire dans la perspective de la rupture pure et simple du contrat de travail. De cette façon, la relation d'autorité est naturellement complétée par le pouvoir de rompre le contrat de travail, soit pour une raison liée à l'inutilité du salarié dans le cadre d'une modification des processus de production (liée à des éléments structurels ou conjoncturels et toujours déterminés par les critères d'efficacité), soit pour une raison résultant de l'exécution défectueuse du contrat. En sociologie française du travail et en droit du travail français, c'est ce pouvoir de rompre qui est contesté par les tenants de l'école française de droit du travail, et l'objet de la législation sur la protection de l'emploi telle que nous allons la présenter est précisément d'empêcher ou de retarder les effets de la décision de rupture, sans que puisse entrer en ligne de compte :

- ni la problématique du coût du travail du salarié concerné par la mesure de licenciement (hors le cas de faute, bien entendu,
- ni la problématique du respect du pouvoir de direction.

Les auteurs américains, qu'il s'agisse de Williamson ou de Hart³²² par exemple, sont assez discrets sur cette notion de rupture et ses conditions. Il est vrai qu'en droit anglo-saxon, celle-ci ne semble poser aucun problème de principe ou d'exécution. Il en va de façon totalement différente en droit français puisque, comme nous l'avons vu, la rupture du contrat de travail doit être motivée sur une cause réelle et sérieuse. Le salarié, en cas de sentiment d'injustice ou d'iniquité, soumet les causes de cette rupture au juge prudhommal, lequel est prompt à donner raison au salarié dans le cadre de la logique qui a été largement décrite.

Nous devons nous appesantir sur les éléments ce qui bordent la relation d'autorité dans la firme, à savoir le pouvoir de rompre dont la légitimité est vue du dirigeant d'entreprise bien évidemment, soit pour une raison « objective », c'est-à-dire liée au fonctionnement économique de la firme, soit pour une raison « subjective », c'est-à-dire liée aux conditions d'exécution du contrat : la rupture pour motif disciplinaire. Nous notons que lors de son consentement au contrat, le salarié admet de se soumettre au pouvoir disciplinaire, lequel se situe en « zone de consentement ». Mais dans le cadre d'une réaction bien humaine, le salarié aura toujours tendance à considérer non seulement qu'il respecte parfaitement les ordres de la hiérarchie, qu'il est donc pleinement dans le cadre de la relation d'autorité, mais qu'en outre, il répond tout aussi précisément aux critères d'efficacité que nous avons détaillés ci-dessus. Il considère en conséquence que l'usage du pouvoir disciplinaire à son encontre est illégitime. C'est évidemment parce que l'employeur n'est pas en accord avec l'analyse du salarié qu'il se situe dans l'optique de la rupture du contrat. C'est à ce niveau que nous notons encore une divergence entre l'appréciation anglo-saxonne et l'appréciation franco-française. Le contentieux qui va résulter de l'affrontement entre le salarié et la firme, le fameux conflit de logique qui

³²² Olivier Hart à la double nationalité américano-britannique. Il a étudié les mathématiques au King's College (Cambridge) et les sciences économiques à l'Université de Warwick. Docteur de l'Université de Princeton, il a été chercheur au Churchill College (Cambridge), professeur à la London School of Economics and Political Science, au Massachusetts Institute of Technology. Depuis 1993, il professe à l'Université de Harvard.

était cher à Tiennot Grumbach³²³, va s'exprimer clairement et au-delà de son expression au sein de l'entreprise, et évidemment déborder sur la zone judiciaire.

3. La conception française de l'entreprise et de son chef, telle que résultant des derniers apports de la doctrine

Pour cerner la vision française du chef d'entreprise et, plus globalement, celle de l'entreprise dégagées par l'école du droit du travail français, nous avons éprouvé quelques difficultés car la littérature sur ce sujet n'est pas abondante³²⁴, à la différence de la littérature spécialisée anglo-saxonne. Notre sujet n'étant pas spécifiquement la définition de la notion d'entreprise, nous ne nous sommes pas lancés dans une exégèse et nous sommes restés sur son abord, en partant des écrits des juristes spécialisés en droit du travail. Vérifiant les travaux de synthèse, tels les *Mélanges* où se trouvent parfois des articles particulièrement intéressants, nous avons estimé judicieux de suivre le raisonnement exposé à l'occasion du colloque organisé par le Centre de droit de l'entreprise, en partenariat avec le service de formation continue de l'École nationale de la magistrature. Ce congrès est d'ailleurs placé sous le patronage de l'Association française de droit du travail. Il s'est tenu en 2009 et il était animé principalement par Antoine Lyon-Caen, professeur à l'université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense, directeur d'étude à l'EHESS, et Quentin Urban, maître de conférences à l'université Robert Schuman de Strasbourg. L'antériorité de l'intervention d'Antoine Lyon-Caen dans cette spécialité, le fait qu'il soit un pur produit de l'université française des années 1968-75 et qu'il ait lui-même enseigné à des générations d'étudiants en droit social en fait évidemment un sujet d'études caractéristique. Nous pouvons ajouter que sa récente participation à la commission Badinter et sa collaboration avec l'ancien ministre de la Justice pour déterminer les grands principes du droit du travail³²⁵ renforcent ce choix.

La vision développée par les différents intervenants au cours de ce colloque, et fort heureusement transcrite dans les actes³²⁶, est tout à fait significative de la posture

³²³ Tiennot Grumbach et la notion de conflit de logique, in *La défense prudhommale*, tome 1 et 2, publication April, 1978-1979.

³²⁴ Voir dans ce sens Pierre Durand, *Traité de droit du travail*, 1946, Georges Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1947.

³²⁵ Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015.

³²⁶ Antoine Lyon-Caen et Quentin Urban, *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz 2012.

française classique, inspirée par l'école française de droit du travail et promue par des *thin-thanks* tels que Terra-Nova, proche du parti socialiste. Cette posture ressort à la fois du vocabulaire employé, de l'ordre des priorités qu'ils suivent lorsqu'ils tentent de cerner la notion d'entreprise, et enfin, l'évacuation, sinon l'éradication de la notion même de chef d'entreprise. et sa réduction à la seule fonction « d'employeur ».

3.1. *Le raisonnement commun à l'ensemble des participants au congrès*

Sur le plan du vocabulaire, qui renvoie évidemment à un certain nombre de concepts, dans la logique de cette école de pensée et de l'ensemble des manuels de droit du travail français, nous notons que la notion d' « *employeur* » est régulièrement utilisée comme synonyme de « *chef d'entreprise* ». Cela confirme une approche systématiquement réductrice qui signifie que les auteurs ne voient dans le rôle du chef d'entreprise que sa fonction d'employeur au détriment de l'ensemble des autres fonctions. Ils éliminent du spectre de leur analyse l'ensemble des fonctions révélées par Williamson et bien entendu la problématique des coûts. Ils sont en parfaite cohérence avec la législation qu'ils défendent et qui n'envisage jamais les conséquences de dispositifs juridiques sur le plan économique.

Cependant, les différents intervenants ne se réfèrent pas à la définition de base de l'entreprise et du pouvoir de direction. Certes, nous comprenons que leur réflexion vise principalement les très grandes entreprises (TGE), fortement capitalistiques et multinationales, celles du CAC 40 et éventuellement les ETI, de plus de 5.000 salariés. Traditionnellement, ils répugnent à aborder le fonctionnement des PME. Cela étant, cette observation ne se comprend qu'à la lecture précise du document et ne résulte pas de l'énoncé initial qui laisse sous-entendre au lecteur que le propos est de portée générale. En réalité, il est orienté dans des conditions telles qu'il laisse accroire au lecteur, à l'étudiant par exemple, qu'il a cette vocation.

3.2. *L'ignorance volontaire des éléments essentiels de la notion d'entreprise et de pouvoir de direction*

La première remarque concerne l'organisateur de ces travaux, le professeur Antoine Lyon-Caen, qui pose immédiatement le débat en termes de gouvernance d'entreprise et de contrôle des dirigeants sociaux conçus essentiellement comme étant les « employeurs » des salariés composant le personnel d'une entreprise. Dès les premières

lignes, il est indiqué explicitement : « *Le droit du travail a institué des procédures qui permettent -ou devraient permettre- aux travailleurs, par la médiation des représentants, d'infléchir des décisions* ». ³²⁷ La définition même de l'entreprise n'a pas encore été abordée et le principal contributeur évoque déjà la situation du personnel et de la nécessité de « contrôler » la direction de l'entreprise au regard d'une potentielle déviance de celle-ci. L'entreprise est donc essentiellement conçue comme une structure de domination sur des hommes (en l'occurrence des salariés), et l'on évacue la notion de consentement à la hiérarchie ; sa fonction de production de biens et de services est ignorée. Second élément : le chef d'entreprise, réduit à sa fonction « d'employeur » est potentiellement dangereux pour les salariés en raison précisément de sa gestion de la contrainte (en fait, sa maîtrise de l'organisation du travail, c'est-à-dire l'organisation de la fonction de production). En conséquence, il doit être lui-même contrôlé. Ses « décisions » (dont l'auteur ne précise ni la portée ni l'utilité) doivent pouvoir être « infléchies » par l'intermédiaire de l'avant-garde consciente de la communauté des salariés (« les représentants »). Et l'auteur rassure son lecteur : fort heureusement, des « procédures » ont été instaurées à cette fin : la législation sur la protection de l'emploi est ainsi brièvement définie et justifiée.

Pour un praticien de l'entreprise ou un lecteur des ouvrages des principaux prix Nobel d'économies de ces dernières années (qu'ils soient américains ou français), le décalage du propos est surprenant. Mais sa suite se situe dans la même logique. Nous insistons encore sur le vocabulaire employé et sur l'occultation volontaire de l'essentiel de l'activité de l'entreprise. Si Antoine Lyon-Caen reconnaît que « *l'entreprise ne peut être ignorée du droit* », il précise sa pensée dans l'hypothèse où le lecteur resterait dans l'incertitude « *sa présence indiscutable, dans l'ordre du droit, apparaît au moins en deux moments : d'une part lorsque l'intérêt social est invoqué pour contester ou justifier une initiative, une décision, une délibération, d'autre part, lorsque l'intérêt de l'entreprise, ou une de ses déclinaisons, est invoqué pour contester ou justifier une décision du chef d'entreprise* » ³²⁸.

³²⁷ *Op.cit.*, p. 4.

³²⁸ *Op. cit.*, p. 4.

Aucun des participants au colloque, tous universitaires de profession (aucun professionnel de l'entreprise n'est invité à participer aux comptes rendus des débats, ce qui permet de limiter la contradiction et caractérise l'entre-soi) ne rappelle que l'entreprise n'émerge pas de la volonté des salariés et qu'elle ne persiste pas de leur simple présence. Les questions des apports en capitaux et de la rentabilité de fonctionnement sont écartées. L'auteur élude de son propos ces deux points essentiels pour ne viser dans le rapport de droit que ce qu'il appelle l'intérêt social d'une part, et d'autre part la perspective de contestation d'une décision du chef d'entreprise.

Nous ne pousserons pas l'analyse concernant d'autres observations tout aussi contestables, telles que cette appréciation : « *L'entreprise s'est éloignée d'un possible statut d'acteur doté d'un projet et d'une capacité d'expression en se muant en actif cessible (...), si les comptes doivent avant tout enregistrer la valeur du marché, l'entreprise tend, en effet, à n'être qu'un bien, une marchandise* »³²⁹. La fin de l'article de présentation résume si cela était encore nécessaire la pensée de l'auteur en ramenant l'entreprise et son chef à leur seule fonction d'employeur : « *À l'endroit des travailleurs, le responsable est l'employeur. Et l'employeur, c'est la personne juridique avec laquelle les travailleurs ont un rapport de subordination* ».

³²⁹ *Op. cit.*, p. 5.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Les théories de l'école française du droit du travail telles qu'elles étaient enseignées à l'université ont prévalu pendant trente ans dans l'enseignement, l'administration et la pensée politique. La prégnance de cet enseignement rendait d'office inaudible une pensée différente. Face à cette construction intellectuelle puis législative et réglementaire sans faille, dont la cohérence déjà remarquable allait croissant au fil du temps, le monde de l'entreprise, seul à pouvoir éventuellement contester ce positionnement militant, vivait sur lui-même, renfermé, incapable de communiquer et d'animer des *think-tanks* qui auraient pu produire une pensée différente. Nous côtoyions alors dans les conseils de prudhommes les avocats des entreprises de l'industrie, dont Venat pour Talbot devenu Peugeot ou son confrère Bernheim pour Rank Xerox, pour ne citer que les deux plus en vue à cette époque déjà lointaine. Bernheim, héros de la seconde guerre dont la robe était égayée par son placard de décorations, s'ennuyait ferme depuis qu'il était revenu à la vie civile. L'affrontement quotidien aux délégués CGT et FO ou à leurs avocats constituait une sorte de substitut à cette ambiance guerrière. Tous deux avertissaient les conseils de prudhommes et leurs adversaires du risque de disparition de l'entreprise en raison des excès des décisions prudhommales de première instance, excès très relatifs si nous comparons ces décisions des années 1985-1990 à celles des années postérieures, mais évidemment notables au regard de la jurisprudence antérieure à la loi de 1973. Mais à cette date, les défaillances d'entreprises étaient de l'ordre de 25.000 annuelles et le chômage atteignait des chiffres qui semblaient importants, mais étaient inférieurs des trois quarts à ceux que nous connaissons désormais. En conséquence, les enseignements de l'école française du droit du travail nous paraissaient logiques et justifiés.

Le doute s'est insinué à la fin des années 1980 : en 1993, le nombre des défaillances d'entreprises passe à 57.627 et constitue en lui-même un signe. Certes, la comptabilisation dans ce chiffre des défaillances d'entreprises individuelles qui en étaient auparavant exclues le gonflait quelque peu. La tendance est d'ailleurs à la baisse dans les années suivantes : 51.223 en 1996, 43.355 en 1998 et 35.843 en 2000. Mais à compter de cette date, la remontée est sans étape, et 61.193 défaillances sont atteintes en 2010 contre 15.566 en 1976³³⁰. Au regard de ces chiffres et de ceux du chômage, les préceptes de l'école française de droit du travail. Mais précisément, ils se sont maintenus.

En dépit de la preuve par les chiffres, rapidement apportée, rien ne peut modifier la tendance lourde que nous avons relevée. Les rapports administratifs destinés au gouvernement ou aux assemblées se succèdent, mais ils n'influent pas sur cette tendance. D'ailleurs, par habitude ou pour être certain du résultat du rapport commandé, gouvernant, législateur ou président de commission *ad hoc* forment des cénacles où ne se retrouvent que des personnalités issues du même milieu, social, universitaire ou professionnel. Le chef d'entreprise, intéressé au premier chef, est exclu de ces formations. Le rapport de 1996 réalisé sous la direction de Pierre Cabannes³³¹ est particulièrement significatif de cet « entre-soi », meilleure garantie contre la pensée contraire et les influences extérieures pouvant provenir du terrain, c'est-à-dire de l'entreprise elle-même.

Nous pourrions abondamment commenter l'épisode du CPE, première tentative notoire, bien qu'éminemment maladroite, pour tenter de faire évoluer la législation sur la protection de l'emploi et permettre aux *outsiders* d'accéder au marché de l'emploi. Les *insiders* et leurs syndicats sont parvenus à faire croire aux *outsiders* qu'ils devaient défendre le statu quo qui les accablaient, au risque, une fois titulaire du CDI, de se voir soumis à une flexibilité insupportable qui était en fait une chance, pour des demandeurs d'emplois en particulier issus « des quartiers », d'accéder à des emplois réels, même dans une temporalité limitée. Et encore, le rapport Blanchard Tirole, premier de cette

³³⁰ Sur des bases, nous l'avons soulignées, différentes.

³³¹ Dont nous avons également suivi les cours à l'IEP de Paris.

série qui va permettre l'émergence d'une pensée nouvelle, était-il paru, mais il était trop récent encore pour avoir une réelle influence. La société française est encore trop bloquée³³², trop enserrée par les corps intermédiaires qui défendent les *insiders* pour réagir favorablement. Il faudra attendre encore onze ans et la vue des évolutions qui se produisent dans l'ensemble des pays européens comparables pour que les choses évoluent. Pendant ce temps, le management subit les rigueurs des textes de 1973 et de 1975 et le praticien voit concrètement, dans les tribunaux de commerce, les PME industrielles pourvoyeuses d'emplois sur le plan local être liquidées à la chaîne, audience après audience avec leurs cortèges de licenciements. Cette vision très empirique mais confirmée par les statistiques de l'Insee, régulières, hebdomadaires sinon quotidiennes à partir de 1993, nous a conduit à remettre frontalement en question les enseignements universitaires et les présupposés des années quatre-vingt, le problème étant que le droit social, qui se veut indépendant du management et/ou du droit commercial, répugne à évoquer les conséquences financières de son application et à se confronter aux exigences économiques du marché et du fonctionnement de l'entreprise.

³³² Michel Crozier, *La société bloquée*, Seuil, 1970

PARTIE III

DROIT ET ÉCONOMIE :

LES APPROCHES PAR LA NOTION DE COUT

CHAPITRE PREMIER

APPROCHE FRANCAISE DE LA NOTION DE COÛT DU TRAVAIL

La littérature anglo-saxonne sur le monde de l'entreprise et la notion de coût laisse percevoir l'amorce d'une réflexion relativement tôt, au cours du XIX^e siècle. Les écrits de F.W. Taylor ne sont que la concrétisation de cette réflexion. L'ingénieur américain souhaite rationaliser la production pour rendre plus efficace le fonctionnement économique de l'entreprise et augmenter à la fois le profit et les salaires. Sa méthode nécessite la distinction entre les différentes tâches qui contribuent à la production d'un bien ou d'un service. Il revoit donc le fonctionnement des ateliers et le réforme de telle façon que l'ouvrier n'ait plus le contrôle de l'acte de production qui est éclaté en plusieurs phases successives. Ce sont les ingénieurs qui organisent les différentes phases de la production afin d'éviter les déperditions d'énergie et de temps, en contrôlant au mieux le temps de travail de l'ouvrier à l'aide d'un chronomètre. En attribuant à chaque ouvrier une tâche, voire un geste spécial qui sera répété des milliers de fois -d'où l'appellation d'ouvrier spécialisé- il pense atteindre l'ultime limite de la rationalisation de la production et améliorer la productivité. De cette façon, il entend également contrôler et réduire le coût de production (le prix de revient d'un produit ou d'un service) et en particulier l'un de ses composants : le coût du travail. Dernier avantage : le système qu'il propose transfère la totalité du savoir concernant les méthodes de production à l'ingénieur ou à la contre-maîtrise dont dépend le salarié. Il en est de même du commandement dans l'entreprise et surtout dans l'atelier.

Soumis à l'ingénieur, l'ouvrier ne maîtrise plus les *process*. Il ne peut s'opposer à l'innovation qui est censée améliorer le processus de production en le rationalisant encore et en le mécanisant. Nous savons que ces progrès détruisent des emplois et impliquent une dépossession de l'ouvrier de « *l'œuvre* » elle-même, ou plus exactement du produit fini.

L'ancien système, celui du marchandage ou de la production aux « *pièces* », permettait encore à l'ouvrier de voir le produit fini. À partir de l'invention de la chaîne, et de l'apport d'Henri Ford, il en est totalement dépossédé. Taylor et Ford indique que l'organisation scientifique du travail est de nature à augmenter le revenu du salarié, sous l'expresse réserve que le salarié soit en bonne santé physique, particulièrement compétent et motivé pour participer pleinement à cette nouvelle organisation.

Dans l'industrie française, l'application de ces nouveaux procédés a été de pair avec une augmentation de la rémunération des salariés. Mais il est vrai que la comparaison est biaisée par le fait qu'il existe entre les deux pays un retard de près de 20 ans dans l'adaptation de ces méthodes. La « *taylorisation* » de l'industrie française correspond en effet, à la période de la guerre de 1914-1918 et de la production en masse des armements. La guerre et la féminisation ne permettent pas des comparaisons à éléments constants. En revanche, nous savons que l'une des grandes idées d'Henri Ford est bien d'augmenter le salaire de ses ouvriers de telle façon qu'il soit suffisant pour qu'ils puissent, au terme d'un certain temps bien entendu, acquérir une automobile Ford. Le débouché des produits de la grande industrie de consommation est dès lors à la fois direct et immédiat. Si nous nous posons la question de la rémunération pour aborder celle des coûts, la piste dégagée par Henri Ford est donc intéressante³³³.

1. Une particularité de la problématique du coût : l'ancrage chrétien et catholique de la société française, l'Ancien Régime et le servage

La France adapte avec retard les préceptes du taylorisme, comme si elle éprouvait une difficulté intrinsèque à s'engager dans la voie de la rationalité. S'agit-il d'une incapacité culturelle à la rationalisation des processus de production, d'une difficulté à aborder les phénomènes économiques et à les décrire ? Ou au contraire et plus trivialement, s'agit-il d'une frilosité des dirigeants d'entreprise à affronter ces réalités, en raison de la peur des réactions du monde ouvrier, dans un pays traumatisé par l'expérience de la Commune, ce qui les pousse à dissimuler cette réalité ? L'histoire industrielle française n'est pas un long fleuve tranquille. Si les patrons Américains gardent en mémoire la grève de *Homestead* à la

³³³ Henri Ford, *My life and Work*, Garden city, New York, 1922.

Carnegie Steel Company, en France les conflits les plus virulents ont lieu dans les mines : la Ricamarie en 1869, les grèves de Monthieu à compter de 1891 jusqu'en 1909, la défenestration de l'ingénieur Watrin à Decazeville en 1886, l'affaire Fourmies en 1891. À plusieurs reprises, la troupe est appelée pour réprimer les mouvements ouvriers. Dans le même temps, les préceptes du christianisme social inspirent certains patrons français, dans la logique des encycliques *Aeternae Patris* et *Rerum Novarum*. Mais ces références catholiques en elles-mêmes ne constituent-ils pas un obstacle à la recherche et à la détermination du coût ?

Partant de l'idée que la religion catholique impose une réelle pesanteur sur l'ensemble de la société qu'elle régit, en particulier dans le monde latin (France, Italie, Espagne, etc....), nous avons repris l'analyse des encycliques émises au cours du XIX^e siècle qui marquent la doctrine sociale de l'Église. Il s'agit en particulier d'*Aeternae Patris* de Léon XIII, publiée en 1879, et de *Rerum Novarum* de 1893. Mais l'inspiration de ces textes remonte à une époque bien plus lointaine, celle des fondateurs de la doctrine économique de l'église catholique et parmi eux, Thomas d'Aquin. L'expression *néo-thomisme* qui caractérise *Aeternae Patris* nous conduit à un retour direct vers cette pensée³³⁴. Elle est concentrée en particulier dans des ouvrages tels que *La somme contre les gentils* ou *La somme théologique*. Cette pensée inspire le courant du catholicisme social dont se revendiquent plusieurs penseurs catholiques à la jonction du XIX^e et du XX^e siècle (Marc Sangnier et Jacques Maritain, par exemple) et de nombreux patrons de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e. Le courant thomiste persiste d'ailleurs tout au long de ce siècle³³⁵. Notre constat sur le retard de la pensée française -entrepreneuriale et managériale- au regard de la pensée nord-américaine, concernant en particulier la problématique des coûts et celle du coût du travail, nous conduit donc à rechercher les fondements dans la tradition catholique, dans le cadre d'un mouvement déjà initié par Alain Peyrefitte, dans son livre *La société de confiance*.³³⁶

³³⁴ Thomas d'Aquin (1224-1274) : religieux de l'ordre des Dominicains, il termine ses études à Paris de 1245 à 1248, après les avoir débutées en Italie. Après un séjour en Allemagne, il retourne en Italie, séjourne à Orvieto et à Rome. Il réalise une œuvre considérable fondée sur les commentaires de la philosophie d'Aristote et aborde les questions économiques, chose peu courante au sein de la chrétienté de cette époque. Il revient à Paris de 1268 à 1272, puis retourne en Italie où il décède peu après.

Voir les encycliques *Studiorum ducem* de Pie IX en 1923 et *Humani generis* de Pie XII en 1950.

³³⁵ Sandrine Frémeaux et Christine Noel : *Qu'est-ce qu'une juste rémunération ?* Management et avenir, 2011/8, P.300S.

³³⁶ Alain Peyrefitte, *La société de confiance*, Fayard, 1995.

2. La contribution de Thomas d'Aquin à la pensée économique

C'est sans doute Thomas qui, le premier, conceptualise la notion de rémunération du travail, sur la base des écrits d'Aristote et des *Écritures*. Il est conduit à raisonner face à la situation sociologique et technique et aux contraintes juridiques de la société médiévale. Le travail manuel est alors déconsidéré : il permet d'assurer la subsistance du serf, lequel contribue par ses prestations à celle des nobliaux de provinces, qu'ils soient de robe ou d'épée.

Les trois traditions, gréco-romaine, « barbare » et judéo-chrétienne, se rejoignent alors pour considérer que le travail manuel, qu'il s'agisse de l'agriculture ou de la production et de la transformation du fer par exemple, n'est pas valorisant. Pour la première de ces traditions, seuls les esclaves travaillent. La seconde valorise la fonction militaire et l'économie de pillage. La troisième critique le commerce, mais ne voit pas d'un œil éclairé le travail manuel en lui-même.

Thomas d'Aquin aborde l'ensemble de ces questions sur le fond des obligations ou des interdictions édictées par les règles des ordres monastiques : contemplation ou travail, l'univers est notablement différent. Il réfléchit à une époque où la pensée évolue et il contribue lui-même de manière déterminante à cette évolution. Moins d'un siècle plus tard, le roi Philippe IV, roi de France, dit Le Bel³³⁷, et après lui Jean dit Le Bon, réunissent des commissions pour travailler sur les notions de « *rémunération* » (1331-1351) et les conditions d'embauche³³⁸. Dans les années 1348 à 1350, les conditions de vie des travailleurs manuels des villes s'améliorent notablement, car ils sont en nombre insuffisant au regard de la demande. Le gouvernement royal légifère alors pour encadrer les rémunérations.

2.1. La notion de juste rémunération

Revenons au siècle précédent : Thomas d'Aquin pose les principes d'une « *juste* » rémunération du travail, pour celui, religieux ou non, qui doit travailler.

³³⁷ Philippe le Bel : 1268-1314.
Jean Le Bon : 1319-1364.

³³⁸ Raymond Cazelles, *Société politique, noblesse et couronne sous Jean Le Bon*, mémoires et documents de l'école des Chartes, Droz, Genève, 1982, P.26

Il propose tout d'abord la définition du travail lui-même : « *Par travail manuel, on doit entendre toutes les industries humaines propres à assurer honnêtement la subsistance, qu'elles mettent en œuvre les mains, les pieds ou la langue. Les veilleurs, courriers et autres gens vivant de leur travail sont censés vivre du travail de leurs mains. La main étant l'outil par excellence, le travail des mains en est venu à désigner toute activité par laquelle on peut honnêtement gagner sa vie* »³³⁹. Thomas vise dans son texte à la fois le travail manuel et le travail intellectuel, contrairement à ce qui a pu être écrit. Par l'utilisation du mot « *langue* », il évoque le travail de l'esprit qui produit ses effets par le langage, et éventuellement par l'écriture. Il désigne donc bien par ces mots le travailleur intellectuel.

Thomas d'Aquin voit plusieurs intérêts dans le travail, au-delà même de la subsistance du travailleur : « *tu gagneras ton pain à la sueur de ton front* ». De cette façon, il revient évidemment au fondement même des Écritures. Mais son analyse récuse l'exclusion relative dont font l'objet les travailleurs manuels dans le monde médiéval. Pour l'auteur de *La Somme contre les gentils*, au-delà de l'acquisition des moyens de la conservation de la force de travail, c'est-à-dire du corps du travailleur et de l'entretien de sa famille, le travail a aussi pour conséquence de supprimer l'oisiveté, de réfréner les mauvais désirs en épuisant le corps et en évitant donc que l'homme succombe au vice. Enfin, il rend possible l'aumône³⁴⁰, expression de la charité, qui est l'un des devoirs du chrétien. Nous sommes ici au centre de la pensée thomiste ; elle influencera la pensée catholique jusqu'au courant du XX^e siècle et partant, le patronat chrétien dans la trace du *Sillon*. Nous pouvons également considérer que les propositions sociales, qui sont formulées par le parti social français du colonel de La Rocque, concernant l'association capital/travail et qui seront reprises par le RPF du général de Gaulle en 1947 avant d'être intégrées dans les ordonnances de 1959 et de 1967 relatives à la participation du salarié dans l'entreprise, sont également issues de ce courant.

Après avoir légitimé le travail, Thomas s'intéresse naturellement à la consistance de la rémunération dont nous avons vu qu'elle avait pour premier objectif de permettre la reconstitution de la force de travail du salarié et l'entretien de sa famille. Quelques années après la rédaction de la *Somme contre les gentils*, le roi Philippe Le Bel, en taxant les

³³⁹ Thomas d'Aquin, *Question*, 187-Article 3 : 329.

³⁴⁰ Thomas d'Aquin, *Question*, 187-Article 3 : 326.

banquiers lombards et les juifs, pose « en creux » la question de la légitimité de la rémunération des activités humaines, c'est-à-dire du travail.

Thomas aborde également cet aspect des choses, dans ses écrits et dans les consultations qui lui sont demandées par des corporations en quête de justification sur le niveau de leurs prix.

Partant de la théorie des deux justices d'Aristote, il élabore sa réponse. En effet, Aristote distingue la justice commutative et la justice distributive. La première concerne les échanges entre deux personnes, en dehors de toute éthique, pour employer un mot moderne. Dans ces conditions, l'échange entre les parties peut être biaisé par ce que Williamson appellera plus tard, la dissymétrie d'informations, ou encore l'opportunisme, notion sous-jacente dans la pensée thomiste et qu'on peut relier de cette façon à celle du prix Nobel américain.

2.2. *La justice distributive et ses conséquences*

La justice distributive quant à elle, implique la prise en compte d'éléments qui dépassent ce que l'on appellerait, dans le langage moderne, le contrat. Ainsi, elle tient compte d'impératifs d'intérêt général et du bien commun³⁴¹. Elle vise à une certaine égalité des droits dans la société et entre les individus. Les conclusions sur les effets sont évidemment différentes.

Thomas attribue au plus haut placé dans la hiérarchie sociale la plus grande part de ce produit : la distribution n'est pas égalitaire et n'est pas davantage proportionnelle à l'effort réalisé par l'homme lui-même. Elle reste proportionnelle à la position sociale, en l'occurrence à la position sociale acquise, et bien entendu à la propriété du capital, qui, à cette époque, est essentiellement un capital foncier, une propriété agraire.

Thomas d'Aquin reste très critique quant à la pratique de l'usure et de la spéculation, globalement de la rémunération obtenue sans la contrepartie d'un réel travail manuel ou intellectuel. Il fonde ainsi les positions prises par Philippe le Bel au regard des banquiers et des usuriers.

L'auteur de la *Somme contre les gentils* exige, dans le cadre de cette justice distributive, que le salaire, comme plus tard le prix, soit juste. Mais précisément, qu'entend-il par un « *juste* »

³⁴¹ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II, question 61, article 1 et 2.

salaire ? La réponse est totalement contextuelle et ne dépend en aucune façon d'une analyse économique du fonctionnement de l'entreprise artisanale ou agricole, comme elle ne dépend pas spécifiquement de la propriété du capital foncier. Certes, cette notion de propriété, et son impact sur le fonctionnement économique de la société médiévale, est prise en compte. Mais la notion de « *juste* » rémunération dépend de critères philosophiques et de l'appréciation du « *juste* », par les deux parties au contrat, toutes deux supposées inspirées par les vertus des Écritures. Ainsi, la notion de « *justice* », envisagée par cet auteur envers le salarié, suppose simplement que celui-ci puisse vivre décemment avec sa famille. Il n'est pas censé accumuler le superflu et il n'est pas censé réaliser, grâce à son travail, l'accumulation primitive du capital. Est-il censé s'amuser, se distraire, ou être oisif ? La réponse est évidemment négative, au regard des critiques formées par Thomas contre l'oisiveté. En revanche, il est vrai que le salarié dispose de nombreuses phases de repos dans l'année, puisqu'au regard du calendrier chrétien, il existe près de 145 jours chômés, au cours desquels il est censé prier Dieu³⁴².

Cette notion de « *justice* », contraint l'employeur à verser la rémunération qui doit toujours permettre au salarié de vivre décemment quel que soit l'état du marché, et cette dernière remarque est d'importance. En effet, Thomas envisage de réclamer l'arbitrage du roi dans l'hypothèse où les employeurs ne viendraient plus à payer ce « *juste* » salaire, en temps de crise économique, par exemple. Le recours à l'arbitrage de l'État mérite à ce niveau d'être souligné.

Enfin, dans la société de « *justice* », imaginée par Thomas d'Aquin, il existe une spécialisation -on pourrait écrire une division- du travail des ouvriers, en fonction de leur savoir, de leur préférence ou de leur habilité : « *il n'est pas possible qu'un seul homme atteigne, par sa propre raison, à toutes les choses de ce genre* », sous-entendu à toutes les activités productives. Et Thomas poursuit : « *Il est nécessaire à l'homme de vivre en multitude, afin que chacun soit aidé par le prochain, et que tous s'occupent de découvertes*

³⁴² Situation qui, perdurant à travers les siècles, conduira Colbert à exiger que les évêques réduisent les jours chômés pour favoriser le développement de l'activité économique. En ce sens, une lettre passionnante de Colbert aux Archives de Saône et Loire, datée de 1666. Noah Schusterman, *Religion and the Politics of Time*, p. 42.

rationnelles diverses, par exemple, l'un de médecine, l'autre en tel domaine, l'autre dans un tel autre »³⁴³.

2.3. La formation du prix

Thomas aborde la formation du prix d'un produit, toujours dans la logique de la pensée d'Aristote³⁴⁴. Sa conception du prix, qui sera par la suite affinée et complétée par les penseurs jésuites du XVII^e siècle et en particulier par Francisco De Vitoria, reste cependant très approximative. Thomas repart évidemment de la définition d'Aristote, conformément à sa méthode. Celui-ci admet la validité du contrat de vente dans le cadre des achats de nature domestique, à condition que le prix de l'échange soit « *juste* » (on note ici la prégnance de cette notion de justice), et qu'il ne soit donc influencé ni par l'usure, ni par la spéculation.

La réflexion n'est pas suffisamment précise pour que l'on comprenne si le libre jeu de l'offre et de la demande est admis. En effet, peut-on considérer que si le prix augmente en fonction de la rareté du produit sur le marché, il s'agit précisément d'un effet du rapport entre l'offre et la demande, ou déjà d'un effet de la spéculation au sens critiqué par les philosophes grecs et chrétiens ? Nous savons simplement que le philosophe grec critique fortement l'usure et plus globalement les actes qui se font au dépend des autres : « *Il est tout à fait normal de haïr le métier d'usurier, du fait que son patrimoine lui vient de l'argent lui-même, et que celui-ci n'a pas été inventé pour cela* ». ³⁴⁵ Dans son livre *Éthique à Nicomaque*³⁴⁶, il évoque les questions de rareté et d'utilité, mais il n'objective pas l'entreprise et les conditions de production. Le producteur, qu'il s'agisse d'ailleurs du paysan ou de l'artisan, n'est pas étudié dans sa façon de constituer un prix de revient en fonction bien évidemment de son travail, mais également des moyens de production, en l'occurrence des outils qu'il met en œuvre, et au-delà, de la rémunération versée au salarié qu'il emploie.

Certes, nous savons toujours que les salariés doivent recevoir un « *juste salaire* » pour vivre et nourrir leur famille dans les conditions du temps.

³⁴³ Thomas d'Aquin, *De regno*, livre 1, chapitre 1.

³⁴⁴ Aristote : né en -384, décédé en -322.

³⁴⁵ Aristote, I, 10, 1258, A.

³⁴⁶ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Garnier Flammarion, 1988.

Nous savons aussi que l'utilité sociale du producteur, peut justifier un salaire supérieur au salaire « *normal* ». Mais l'approche du coût de production, et partant, du coût du travail lui-même, est inexistante.

Il existe entre Aristote et Thomas d'Aquin un grand espace de temps et une différence de technicité dans l'élaboration des méthodes, qui permettent à Thomas de déterminer les éléments du coût du prix de revient d'un bien, ou d'un produit agricole en particulier. Ainsi, Thomas est confronté directement au coût de construction des édifices religieux tels que les églises ou les cathédrales. Nous pouvons accéder aujourd'hui à des archives complètes qui permettent de comprendre que les décideurs religieux contrôlent féroce­ment les comptes des bâtisseurs. L'architecte, le maître charpentier ou le maître maçon tiennent des comptes précis détaillant les achats de pierre ou de bois, ceux du petit matériel consommable, enfin, les rémunérations versées. L'œuvre Notre-Dame à Strasbourg a conservé les archives et les plans ; elle a même conservé, à travers le temps, des biens fonciers donnés par les fidèles pour servir de capital, dans le cadre de la construction de l'œuvre et faire face à son prix, lequel s'est trouvé en fait inférieur au prix estimé. Thomas d'Aquin dispose également des comptes de production des fermes templières, qui sont à son époque l'une des comptabilités de production les plus précises qui soient. Nous en avons examiné quelques-unes, dans le cadre de la préparation de ce travail : elles sont d'une précision étonnante et autorisent donc un calcul et un raisonnement micro économique au niveau de la ferme et de son espace de production. En conséquence, Thomas bénéficie des données factuelles qui lui permettent de comprendre la constitution d'un prix et l'incorporation dans celui-ci du coût du travail.

Malgré tout, il décide de renoncer à identifier ces coûts et se contente d'évoquer un prix qui correspond simplement à la valeur de l'échange, c'est-à-dire à l'échange des consentements réalisés lors de la passation du contrat. Curieusement, il exclut de son raisonnement les éléments contextuels de la production du bien et de l'échange lui-même³⁴⁷. Nous retrouvons à ce niveau, les principes de la « *justice distributive* » qui oriente sa réflexion, mais la limite également.

³⁴⁷ Sandrine Frémeaux et Christine Noel, *Qu'est-ce qu'une juste rémunération ?* Management et avenir, 2011/8, P. 300 &S.

2.4. Conclusion

En conclusion, nous pouvons dire que Thomas d'Aquin et ses suiveurs ne déterminent pas le prix d'un produit en fonction de son coût de production -ou de son prix de revient- et qu'ils ne déterminent pas le salaire d'un ouvrier en fonction du coût du travail. Ils idéalisent la notion de « *biens communs* » dans la logique de leur approche philosophique de la société et des enseignements des Écritures. L'intérêt de leur réflexion se situe au niveau de ce que l'on pourrait qualifier d'équilibre macro-économique global. Ils l'envisagent dans l'intérêt de tous les acteurs économiques -de tous les hommes- de telle façon que chacun puisse vivre décentement à hauteur de ses besoins vitaux. Le superflu, l'usure et la spéculation sont condamnées.

Il peut exister une différence de rémunération entre les individus -en l'occurrence entre le chef d'entreprise et le salarié de base- mais elle doit alors dépendre exclusivement du talent de l'agent, des risques qu'il assume. La notion de capital et de mise en œuvre du capital, comme soutien à l'activité économique, est à peine esquissée.

Le risque ainsi, pris par l'agent -par le chef d'entreprise, le maître maçon par exemple- ne peut donc être purement financier. Dans la conception de l'auteur de *La somme contre les gentils*, on comprend que le risque d'entreprendre n'est pas identifié au risque couru par le spéculateur. En conséquence, le revenu supérieur tiré de son activité -et partant de la mise en œuvre d'un certain capital par le chef d'entreprise, nous reprendrons l'exemple du maître maçon- est acceptable. Thomas prend aussi en compte dans le différentiel de rémunération entre deux agents ce que nous pouvons appeler « *l'utilité sociale* », c'est-à-dire l'apport d'un avantage au bénéfice de l'ensemble de la communauté chrétienne. Thomas se montre ainsi particulièrement attentif à la notion d'intérêt général conçue comme étant l'intérêt de l'ensemble de cette communauté.

3. La question du surplus et le retour au coût

Nous avons précisé que Thomas d'Aquin et ses suiveurs, s'ils admettent l'activité commerciale qu'Aristote classait au dernier rang des fonctions économiques, en raison de l'illégitimité du gain du marchand), excluent l'usure et la spéculation. Logiquement, ils n'évoquent que très superficiellement les notions de surplus. À notre sens, cette faille de l'analyse doit être rapprochée de l'incapacité de cette pensée à théoriser la notion du coût.

Mais elle naît également de l'approche du temps et de son exclusion quasi-totale de la réflexion économique. En effet, Thomas considère que le temps étant dans la main de Dieu, l'homme ne peut l'instrumentaliser pour en tirer un bénéfice économique. Ce faisant, il se coupe naturellement de l'outil premier de la computation du coût de production d'un produit ou d'un bien.

3.1. *Le problème du temps*

Seconde observation : le temps médiéval n'est effectivement pas le même que celui de ce jour. La limite est celle de la lumière (jour/nuit) et les commandements de Dieu ou de l'église. Comme nous l'avons indiqué, le laborieux du Moyen-Âge chôme presque une moitié de l'année, consacrée à la prière et à la louange de Dieu. Il faudra attendre la sévérité d'un Colbert pour que 120 ans avant l'écroulement de l'Ancien Régime, de nombreux jours chômés soient annulés par l'État régalien et désormais consacrés à la production³⁴⁸. Mais jusqu'à ce moment, comme l'a d'ailleurs souligné Max Weber dans sa réflexion sur le capitalisme, les notions du surplus de production ou l'accumulation primitive du capital, pour reprendre un terme marxiste, ne sont pas étudiées par l'école thomiste, puisqu'elles sont en opposition à la pensée de l'église et à l'état de la société de ce temps. Il n'en reste pas moins que la philosophie thomiste a profondément imprégnée la pensée économique et sociale de l'église catholique et romaine, depuis ces années 1250, avec plusieurs points au XVII^e siècle, grâce à l'école de Salamanque créée par Francisco de Vitoria³⁴⁹.

3.2. *Le retour à la logique de coût à travers l'histoire de la pensée économique française*

Pour en revenir à la logique du coût et analyser la cause de l'incapacité plus que centenaire de la pensée économique française à s'investir dans ce domaine, nous devons indiscutablement accuser la pensée catholique. Dans un milieu aussi spécifique que le bâtiment, qui offre d'une part une échelle de comparaison rationnelle sur plusieurs siècles et d'autre part des archives qui permettent d'établir et de vérifier la computation du coût, nous

³⁴⁸ Jean-Yves Grenier, *Temps de travail et fêtes religieuses au XVIII^e siècle*, Revue historique 2012/3 (n° 663), p. 609641.

³⁴⁹ Francisco de Vitoria, 1483-1546 : dominicain, théologien et juriste, il étudie à la Sorbonne à Paris jusqu'en 1522, date de son doctorat. Il repart des écrits de Thomas d'Aquin pour prolonger les conceptions économiques du penseur médiéval.

ne pouvons qu’être surpris de la pauvreté de la pensée. Ainsi, Vauban³⁵⁰ s’inquiète de la ressource fiscale pour mieux complaire au Roi et rédige de nombreux mémoires et un ouvrage volumineux sur ce sujet. Mais il ne s’intéresse pas à l’entreprise privée et à la détermination du coût du travail. De même, le célèbre médecin mantais François Quesnay³⁵¹, ne se penche pas sur la formation du prix, en l’occurrence du prix des produits agricoles. Nous savons en effet que l’école de la physiocratie se concentre sur l’agriculture et considère que l’agriculture est la source de toute richesse. Le *Tableau économique* de Quesnay présente une analyse intéressante, mais il n’approfondit pas la notion de coût. Son ami, Victor Riquetti de Mirabeau, n’est pas plus prolixe sur ce sujet, dans *L’ami des hommes*³⁵², ouvrage dont on dit qu’il a presque été co-rédigé avec François Quesnay.

Quesnay et Mirabeau ne perçoivent pas le démarrage de l’industrie avec le processus de rationalisation qu’elle va impliquer, ils ignorent le domaine du bâtiment. Buffon, de son côté, plus sensible peut-être à l’envol industriel de la France du XVIII^e, s’évertue à créer dans sa forge de Montbard un appareil de production de qualité où il intègre des logements pour les ouvriers et les contremaîtres. Mais il ne s’appesantit pas d’avantage sur la notion de coût.

L’encyclopédie, à laquelle contribue évidemment François Quesnay, en particulier pour l’article *Grains*, ne donne pas de renseignements particuliers sur ce point essentiel. La pensée économique française, y compris celle des encyclopédistes, semble encore obscurcie par les fumées du catholicisme et ne parvient pas à devancer l’innovation que constitue la première révolution industrielle, ni même à l’accompagner. Jean-Baptiste Say et Léon Walras³⁵³ seront les premiers à marquer une rupture à ce niveau.

3.3. L’apparition de la notion de coût du travail dans la réflexion économique au XIX^e siècle

Curieusement, la réflexion sur la notion de coût du travail n’apparaît pas spontanément au gré d’un travail de fond sur la Révolution industrielle, par exemple. Elle va apparaître, en revanche, à l’occasion du débat suscité par la perspective de suppression de l’esclavage.

³⁵⁰ Sébastien Le Prestre de Vauban, ingénieur du Roi, Maréchal de France, 1733-1707.

³⁵¹ François Quesnay, 1694-1768, chirurgien du Roi Louis XV, fondateur de l’école de la physiocratie, auteur du « *Fameux tableau économique* », publié en 1758.

³⁵² Victor Riquetti de Mirabeau, *L’ami des hommes*, 1756-1762.

³⁵³ Léon Walras, 1834-1910.

Comme nous le savons, dans le cas français, la suppression de l'esclavage est réalisée en deux temps distincts. Dans un premier temps, l'assemblée révolutionnaire décide cette suppression. Mais Bonaparte, sans doute sous la contrainte de son épouse, née Tascher de la Pagerie, d'une famille de colons résidant en Martinique, rétablit l'esclavage qui ne sera définitivement supprimé que par une décision de la seconde République en 1848.

Dans l'intervalle, plusieurs économistes se sont emparés du débat, afin d'examiner « objectivement » l'intérêt de la mesure sur un plan strictement financier. Le terme « strictement » est, de toute évidence, exagéré puisque les visées humanistes de plusieurs de ces auteurs imprègnent leurs réflexions. Il n'en reste pas moins qu'un économiste comme Jean-Baptiste Say va hésiter pendant plusieurs années. Ses premiers écrits tendent à prouver que le travail de l'esclave est plus intéressant économiquement pour l'entrepreneur que celui de l'homme libre, puisque le montant de l'ensemble des sommes qui sont liées non pas à sa rémunération, et pour cause, mais à son entretien est plus faible que le montant de la rémunération qui doit être conférée à l'homme libre.

Mais rapidement, Jean-Baptiste Say évolue dans sa réflexion : il ne reste pas sur cette approche et présente d'autres hypothèses, en partant uniquement d'un travail sur le coût. Ainsi, dans la première édition de son traité, l'économiste estime à 300 francs l'entretien annuel d'un esclave. Pour calculer la réalité de son coût, il y ajoute, bien entendu, son prix d'achat (2.000 francs de l'époque) et l'intérêt sur le prix d'achat, puisque la somme consacrée à cette acquisition aurait pu l'être au bénéfice d'un autre investissement. Il estime à 10 % l'intérêt annuel et en conclut que le coût annuel du travail de l'esclave est de 500 francs.

L'économiste se renseigne alors sur le coût du travail d'un homme libre dans les colonies, qui est estimé, à l'époque, à 6 francs par jour. En conséquence, il estime que l'emploi de l'homme libre, pendant 300 jours ouvrables dans une année, aboutit à 1 800 francs, alors que l'emploi de l'esclave, amortissement de son prix d'achat et coût de son entretien annuel n'est que de 500 francs. Cela étant, de fructueux débats opposent, à cette époque, les différents économistes, les réflexions sur les conditions du servage en France et les apports d'autres intellectuels, tels que Dupont de Nemours ou Richard Cantillon. Ces contributeurs estiment que si le travail des esclaves est effectivement moins coûteux que celui de l'homme libre, en revanche, la quantité et la qualité de ce travail prêtent à discussion.

Dans son article consacré à l'abolition de l'esclavage, Gilles Jacoud note la richesse du débat sur ce sujet entre 1750 et 1830. Il insiste, en particulier, sur les apports de Condorcet et de Sismondi. Condorcet publie en 1781 un ouvrage intitulé *Réflexion sur l'esclavage des nègres* sous le pseudonyme de Schwartz, dont Gilles Jacoud rappelle l'analyse principale : « *Il considère que le produit net qui revient aux colons esclavagistes est supérieur à ce qu'ils obtiendraient en employant des journaliers rémunérés, tandis que le produit brut pour l'ensemble de la société serait au contraire supérieur si la production était réalisée plus efficacement avec des travailleurs libres* »³⁵⁴. Dans la deuxième édition de son ouvrage, en 1788, Condorcet franchit un pas complémentaire puisqu'il « *estime même qu'un travailleur libre rémunéré au minimum de subsistance pourrait s'avérer moins productif qu'un esclave* »³⁵⁵.

Si Jean-Baptiste Say est l'un des premiers économistes à aborder la notion de coût du travail, d'une part, et à s'intéresser à la notion d'entrepreneuriat, d'autre part, il n'en reste pas moins que sa réflexion sur le coût doit beaucoup aux prédécesseurs que nous venons de citer, auquel il convient d'ajouter de Sismondi. En effet, Jean de Sismondi³⁵⁶ publie lui aussi en 1833 un article sur l'affranchissement des esclaves et constate qu'en fait, l'esclave n'a pas intérêt à exécuter au mieux et dans un bref espace de temps le travail qui lui est imparti. Il en conclut que « *la cause principale de la disparition de l'esclavage en Europe, c'est que les maîtres découvrirent qu'ils pouvaient faire faire les ouvrages de la campagne, avec beaucoup plus de profit pour eux-mêmes, par des hommes libres que par des esclaves* ».³⁵⁷

3.4. La position définitive de Jean Baptiste Say

C'est sous l'influence de ces écrits (Condorcet et de Sismondi), mais également en tenant compte du comportement des Saint-Simoniens, que la pensée de Jean-Baptiste Say évolue. Dans l'édition du *Cours complet* qui paraît à partir de 1828, on note une nouvelle étape dans sa réflexion sur le coût du travail : « *À quoi tiennent ces frais de production supérieurs à la valeur du produit ? Est-ce au mode de cultiver par des mains esclaves ? Est-ce à l'inhabilité*

³⁵⁴ Gilles Jacoud, *op. cit.*

³⁵⁵ Gilles Jacoud, *op. cit.*

³⁵⁶ Jean-Charles Léonard Simond de Sismondi : 1773-1842, de nationalité suisse, de Sismondi fréquente les intellectuels libéraux français sous le consulat. Il publie, en 1803, son ouvrage fondamental *De la richesse commerciale au principe d'économie politique appliquée à la législation du commerce* puis, en 1819, son ouvrage *Nouveaux principes d'économie politique ou de la richesse dans ses rapports avec la population*.

³⁵⁷ De Sismondi, 1833 ; page 414, cité par Jomond dans l'article référencé.

des planteurs, ou à des difficultés plus grandes à surmonter que celles qu'on rencontre ailleurs ? J'avoue que ces différentes questions me semblent une solution difficile ». Quelques lignes plus loin il poursuit : « *Le nègre ne travaille que sous le fouet du commandeur ; mais outre le fait que le fouet est un stimulant très imparfait, les coups de fouets eux-mêmes sont une main-d'œuvre qui ne laisse pas d'être coûteuse car les surveillants sont payés plus cher que les simples ouvriers »*³⁵⁸.

Jean-Baptiste Say ne poursuit pas jusqu'à l'évocation du coût horaire de la prestation de chacun des intervenants. Il pourrait détailler ces prestations, afin de déterminer le coût du travail correspondant à la production d'une tonne de cannes à sucre, par exemple. Mais il analyse le processus de production, en l'occurrence un processus agricole, en incluant bien l'ensemble des acteurs et en évoquant le coût de chacun. Il s'agit d'une avancée notable dans le processus même d'analyse et de réflexion sur la constitution du coût du travail. Ainsi, nous avons noté qu'il prend en compte le prix d'achat de l'esclave, l'intérêt sur ce prix d'achat et le coût d'entretien annuel de l'esclave. Mais, au-delà, Jean-Baptiste Say évoque le coût des surveillants, et il l'intègre dans ce coût global de la mise en œuvre des esclaves comme moyen de production de la canne à sucre. Il en fait de même avec les autres esclaves qui assurent des services pour la subsistance de ceux qui travaillent. Enfin, il évoque au niveau de l'efficacité de ce mode de production, ce que l'on appellerait, dans le cadre d'un terme moderne, le management ou l'exercice du pouvoir de direction, puisqu'il évoque également l'habileté ou l'inhabileté des planteurs et, bien entendu, le nombre de surveillants nécessaires pour maintenir ce système d'exploitation.

Comme nous l'avons souligné au début de ce propos, Jean-Baptiste Say ne reste pas au pur niveau de la réflexion économique et il termine son analyse par une réflexion humaniste de portée générale : « *Il ne s'agit pas uniquement de savoir à quel prix on peut faire travailler un homme ; mais à quel prix on peut le faire travailler sans blesser la justice et l'humanité. Ce sont de faibles calculateurs que ceux qui comptent la force pour tout et l'équité pour rien »*³⁵⁹.

³⁵⁸ Jean-Baptiste Say, *Cours complet*, 1828 - édition 1910 ; volume 1 ; pages 254 et suivantes.

³⁵⁹ Jean-Baptiste Say, *op. cit.*, p. 257

4. De Walras à Fayol

L'économiste ébroïcien parviendra à se détacher de cette pesanteur et nous apprécierons cette formule qui exprime et résume à la fois une vraie rupture avec la logique de la pensée thomiste : « *je dis que les choses sont utiles dès qu'elles peuvent servir à un usage quelconque, dès qu'elles répondent à un besoin quelconque et en permettent la satisfaction* ». Ainsi, « *il n'y a pas à s'occuper ici des nuances par lesquelles on classe, dans le langage et la conversation courante, l'utilité à côté de l'agréable, entre le nécessaire et le superflu. Nécessaire, utile, agréable et superflu, tout cela pour nous, est plus ou moins utile. Il n'y a pas d'avantage à tenir compte ici de la moralité ou de l'immoralité du besoin auquel répond la chose utile et qu'elle permet de satisfaire. Qu'une substance soit recherchée par un médecin pour guérir un malade, ou par un assassin pour empoisonner sa famille, c'est une question très importante à d'autres points de vue, mais tout à fait indifférente aux nôtres* ».

Ces quelques phrases sont tirées des *Éléments d'économie politique pure*. Nous y trouvons la critique du thomiste en quelques mots : « *nécessaire, utile, agréable et superflu, tout cela, pour nous, est plus ou moins utile* ». Walras récuse la distinction thomiste entre le « *nécessaire et l'utile* », c'est-à-dire entre le « *juste et l'agréable ou le superflu* », qui permettent d'envisager différemment la notion de valeur. Second aspect : il s'attaque directement aux présupposés religieux en critiquant ce qu'il appelle « *la moralité ou l'immoralité* » supposée. Il ouvre en économie la voix du possible et permet un retour sur la notion de coût.

Mais il n'a pas encore gagné la partie face à l'école thomiste, puisque parallèlement à ses travaux, les deux encycliques que nous avons étudiées seront publiées au moment même où il développera sa pensée. Et dans les années suivantes sa disparition, Henri Fayol émet une pensée qui, tout en se voulant rigoureuse et inspirée des apports de F. W. Taylor, reprend comme une irrésistible antienne des éléments de la pensée thomiste.

4.1. *Henri Fayol et la notion de « juste rémunération »*

Bien entendu, nous sommes revenus sur les écrits de Fayol³⁶⁰ pour vérifier les conditions dans lesquelles l'auteur français aborde la notion de rémunération et, éventuellement celle de coût. L'abord de cette définition est très surprenant puisqu'elle est plus philosophique qu'économique : « *la rémunération du personnel est le prix du service rendu. Elle doit être équitable, et autant que possible, donner satisfaction à la fois au personnel de l'entreprise, à l'employeur et à l'employé* »³⁶¹. Nous sommes évidemment très éloignés des définitions rationnelles et micro économiques de la rémunération et partant, du coût. L'emploi du mot « *équité* » n'appartient pas au langage de la microéconomie. En revanche, l'idée de « *satisfaction partagée* », qui ressort de la formule employée par Henri Fayol, renvoie à des notions anciennes mais qui restent présentes dans l'histoire philosophique et économique. Il s'agit de la notion de « *juste rémunération* » élaborée par Thomas d'Aquin³⁶².

Nous nous intéressons prioritairement au mode de paiement des ouvriers qu'Henri Fayol appelle le « *mode de rétribution* ». L'étonnement nous saisit en raison d'une part de l'approximation du procédé et de son caractère ascientifique : « *le taux de rémunération dépend, d'abord, de circonstances indépendantes de la volonté du patron et de la valeur des agents, tel que la cherté de la vie, l'abondance ou la rareté du personnel, l'état général des affaires, la situation économique de l'entreprise ; il dépend ensuite de la valeur des agents et il dépend enfin, du mode de rétribution adopté* ». ³⁶³ Cette affirmation est d'autant plus surprenante que la situation économique de l'entreprise dépend d'abord du comportement de son chef. Pour notre part, si les facteurs présentés comme déterminants peuvent agir sur le montant de la rémunération proposée au salarié, lors de l'embauche, ils ne sont pas suffisants et ne sont pas rationnels au regard du déroulement du processus de production.

Ainsi, l'idée de « *cherté* » de la vie va à l'encontre des concepts de Ford, qui pense que le salaire de son ouvrier est un élément qui permet de relativiser cette notion de « *cherté* ».

³⁶⁰ Henri Fayol, *Administration industrielle et générale*, 1916. L'édition que nous utilisons est celle de Dunod, datée de 1962

³⁶¹ Henri Fayol ; *Op. Cit.* p.28

³⁶² Thomas d'Aquin, *Somme contre les gentils*, éditions Gautier Flammarion.

³⁶³ *Op. Cit.* p.28

L'industriel américain raisonne davantage en termes de confort de vie, estimant que le confort normal de vie à son époque implique la possession d'un véhicule et que le salaire, élément du niveau de vie de l'ouvrier, doit autoriser la possession d'une automobile. Le niveau de rémunération de l'ouvrier interagit avec son patrimoine et le niveau de ce patrimoine lui permet éventuellement cet achat.

Mais, en amont, Henri Ford a évidemment déterminé son coût de production et fixé, en fonction de ce coût, le niveau de rémunération de son salarié. Il introduit donc un coût du travail dans le coût de production de ses véhicules, dans des conditions parfaitement rigoureuses. Il n'est pas question de surrémunérer le salarié pour lui permettre d'obtenir de quoi acquérir une Ford... au risque de menacer la survie de l'outil de production par l'existence d'un sursalaire. C'est d'ailleurs, la raison pour laquelle nous ne reprenons pas à la lettre la formule galvaudée au terme de laquelle Henri Ford aurait souhaité systématiquement que ses salariés acquièrent une Ford.

4.2. Les besoins du salarié, élément d'appréciation de sa rémunération

En revenant à la formulation de Fayol, notre perplexité s'accroît d'autant, puisque celui-ci explique à son lecteur, dans un ouvrage supposé s'inspirer à la fois des théories de Taylor et de l'exemple de Ford, que le mode de rétribution du salarié vise à répondre à trois conditions qu'il énumère. Il s'agit d'une rémunération équitable, de l'encouragement du zèle et de la récompense de l'effort utile. Enfin, il énonce un quatrième critère en quelque sorte : la rémunération ne doit pas conduire à des excès dépassant « *la limite raisonnable* ».

Henri Fayol préconise donc trois modes de rétribution : à la journée, à la tâche, aux pièces. Il montre une préférence pour le travail aux pièces et préconise en outre le paiement de primes : prime d'assiduité, prime d'activité, prime de marche régulière des appareils, prime de propreté. Cette préconisation sera suivie et elle est encore en vigueur aujourd'hui dans de nombreuses entreprises, voire reprise par les conventions collectives, étant souligné que ce qui devait être un élément variable de la rémunération est souvent conçu comme un complément obligatoire.

L'autre consacre d'ailleurs deux pages entières aux primes et aux participations au bénéfice. Il évoque les primes proportionnelles, aux bénéfices distribués par exemple par les houillères du Nord, et souligne qu'il s'agit « *d'un don gratuit* », du patron qui échappe totalement au

caractère synallagmatique du contrat de travail³⁶⁴. On perçoit ici les fondements du raisonnement qui sera donc repris et développé quelques années plus tard par d'autres penseurs.

5. L'émergence d'une réflexion française dans le sillage des écrits de Taylor

Lorsque F.W. Taylor procède à l'analyse du cycle de production et qu'il détaille chacune des tâches effectuées par l'ouvrier, il poursuit objectif de rationalisation qui vise à optimiser le geste de l'ouvrier sur un poste de production³⁶⁵. La préoccupation qui sous-tend l'analyse est évidemment celle de l'optimisation des moyens de production dans la perspective de la réalisation d'une tâche précise. Cette optimisation concerne à la fois le temps d'utilisation de la machine, la proportion de matières premières utilisées dans la production du bien (étant précisé qu'il est nécessaire d'adapter le processus de telle façon que les chutes ou les reliquats de matières premières ou de produits semi-finis soient les moins importantes) et enfin d'optimiser le temps consacré par l'ouvrier à l'exécution de la tâche, de telle façon que ce temps soit le plus limité possible.

5.1. Les travaux du colonel Rimaïlho et son influence

Les travaux de Taylor sont diffusés en France par quelques auteurs, dont Frémenville et Le Charpentier et dans une certaine mesure par Fayol qui ajoute aux idées de l'analyste américain ses appréciations personnelles. La conjonction de ces trois phénomènes (analyse première de Taylor, diffusion de sa pensée, vulgarisation et adaptation de la réflexion en France par Henri Fayol) conduit un certain nombre d'économistes ou de techniciens de la production à poursuivre le travail dans cette voie : parmi eux, le colonel Émile Rimaïlho³⁶⁶. Essentiellement connu pour ses travaux sur le canon de 75 et sur le canon de 155 CTR modèle 1904, dénommé « 155 court Rimaïlho », il s'investit également pendant la guerre sur la rationalisation des processus de production, en particulier pour le matériel militaire et les munitions. Dans la stricte ligne de la pensée de Taylor, il mène une réflexion personnelle très approfondie sur les coûts de production et les prix de revient dans les usines de

³⁶⁴ Nous reverrons ces notions, à la fois dans les écrits d'Eugène Schueller, à propos du salaire proportionnel, mais également dans les débats théoriques préalables à l'élaboration des textes sur la participation dans l'entreprise. Nous citons à cet égard les textes de René Capitant ou de Marcel Loichot.

³⁶⁵ Cette démonstration sera en fait réalisée par Henri Ford sur la base des travaux de Taylor.

³⁶⁶ Émile Rimaïlho, 1864-1954.

mécaniques et de production métallurgique. Il communiquera ses travaux à l'occasion de plusieurs publications au cours des années 1918-1940³⁶⁷.

L'importance que revêt la rationalisation du coût de production d'un armement en économie de guerre, alors qu'il convient à la fois d'économiser les matières premières et de maximiser la productivité des salariés -dont nombre de femmes qui remplacent dans les ateliers les hommes partis au front- donnent aux écrits de Rimailho une portée singulière. Après la fin du conflit, nombre d'industriels, dans les industries mécaniques, qu'il s'agisse de l'automobile ou de l'aviation, vont donc s'intéresser aux travaux de Rimailho qui, de son côté, les approfondit pour dégager une méthode d'analyse du prix de revient et plus globalement une méthode permettant de comptabiliser l'ensemble des éléments qui concourent à une activité industrielle.

5.2. *La Cegos prend le relais*

Dès les années 1925, le patronat français s'intéresse à ces écrits, toujours dans la perspective d'une meilleure rationalité de la production. La Confédération générale de la production française crée la Commission Générale d'Orientation Scientifique (Cegos) qui va travailler en trois étapes. En 1928, elle réalise une enquête destinée à dégager l'expérience des entreprises et des groupements les plus divers, quelques grands principes qui seraient généralisables. Les 28 groupements de la confédération donnent leur avis dont un premier rapport est publié sous la signature du colonel Rimailho. En 1931, la commission décide la création de groupements d'échange d'expériences pour assurer la transversalité des données et faire remonter vers elle les problématiques d'organisation. Elle produit aux entreprises une sorte de cadre dans laquelle la question des prix de revient est centrale. Une section spéciale d'étude est créée, toujours sous la direction de l'officier supérieur.

La CEGOS crée une « section des prix de revient » qui travaille désormais sous la direction de Claude Tinayre. Elle organise en 1935 des journées d'étude qui sont renouvelées en 1936. Le colloque de l'année des accords Matignon, est intitulé : *Peut-on adopter des méthodes uniformes d'établissement des prix de revient à l'intérieur d'une même industrie ?*

³⁶⁷ Colonel Rimailho, *L'organisation à la française*, 1935. À lire également, le cours ronéoté présenté à l'école supérieure d'électricité en 1930-1931 intitulé *Organisation du travail d'atelier et prix de revient*.

À cette date, l'espace institutionnel commence à s'intéresser à la problématique. Nous noterons à cet égard, sans étonnement, qu'entre la publication en France du livre de Taylor *La direction des ateliers* (1911), celle du livre d'Henri Fayol (1916) et la création du COST (Centre national d'organisation scientifique du travail) auprès du ministère de l'Économie nationale, s'écourent plus de 20 ans. Or, 20 années à une époque caractérisée par une évolution révolutionnaire des moyens de production et en particulier l'apparition du travail à la chaîne, constituent en elles-mêmes un espace-temps considérable. Il atteste de l'incapacité d'une structure étatique en général, et de l'État français en particulier, à s'adapter aux évolutions du marché et plus globalement des techniques de production dont la spontanéité et le rythme échappent à son contrôle. Cette réflexion prend tout son sens lorsque l'on observe, toujours en France à différentes époques, la prétention de l'État à vouloir régenter ou réglementer l'économie. En tout état de cause, le COST forme lui aussi une commission des prix de revient.

Au courant de cette même l'année 1936, la Cegos décide d'éditer une brochure résumant l'ensemble des travaux effectués précédemment concernant l'établissement des prix de revient. Cette brochure a vocation générale et concerne l'ensemble des secteurs industriels. Les événements politiques et sociaux de l'année 1936 retardent la parution de ce document, non pas qu'il soit techniquement impossible de le mettre en œuvre, mais parce qu'il est nécessaire de l'adapter au mieux aux dernières évolutions. En effet, les accords Matignon conclus sous l'égide de Léon Blum, président du Conseil dont le gouvernement est soutenu par le Parti communiste, a pris un certain nombre de mesures de nature sociale qui vont naturellement peser sur les coûts, donc sur les prix de revient, et sur le coût du travail en particulier. Ces mesures sont essentiellement les suivantes :

- d'une part, instauration des congés payés ;
- d'autre part, augmentation des salaires ;
- troisièmement, mise en place des institutions représentatives du personnel et en particulier du délégué du personnel.

Ces dépenses nouvelles, devenues obligatoires, si elles améliorent la situation matérielle des salariés, en particulier dans l'industrie, bouleversent totalement les plans de développement économique des entreprises de cette époque. En effet, elles sont totalement à la charge de ces firmes au moment où l'effort de guerre va être nécessaire. Même en dédaignant la

problématique de la guerre, certes prévisible en 1936 mais devenue sérieuse après le Front populaire, le comportement de l'élite politique française est significatif. Il ignore totalement les conséquences que les mesures sociales décidées vont générer dans le monde de l'entreprise, sur les coûts du travail et donc le prix de revient des produits et des services. Nous verrons le même comportement en 1945, puis en 1953 lors de la création de la troisième semaine de congés payés, en 1982 avec les lois Auroux et enfin en 1998 avec les 35 heures, étant souligné cependant que pour cette dernière mesure, des compensations ont été proposées aux entreprises, en particulier au TGE et aux ETI.

Dans l'analyse qu'il présente dans la première partie de la brochure intitulée *Une méthode uniforme de calcul des prix de revient*, publiée au début de l'année 1938, le président Detoef rappelle l'enjeu de la rationalisation des coûts de production. Après avoir souligné qu'il n'est pas rare de constater, dans une usine où on fabrique de la série, la répartition des frais d'étude sur toute la fabrication sans qu'il y ait de *distinguo* entre les différents objets fabriqués, ou bien encore de voir réparti, dans des conditions tout aussi désordonnées, l'amortissement d'une machine, il aborde les conséquences des événements de 1936. Il souligne que le législateur ne s'est de toute évidence pas rendu compte « *que les mesures qu'il a prises en 1936 devaient, indépendamment de toute dévaluation, accroître les prix industriels de plus de 60 %* »³⁶⁸. Nous allons bien entendu laisser à l'auteur la responsabilité de sa déclaration selon laquelle s'il avait connu la conséquence de ces mesures, le législateur « *n'aurait pas d'un cœur aussi léger adopté toutes ces mesures* ».

En tout état de cause, Detoef recommande au visa de ces deux éléments finalement concordants (le désordre qui règne dans la comptabilité des entreprises et l'augmentation considérable des prix industriels) la nécessité de respecter une méthode unique de calcul des prix de revient. Reprenant les travaux de Rimailho, le professeur Detoef aborde enfin la notion de « section homogène ». Il souligne que « *l'atelier, le service commercial, la direction, sont divisés en groupes de travail dont chacun fait un métier où tous concourent à la production de quelque chose. La section homogène, c'est d'abord la partie de l'atelier qui prend la fabrication à un stade donné et la porte à un autre stade. C'est la partie du service commercial qui prend le produit fini dans l'usine et le distribue jusqu'à un certain*

³⁶⁸ Cegos : Une méthode uniforme de calcul des prix de revient, 1938, p.19.

stade, par exemple jusqu'au grossiste régional (...). Décompositions plus ou moins poussées, selon que l'atelier est plus ou moins important, que la décomposition du travail en stades est plus aisée à faire -et qui, dans les cas les plus simples, peut se limiter à la division en quelques sections homogènes de fabrication et de vente. »

Et il conclut en indiquant « l'homogénéité de la section se caractérise par le fait que ce qu'elle fait peut se mesurer en unités à elle spéciales que la Cegos appelle unités d'œuvre. L'unité peut être l'heure de travail, le kilogramme, le mètre carré, la tonne kilométrique, la voiture-journée, la broche-heure, que sais-je encore. Et on saura le prix de l'unité et le nombre d'unités employées à servir telle autre section homogène ou telle commande déterminée. »

Puis il en revient à la détermination du prix de revient :

- Coût des matières dépensées,
- Coût des fournitures extérieures,
- Coût des œuvres de la section,
- Total.

5.3. *La spécificité du coût du travail et ses différents aspects*

Cette analyse du prix de revient est découpée en plusieurs chapitres sous la présentation de Claude Tinayre, président de la section II de la Cegos. Ce sont évidemment les éléments relatifs au coût du travail qui retiennent notre attention dans cette publication, composée d'environ 140 pages. Comme nous l'avons dit, Tinayre reprend les éléments de base définis par le colonel Rimailho. Et il aborde naturellement le coût de ce qu'il appelle la main d'œuvre directe. Ce coût, en mai 1938, c'est-à-dire près de deux ans après les accords Matignon, est calculé de la façon suivante :

- Salaire,
- Assurance accident,
- Assurance sociale ou retraite,
- Allocations familiales,
- Congés payés,
- Taxe d'apprentissage.

Cet ensemble est intégré dans les dépenses directes de fabrication.

Nous passerons sur les dépenses complémentaires de fabrication (commandement, bureau, entretien -des immeubles, de l'outillage, des installations, du mobilier-), sur les dépenses d'exploitation (électricité, combustible, fournitures diverses), celles de manutention et transport. Mais, dans ce paragraphe 4 du titre 2 de la nomenclature, Claude Tinayre rajoute en titre un alinéa 5 : « *avantages concédés au personnel* », dans lequel il mentionne « *gratification* » et « *restaurant* ». Cette méthode de présentation est curieuse, puisque bien entendu la gratification et le restaurant constituent des avantages qui sont liés à la présence du personnel dans l'entreprise. Les restaurants à l'époque sont gérés par l'entreprise. Ils le seront désormais par les comités d'entreprise, et c'est donc dans la rubrique coûts de fonctionnement des IRP que nous retrouverons ce poste dans le cadre de notre nomenclature.

À l'alinéa 7 intitulé « *Prévoyance sociale* », Tinayre ajoute plusieurs éléments que nous renvoyons également dans le coût direct du travail, à savoir :

- les assurances sociales obligatoires au niveau de la part patronale,
- les assurances sociales facultatives,
- l'assurance de la caisse de secours mutuel,
- les retraites ouvrières ;
- les œuvres sociales et ce qui est qualifié de charité.

Le titre 3 est constitué par les dépenses de l'établissement (charges immobilières, charges mobilières, charges fonds de roulement, impôt d'exploitation, part des charges de l'administration et dépenses d'œuvre non prises en charge par les sections homogènes) : il s'agit des études et recherches.

5.4. Conclusion

La brochure de la Cegos datée de cette année 1938 apparaît comme le premier document exhaustif récapitulant l'ensemble des coûts du travail à la veille de la seconde guerre mondiale. Ce document ne vise aucun des « coûts occultés » que nous définissons dans notre recherche et présentons dans notre nomenclature, qu'il s'agisse des coûts différés obligatoires ou des coûts différés exceptionnels. La loi de 1919 sur les conventions collectives est cependant en application depuis déjà 20 ans et elle commence à avoir des effets. Sans doute ceux-ci sont-ils encore trop ténus pour qu'ils soient déjà relevés dans une telle brochure, en dépit même du vœu d'exhaustivité de la Cegos.

Il est clair que c'est douze ans après la Libération, lorsque le préavis (1957) puis les indemnités de licenciement seront créées (1967), que les coûts différés et obligatoires commenceront à peser notablement sur le coût du travail. Concernant les coûts différés exceptionnels, il est en revanche normal que les auteurs n'en fassent pas mention.

En effet, à cette époque, les frais de rupture du contrat de travail, et en particulier les dommages et intérêts afférents aux ruptures déclarées fautives par les conseils de prudhommes sont à la fois rares et peu élevés. Si les grèves de l'année 1936 ont pu générer dans certaines usines un raidissement de la position des directions et engendrer un certain nombre de licenciements brutaux, la période reste exceptionnelle. C'est la raison pour laquelle on ne peut reprocher aux auteurs d'avoir omis ce type de poste, comme ils ont omis de souligner la problématique du fonctionnement des IRP. Nous ne sommes que deux ans après l'instauration des délégués du personnel, et en conséquence, l'absence de cette mention est parfaitement compréhensible.

CHAPITRE DEUXIÈME

PRISE DE CONSCIENCE DE LA NOTION DE COÛTS

1. Considérations générales

Depuis 1945 et les grandes réformes prévues par le Comité national de la résistance, et mises en œuvre par le Général de Gaulle, bien entendu poursuivies par la IV^e et la V^e républiques, les fondements de la politique sociale concernant la prise en charge de l'ensemble des dépenses sociales (maladie, maternité, vieillesse, famille) ont toujours été les mêmes : l'entreprise doit assurer la prise en charge de la majeure partie de ses coûts. Le salarié, et en particulier le salarié du secteur privé, doit assurer la prise en charge du solde. L'ensemble de la collectivité nationale se trouve protégé socialement par ce fonctionnement qui évite donc la récupération de l'impôt, soit par le biais de l'impôt direct sur le revenu et le capital, soit par le biais des impôts indirects tels que la TVA.

Cette approche qui pesait délibérément sur le coût du travail n'était pas de nature à cette date à inquiéter les dirigeants politiques ou économiques du pays et ce, pour deux raisons majeures. La première résultait du fait que les taux de ces différentes cotisations, pour notables qu'ils fussent, restaient acceptables au regard du fonctionnement de l'économie nationale. Seconde observation : l'ensemble des partenaires de la France dans le monde européen agissait de même et en conséquence, il existait une certaine égalité dans le fonctionnement de l'économie nationale, même si l'on devait déjà considérer quelques différences dans l'approche et quelques différences dans le montant des prélèvements pratiqués et partant du coût du travail. Celles-ci n'étaient pas discriminantes.

Troisième élément qui révèle son importance : à cette époque, la concurrence internationale n'entre pas en ligne de compte. Les pays occidentaux exercent entre eux des actions concurrentielles sur des bases similaires. Le bloc soviétique est impénétrable. Ceux que l'on appelle à l'époque les pays sous-développés, qui deviendront par la suite en voie de développement, puis émergents, ne sont pas en état de concurrencer les puissances européennes, que ce soit en Asie du sud-est, en Afrique ou dans le Maghreb.

C'est au cours de la décennie 1980-1990 que les responsables politiques et économiques, en France en particulier compte tenu de la spécificité française, auraient dû commencer à s'interroger sur la pertinence du modèle et sa durabilité. Si nous soulignons le cas de la France en particulier et ce qui nous apparaît comme une nécessité pour les français de réfléchir plus précocement, plus rapidement, et plus profondément à la modification du modèle, c'est évidemment en raison de l'importance des prélèvements réalisés sur la base du salaire. La chute du mur de Berlin et l'ouverture des pays de l'Est, dont certains étaient à forte tradition industrielle (l'ancienne Tchécoslovaquie par exemple), produisent immédiatement un effet. En dépit des coûts de transfert des outils industriels, l'industrie lourde et l'industrie automobile en particulier décident de s'implanter dans ces pays et génèrent de cette façon la désindustrialisation d'un pays comme la France.

Certes, nous résumons le phénomène, sur lequel d'autres auteurs ont consacré des études particulièrement importantes. Il n'en reste pas moins que les entreprises telles que Renault par exemple ont immédiatement compris que le différentiel du coût du travail, qu'il s'agisse du salaire net versé à l'ouvrier ou du salaire chargé par l'ensemble des composantes qui constituent le coût tel que nous le définissons, était évidemment de nature à lui permettre de réaliser des gains conséquents au niveau des coûts de production.

Une entreprise telle que Renault n'a pas hésité : elle a encouragé la sous-traitance française qu'elle utilisait à s'installer dans les pays de l'Est nouvellement ouverts, et à défaut, elle a suscité sur place des initiatives répondant à ses objectifs.

Le phénomène qui concerne l'aisance de l'industrie lourde et en particulier de la production des véhicules automobiles s'est amplifié en raison de la création dans les pays d'Asie du Sud-Est, et plus globalement dans différents endroits du monde, dans le cadre du processus

de mondialisation d'outils de production performants permettant de produire des biens de consommation courante allant du vêtement à l'électroménager.

Le choc de la mondialisation, la génération des délocalisations pour la production de ces biens a donc totalement modifié la donne au niveau du coût du travail puisqu'il est apparu à partir de cet instant que la destruction de pans entiers de l'économie nationale française, dans des domaines tels que le textile, la production de l'électroménager brun ou blanc³⁶⁹, allait générer un chômage structurel, sans doute irréductible. Les grandes illusions des années 1990-1995 selon lesquelles les services, et en particulier les services de haut de gamme, allaient se substituer à l'industrie pour occuper l'ensemble de la population active libérée par la délocalisation, se sont évidemment révélées erronées.

Ces évolutions étant davantage en gestation, déjà concrétisées par des phénomènes clairement analysables, il revenait à ces dirigeants politiques et économiques de prôner la modification du système de 1945. Il apparaissait en particulier clairement que les emplois faiblement qualifiés qu'offrait l'industrie à différents types de salariés pourraient difficilement être remplacés. La réflexion devait donc être double et porter d'une part sur la possibilité de substituer les activités nouvelles aux activités détruites, et d'autre part de réfléchir à la modification du système de financement de l'ensemble du système social par le seul biais de l'entreprise, c'est-à-dire du travail, puisque ce travail était structurellement en voie de réduction.

Non seulement, la réflexion n'a pas été portée mais pendant près de deux décennies, les dirigeants politiques et économiques ont continué à alourdir les charges pesant sur l'emploi, c'est à dire à alourdir le coût du travail au moment où ce coût constituait un effet répulsif ou discriminant qui incitait les entreprises françaises, et parmi elles les plus traditionnelles (nous évoquons à plusieurs reprises dans cette étude le cas de la société Renault), à quitter le territoire français pour s'installer à l'étranger afin de maintenir leur compétitivité et leurs prix, y compris sur le territoire français, en faisant bénéficier ainsi le consommateur des avantages acquis à l'étranger, et bien entendu de maintenir leurs profits.

³⁶⁹ Brun : télévision, radiotélévision etc... ; blanc : réfrigérateur, cuisinière, lave-vaisselle etc...

Ces remarques, qui sont réalisées sur un ton quelque peu désabusé, sont aussi la conséquence de l'histoire du fonctionnement et de la pensée économique française depuis Thomas d'Aquin, en passant par le patronat social du XIX^e siècle, la réticence des auteurs à évoquer la notion de coût, et enfin le dédain de toute une partie de la classe politique à l'égard de ces questions de coût, dédain qui explique d'ailleurs qu'elle ne soit jamais présentée ou approfondie comme nous l'avons déjà souligné.

La France de Georges Pompidou a mis en place la législation sur la protection de l'emploi, celle de Valéry Giscard d'Estaing l'a complétée (concernant le licenciement pour motif économique), celle de François Mitterrand, au cours des années 1981-1995 l'a perfectionnée. Nous avons souligné que l'inversion de la tendance n'avait pas été significative sur la période 1993-1995, période de cohabitation. Jacques Chirac perdant l'effectivité du pouvoir dès 1997, elle ne l'a pas été davantage jusqu'en 2002. Cette période fut celle de la mise en œuvre des 35 heures.

Cela étant, la problématique globale du coût n'a pas totalement échappé aux dirigeants français qui se désolaient régulièrement de l'augmentation constante du chômage tout en affirmant que sa réduction était l'objectif premier de leur politique. Mais cette préoccupation n'entraîne pas, jusqu'en 1993 -vingtième anniversaire de la LPE- une introspection sur les coûts et elle ne conduit jamais à une remise en cause de la LPE³⁷⁰. Cela caractérise bien le fonctionnement politique et administratif hexagonal : il paraît impossible de remettre en question des tendances lourdes, dont l'ancienneté apparaît comme une garantie de la légitimité en dépit de l'insuccès.

Ainsi, les mesures qui seront prises par le gouvernement Balladur à partir de 1993 ou par François Fillon, alors ministre du travail en 2003, n'impliquent pas une révision totale et fondamentale de la législation sur la protection de l'emploi. Elles portent simplement sur une amodiation temporaire, plus ou moins durable, de tel ou tel aspect de cette politique. Pour être plus précis encore dans la critique, nous dirons qu'Édouard Balladur ou François Fillon tenteront de corriger les effets de l'excès du coût du travail sur les bas salaires, mais qu'ils refuseront consciemment de procéder à une révision fondamentale de la législation

³⁷⁰ Édouard Balladur ne remet pas en cause le fonctionnement de l'amendement Delalande concernant le licenciement des seniors.

sur la protection de l'emploi en modifiant l'une des trois garanties (fondement, procédure ou indemnisation). C'est en cela que nous considérons qu'il ne s'agit que de mesures ponctuelles, de demi-mesures ; au regard de la gravité du problème posé, elles n'ont jamais été en capacité de résoudre le problème posé par l'excès du coût du travail lié à la LPE, tel que nous l'avons exposé.

Cela étant, en dépit de cet aspect ponctuel, il nous semble évidemment nécessaire de revenir sur ces mesures. Dans un second temps, nous aborderons un autre aspect des tentatives effectuées au cours de cette période, cette fois-ci non pas par les instances gouvernementales, mais par la recherche universitaire pour détecter ce que l'on appelle les coûts cachés. Cette analyse nous permettra de distinguer la problématique des coûts cachés de celle des coûts résultant de la législation sur la protection de l'emploi.

2. La tentative de mise en œuvre d'une compensation des effets de la LPE sur le coût du travail : les textes Balladur de 1993

Les initiatives du gouvernement d'Édouard Balladur³⁷¹ à compter de 1993 révèlent une prise de conscience de l'excès du coût du travail, et de ses conséquences sur les emplois faiblement rémunérés à hauteur du smic jusqu'à 1,5 smic. Cette prise de conscience qu'il faut souligner est encouragée par les études de l'OCDE sur l'emploi en France et en Europe, dont les éléments sont déjà connus et qui sera officialisée en 1994. Elles sont accablantes pour la France³⁷².

2.1. La critique de l'OCDE

Globalement l'OCDE explique qu'un système trop généreux d'assurance chômage est de nature à désinciter à la reprise d'emploi et que la politique du salaire minimum empêche un ajustement par le bas des rémunérations. Elle en conclut qu'un excès de protection de l'emploi dissuade les employeurs d'embaucher. Ce résumé correspond à la critique que nous faisons de la LPE et elle vient évidemment contrarier frontalement l'école française du droit du travail, et au-delà les initiatives politiques prises par la gauche de gouvernement, de 1981

³⁷¹ Premier gouvernement Balladur : mars 1993. Ministre du travail : Michel Giraud.

³⁷² Étude de l'OCDE sur l'emploi, publication OCDE, 1994. Nous avons pris connaissance de l'ensemble des documents annuels de l'OCDE depuis 1993.

à 1993. Il est intéressant de noter que l'OCDE recommande pour chacune de ses publications annuelles un certain nombre d'évolutions qui pourraient constituer l'un des fils conducteurs de notre recherche. Elle recommande d'accentuer la flexibilité des coûts salariaux et de main-d'œuvre en supprimant les contraintes qui empêchent les salaires de s'adapter aux conditions économiques locales et au niveau de qualification des salariés, de revoir la législation sur la protection de l'emploi, y compris dans son aspect d'indemnisation du chômage³⁷³.

Si l'OCDE reconnaît qu'il existe en France une productivité horaire du travail supérieure à ce qu'elle peut être dans les autres pays, elle remarque que cette exception française a un corollaire particulièrement pénalisant. Elle exclut du marché du travail la main d'œuvre insuffisamment qualifiée et elle favorise un pré-carré fortement défendu, constitué par les salariés en contrat à durée indéterminée à forte rémunération. Elle évoque de cette façon le conflit objectif *insiders/outsiders*. En revanche, elle n'insiste pas sur les aspects de ce conflit qui gèlent dès cette époque les situations. Les *insiders* en contrats à durée indéterminée campent sur des positions confortables, défendues par les centrales syndicales dont l'objectif est encore l'obtention d'un statut du salarié similaire à celui du fonctionnaire. De l'autre côté, les *outsiders*, qui ne peuvent accéder à l'emploi et cumulent l'ensemble des désavantages : formation médiocre ou inexistante avec sortie précoce de l'institution scolaire, résidence dans les banlieues avec effet négatif de l'adresse et du patronyme, comme enfant d'immigré de la première ou même seconde génération. Pour ceux qui ont eu la chance d'obtenir une formation spécialisée de taulier chaudronnier par exemple, impossibilité de trouver un emploi dans cette spécialité en raison des délocalisations massives. Pour cette population qui constitue une partie importante des chômeurs, l'embauche dans un premier emploi peu qualifié, dans l'industrie ou la restauration et plus globalement le commerce, n'est envisageable que dans le cadre d'une réduction du coût global de l'emploi, c'est-à-dire soit d'une baisse du smic qui serait adapté à cette situation spécifique (d'où la notion de smic jeune qui qualifiera le CIP), ou d'une baisse du coût du

³⁷³ L'OCDE préconise également d'élaborer une politique macroéconomique pour favoriser la croissance et d'élaborer des politiques structurelles appropriées en évitant le risque inflationniste. Il préconise également de mettre l'accent sur les politiques attractives du marché du travail, d'améliorer les qualifications et les compétences de la main-d'œuvre en adaptant les processus de formation et en favorisant la formation technique. Sur bien de ces points également, l'OCDE critique la position française.

smic par une réduction des charges (à hauteur de 45 % environ) qui viennent augmenter le poids de la rémunération nette pour l'entreprise.

2.2. Les mesures Balladur

Édouard Balladur décide de procéder en deux temps. Tout d'abord, il demande à Jean Matteoti, président du Conseil économique et social, ancien ministre du travail de Raymond Barre, de présider une commission chargée de définir des mesures fortes pour réduire ce coût. La loi 93-353 du 27 juillet 1993 instaure une exonération des cotisations patronales d'allocations familiales pour les salaires jusqu'à 1,1 smic et une réduction de moitié pour ceux compris entre 1,1 et 1,2 smic. À l'époque, le Premier ministre explique que plus qu'une première étape d'un allègement général des cotisations sur les bas salaires, cette mesure vise à supprimer progressivement les cotisations patronales « famille » pour faire assurer le financement des prestations familiales par voie budgétaire, c'est-à-dire par l'impôt. Cinq mois plus tard, la loi quinquennale sur l'emploi et la formation professionnelle du 20 décembre 1993³⁷⁴ reprend ces dispositions d'exonération de cotisations « famille » sur les bas salaires, en les insérant dans une programmation sur cinq ans qui porte progressivement le seuil à 1,5 smic pour l'exonération complète et 1,6 smic pour l'exonération de moitié. L'orientation initiale ne disparaît pas puisque des allègements au-delà de 1,6 smic peuvent être envisagés à l'issue de la loi quinquennale. L'exonération à compter du 1^{er} juillet 1993 des cotisations patronales d'allocations familiales concerne le taux de 5,4 % des rémunérations soumises à cotisation de sécurité sociale jusqu'à 1,1 smic, et la réduction de moitié jusqu'à 1,2 smic ramène donc le taux à 2,7 %.

Le rapport de la commission Matteoti reste intéressant aujourd'hui tant par son diagnostic que par ses propositions, étant souligné que son diagnostic principal porte sur le doublement du smic en terme réel, sur la période 1970-1983, c'est-à-dire globalement sur les dix premières années d'application de la législation sur la protection de l'emploi. La commission constate que l'existence du smic et son augmentation, qui est :

³⁷⁴ Loi N° 93-1313.

- à la fois une augmentation par indexation automatique en raison de l'inflation (pour un tiers environ),
- et une augmentation politique suite à des décisions du gouvernement (pour deux tiers environ),

a écrasé la hiérarchie salariale. Elle a tiré le salaire des ouvriers vers les limites inférieures, tout en empêchant l'entrée sur le marché des demandeurs d'emploi sans formation, dont la rentabilité n'est pas suffisante pour l'entreprise face à une rémunération aussi importante que le smic -nonobstant le fait qu'elle n'enrichit pas son destinataire. La commission insiste sur ce constat : l'augmentation du smic au cours des années 1970-1983 est renforcée dans ses effets par le poids des charges sociales qui s'attachent à lui et par l'augmentation réelle de ces charges (en pourcentage) au cours de la même époque. Elle conclut son analyse en revenant sur l'existence de deux groupes antagonistes -les *insiders*, insérés dans le marché du travail et disposant d'un contrat à durée indéterminée et les *outsiders*. Ces remarques seront, à partir de cet instant, reprises régulièrement³⁷⁵.

Édouard Balladur lancera d'autres initiatives pour favoriser l'arrivée des *outsiders* sur le marché du travail, dont le fameux contrat d'insertion professionnelle lié à la loi quinquennale pour l'emploi. Le CIP n'aura qu'une durée de vie limitée.

2.3. Les mesures Juppé

En ajoutant à ce dispositif une réduction dégressive des cotisations sociales entre le smic et 1,2 fois le smic, la loi Juppé-de Robien 95-943 du 4 août 1995, comportant un dispositif d'urgence pour l'emploi, fait porter davantage encore l'accent sur l'aide à l'emploi peu rémunéré. Cette orientation est confirmée par la loi de finances pour 1996. Elle fusionne, à titre expérimental, ces deux dispositifs au 1^{er} octobre 1996. La réduction dégressive sera alors comprise entre le smic et 1,33 smic, mais la loi prévoit une mise en œuvre progressive dans le temps et le dispositif devait entrer en vigueur totalement 1^{er} janvier 1998. Au-delà de cette date, les seuils de 1,5 (et 1,6) smic devaient être atteints au 1^{er} janvier 2000 ; dans

³⁷⁵ Voir dans ce sens Éric Maurin, *La peur du déclassement*, le seuil barre la république des idées, 2009, voir également Cahuc, Cette et Zylberberg, *Salaire minimum et bas revenu. Comment concilier justice sociale et efficacité économique*, rapport du CAE n° 79, la Documentation Française 2008. Bernard Gazier et Peter Auer, *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Champ actuel, 2008. Philippe Askenazy, *Les Décennies aveugles*. Emploi et croissance, 1970-2010.

le même temps, la réduction dégressive définie par la loi du 25 août 1995 serait à nouveau en vigueur. Cela étant, la loi est abolie en 1997 lors de l'arrivée à Matignon de Lionel Jospin.

Si nous établissons un bilan des tentatives de réduction du coût du travail -au niveau du smic- sur la période 1993-1996 -que l'on pourrait étendre jusqu'à juin 1997, date de la défaite de la majorité chiraquienne aux élections législatives-, on doit admettre avec Philippe Askenazy³⁷⁶ (Askenazy, 2014) que ce coût a diminué de 18 %. La contrepartie pour le budget de l'État passe de 3 milliards d'euros en 1995 à 7 milliards d'euros en 1997. L'effet sur l'emploi apparaît moins évident que l'effet de charge sur les finances publiques. Le taux de chômage se réduit quelque peu sur l'année 1994, sans que l'on puisse considérer que cette réduction soit significative³⁷⁷. Mais surtout, nous remarquons que cette politique est totalement distinguée de la politique générale de législation sur la protection de l'emploi qui reste inchangée. L'étonnement que nous pouvons ressentir à ce niveau est d'autant plus fort que la reconnaissance en 1993 par les responsables politiques d'une véritable difficulté au niveau du coût aurait dû engendrer une réflexion globale sur la législation sur la protection de l'emploi dans l'ensemble de ses aspects.

Les gouvernements successifs d'Édouard Balladur puis d'Alain Juppé refusent de s'attaquer à une législation qui atteint ses 20 années au moment de l'arrivée au pouvoir d'Édouard Balladur -anniversaire de la loi de 1973-, et pour la loi de 1975 au moment de l'arrivée au pouvoir d'Alain Juppé, à quelques semaines près.

Il peut apparaître présomptueux pour le chercheur qui soutient une thèse de vouloir systématiquement ramener à la problématique qu'il examine des faits ou des décisions d'importance politique majeure, comme celles que nous venons d'examiner. Il n'en reste pas moins que la méconnaissance de la réalité du coût du travail tel que nous le définissons dans notre recherche est évidemment de nature à rendre plus critiquables les demi-mesures ou les

³⁷⁶ Philippe Askenazy *Les Décennies aveugles*. Emploi et croissance, 1970-2010. Économie 2014.

³⁷⁷ Le nombre de chômeurs passe de 2.426.000 millions soit 9,6 % de la population active au premier trimestre 1993 à 2.738.000 (10,8 %) au 1^{er} trimestre 1994. Il redescend à 2.585.000 au 1^{er} trimestre 1995, soit 10,1 % et à 2.539.000 soit 9,9 % au 2^{ème} trimestre 1995, au départ d'Édouard Balladur. L'effet est donc réel. Il faudra attendre les effets de la reprise de 1998 pour voir le taux de chômage baisser sensiblement pour atteindre son plus bas niveau sous le gouvernement de Lionel Jospin avec 2.049.000 de chômeurs soit 7,7. % de la population active au 4^{ème} trimestre 2001. Le niveau le plus bas sur la période est atteint sous la présidence Sarkozy, gouvernement Fillon, en 2008, avec 1.943.000 chômeurs.

mesures partielles qui sont adoptées par Messieurs Balladur et Juppé en 1993 et en 1995, par Monsieur Fillon au-delà.

Là encore, tout en conservant le recul nécessaire et sans prétention aucune, nous pouvons maintenir une interrogation sur la lucidité de ces décideurs politiques et de leur entourage quant à cette façon d'attaquer la problématique. En l'abordant par certains de ses effets plutôt que par ses causes, ces décideurs s'interdisent en quelque sorte d'examiner la cause elle-même et de réformer en profondeur un système déviant. Les critiques de l'OCDE, qui sont portées de manière régulière dans ces rapports annuels sur l'économie des pays occidentaux, et en l'occurrence de l'économie française, constituent chaque année un rappel de la particularité de la situation française, une comparaison défavorable avec la situation des pays comparables et un appel à la mise en œuvre de réformes profondes.

3. L'amendement Fillon et le CICE

3.1. Une nouvelle tentative de réduction des coûts : la réduction Fillon

L'impasse dans laquelle se retrouvent les gouvernants français en raison de l'importance du coût du travail, et dans ce coût, de l'importance des charges qui pèsent sur le salaire, conduit à deux décisions dans l'espace de quelques années. Malheureusement, les effets positifs de ces décisions seront en partie combattus par l'imposition d'autres charges sur les entreprises.

Au moment où passe l'amendement Fillon, le total des charges sur le salaire atteint environ 42 % du salaire brut. Nous soulignons qu'il s'agit d'une appréciation réalisée en fonction des critères partagés par l'Insee ou la Caisse de Sécurité Sociale. Le coût total d'un salarié est égal au salaire net plus les charges salariales (constituant le salaire brut) plus les charges patronales, plus les charges diverses. Les charges patronales sont constituées par l'Urssaf, l'assurance chômage, la retraite, la taxe d'apprentissage de la formation continue, outre une taxe spécifique accident du travail si le taux est supérieur à 2 %. Les autres charges sont constituées à l'époque par la médecine du travail (environ 80 € par an et par salarié) et la taxe sur les salaires³⁷⁸. Le calcul est effectué sur la base de la rémunération annuelle brute

³⁷⁸ Nous rappelons que dans notre étude et dans la convention que nous avons déterminée, nous excluons un certain nombre de charges qui sont parfois prises en compte, telles que le coût de l'installation et la maintenance du poste de travail, le coût de gestion au niveau de l'édition du bulletin de salaire, les coûts de recrutement (diffusion d'annonces, frais d'un cabinet de recrutement), les titres restaurant, les frais de déplacement etc... Nous considérons

(RAB). Suivant le processus conseillé par Légisocial, nous l'avons décomposé en 5 étapes pour le présenter au mieux, car il mérite que l'on s'y arrête un moment.

3.1.1. Première étape : le calcul du coefficient

L'effectif de la société pris en compte est celui qui est déterminé au 31 décembre de l'année précédente selon les dispositions de l'article L.241-26 du code de la sécurité sociale.

- Entreprises de 1 à 19 salariés : $(0,281/0,6) * [(1,6 * \text{smic annuel} / \text{RAB}) - 1] = C$
- Entreprises de plus de 19 salariés : $(0,260/0,6) * [(1,6 * \text{smic annuel} / \text{RAB}) - 1] = C$

La RAB ne comprend pas les heures supplémentaires, les heures complémentaires, les temps de pause, d'habillage, de déshabillage, de douches et la majoration éventuelle (pour les heures comprises entre 35h et la durée d'équivalence) en cas d'application d'horaires d'équivalence³⁷⁹.

3.1.2. Seconde étape : plafonnement du coefficient C

- Entreprises de 1 à 19 salariés : le coefficient C est plafonné à 0,2810
- Entreprises de plus de 19 salariés : le coefficient C est plafonné à 0,2600

3.1.3. Troisième étape : calcul de la réduction

$C * \text{RAB} = \text{montant de la réduction}$.

3.1.4. Quatrième étape : majoration de la réduction Fillon de 10%

Pour un salarié rémunéré par une caisse de congés payés et pour les salariés intérimaires, c'est évidemment l'entreprise de travail temporaire qui paye les congés payés, lesquels ont cependant été compris dans le calcul du montant facturé à l'entreprise utilisatrice.

en effet qu'ils sont totalement intrinsèques à l'acte de production et n'entrent pas dans le coût du travail à proprement parler, c'est-à-dire dans le coût qui constitue un avantage direct ou indirect pour le salarié. Pour établir cette différence dans le cadre de la convention qui préside à notre réflexion, nous avons considéré par exemple que les installations et le poste de travail étaient un équipement dont la qualité, l'intensité etc... sont décidées par l'employeur et sont totalement dépendantes de l'acte de production lui-même. Les frais de déplacement sont nécessités par le déplacement imposé par l'employeur et viennent compenser des frais réels exposés par le salarié. Quant au coût de gestion, comme l'édition du salaire, il en est de même : cela ne constitue pas un avantage direct ou indirect pour le salarié, mais c'est un coût lié au fonctionnement normal de l'entreprise et de l'outil de production.

³⁷⁹ La circulaire ACOSS du 5/04/2011 (n° 2011-0000040) indique que les temps de pause, habillage, déshabillage et douches sont à exclure, sauf dans le cas où ces temps ont la nature de travail effectif.

3.1.5. La cinquième étape : le plafonnement

Le montant de la réduction ne peut être supérieur au total des cotisations patronales d'assurances sociales (maladie, maternité, vieillesse, invalidité décès) et d'allocations familiales.

3.2. L'impact de la réduction Fillon

Il convient désormais d'aborder l'impact de la réduction Fillon, à savoir le calcul du smic mensuel et du smic annuel en 2011, selon le décret 2010-1779 du 31/12/2010 puis réajusté chaque année.

La réduction Fillon vise principalement les cotisations Urssaf et peut atteindre la totalité de ces cotisations, soit 28,49 % pour un salaire limité au smic. Mais en tous les cas, elle ne peut évidemment être supérieure au montant des charges patronales Urssaf. L'avantage qui est ainsi conféré est important puisque sur une échelle de rémunération se situant pour l'exercice 2017 de 1.480 € de salaire mensuel brut (soit 17.760 € annuel) à 2.500 € de salaire mensuel brut (soit 30.000 € annuel), la diminution des charges patronales **passé de 422 € pour 1.480 € de salaire mensuel brut, à 32 € pour 2.300 € de salaire mensuel brut**, correspondant à un taux de charges de 41 %. Ainsi, et par paliers successifs, le taux de charges Fillon augmente progressivement, passant de 14 à 41 % : il revient au taux maximum de 42 % à hauteur de 2.500 € de rémunération mensuelle brute.

L'idée de l'amendement Fillon est donc d'avantager l'embauche de deux salariés payés au smic, 1.480 € brut, puisque cette embauche coûte 20 % moins cher que celle d'un seul salarié payé deux fois le smic. Plusieurs esprits chagrins ont souligné que cette réduction de charge était de nature à encourager le maintien de bas salaires en France. Il sera aisé de rétorquer que l'objectif est de permettre l'accès à l'emploi d'un certain nombre de salariés -ou de demandeurs d'emplois qui n'ont jamais eu accès à un travail salarié- qui en sont résolument écartés. Ces bas salaires doivent bénéficier à des individus qui n'auraient jamais été embauchés si leur employeur n'avait pas bénéficié de 422 € mensuels de réduction de charges sur les 622 € prévus pour un salaire brut de 1.480 €. Nous en revenons à la problématique *insiders/outsideers*.

Il n'est aucunement certain, plusieurs années après la mise en œuvre de cette mesure, que celle-ci ait été décisive au niveau de l'emploi. Il n'en reste pas moins que le mouvement

imprimé par Édouard Balladur a bien été poursuivi sur plusieurs années, et marquait la prise de conscience par l'État du problème posé, mais en outre l'édiction d'une mesure claire pour y remédier.

3.3. Le CICE : crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi

La seconde mesure qui a été prise dans la foulée est communément appelé le Crédit d'Impôt pour la Compétitivité et l'Emploi, soit le CICE. Cette mesure est motivée par le même constat. En revanche, elle joue de manière différente : elle constitue un avantage fiscal qui équivaut à une baisse des charges sociales et donc du coût de la main-d'œuvre. Elle permet à l'entreprise de récupérer 7 % du montant des salaires qui ne dépassent pas 2,5 fois le smic, soit 3.700 € brut par mois en 2017.

Elle dépasse donc légèrement le plafond d'application de la mesure Fillon puisque nous avons vu que celle-ci perdait ses effets à hauteur de 2.500 € : à hauteur de 2.500 €, l'avantage Fillon se termine et le taux des charges patronales repasse à 42 %. Le CICE permet une intervention positive au bénéfice de l'entreprise jusqu'à 7 % du montant des salaires, ce qui est notable jusqu'à cette limite de 3.700 €.

Les deux mesures se cumulent. En conséquence, il est possible de dire que ces deux mesures constituent un allègement du coût du travail pour les entreprises qui tiennent donc compte des analyses telles que la nôtre et permettent d'en tirer des conséquences sans que le recul dont nous disposons aujourd'hui permette d'évoquer leur efficacité, tous les autres facteurs n'étant pas restés, en tout état de cause, identiques par ailleurs.

4. Les autres évolutions

En revanche, pendant la même période, l'État reprenait en partie d'une main ce qu'il consentait d'abandonner de l'autre pour favoriser le fonctionnement des entreprises. Deux mesures doivent être relevées : celle qui résulte de la loi 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi et en particulier l'article 1^{er} qui contraint les entreprises « *afin de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont chacune des catégories de garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que celles*

mentionnées aux II et III de l'article L.911-7³⁸⁰ du code de la sécurité sociale, au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à une telle couverture avant le 1^{er} janvier 2016. ». Ce vocabulaire administratif mérite une traduction en langage courant. Les entreprises sont désormais obligées, à compter du 1^{er} janvier 2016, d'assurer les salariés qui en font la demande dans le cadre de mutuelle, qui les couvre de façon complémentaire à la base du risque couvert par la Sécurité Sociale.

L'objet de notre débat n'est pas de discuter les objectifs apparents cachés de la réforme et son éventuelle légitimité. Nous notons simplement que le coût par salarié est de l'ordre de 60 € mensuel, à compter du 1^{er} janvier 2016, **soit 720 € par an... comparé à la réduction Fillon de 422 € par mois.**

³⁸⁰ Article L.911-7

I. - Les entreprises dont les salariés ne bénéficient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident déterminée selon l'une des modalités mentionnées à l'article L.911-1 dont chacune des catégories de garanties et la part du financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que celles mentionnées aux II et III du présent article sont tenues de faire bénéficier leurs salariés de cette couverture minimale par décision unilatérale de l'employeur, dans le respect de l'article 11 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques. Les salariés concernés sont informés de cette décision.

II. — La couverture minimale mentionnée au I comprend la prise en charge totale ou partielle des dépenses suivantes :

1° La participation de l'assuré aux tarifs servant de base au calcul des prestations des organismes de sécurité sociale, prévue au I de l'article L.160-13 pour les prestations couvertes par les régimes obligatoires ;

2° Le forfait journalier prévu à l'article L.174-4 ;

3° Les frais exposés, en sus des tarifs de responsabilité, pour les soins dentaires prothétiques ou d'orthopédie dentofaciale et pour certains dispositifs médicaux à usage individuel admis au remboursement.

Un décret détermine le niveau de prise en charge de ces dépenses ainsi que la liste des dispositifs médicaux mentionnés au 3° entrant dans le champ de cette couverture.

Les contrats conclus en vue d'assurer cette couverture minimale sont conformes aux conditions prévues à l'article L.871-1 et au II de l'article L.862-4.

III. - L'employeur assure au minimum la moitié du financement de la couverture collective à adhésion obligatoire des salariés en matière de remboursement complémentaire des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident.

Les salariés en contrat à durée déterminée ou en contrat de mission peuvent se dispenser, à leur initiative, de l'obligation d'affiliation si la durée de la couverture collective à adhésion obligatoire dont ils bénéficient en matière de remboursement complémentaire des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident est inférieure à un seuil fixé par décret et s'ils justifient bénéficier d'une couverture respectant les conditions fixées à l'article L.871-1. Cette durée s'apprécie à compter de la date de prise d'effet du contrat de travail et sans prise en compte de l'application, le cas échéant, de l'article L.911-8.

Un décret fixe, en outre, les catégories de salariés pouvant se dispenser, à leur initiative, de l'obligation de couverture, eu égard à la nature ou aux caractéristiques de leur contrat de travail ou au fait qu'ils disposent par ailleurs d'une couverture complémentaire.

IV. - Un décret précise les adaptations dont fait l'objet la couverture des salariés relevant du régime local d'assurance maladie complémentaire des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle défini à l'article L.325-1, en raison de la couverture garantie par ce régime.

NOTA : Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 art. 1 IX : Le I de l'article L.911-7 du code de la sécurité sociale entre en vigueur à compter du 1er janvier 2016.

Ce coût va naturellement s'imputer sur l'une des mensualités de l'amendement Fillon. Nous notons que si un salarié reçoit un salaire brut mensualisé de 1.480 €, soit un salaire brut annuel de 17.764 €, l'amendement Fillon permettait de réduire mensuellement les charges patronales de 422 €.

Désormais, pour répondre à ce coût complémentaire qui correspond à un coût de confort au sens de la nomenclature que nous développons, l'entreprise devra sacrifier 1,7 mois d'avantages Fillon pour payer le montant de la couverture mutuelle rendue obligatoire par la loi du 14 juin 2013. Au niveau d'une rémunération de 2.250 € mensuelle brute, soit un salaire annuel brut de 27.800 €, l'avantage Fillon est amputé par cette nouvelle mesure bien caractéristique du comportement du législateur français.

5. Le retour à la notion de coût de transaction : l'analyse du report de coût et ses conséquences

Nous avons souligné que la grille d'analyse de Williamson est intéressante à plus d'un titre concernant le fonctionnement des entreprises commerciales qui s'adressent à un public de masse, désormais par le truchement d'Internet conçu comme une interface technologiquement séparable.

5.1 *Internet permet le report de coût sur le client*

Cette interface permet aux entreprises de reporter sur le client une partie de leurs coûts de transaction, en particulier les coûts *ex-ante* concernant la passation du contrat mais également les coûts *ex-post*. L'analyse peut être menée tant pour des sociétés de service, de télécommunication que pour des banques. Nous prendrons l'exemple d'une société comme Orange. Elle préconise sinon impose à ses clients de faire transiter l'ensemble des relations commerciales par des sites internet dédiés aux différents aspects de ses activités. Autrefois, le client s'adressait aux salariés des PTT ou de France Telecom. Certes, ils effectuaient la démarche physique, mais celle-ci était traitée directement par l'entreprise qui se déplaçait à domicile pour vérifier le fonctionnement des lignes etc... De même, concernant une entreprise de banque, si le client devait se déplacer à l'agence, il n'en restait pas moins que c'est l'agent qui effectuait l'ensemble des démarches nécessaires.

Aujourd'hui, si le client est toujours à l'initiative du contrat, il doit gérer la prise de contact et les temps d'attente que lui impose le fonctionnement numérique. Il doit, pour assurer une

obligation de banque, introduire ses codes et passer sur son ordinateur un temps notable durant lequel il effectue lui-même des opérations qu'autrefois seul le salarié bancaire réalisait. Il gère donc totalement la prise de contact, l'introduction des données et, lorsqu'il doit s'adresser à un service en ligne, le temps d'attente. Il doit exposer ce temps sur son temps libre s'il s'agit d'un service au particulier ou sur son temps de travail s'il s'agit d'une tâche accomplie pour l'entreprise dont il est le salarié. Ces temps, qui sont parfois exceptionnellement longs, sont autant de temps de transaction qui sont externalisés par l'entreprise qui produit le service.

En fait ces temps sont reportés sur le client, le consommateur. Nous avons pris comme exemple Orange et le secteur des banques. Nous pourrions compléter par l'ensemble des entreprises qui travaillent désormais avec des centres d'appel et où n'est employé aucun salarié sous contrat de travail avec eux. On aura noté qu'un certain nombre d'entreprises utilisent à contrecourant ce nouvel aspect. Ainsi, les Mutuelles de Poitiers font-elles un argument commercial du fait qu'elles assument directement la relation client par l'intermédiaire de leurs salariés et qu'elles ne reportent pas les coûts de transaction en tout ou partie sur leur clientèle³⁸¹.

5.2. Le report de coût a un impact sur le coût global du travail payé par l'entreprise, à production constante

L'existence de ce type de report de coût, dont l'analyse est facilitée par la théorie de Williamson, mérite que l'on vérifie si elle peut s'appliquer au contrat de travail. Ainsi, les entreprises sont-elles en mesure de reporter sur le client une partie du coût du travail, de telle façon qu'elles éludent en quelque sorte cette partie du coût.

Ce phénomène ne concernera pas la passation mais bien l'exécution du contrat de travail. Nous avons souligné que le coût du travail se révélant particulièrement important en France, il avait été un facteur de délocalisation et qu'il avait généré nombre de processus de contournement. Et au regard d'un phénomène éventuel de report des coûts, il devient intéressant de compléter l'analyse en envisageant d'ailleurs le problème posé sous l'ensemble de ses aspects. En effet, plus efficace que l'amendement Fillon ou le CICE, le

³⁸¹ Référence à la publicité institutionnelle des Mutuelles de Poitiers diffusée au cours de l'année 2016 et au début de l'année 2017.

processus de report du coût du travail sur le salarié peut s'avérer d'autant plus intéressant pour l'entreprise qu'il est accepté par le client et induit une réduction de l'emploi au sein de ces TGE (les grandes banques, les assurances en particulier).

Incontestablement, c'est l'émergence d'Internet et l'explosion de l'économie numérique avec leurs corollaires, tels que le développement de la téléphonie, qui ont permis techniquement cette opération. Intellectuellement, nous pouvons dire que dans un premier temps, elle n'a pas véritablement été conceptualisée par l'entreprise. Désormais, elle est bien entendu totalement intégrée dans son fonctionnement, même si elle ne l'est pas dans la computation des coûts. Contractuellement, c'est-à-dire juridiquement, le phénomène est marqué par une dérive de la relation contractuelle firme/client, elle-même soumise aux novations technologiques.

Les entreprises françaises sont contraintes à une nouvelle organisation du travail parce que le coût du travail en France est important, et en tout état de cause supérieur à ce qu'il est dans d'autres nations similaires. Cela ne signifie pas qu'un moindre coût aurait empêché une telle évolution : sans doute l'aurait-elle retardée. Les effets de l'inversion des coûts de transaction dans la relation firme/ client sont multiples :

- elle réduit le nombre d'emploi, donc le coût global du travail dans un entreprise, même si elle ne réduit pas le coût par poste, à la différence de l'amendement Fillon par exemple ;
- elle permet à la firme de réduire l'espace nécessaire pour accueillir les salariés puisque le nombre de salariés diminue, alors que la production pour le moins reste stable ;
- elle rend obsolète une grande partie des considérations sur les notions d'espace de travail, de collectivité des salariés, voire de « communauté » pour reprendre la terminologie chère au professeur Durand, inspirée par les écrits des théoriciens allemands de l'entreprise
- ces mêmes moyens numériques, qui permettent de joindre le salarié en dehors de l'entreprise, le laissent en quelque sorte rattaché à elle à tout instant par le biais de la

téléphonie ou d'internet, tout en lui permettant de travailler en dehors du lieu théoriquement affecté à ses tâches, l'usine ou le bureau³⁸².

Le lien invisible qui maintient le salarié à disposition de l'entreprise ré-individualise la relation contractuelle dans le cadre du maintien d'un colloque direct entre le chef d'entreprise dans la PME, ou son substitué, le chef de service dans la très grande entreprise. Le salarié peut en outre être autonomisé non seulement au regard de la collectivité de travail, et de l'espace même où celui-ci devrait s'exercer, mais également au regard de sa hiérarchie directe. Il n'occupe plus nécessairement un espace dédié, ce qui impacte favorablement les frais généraux de l'entreprise au niveau de location de l'espace. Il n'est plus en relation avec ses collègues de travail : la communauté salariale est fragmentée, les relations de groupe sont rendues difficile, le syndicat comme interface perd l'un de ses atouts essentiels.

5.3. *L'autonomie du salarié est factice*

Mais c'est évidemment au niveau du coût du travail lui-même que nous relevons un avantage connu et reconnu, tiré directement de cette situation nouvelle. En effet, si l'autonomie symétriquement permise par le fonctionnement de l'outil Internet permet au salarié de « fainéantiser » dans le cadre de son travail pour reprendre la formule chère à Taylor³⁸³, en retour, l'exigence de l'employeur s'étend au-delà du simple espace de l'entreprise qui tend à s'estomper comme lieu de travail. Le temps de travail lui-même, réglementé, régulé, décompté, redevient une sorte d'espace-temps conventionnel dans lequel le salarié peut disposer d'un certain espace de liberté, à condition bien entendu d'effectuer les tâches qui lui sont soumises... sous la contrainte nouvelle de devoir répondre aux demandes de l'employeur à chaque instant de la journée de 0 à 24 heures.

Le phénomène est certain pour les cadres lorsque ceux-ci bénéficient du statut de cadre autonome. Il revêt également une réalité pour d'autres fonctions et en particulier les fonctions commerciales, tant au niveau de l'encadrement qu'au niveau des employés supérieurs ; dès lors le cadre est tenu de répondre, voire de travailler concrètement hors des heures strictement contractuelles. Ce terme n'étant pas signifiant pour un cadre autonome,

³⁸² Le raisonnement est évidemment centré sur les activités de service, puisqu'on aura bien compris que le travail manufacturier ne peut être réalisé en dehors de la manufacture elle-même.

³⁸³ Pratiquer des achats sur Internet pendant les heures de service ou s'occuper de l'inscription de ses enfants à la crèche ou sur Parcoursup par exemple.

nous allons employer la formule heures normales, soit heures de bureau, sur un espace-temps de 7 à 19h00.

Ainsi, le cadre devra répondre dans la nuit aux mails ou aux appels venus des États Unis ou de la Martinique. Il exécutera donc une prestation de travail dont le coût, s'il était effectivement décompté, serait notable pour l'entreprise. Or, dans cette situation, l'entreprise ne rémunère pas spécifiquement la prestation. Le cadre ne peut la refuser compte tenu de la pression qui s'exerce sur lui au regard de sa position, de ses perspectives de carrière et du colloque singulier et direct rétabli avec sa hiérarchie. En outre, désormais pénétré des notions de coût, même s'il n'en perçoit pas la portée telle que nous l'analysons, le cadre sait que sa situation (nous avons choisi ce type de salarié parce qu'il est évidemment plus expressif pour notre démonstration), est telle qu'il doit consentir spontanément un effort qu'il n'aurait certainement pas admis dans les temps antérieurs et dans son ancien espace de travail.

Pour conclure sur cette particularité concernant l'évolution du contrat de travail -entendu à durée indéterminée-, nous devons donc relever que la théorie des coûts de transaction, lorsqu'elle lui est appliquée, nous permet de mieux discerner les contours de cette évolution. L'entreprise peut procéder à un transfert, ou plutôt à un report des coûts directs du contrat, c'est-à-dire du coût de la prestation fournie par le salarié et qui devrait lui être rémunérée par le versement du salaire. Ce faisant, elle ne modifie pas le texte du contrat ; elle l'adapte avec l'accord tacite et objectivement contraint du salarié. Nous imaginons que nonobstant son attachement à son emploi, il n'est pas spontanément enclin à se lever en pleine nuit pour répondre à un mail en provenance des États Unis. Nous affirmons que la certitude du coût global que sa rémunération occasionne à l'entreprise, évidemment accentuée par l'effet du chômage qui touche 10 % de la population active, conduit le salarié à accepter ces contraintes et à exécuter ces prestations dans le cadre spécifique qui lui est imposé par l'entreprise.

Il subsiste évidemment une interrogation sur le montant du coût reporté sur le salarié, c'est-à-dire, pour employer un vocabulaire plus direct, sur le salaire éludé, la prestation non payée.

L'entreprise qui éprouve déjà des difficultés pour calculer le coût du travail peut difficilement approcher la réalité de l'avantage économique résultant du salaire éludé dans ces conditions. Et elle n'a évidemment aucun intérêt à souligner la réalité de cet avantage,

encore moins à le calculer. Nous savons simplement qu'il est certain que cette pratique a tendance à s'accroître, sinon à se généraliser.

CHAPITRE TROISIÈME

L'ANALYSE DU CONTRAT DE TRAVAIL AU REGARD DE LA THÉORIE DES COÛTS DE TRANSACTION

Nous avons longuement abordé l'histoire du coût du travail et de son analyse, en insistant sur la spécificité française du dédain du coût. Nous avons présenté différents penseurs anglo-saxons dont les écrits sont essentiels dans cette perspective et nous avons eu l'occasion ainsi d'aborder la réflexion originale d'Oliver Williamson. Mais il est temps à ce niveau de la recherche, d'approfondir la méthode proposée par le prix Nobel, méthode dite des coûts de transaction, pour analyser le processus contractuel. Puis nous adapterons cette méthode au contrat de travail de droit français et au régime légal de protection de ce contrat -la législation sur la protection de l'emploi-, afin de relever l'ensemble des coûts afférents à ce type de contrat.

1. La notion de coût de transaction

1.1. *Les éléments constitutifs de la notion au regard du contrat de vente d'un bien*

La notion de coût de transaction apparaît dans l'ouvrage de Ronald H. Coase³⁸⁴ intitulé *The nature of the firm*, publié en 1937 (Coase, 1937). Il y emploie la formule « *cost of using surprise mechanism* »³⁸⁵ que l'on peut traduire par « coût d'utilisation du mécanisme des surprises ». En 1960, dans son article « *The Problem of social cost* » (Coase, 1960), il emploie pour la première fois l'expression « coût de transaction ». Coase essaie de démontrer que l'existence même des coûts de transaction suscite l'émergence de sociétés spécialisées dans

³⁸⁴ Né en 1910 et décédé en 2013, il reçoit le prix Nobel d'économie en 1991.

³⁸⁵ Mécanisme de surprise.

la production en interne de différents produits lorsque les coûts de traitement de la transaction (c'est-à-dire du contrat) se révèlent inférieurs lorsqu'ils sont pris en charge par ces firmes, à ceux qui sont générés par le fonctionnement du marché. La fabrication en interne est plus avantageuse, tous éléments comparés, à l'achat par la firme de ces produits sur le marché.

Oliver E. Williamson développe cette théorie des coûts de transaction effleurée par Coase. Il l'aborde dans son ouvrage *Markets and hierarchies : analysis and antitrust implication* qu'il publie en 1975 (Williamson, 1975, 1994). Notre étude nous conduit à vérifier si la théorie des coûts de transaction peut être appliquée à l'univers des relations de travail entre le salarié et l'entreprise. Selon Williamson³⁸⁶, la réponse est évidemment positive : à partir du moment où une relation économique prend la forme d'un contrat, elle peut être évaluée en matière de coûts de transaction. Il y a transaction lorsqu'un bien ou un service (en l'occurrence il s'agit d'un service puisque c'est la mise à disposition de l'entreprise de la force de travail du salarié) est transféré à travers une interface technologiquement séparable : « *A transaction occurs when a good or service is transferred across a technologically separable interface. One stage of processing or assembly activity terminates and another begins* »³⁸⁷.

1.1.1. La référence : le contrat de vente d'un bien

Les contrats de vente et de travail sont notablement différents, contrairement à ce que soutiennent Alchian et Demsetz dans leur article fondamental de 1972³⁸⁸. Dans le cadre de l'échange commercial, l'entreprise peut calculer de façon relativement rigoureuse ses coûts de transaction qui sont qualifiés traditionnellement dans les ouvrages anglo-saxons de coûts *ex ante*, c'est-à-dire antérieurs à la conclusion du contrat et nécessaires à cette conclusion, et les coûts *ex post*. Les coûts *ex-post* sont les coûts nécessaires au déroulement du contrat dans les meilleures conditions. Cette référence au latin constitue d'ailleurs de furieux barbarismes, l'adjonction de *ex* qui signifie « à partir de » aux mots *ante* et *post* n'étant pas grammaticalement exacte. Il conviendrait d'utiliser en français les mots « avant » et

³⁸⁶ Né en 1922, prix Nobel d'économie en 2009. Auteur de *Markets and hierarchies, analysis and antitrust implications*, 1975. Traduction française de 1994, p. 349.

³⁸⁷ Williamson, *op. cit.*

³⁸⁸ Alchian (A.A.) et Demsetz (D) : *Production, Information, Costs and Economic Organisation*, American Economic Review, 1973 p 777-795.

« pendant », et pour qualifier les coûts que nous étudions, le mot « après ». Si nous reprenons ces formules latines approximatives, les coûts décrits comme *ex ante* et *ex post* seraient donc des coûts *terminus ante quem*, (avant et pendant, c'est-à-dire avant la fin) alors que les coûts correspondant à la phase postérieure à la rupture du contrat seraient les coûts *terminus a quo*. Afin de rester dans cette ambiance terminologique latine approximative, pour rester en phase avec les références utilisées dans l'ensemble des articles et des publications, nous utiliserons quant à nous le terme *terminus a quo* ou *ad futurum* pour qualifier les coûts postérieurs à la fin du contrat.

Dans le cadre du contrat de travail sous l'égide du droit français, les coûts *ex ante* peuvent être calculés de façon relativement aisée, sur la base des précédents par exemple. Mais les deux types de contrat diffèrent déjà notablement concernant la phase d'exécution. Le contrat commercial s'exécute sur l'instant. S'il est à exécution successive, les différentes phases de l'exécution peuvent être clairement encadrées et ses coûts sont prévisibles. Il n'en est pas de même dans le contrat de travail de type français, pour les raisons que nous allons développer et qui génèrent cette analyse de coût. Nous considérons que les éléments essentiels concernant l'exécution du contrat sont certains et permanents (ou prévisibles dans leur évolution) sur la durée. Il en est ainsi des augmentations de salaire liées à l'ancienneté ou de celles liées au coût de la vie qui se compensent naturellement par le jeu des autres types de coûts ou de prix. En revanche et toujours en droit français, la firme ignore la pénalité qui lui sera infligée lors de la fin du contrat. Elle ignore la réalité du coût de transaction relatif à la rupture de même que la date à laquelle ce coût interviendra³⁸⁹. Les spécificités du droit du travail français, à la différence du droit du travail anglo-saxon par exemple, rendent ce coût inéluctable. Il devrait donc être anticipé et intégré dans le prix de revient d'un produit ou d'un bien. Or ce n'est pas le cas³⁹⁰.

Dans le cadre de la négociation, de la signature, puis de la rupture éventuelle du contrat de travail, les éléments qui doivent être pris en compte sont notablement distincts. Tout d'abord, si les phases de négociation et de conclusion peuvent être comparées aisément et relever

³⁸⁹ D'où la notion d'incomplétude des contrats développée par Oliver Hart. Dans le cadre du réseau employeur-employé, la contrainte représentée par la hiérarchie est remplacée par la confiance.

³⁹⁰ Cependant, l'obligation de refléter par la situation comptable la réalité financière de l'entreprise pâtit de cette contrainte et de cette impossibilité. Le reflet comptable est donc délibérément inexact.

plusieurs similitudes, il n'en est pas de même de la phase d'exécution et de la phase de fin de la relation. Concernant la phase d'exécution, la différence entre le contrat commercial et le contrat de travail réside dans le fait que l'exécution n'est pas instantanée, comme c'est le cas d'un contrat d'achat de marchandises, voire même d'achat de services. Le contrat de travail se déroule par essence sur un laps de temps très important, pouvant durer plusieurs années. Ainsi, il génère un certain nombre d'incertitudes.

Le contrat commercial se termine par l'échange de la marchandise ou du service contre son paiement. Les parties s'estiment satisfaites dans la grande majorité des cas, et l'instantanéité de la transaction est évidemment de nature à exclure la perspective de conflit si, bien entendu, la chose est conforme à l'espoir de l'acquéreur et si le prix est réglé au vendeur dans les conditions prévues au contrat. Concernant le contrat de travail, la situation s'analyse de façon différente. En effet, et mis à part le contrat à durée déterminée et le contrat d'intérim sur lesquels nous reviendrons, la phase de terminaison du contrat est inconnue à la fois de la firme et du salarié à l'instant de sa signature. Le processus de terminaison ne peut être imaginé. Tout au plus le salarié, comme la firme, peuvent-ils tenter de faire coïncider, dans la perspective d'un parfait déroulement de leurs relations, la date prévisible du départ en retraite du salarié avec la date de fin de vie de la firme. Ainsi, on sait qu'en droit français, les sociétés ont une durée de vie prévisible de 99 ans. On sait que le salarié, en fonction des particularités de sa carrière, peut partir en retraite entre l'âge de 60 et 65 ans dans l'état actuel du droit. Mais l'illusion que produit sur les esprits la notion de « durée indéterminée », le caractère sacro-saint du concept, interdit à l'entreprise, c'est-à-dire au management mais également aux conseils externes tels que les experts comptables, de calculer par avance le coût de transaction afférent à l'exécution et à la rupture. Non pas que la tâche soit impossible, nous en faisons la démonstration dans notre recherche, ne serait-ce que par extrapolation du passé connu et décrypté. Mais nous avons remarqué que dans certaines entreprises, le collationnement des données nécessaires à ce type de calcul est simplement impossible. En effet, cette opération révélerait à l'ensemble de la chaîne de management la réalité de l'intention de la direction générale et serait de nature à susciter parmi la collectivité des

salariés une telle inquiétude qu'elle pourrait par elle-même susciter un malaise ou des mouvements sociaux³⁹¹.

1.1.2. Une poursuite de la comparaison au niveau du coût de la rupture du contrat

Ces éléments permettent d'encadrer la phase de terminaison du contrat et à permettre aux parties d'imaginer son coût dans le cadre des lois et règlements qui existent au moment de la conclusion du contrat... tout en sachant que ceux-ci ont évidemment vocation à être modifiés, et que le risque de modification est d'autant plus important que la durée du contrat sera elle-même plus longue.

Le calcul préalable du coût de la fin du contrat et l'anticipation de cette fin dont on sait qu'elle interviendra soit en raison de la démission du salarié (phénomène peu probable dans la logique que nous avons soulignée) soit en raison de la décision unilatérale de l'employeur, devient possible. Il est d'ailleurs modulable en fonction de la cause de la rupture, qu'il s'agisse d'une cause personnelle liée à la mauvaise exécution du contrat de travail ou une cause plus objective, de nature économique, résultant d'un problème conjoncturel ou structurel causé à la firme.

Dans la logique anglo-saxonne, la rupture du contrat de travail est toujours considérée comme un événement prévisible, lié à la nature même d'un contrat et dont le coût est négligeable au regard du coût de préparation et de déroulement du contrat. Dans la logique française telle que nous l'avons exposée, la situation est différente. En effet, le législateur, par la mise en œuvre de la législation sur la protection de l'emploi, s'est évertué à faire de telle sorte que la rupture anticipée du contrat (avant le départ en retraite du salarié) soit considérée comme un élément anormal de la vie de la firme et de la vie du salarié.

En tout état de cause, si le salarié licencié estime que la contrepartie qu'il tire de la rupture de ce contrat n'est pas suffisante, le droit du travail français l'autorise à recourir au juge prudhommal, dont on a vu que de façon presque systématique, il renforce ce que Williamson appelle le coût de transaction *ex-post* que nous qualifions de *ad futurum*, les « coûts occultés ». Il s'agit des coûts générés immédiatement par la rupture (coûts différés obligatoires), et les coûts ultérieurs résultant d'une décision judiciaire en général, plus

³⁹¹ D'où notre impossibilité à travailler sur ce type de données dans de grandes entreprises de main d'œuvre.

rarement d'une négociation (coûts différés exceptionnels). Second élément qui concourt en revanche à la difficulté de l'exercice : l'aléa, l'incertitude concernant la phase d'exécution et la phase de rupture sont élevés et ce calcul devient très délicat, étant souligné cependant son intérêt : effectué par avance, il pourrait être intégré dans le calcul du prix de revient d'un bien ou d'un service.

Olivier Lavastre (Lavastre, 2011) conclut son étude de 2011 sur les coûts de transaction³⁹². en soulignant trois éléments intéressants qui ont participé de notre réflexion. Il indique tout d'abord que l'opportunisme ne se manifeste pas simplement à l'extérieur des firmes, mais également à l'intérieur de celles-ci, ce que nous relevons également de par notre expérience des processus de rupture, en particulier depuis la mise en œuvre de la prise d'acte à l'initiative du salarié. Il estime ensuite que la théorie des coûts de transaction n'est pas suffisamment opérationnelle concernant le calcul de la totalité des coûts. **Nous tentons de surmonter cette critique dans le cadre de notre recherche**, en révélant les coûts postérieurs à la rupture et en revendiquant leur intégration dans le cadre du coût global de travail d'un salarié. Williamson (Williamson 1974, 1985) admet lui-même que « *le caractère rudimentaire des coûts de transaction est manifeste de quatre façons : les modèles sont primitifs, les arbitrages ne sont pas assez développés, les problèmes de mesure sont importants et il existe des degrés trop nombreux de liberté* ». Mais c'est le troisième élément qui présente un intérêt tout particulier au regard de notre recherche. En effet, Olivier Lavastre évoque la notion de coûts de mobilité, qui se rapproche de notre coût *terminus a quo* ou *ad futurum*, c'est-à-dire du coût postérieur à la rupture du contrat de nature commerciale. Pour ce chercheur, les coûts de mobilité « *représentent l'ensemble des conséquences que doit, a dû et devra supporter une entreprise qui connaît une modification dans une de ses relations d'échange industriel* ». Il donne quelques exemples tels que le changement de fournisseur ou le changement de produit acheté, qui supposent chacun la rupture du contrat de fournitures et le passage à un autre contrat, donc indiscutablement la fin du premier contrat. Il résulte de la rupture de ce type de contrat deux types de coût : les coûts de mobilités liés à la gestion des fournisseurs (gouvernance et relance d'un nouveau processus contractuel) et

³⁹² Olivier Lavastre, membre du laboratoire de recherche de l'ERFI, faculté de gestion et de droit de l'entreprise de Montpellier, in *Les coûts de transaction et Olivier E. Williamson, retour sur les fondements*, 10^{ème} conférence de l'association internationale de management stratégique, juin 2011.

les coûts liés à « *la gestion de l'input* », c'est-à-dire les coûts liés à l'introduction du nouveau produit provenant du nouveau fournisseur dans le cadre du processus de production³⁹³.

Dans notre analyse, les coûts de mobilité sont en fait les coûts de recherche d'un nouveau salarié et ils seront affecté au coût de ce salarié. Ces deux coûts sont remplacés par les « coûts occultés », c'est-à-dire les coûts de rupture tels que nous les avons présentés.

1.2. Les éléments complémentaires de la théorie de Williamson

Nous devons présenter les terminologies utilisées par les auteurs anglo-saxons dans la présentation des actifs utilisés par les entreprises : actifs matériels dit non-humains et actifs dénommés « actifs humains », étant souligné que ce vocabulaire est quelque peu provoquant dans le contexte franco-français, les « actifs humains », représentant des individus mettant leur force de travail à la disposition d'un employeur dans le cadre d'un contrat et le plus souvent d'un contrat de travail³⁹⁴.

Autre notion importante dans la théorie de Williamson : celle de spécificité des actifs. En effet, le prix Nobel américain définit trois critères essentiels dans sa typologie de l'environnement des entreprises : le degré d'incertitude, sur lequel nous reviendrons, la fréquence des transactions entre les acteurs et la spécificité des actifs.

1.2.1. La notion de spécificité des actifs

Williamson utilise la notion de spécificité des actifs déjà cernée par Alfred Marshall (Marshall 1892) dans son ouvrage principal³⁹⁵. Marshall approche la notion d'entreprise en expliquant qu'elle dépend de la mise en place « *des matériels et [de] la formation (...) celui qui dirige l'affaire a une connaissance des hommes et des matériels (...) mais son expérience n'a aucune valeur en dehors de l'activité où il est déjà* ». La formulation est d'autant plus intéressante qu'elle est l'une des premières à démontrer l'interaction dynamique entre le matériel (l'actif non humain) et le personnel (l'actif humain) sous la direction du chef d'entreprise (principe de hiérarchie). Mais la formulation de Marshall évoque également les

³⁹³ Olivier Lavastre retient huit coûts : recherche d'information sur de nouveaux partenaires, coût du nouveau contrat, coût lié au nouveau produit acquis -mise en place, maintenance, entretien délai de paiement et de livraison-, coût d'adaptation du processus de production, voire de « reconception », coût d'expérience et d'apprentissage, coût de contrôle de la relation, coût d'opportunité et coût de mise en place d'investissement en actifs spécifiques.

³⁹⁴ Nous évoquerons également les nouvelles formes d'emplois, telle que l'auto-entrepreneuriat.

³⁹⁵ Alfred Marshall, *Principes d'économie politique*, Hachette Livre, 2014.

notions de formation (nécessité de mettre en œuvre une formation adaptée des personnels pour que le processus de production soit optimal) et d'expérience que l'on peut traduire par maîtrise du processus de production.

Marshall et Williamson raisonnent dans le cadre du processus de production d'un bien marchand, c'est-à-dire dans le cadre du processus de production d'acier ou d'une voiture par exemple. Nous allons étendre le raisonnement, comme le fait déjà Williamson, à la production d'un service et nous allons intégrer dans le schéma l'actif non humain en deux temps, ce qui permet de faire évoluer différemment la réflexion. Dans un premier temps, nous reprendrons purement et simplement l'analyse de Williamson selon laquelle la valeur d'usage d'un actif spécifique (entendu comme actif non humain) avec un partenaire donné (que nous entendons alors comme le salarié) est supérieure à sa valeur d'échange. L'auteur expose en effet que l'actif acquiert une valeur particulière en raison de la relation pour laquelle il est réalisé ou encore acquis et mis en œuvre. Nous nous trouvons ainsi face à une définition de l'entreprise que nous avons déjà esquissée et qui n'est pas contradictoire avec celle retenue par Oliver Williamson.

La valeur d'achat des actifs neufs, ou leur valeur comptable telle qu'elle résulte du bilan, est accentuée par l'intervention d'un « partenaire donné », en l'occurrence d'un salarié³⁹⁶. C'est la raison pour laquelle l'atelier de menuiserie tel que résultant de l'inventaire des machines-outils et des stocks a une valeur inférieure à l'ensemble constitué par ce même matériel et ces mêmes stocks associés au personnel qui les utilise et qui constitue le fonds même de l'entreprise (hors les éléments complémentaires tels que le bail commercial, les méthodes, l'enseigne et la clientèle). L'élément complémentaire est évidemment le chef d'entreprise, capable de mettre en œuvre cet ensemble qui représente véritablement la base de l'entreprise³⁹⁷.

Williamson s'intéresse davantage à la prise en compte des actifs spécifiques non humains et des aspects opérationnels de leur mise en œuvre qu'au rôle des actifs humains et aux contrats

³⁹⁶ Que ce salarié soit ou non un spécialiste.

³⁹⁷ Ce qui explique que dans le cadre du processus de vente d'une entreprise, il est nécessaire de veiller à ce que le remplacement du vendeur se fasse par un acquéreur de même qualité. Le changement de chef d'entreprise peut générer en lui-même une réduction de la valeur de l'entreprise par un cumul de phénomènes (moins compétence, moins entente avec le personnel, moins réputation dans la clientèle, etc.).

de travail. Ainsi, il estime que le chef d'entreprise doit sécuriser les investissements en mettant en place des garanties contractuelles lors de la signature du contrat entre une entreprise et son fournisseur de matériel ou encore entre l'entreprise et le client dont l'achat permet le lancement ou la continuation de la production d'un bien sur une certaine durée. La firme se doit de réduire l'incertitude de son marché, ou encore l'incertitude concernant le fonctionnement de ses machines (Williamson, 1985)³⁹⁸.

Nous devons reprendre cette analyse et l'adapter à la gestion des actifs humains que Williamson admet dans la liste de ses actifs spécifiques³⁹⁹. Si nous reprenons sa formulation, nous admettrons donc qu'il est nécessaire de sécuriser les investissements en actifs non humains, en mettant en place des garanties contractuelles.

1.2.2. La notion d'actif non humain dans le contexte économique et juridique français

La notion d'actif non humain ressort de l'ensemble des analyses anglo-saxonnes sur la firme, telles que développées par Coase, Simon ou Williamson pour ne citer que ces auteurs. Lorsqu'on la rapproche des concepts français utilisés classiquement en matière économique et comptable ou encore en droit du travail, elle se rapproche sinon se confond avec la notion de fonds de commerce. Le fonds de commerce conçu de façon classique et moderne comprend des actifs de nature corporelle ou incorporelle, étant souligné qu'il ne peut s'agir que de valeurs positives⁴⁰⁰. Ces actifs « non humains » sont constitués par les machines et l'équipement, les brevets, les marques, les contrats de toute nature -à l'exception des contrats de travail sous la réserve que nous indiquerons ci-dessous- et bien entendu de cet élément incorporel essentiel que constitue la clientèle⁴⁰¹. Mais ces actifs non humains sont également constitués par des éléments beaucoup moins concrets encore, tels que par exemple les méthodes d'organisation et les processus de production. Dans les contrats, nous serons

³⁹⁸ O.E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, 1985. Nous travaillons essentiellement sur la base de la traduction française, sous le titre *Les institutions de l'économie*, Inter-éditions, 1994.

³⁹⁹ Spécificité du site, des actifs matériels physiques, des actifs humains, des actifs dédiés à la transaction, spécificité de réputation et spécificité temporelle.

⁴⁰⁰ Le fonds de commerce n'intègre en aucune façon les dettes de l'entreprise, qu'il s'agisse des dettes bancaires ou des comptes courants des associés par exemple.

⁴⁰¹ Une analyse sommaire et limitée au commerce de proximité pourrait laisser penser que la clientèle fait partie des actifs humains. Cela étant, il convient de généraliser le propos en tenant compte d'une réalité plus générale, aux termes de laquelle la clientèle de la firme est composée d'autres firmes, c'est-à-dire de sociétés commerciales constituant des personnes morales, et ayant évidemment une personnalité juridique. On en revient donc à la notion d'actifs non humains, de cette façon.

encore dans l'obligation de distinguer les contrats de nature purement commerciale, tels que les contrats de fourniture ou de vente, des contrats mixtes tels que le contrat de bail.

Williamson distingue les actifs spécifiques, créateurs de fortes valeurs, qui génèrent des coûts de transaction importants et dont l'usage suggère l'intégration au sein de la forme des actifs non spécifiques. La mise en œuvre des actifs non spécifiques, totalement ou partiellement interchangeables, n'apporte à la firme qu'une faible valeur ajoutée. Les coûts de transaction sont faibles et la firme a donc intérêt à les externaliser.

1.2.3. La notion d'actifs humains

Les contrats de travail se situent sur la ligne de partage des actifs humains et des actifs non humains. Si leur importance cruciale peut être aisément appréhendée par la théorie de l'entreprise « nœud de contrat », ils posent évidemment une difficulté dans le cadre de la vision classique de la firme distinguant les actifs humains et les actifs non humains. Pour effectuer le rapport entre les actifs humains et non humains et les coûts de transaction, nous dirons que les actifs humains spécifiques sont afférents aux compétences-clefs dans l'entreprise, celles qui déterminent le succès de l'action entrepreneuriale. Ils génèrent de forts coûts de transaction et doivent donc faire l'objet de contrats à durée indéterminés. En revanche, les actifs humains non spécifiques, ceux qui ne correspondent qu'à des compétences standard ou interchangeables, peuvent être recrutés dans le cadre de CDD ou de l'intérim. Les coûts de transaction sont alors faibles.

En conséquence, l'entreprise qui recrute des salariés de grande compétence dont la rémunération est importante a intérêt à amortir les coûts de transaction, et en particulier les coûts *ex ante*, sur la période la plus longue possible, celle du contrat à durée indéterminée. Elle a donc intérêt à rédiger des contrats complexes et complets⁴⁰², ce qui la conduit mécaniquement à augmenter les coûts de recherche et d'appréciation de la qualité du salarié recherché. Il est évident que dans le cas contraire, c'est-à-dire lors de l'embauche d'un salarié non spécifique, un manoeuvre par exemple, elle n'a ni les mêmes intérêts ni les mêmes obligations. Se pose plus simplement encore le fait de savoir si elle a intérêt à intégrer ce type de salarié ou au contraire à le laisser à l'extérieur de l'entreprise et à recourir au travail

⁴⁰² Mentionnant des clauses de confidentialité, de non concurrence, précisant les conditions d'accès aux ressources stratégiques de la société, etc.

temporaire ou au contrat à durée déterminée. Certes, ce recours génère également des coûts, mais ils sont compensés par l'éradication de l'incertitude et l'absence des coûts de rupture (coûts différés obligatoire et coûts différés exceptionnels) que nous appelons les coûts *terminus a quo* pour les distinguer des coûts *ex ante* et *ex post*.

Williamson évoque le problème posé par le contrat de travail, en particulier dans la conclusion de son ouvrage de 1985⁴⁰³ mais il ne s'y attarde pas. Il se réfère globalement à la notion de contrat en citant les travaux du juriste américain Karl Llewellyn⁴⁰⁴ (Llewellyn, 1940). Mais Llewellyn lui-même s'intéresse à la notion de contrat, et en particulier de contrat d'achat ou de vente dans le monde de l'industrie et du commerce. Il distingue les contrats « rigides » et les contrats « flexibles » ou évolutifs. Le contrat « rigide » constitue un cadre pour la quasi-totalité des relations. Il est précis dans l'ensemble de ses clauses et nécessite en cas d'ajustement nécessaire un avenant, lui aussi rigide et donc une renégociation. Le contrat évolutif est ajustable. Il s'agit davantage d'un guide qui définit les principes des relations entre les parties qu'une liste d'obligations.

Le premier type de contrat, rapporté à notre problématique, permet de contrer l'opportunisme du salarié, mais il constitue également une entrave à celui de la firme. Le second type de contrat autorise toutes les évolutions. Mais il constitue une porte ouverte sur l'opportunisme des acteurs.

1.2.4. Du contrat commercial au contrat de travail : l'analyse fondée sur les coûts de transaction : similitudes et différences

C'est à ce niveau que nous est apparu clairement l'utilité de la théorie des coûts de transaction pour procéder à une analyse différente du contrat de travail et en particulier du coût du travail. La position de principe étant déterminée (la vision privilégiée est celle du chef d'entreprise), la vision traditionnelle du contrat, celle de l'école française de droit du travail étant écartée, l'approche de Williamson nous permet d'analyser les coûts sur l'ensemble du spectre contractuel.

⁴⁰³ Les Institutions de l'économie, op. cit., p. 68.

⁴⁰⁴ Karl Llewellyn, *What price contract ? An essay in perspective*, Yale Law Journal, 1940. L'ouvrage fondamental de Llewellyn (1893-1962) est publié en 1930 sous le titre *The Branble Bush : on our law and its study*. Et son second ouvrage *The Cheyenne Way*, est le seul à être publié en français, reprenant les éléments importants de la pensée de l'auteur. Williamson se fonde sur la pensée de Llewellyn pour exprimer son rapport au droit. Il est dès lors assez naturellement éloigné de la pensée juridique française et naturellement de son droit social.

À la différence du contrat de vente, le contrat de travail de droit français doit être apprécié sur trois périodes : *ex ante*, *ex post*, *ad futurum*. La première concerne la période de gestion du contrat, allant jusqu'à sa signature. La seconde, concerne la période d'exécution du contrat, laquelle se termine, comme pour le contrat commercial par la rupture des relations entre les parties. Mais alors que Williamson termine à cet instant l'analyse du processus contractuel, le contrat de travail français nous oblige à observer une troisième période, qui suit la date de la rupture. Le contrat est bien terminé, mais sa rupture génère des conséquences financières qui vont au-delà de la date de la rupture :

- parce que les parties ont décidé d'assortir la rupture d'un paiement de différentes indemnités dont le coût n'était pas prévu dans le contrat initial. Elles négocient directement, ou dans le cadre d'une rupture conventionnelle le paiement de tout ou partie du préavis et de l'indemnité de licenciement, voire de dommages et intérêts ;
- parce que l'une des parties (le salarié) saisit le juge des conditions de la rupture dont il demande la requalification. Ce qui occasionnera à l'entreprise le paiement en année N+1, N+2 ou N+3 de différentes indemnités. Ce n'est qu'à cet instant que le montant total des coûts de transaction sera connu.

Ces coûts n'étaient pas apparents dans le contrat initial, ils ne se présument pas dans la période *ex-post* : il s'agit des coûts occultés.

1.2.4.1. *L'approche de Williamson*

Williamson détermine deux types de coûts de transaction dans le cadre du contrat commercial, les coûts *ex-ante* et *ex-post*. Le coût *ex-ante* de transaction est celui qui correspond à l'ensemble des opérations nécessaires à la conclusion du contrat, depuis la recherche du cocontractant idéal -le coût d'information- jusqu'à la signature, incluant ainsi le coût juridique par exemple. Mais au-delà de la première partie de l'opération contractuelle, Williamson relève l'existence d'un coût afférent à la surveillance et au déroulement du contrat, de son actualisation : le coût *ex post*. Il peut être direct, indirect ou caché. Enfin, il existe aussi un coût de transaction résultant des conditions de rupture du contrat. Ces coûts sont connus de l'entreprise à l'instant T de la production d'un bien et d'un service. Ils peuvent être calculés aisément. Ce calcul détermine d'ailleurs le choix de la conservation de la production en interne ou de son externalisation.

Williamson raisonne de la même façon concernant le contrat de travail de droit américain... mais il ne saurait en être de même pour le contrat de droit français : c'est à ce niveau que notre étude des « coûts occultés » revêt toute son importance.

1.2.4.2. L'application de la méthode aux coûts de rupture du contrat de travail français

Les « coûts occultés » ne sont pas connus à l'instant T (année N) de la production d'un bien ou d'un service, parce qu'ils apparaissent pour la plupart de façon très postérieure à l'opération de production. Ils seront donc intégrés dans les charges générales de l'entreprise, à l'année N+1 ou N+2 voire N+3, l'année N.

C'est à ce niveau que l'approche de la problématique des coûts par le management de l'entreprise est décisive, pour ne pas dire stratégique, mais particulièrement complexe. En effet, l'expert-comptable interrogé frontalement répondra que tous les coûts de l'entreprise sont naturellement intégrés dans les comptes, même s'ils apparaissent à N+3. Nous prendrons ainsi l'exemple de dommages et intérêts relatifs à la requalification d'un licenciement pour faute grave sur le terrain du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le licenciement intervient année N et le jugement prudhommal à l'année N+3. À cette date, les sommes correspondant à la condamnation sont décaissées et passent en charge. Éventuellement, elles ont été provisionnées lors de la réception de la citation prudhommale, mais elles n'ont jamais été intégrées dans le coût du travail du salarié concerné. **C'est la raison pour laquelle nous avons conféré à ces coûts la qualification de « coûts occultés ».** Le coût n'est pas connu à l'instant de la production, et quand il est connu, il n'est pas réintégré dans le coût de travail d'un salarié déterminé.

Nous adressons à cette approche comptable classique deux critiques :

- d'une part, l'affectation comptable de ce coût n'est pas lisible pour l'entreprise puisqu'elle n'est pas affectée directement à un coût de production ;
- elle l'est d'autant moins qu'elle est décalée dans le temps ;
- d'autre part, le coût du travail du salarié concerné se révèle totalement inexact et il ne peut être reconstitué. Notre recherche se concentre donc sur ces deux éléments.

L'analyse de Williamson (Williamson 1985) reste un fil conducteur. Il distingue quant à lui les coûts de surveillance et d'adaptation du contrat et les coûts de rupture. Mais dans le cas d'un contrat commercial, les coûts de rupture sont sommaires, limités ou forfaitaires. Il est

rare que les conditions de rupture dégénèrent et que les parties se retrouvent devant le juge, ce qui aura pour conséquence de différer le coût total de la rupture du contrat, tout en transférant la fixation de ce coût au juge, l'une des parties au contrat en ayant ainsi décidé. En matière de contrat de travail, l'analyse de Williamson n'est pas aussi poussée. Sans doute parce que la réflexion de Karl Llewellyn (Llewellyn, 1940) ne le conduit pas à affiner son approche, mais surtout parce que les conséquences de la rupture du contrat de travail en droit américain sont minimales sur le plan indemnitaire. Le recours au juge est rare, sauf cas de discrimination particulièrement caractérisée ou volonté d'un syndicat de faire un exemple contre l'entreprise parce que les négociations internes n'ont pas abouti ou que la résistance de la firme apparaît anormale à la collectivité des salariés⁴⁰⁵.

L'analyse du contrat de travail français nous conduit naturellement à retrouver ces mêmes coûts, les coûts *ex-ante* et *ex-post*. Nous nous interrogerons sur l'ampleur des coûts *ex ante*, en fonction des critères que nous retenons pour la détermination de ces coûts. En effet, si Williamson retient dans les coûts *ex-ante* les coûts de recherche du partenaire commercial ou industriel, la question se pose différemment en matière de contrat de travail. Notre critère de prise en compte des coûts dans le prix de revient d'un produit ou d'un service étant la présence du salarié dans l'entreprise, ces coûts ne devraient être déterminés qu'à partir de la signature du contrat de travail. En conséquence, se pose la question de la prise en charge des coûts de recherche du co-contractant idéal. Elle oriente naturellement vers la pratique de l'entreprise qui peut privilégier le recrutement par voie interne (frais de fonctionnement du service RH) ou par voie externe (appel à un cabinet de recrutement, ou à une agence d'intérim). Elle peut également d'adresser à Pôle Emploi ou en revenir à la pratique plus classique de l'épreuve du postulant par contrat d'intérim ou CDD interposé, dans ce dernier cas en tordant évidemment les éléments légaux de recours au CDD.

Nous considérerons donc, par dérogation au critère de présence conçu comme fait générateur du coût, que les frais de recherche sont des coûts à inclure dans le coût du travail d'un salarié.

La totale différence des contextes sociologiques, juridiques et managériaux américains et français conduisent Williamson à sous-estimer les coûts de rupture du contrat de travail. Or

⁴⁰⁵ Dans l'entreprise que Williamson qualifie d' « organisée », c'est-à-dire de la très grande entreprise ou la présence syndicale est forte. Il distingue ce cas des entreprises « inorganisées », c'est à dire des PME.

en droit français, ce coût peut être considérable en raison même de l'existence de la législation sur la protection de l'emploi. Si ce coût n'est pas imprévisible dans la seule hypothèse de son émergence -il s'agit en fait d'un risque de coût, en raison de l'existence de la LPE- il l'est totalement dans son amplitude et celle-ci nous conduit à le distinguer du coût *ex-post*. C'est la raison pour laquelle nous estimons qu'il convient d'adjoindre à l'énoncé de Williamson un troisième type de coût qui est spécifiquement le coût de la rupture et plus précisément le coût déclenché par la rupture, c'est-à-dire par le terme du contrat. Il s'agit du coût *ad futurum*.

2. Le second élément de la théorie de Williamson : la notion de rationalité limitée

L'agent économique, qu'il s'agisse du salarié, du chercheur d'emploi ou du dirigeant d'entreprise, est un agent rationnel dont le comportement est orienté par son intérêt propre. Williamson tient compte de cette spécificité, mais il estime que le comportement de l'agent économique est marqué d'une part par ce qu'il appelle une rationalité limitée et d'autre part par l'opportunisme, étant souligné qu'il envisage cette rationalité limitée et cet opportunisme sous un angle critique.

2.1. Les causes de limitation de la rationalité des agents

Williamson (Williamson 1975, 1985) admet que les acteurs économiques sont à la fois rationnels et autonomes, et qu'ils sont capables d'analyser les conditions d'une transaction. Cela étant, il soutient que leur rationalité est limitée. En effet, il estime d'une part qu'aucun de ces agents ne peut bénéficier de l'information optimale qui lui serait nécessaire pour prendre la décision la mieux adaptée à sa situation. Il existe donc entre les différents agents et, pour reprendre le cas qui nous préoccupe, entre la firme et le salarié, une dissymétrie ou encore une asymétrie d'informations qui produit naturellement une inégalité dans le rapport contractuel. Ainsi, non seulement le salarié ne peut accéder à l'ensemble des informations qui lui seraient nécessaires pour atteindre dans les meilleures conditions son objectif, en l'occurrence trouver un emploi. En particulier, il éprouve des difficultés pour rechercher l'emploi le plus adapté à sa situation, c'est-à-dire à ses compétences et son expérience professionnelle, mais également ses choix personnels et enfin ses contraintes -ou

obligations- géographiques et familiales⁴⁰⁶. En raison de l'asymétrie d'information, l'agent ne peut anticiper l'ensemble des phénomènes qui peuvent interagir sur sa situation ou même sur celle de l'entreprise avec laquelle il souhaite contracter⁴⁰⁷. Williamson estime donc que le salarié est objectivement dans une situation d'infériorité par rapport à la firme pour l'ensemble de ces raisons.

À la date de la rédaction des premiers écrits de Williamson sur ce thème il y a trente ans au moins, le système d'information du salarié (on ne peut à proprement parler de réseau) est alors limité au cercle amical et familial, à l'information qui ressort des organes de la presse écrite locale et, au mieux, de celle qui transite par le syndicat professionnel auquel il peut adhérer⁴⁰⁸. Aujourd'hui, l'annonce de Williamson concernant la rationalité limitée de l'agent mérite d'être nuancée en fonction de deux éléments au moins. Trente-trois ans plus tard (1985-2018), il est clair que les sources d'information dont bénéficie désormais le salarié ou le demandeur d'emploi sont notablement plus fournies et plus efficaces. Ainsi, nous admettons que l'utilisation d'Internet, l'existence des réseaux professionnels d'autre part (LinkedIn ou Facebook), sont désormais un atout pour lui. Il en est de même des sites de recherches d'emplois présents sur le Net et des appels réalisés directement par les entreprises à l'égard de la main d'œuvre potentielle à travers leurs propres sites. La révolution numérique a une influence directe sur les conditions de la contractualisation dans le monde du travail. Elle a également une influence directe sur le fonctionnement des « interfaces technologiquement séparables ». Cependant, on ne peut prétendre que l'asymétrie d'information ait été réduite à zéro. En revanche, des phénomènes nouveaux sont apparus grâce à la révolution numérique. Le rôle des interfaces, telles que les syndicats ou les organisations parapubliques comme les Assedic ou Pôle Emploi est évident. Elles ont eu un rôle prépondérant dans la recherche d'emploi de leurs adhérents -ou de leurs clients, si l'on évoque Pôle Emploi-, en raison de leur poids dans la vie économique et sociale. La CGT revendiquait par exemple des centaines de milliers d'adhérents et elle gérait, directement ou indirectement, des centres de formation dans des professions telles que l'imprimerie de labeur ou les dockers. De son côté, l'ANPE s'occupait du placement des demandeurs

⁴⁰⁶ Nous serons conduits à développer la notion de contrainte géographique avec le problème posé par les obligations de mobilité contrariées par la fixité résultant des achats immobiliers et de la rigidité du marché bancaire.

⁴⁰⁷ Il n'est pas en mesure par exemple d'anticiper les évolutions du marché propre à cette entreprise.

⁴⁰⁸ Attention : le syndicat peut être conçu comme une source d'information, ou comme une structure intermédiaire au sens de Williamson.

d'emploi de façon raisonnable dans un mode où ils ne dépassaient pas le million. Bien entendu cette période est révolue. Les syndicats ont renoncé à cette ambition. Pôle Emploi se voit contrarié sur son propre terrain par des sites Internet marchands comme *Le Bon Coin*, qui met désormais en relation les employeurs et les demandeurs d'emploi. L'organisme parapublic conçu comme structure intermédiaire n'est plus suffisamment efficace, ce qui pose d'ailleurs la question de son coût au regard de son efficacité.

2.1.1. La rationalité n'est pas nécessairement limitée de façon obligée : elle peut l'être en fonction de la décision propre du salarié ou du demandeur d'emploi

Second élément : cette notion de rationalité limitée est conçue par Williamson comme un élément certain et constant, de façon négative, comme s'il s'agissait du constat malheureux d'une situation totalement subie par le salarié ou le demandeur d'emploi.

Certes, l'expression ou la concrétisation par le salarié ou le demandeur d'emploi de sa propre rationalité ne correspond sans doute pas à celles de l'offreur d'emploi ou du chef d'entreprise. Elle correspond moins encore à celle qui peut être imaginée par l'analyste économique ou le décideur politique. Non seulement ceux-ci s'estiment supérieurs à l'agent, mieux informés que lui et plus compétents, mais en outre, ils auraient aisément la prétention de vouloir lui imposer leur propre volonté, leur propre conception de la Rationalité. Celle-ci serait alors parfaitement en phase avec les grands objectifs de la politique économique décidée par un gouvernement ou de l'équilibre des finances publiques par exemple.

L'agent économique se situe à un niveau de rationalité que l'analyste ou le décideur politique peuvent considérer comme inférieur. Mais cela ne signifie pas pour autant que cette rationalité soit incomplète (donc limitée), voire inexistante. Nous l'avons relevé dans le cadre des aspects précédents de nos travaux : l'agent économique adopte un comportement rationnel. Ce comportement correspond à ce qu'il estime être, sur une période de court terme ou de court-moyen terme, une situation de confort optimal, calculée et obtenue en fonction de la meilleure allocation des ressources dont il dispose soit grâce à son travail, soit par l'intermédiaire des revenus de substitution qui lui sont servis par la société.

De leur côté, l'économiste ou le décideur politique considéreront par exemple qu'il est anormal que l'agent se contente du bénéfice des revenus de substitution plutôt que de se lancer dans une recherche active d'emploi (pour reprendre les dispositions précises de la loi française). C'est à ce niveau que nous devons distinguer l'appréciation de cette rationalité.

Williamson et l'école qu'il a créée se réfèrent à une appréciation qui n'est pas nécessairement partagée par l'agent. Certes, elle n'est sans doute pas optimale dans le sens de la meilleure allocation des ressources ou de l'amélioration du PIB d'un pays. L'agent, de son côté, adapte son comportement en fonction d'un calcul d'intérêt qui lui est propre et qui, bien entendu, n'est pas dépourvu d'opportunisme.

Ces deux types de rationalité qui ne se rejoignent pas. Il n'est pas admissible pour autant de critiquer celle de l'agent en raison d'un présupposé ou de critères qui sembleraient supérieurs, mais qui resteraient en tout état de cause inopposables. Il n'est donc pas question de disqualifier les choix de l'agent. Tout au plus pouvons-nous parler de rationalité différenciée, ou de différents niveaux de rationalité.

2.1.2. Les effets de la LPE sur le comportement de l'agent et l'expression de sa rationalité

Ce positionnement implique une série de conséquences, non seulement dans la phase de recherche et de négociation d'un nouveau contrat de travail, mais au-delà au cours du déroulement de ce contrat. Il influence naturellement sur les coûts de transaction et sur le prix du contrat, c'est-à-dire le niveau du salaire, voire sur l'existence même du contrat⁴⁰⁹. À ce niveau, la législation sur la protection de l'emploi joue un rôle important, puisqu'elle devient l'une des bases du calcul de rationalité de l'agent. Elle lui garantit un revenu de substitution au salaire qu'il ne perçoit plus. Cette substitution, si elle se situe à un niveau considéré comme satisfaisant par l'agent (cette satisfaction marquant la rationalité de son comportement), peut désinciter le demandeur d'emploi à se lancer immédiatement dans la recherche d'un nouveau job⁴¹⁰. (Martinot, 2013).

Comme nous l'avons souligné, l'analyste, le spécialiste des politiques publiques peut considérer qu'il est de l'intérêt supérieur de l'économie du pays, ou de l'équilibre des comptes de la nation, que le salarié involontairement privé d'emploi se lance immédiatement dans une recherche de contrat. Il peut considérer de même que cet agent doit optimiser sa recherche, accepter de signer rapidement un nouveau contrat, même à des conditions

⁴⁰⁹ Le demandeur d'emploi satisfait de sa situation, ayant établi un calcul de son niveau de confort optimal obtenu sans le recours à l'emploi, peut se satisfaire de cette situation. Dès lors, il ne recherche pas d'emploi et il ne contracte pas.

⁴¹⁰ Bertrand Martinot, *Chômage, inverser la courbe*, Manitoba, 2013.

financières inférieures à celles qu'il connaissait préalablement, plutôt que de rester à la charge de la société.

Il est admis que ce comportement n'est pas systématiquement celui du chômeur récent, sans que l'on puisse dire que sa rationalité soit limitée. En fait, cette rationalité est déterminée par d'autres facteurs qui peuvent être, comme nous l'avons vu, un meilleur rapport entre le temps libre qu'il dégage en raison de cette période de chômage et l'économie qu'il réalise sur les frais de transport, les frais de nourrice pour ses enfants, voire le poids que représente pour son épouse le fait d'aller déposer et rechercher les enfants à l'école, alors qu'il peut désormais s'en occuper lui-même. Bien entendu, à ce niveau, la contrainte de logement, liée par exemple à l'implantation de la résidence familiale dont il est propriétaire, pour laquelle il paye un prêt et qui est en cours de remboursement, sans possibilité de substitution ou de souscription d'un contrat de location alternatif, pèse également lourdement dans sa décision. Parfois même, ce critère est simplement prépondérant. Il interfère donc dans l'analyse de la rationalité du comportement de l'agent et sa prise en compte par celui-ci pourrait conduire le commentateur à le considérer comme irrationnel. En effet, l'entreprise n'est pas responsable des choix de logement de son salarié et de son implantation géographique⁴¹¹.

En revanche, Pôle Emploi joue toujours un certain rôle à l'égard du demandeur d'emploi. Il s'agit d'un rôle d'information, de formation ou de proposition de formation et de présentation d'offres d'emploi. Nous notons que, dans le cadre de cette présentation, cet organisme parapublic intègre des facteurs liés à la rationalité limitée du salarié, tels que son implantation géographique. Si Pôle Emploi peut présenter au demandeur d'emploi des offres France entière, l'organisme admet que celui-ci puisse les refuser si elles génèrent des déplacements géographiques (au-delà de 30 kilomètres) et naturellement des coûts pour le salarié, excessifs au regard de l'intérêt que représente l'emploi en matière de revenu⁴¹².

⁴¹¹ Voir le problème de l'adaptation du droit du financement des logements à la mobilité géographique des salariés.

⁴¹² Les critères concernant l'offre raisonnable d'emploi (dans le langage courant ORE) résultent de l'application de la loi du 1^{er} août 2008. Parmi ceux-ci, la qualification, la compétence professionnelle, la rémunération, la localisation géographique entre autres. Deux refus successifs peuvent entraîner la radiation de Pôle Emploi étant précisé que dans les trois premiers mois, l'offre doit être supérieure ou égale à 95 % de l'ancien salaire, après 6 mois de chômage à 85 % et après une année au montant de l'indemnisation. Cela étant, l'ORE dépend du **projet personnel d'accès à l'emploi (PPAE) tel que signé** lors de l'inscription à Pôle emploi et actualisé au fil du temps. L'article L.5411-6-2 du code du travail dispose que "*la nature et les caractéristiques de l'emploi ou des emplois recherchés, la zone géographique privilégiée et le salaire attendu, tels que mentionnés dans le projet personnalisé d'accès à l'emploi, sont constitutifs de l'offre raisonnable d'emploi.*" Selon l'article L.5411-6-3 du code du travail, le projet personnalisé d'accès à l'emploi est actualisé périodiquement. Lors de cette actualisation, les éléments constitutifs

Ainsi, la rationalité propre au salarié devenu demandeur d'emploi est fondée en partie sur des éléments non marchands qui échappent à la logique de l'économie de marché, et en tous cas à celle du marché du travail. De même, si le chef d'entreprise considère comme naturel que le demandeur d'emploi accepte immédiatement un contrat de travail à des conditions financières inférieures à celles dont il bénéficiait dans son emploi précédent, le demandeur d'emploi quant à lui peut considérer qu'en raison de l'indemnisation dont il bénéficie de la part de Pôle Emploi, de l'antériorité et de l'importance des cotisations qu'il a versées à cette date, il est légitime à poursuivre des recherches pour obtenir de meilleures propositions.

Nous constatons ainsi que le confort (même relatif) qui lui est apporté par l'indemnisation du chômage et les revenus de substitution influe directement sur son comportement et détermine une rationalité qui est adaptée à sa situation personnelle et familiale.

2.2. *La modulation de l'analyse de Williamson*

Nous constatons un affrontement entre deux attitudes, que chacun des acteurs (salarié et firme) estime parfaitement rationnelles. Quant à l'économiste ou au manager, du haut de leur observatoire, ils affirment une rationalité différente.

Ainsi, il nous semble nécessaire de moduler l'analyse de Williamson sur la notion de rationalité limitée. En France, la législation sur la protection de l'emploi est de nature, par son existence même, à générer chez le demandeur d'emploi, mais aussi chez le salarié en activité, des comportements qui ne peuvent relever que ce que Williamson dénomme la « rationalité limitée » et qui est en fait une rationalité contextuelle. La notion de rationalité limitée telle qu'elle ressort des écrits de Williamson est étroitement liée au contexte économique et juridique nord-américain. Elle est également marquée par les données technologiques de la période durant laquelle elle a été conçue.

de l'offre raisonnable d'emploi sont révisés, notamment "pour accroître les perspectives de retour à l'emploi". De plus, « lorsque le demandeur d'emploi est inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi depuis plus de six mois, est considérée comme raisonnable une offre d'emploi entraînant, à l'aller comme au retour, un temps de trajet en transport en commun, entre le domicile et le lieu de travail, d'une durée maximale d'une heure ou une distance à parcourir d'au plus trente kilomètres. » Dans le cas où le déplacement est possible en transports en commun, les deux critères trouvent à s'appliquer : l'offre d'emploi est raisonnable si le lieu de travail se situe à moins d'une heure de trajet mais à plus de 30 kilomètres ; elle l'est également si la distance à parcourir est inférieure à 30 kilomètres et le temps de trajet en transport en commun supérieur à une heure.

3. Troisième élément de la théorie de Williamson : la notion d’opportunisme

Pour Ronald Coase (Coase,1937) et Oliver Williamson (Williamson 1974, 1985), les coûts de marché, appelés également coûts de transaction, sont constitués par les coûts de découverte des prix adéquats -l’information des agents étant imparfaite, les prix pourraient être artificiels au regard du marché-, les coûts de négociation et de conclusion des contrats. Nous appliquons cette théorie à la formation, au déroulement et à la rupture du contrat de travail⁴¹³.

Dans ses écrits, Coase considère que les coûts de transaction sont à la fois la conséquence de l’asymétrie de l’information des agents et de leur opportunisme. L’originalité de la pensée de Williamson réside également dans le développement de la notion d’opportunisme qui devient un point essentiel de sa théorie. Pour lui, l’opportunisme caractérise les conduites de mauvaise foi : « *l’opportunisme repose sur une révélation incomplète, déformée ou falsifiée de l’information par un agent, et donc de l’existence d’asymétrie d’information* ». Dans son commentaire sur cette pensée, Céline Abécassis (Abécassis, 1997) souligne que l’opportunisme selon Williamson caractérise la conduite de mauvaise foi de l’agent qui tente de réaliser un gain individuel au-delà de ce que l’on peut appeler « *le profit normal de l’échange*⁴¹⁴ ».

3.1. La problématique de l’opportunisme

Le risque d’opportunisme incite la firme à l’internalisation de la transaction concernant les opérations essentielles permettant la fabrication d’un produit. Nous devons raisonner de la même façon concernant les emplois. L’entreprise entend se protéger contre les risques d’opportunisme du salarié -sous-entendu dans une ambiance de plein emploi, qu’il s’agisse du plein emploi dans l’ensemble de la société ou dans la spécialité recherchée. Ainsi, les emplois tactiques (opérationnels mais déjà qualifiés) ou stratégiques doivent être préservés

⁴¹³ Le coût de conclusion du contrat de travail doit être analysé spécifiquement en fonction de la situation française. Ce coût est différent de ce qu’il peut être aux États-Unis ou en Grande Bretagne. Nous serons conduits à évoquer en particulier les coûts de négociation et de conclusion du contrat à durée indéterminée, du contrat à durée déterminée ou du contrat d’intérim. Nous effectuerons à chaque étape une analyse de ces coûts afin de démontrer qu’ils sont notoirement différents, étant souligné en contrepartie que les enjeux le sont également. En effet, il est naturel que le coût de transaction lié au contrat à durée indéterminée soit pour la firme d’un coût supérieur au coût de transaction lié au simple contrat à durée déterminée.

⁴¹⁴ Céline Abécassis, *Les coûts de transaction : état de la théorie*, in Réseau n° 84, 1997.

de tout risque de débauchage par la concurrence ou de *turn-over* qui serait motivé par d'autres considérations que le débauchage pur et simple. Elle se protège du risque et elle tente de réduire ses coûts, en particulier les coûts *ex-ante*. Notre préoccupation est celle du contrat de travail et non pas du contrat de vente d'un bien ou d'un service. La signature d'un contrat à durée indéterminée évite à la firme de multiplier les coûts chaque fois qu'elle aura besoin de recourir à un salarié pour l'exécution d'une tâche de production. Mais ce n'est pas pour autant qu'elle peut bloquer l'opportunisme du salarié.

Cela étant, ce raisonnement ne peut perdurer que dans l'hypothèse où la firme est certaine de son plan de charge concernant la fabrication d'un produit spécifique qui nécessite le recours à un type de travailleur dont la compétence est assurée. Il persiste lorsque ce cycle de production se termine et qu'il est possible de reconvertir le travailleur à peu de frais ou à frais nuls sur un autre type et un autre cycle de production. Dans cette logique, la firme n'est pas tentée par le risque de l'opportunisme. Quant au salarié, il semblerait qu'il ne le soit pas davantage.

Le législateur français des années 1973-1975 n'a en aucune façon anticipé la théorie de Williamson lorsqu'il a décidé de voter des textes qui devaient augmenter les coûts de transaction *ad futurum*, c'est-à-dire les coûts afférant à la rupture du contrat. Il n'existe pas un mot de référence aux analyses économiques américaines dans les travaux préparatoires des lois de 1973 et de 1975. Nous ne pouvons davantage prétendre qu'il ait anticipé le recours au juge tel qu'il est préconisé par différents analystes, comme méthode d'ajustement des coûts de transaction, étant rappelé une fois encore que l'analyse originale concerne non pas le contrat de travail, mais le contrat commercial⁴¹⁵. En revanche, le mécanisme de la législation sur la protection de l'emploi qui tend à rigidifier l'emploi dans le cadre du contrat à durée indéterminée est évidemment de nature à réduire l'opportunisme.

Il réduit ainsi l'opportunisme du salarié français en l'incitant à ne pas changer d'employeur. L'augmentation de la durée du préavis, l'acquisition de droits accrus à l'indemnisation au fur et à mesure de l'ancienneté, par le biais de l'indemnité légale puis conventionnelle de licenciement, voilà autant de facteurs qui réduisent l'opportunisme. Et il réduit

⁴¹⁵ Le contrat de travail n'est abordé que de façon résiduelle dans les dernières pages de l'ouvrage de Williamson *Les institutions de l'économie*, p. 368.

l'opportunisme de la firme en l'empêchant de licencier le salarié parce que la sanction économique qui s'attache au licenciement devient discriminante.

Mais ces éléments ne sont pas les seuls qui relèvent le comportement opportuniste du salarié dans la logique de Williamson.

3.1.1. L'opportunisme dans le cadre des négociations précontractuelles

Les négociations précontractuelles, puis l'exécution du contrat ne se déroulent pas nécessairement dans les conditions d'une totale transparence et d'une totale franchise entre les parties, donc de bonne foi au sens de l'article 1134 ancien du code civil français. La confiance n'est pas nécessairement de mise. Mieux que cela : les partenaires peuvent délibérément tricher ou mentir afin d'assurer au mieux leurs intérêts. C'est ainsi que Williamson introduit l'opportunisme comme un élément décisif dans les relations contractuelles, un aléa moral de nature à influencer sur les coûts de transaction.

Cette appréciation distingue la position de Williamson de celle de la plupart des analystes anglo-saxons qui l'ont précédé, selon lesquels le fonctionnement du marché est parfait et qui récusent l'idée même de la tricherie des agents. L'opportunisme du salarié peut donc se révéler au cours de la négociation jusqu'à la signature du contrat et au cours du déroulement de celui-ci. Elle le distingue des analystes français qui récusent l'idée-même de l'opportunisme, sous le prétexte de la supposition de bonne foi de l'article 1134. Ainsi, ces analystes et ces professeurs de droit du travail⁴¹⁶ excluent l'idée même de l'opportunisme. Mais en réalité, l'homme n'étant pas parfait et le postulant français à un emploi n'étant pas, par définition, plus vertueux qu'un britannique ou un américain, le droit du travail français et, au plus fort, la jurisprudence admettent le droit de tricher du salarié. Mais ils interdisent à l'employeur de sanctionner cette tricherie lors de sa révélation.

Nous allons déterminer à ce niveau trois éléments qui nous paraissent essentiels dans cette perspective et qui constituent autant de reconnaissance du droit à l'opportunisme que Williamson qualifierait sans hésitation de droit à la tricherie : la dissimulation ou la falsification de la réalité de la formation, la dissimulation ou la révélation tardive de l'état de grossesse et la dissimulation de l'appartenance syndicale ou de l'état de santé. En effet,

⁴¹⁶ Sans aucune exception.

concernant la phase de négociation, pour obtenir le consentement de l'entreprise à son embauche, le demandeur d'emploi peut tricher sur la réalité de ses diplômes et de sa formation de base, sur la réalité de son expérience ou encore sur son appartenance syndicale -qu'il aura tendance à dissimuler-, ou sur son état de santé. Si la période d'essai se déroule sans difficulté jusqu'à la date de la conclusion du contrat, l'entreprise ne pourra plus rompre pour une raison de dissimulation, c'est-à-dire de mauvaise foi dans le cadre de la phase précontractuelle. Le comportement de mauvaise foi peut se poursuivre après la conclusion du contrat : il l'infecte. La rupture de ce fait devrait être possible : ce n'est pas le cas.

3.1.2. L'expression de l'opportunisme du salarié

Nous l'avons souligné : le contrat travail comme tout contrat en droit français doit être conclu de bonne foi, ce qui signifie que les deux parties se font mutuellement confiance, et devrait exclure *a priori* le risque d'opportunisme. Mais la pratique contractuelle diffère notablement de la théorie législative et doctrinale. L'objectif pour le demandeur d'emploi est d'obtenir dans les meilleures conditions et les plus brefs délais l'emploi qu'il recherche, quitte effectivement à tromper son employeur sur les qualités substantielles de son expérience et de son comportement. Le salarié sait, au regard des spécificités du droit français que s'il parvient à dépasser le délai de la période d'essai sans se couper dans ses explications, sans que l'entreprise repère un mensonge ou une dissimulation sur un élément essentiel tel que la formation⁴¹⁷, il passe sous le régime du contrat à durée indéterminée. Il est dès lors protégé par la LPE.

Si la société se situe sur le seul terrain de la confiance, si elle considère comme vraies les informations figurant dans le CV qui lui est proposé sans prendre la peine de les vérifier en tout ou partie, elle confère au salarié un avantage totalement fondé sur l'opportunisme. Elle ne pourra par la suite, ayant découvert cette tromperie, cette tricherie, portant cependant sur un élément essentiel du contrat, s'en prévaloir pour demander la rupture. Au fil du temps, dans le cadre de la confrontation à ses collègues de travail, à la hiérarchie, ou encore au fonctionnement complexe d'une machine, l'opportunisme du salarié et la fausseté des informations contenues dans le CV présenté lors de l'embauche apparaîtront nécessairement.

⁴¹⁷ On voit ainsi de façon régulière de simples anciens élèves de telle ou telle école se présenter comme étant des diplômés, alors même qu'ils ont échoué aux examens. On voit enfin des postulants prétendre qu'ils ont fréquenté telle ou telle université alors que c'est inexact.

Mais, en droit français, si le délai de deux mois de la période d'essai pour un ouvrier ou un employé et de trois mois pour un cadre, éventuellement renouvelée, est dépassé, le CDI est devenu définitif. Il faudra donc attendre la manifestation de la première faute qui prouvera la tricherie sur l'expérience vantée sur telle ou telle machine par exemple, pour procéder à un licenciement disciplinaire.

Nous pouvons rapprocher ce cas de tricherie sur la réalité de l'expérience professionnelle ou universitaire, de celui de l'employée qui se sachant enceinte, se présente à l'embauche en dissimulant cette situation. Le droit français considère à la fois que la salariée a le droit de dissimuler son état, qu'elle a le droit de le révéler tardivement (évidemment après le terme de la période d'essai). En contrepartie, à compter de l'instant où cette situation physique est déclarée, le chef d'entreprise trompé n'a pas droit à la rupture. La femme en état de grossesse dispose en effet d'une protection extraordinaire du droit commun. Sans qu'il soit besoin d'insister, il est clair qu'un signé dans de telles conditions repose dès lors sur la défiance et non sur la confiance.

La démarche dolosive du salarié n'implique pas en droit français une possibilité de rupture (automatique ou judiciaire) du contrat de travail pour dol. La firme doit s'engager dans un processus de licenciement qui est de nature à majorer notablement les coûts de transaction afférents au contrat de travail du salarié opportuniste. La LPE protège le salarié, quelle que soit sa situation et majore, même dans l'hypothèse de la fraude la plus basique, les coûts de rupture, c'est-à-dire les coûts de transaction. Nous devons en conclure que l'état actuel de la LPE incite le salarié naturellement opportuniste à accentuer son comportement de tricherie en l'assurant d'une impunité quasi-totale.

3.1.3. La dissimulation de la réalité de l'appartenance syndicale ou de l'état de santé : la défiance comme fondement du contrat

Prenons désormais l'hypothèse du salarié qui a menti sur la réalité de son état de santé ou sur son appartenance syndicale. Certes, la visite médicale d'embauche peut révéler à la firme certaines faiblesses qui rendraient le salarié inapte à l'emploi, cet emploi étant considéré comme dangereux pour sa santé, compte tenu de l'état préexistant. Mais si l'affection dont il souffre n'est pas en rapport avec le poste de travail qu'il doit occuper, le médecin du travail n'informerait pas la firme de la difficulté de santé du futur recruté. Or, si cette difficulté génère

des absences à répétition désorganisant un service, la firme sera contrainte de rompre le contrat en affrontant à nouveau les rigueurs de la LPE.

Il en sera de même bien entendu concernant le salarié dont le comportement révèle après l'embauche une appartenance syndicale. Nonobstant le fait que l'appartenance à un syndicat est un droit, l'entreprise peut estimer de son côté qu'elle préfère, pour des raisons de fluidité, pour des raisons qui tiennent à la non-contestation du pouvoir de direction et d'organisation, ne pas recruter un salarié syndiqué. Certes, la France n'a jamais connu la situation de *closed shop* telle qu'elle a existé en Grande-Bretagne, même si les secteurs tels que l'imprimerie de labour ou les ports maritimes avec les dockers ont pu, pendant plusieurs années, se trouver régis par des systèmes similaires.

Plus prosaïquement, la firme peut redouter avec l'embauche d'un salarié syndiqué le fait qu'il se consacre à une action syndicale active à travers une participation aux élections professionnelles et à l'exercice des mandats. Or, il est constant que c'est bien l'entreprise qui devra prendre en charge le coût correspondant au temps passé dans l'exercice de ces fonctions qui n'ont rien à voir avec la fonction de production à proprement parler. Comme nous l'avons démontré, le coût de ce salarié échappant par l'exercice de son mandat à la fonction de production va se répercuter sur le coût du travail. Concernant les coûts de transaction, il est constant que compte tenu de la particulière rigueur de la LPE et des protections extraordinaires dont bénéficient les élus du personnel, dans l'hypothèse de la rupture du contrat de travail d'un tel salarié, les coûts de transaction seront notablement majorés.

Dès lors, le chef d'entreprise conservera pendant l'ensemble de la durée du contrat le sentiment d'avoir été dupé lors de l'embauche. L'entreprise devient défiante à l'égard du salarié et cette défiance est d'autant plus nécessaire que le LPE est contraignante. Cette défiance et la LPE expliquent également le recours massif aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire.

3.2. Le comportement opportuniste du salarié pendant le déroulement du contrat de travail

Nous avons étudié le comportement opportuniste du salarié au moment de l'embauche et ses conséquences. Nous devons aborder les manifestations de l'opportunisme pendant le

déroulement du contrat. À ce niveau de la réflexion, l'analyse de Williamson doit être nécessairement prolongée par les observations d'Oliver Hart sur l'incomplétude du contrat⁴¹⁸. Williamson ne s'attarde pas sur cette notion d'incomplétude, même s'il admet que l'ensemble des aspects du déroulement du contrat ne peut être par définition prévu et listé le jour de sa signature. Tout analyste admettra cette particularité sans en tirer forcément la conséquence qu'Hart y attache. En effet, nous admettons par définition que le CDI, censé durer jusqu'à la retraite du salarié, pourra être enrichi par les novations technologiques du métier, l'évolution des machines employées, mais également par des éléments plus subjectifs tels que la promotion du salarié. Au regard de ces éléments, le contrat apparaît par nature incomplet. Mais si l'on met à part des éléments tels que les apprentissages nouveaux du salarié ou la promotion spécifique qui lui permet de changer d'emploi ou de fonction dans la firme⁴¹⁹, les conditions essentielles du contrat sont bien fixées dès le départ. Le salarié d'exécution, tel le manoeuvre, l'ouvrier du bâtiment ou le chauffeur routier, n'a pas de perspective d'évolution en dehors des bonifications d'ancienneté. Le contrat apparaît donc complet et il se déroulera sur la même ligne jusqu'au terme de sa carrière. Sa rémunération n'évoluera qu'en fonction d'éléments prévus dès le départ (contrat et convention collective). Quant aux tâches, elles resteront dans la sphère de ce que Simon appelait la sphère des conditions acceptables, et son indemnité de fin de carrière elle-même est prévisible. Il n'existe donc pas de cause à l'opportunisme.

3.2.1 La relation entre l'opportunisme et la résistance au changement

Le salarié d'exécution est contraint, dans le cadre d'une organisation hiérarchique, à l'exécution de tâches souvent répétitives qui nécessitent pour leur parfaite réalisation une formation et une expérience professionnelle qu'il détient lors de l'embauche ou que l'entreprise lui transmet rapidement. Un problème va surgir lors de l'émergence de novations technologiques ou de changement d'ordre organisationnel dans le processus de production auquel le salarié est habitué. La routine, qui facilite l'exécution des tâches est rapidement intégrée par le salarié et sa rupture par une novation est conçue comme une gêne, et ce, d'autant plus qu'elle va être accompagnée dans un premier temps par une moindre cadence,

⁴¹⁸ Oliver Hart, *Firms, Contracts, and Financial Structure*, Oxford University Press, 1995. Article intitulé *Incomplete Contracts and Renegotiation*, rédigé avec John Hardman Moore), *Econometrica*, 1988.

⁴¹⁹ D'où l'intérêt de la notion de valorisation des acquis et les perspectives de promotion interne qui peuvent en découler dans l'entreprise.

un inconfort dans le nouveau processus de production. Le même comportement se remarque dans le secteur des services tels que la dactylographie, où le salarié d'exécution est conduit à changer d'outil. Ainsi, lors du passage des dernières machines à écrire (IBM dites à boule, en raison du fait que l'ensemble des lettres se trouvaient sur une boule métallique mobile) aux premières machines électroniques qui contenaient des phrases type déjà programmées, nombre de services ont été confrontés à la résistance du personnel. Il refusait les dotations en nouvelles machines. Le phénomène s'est amplifié avec le remplacement de ce type de machines par les premiers ordinateurs de bureau (dit ordinateur personnel) de marque Amstrad par exemple, utilisant des disquettes système et des disquettes mémoire avec une imprimante dédiée. Les salariés sont passés de la résistance passive au refus d'adaptation pur et simple⁴²⁰ et des demandes d'anticipation de retraite. Le refus devant l'émergence de la bureautique a été réel dans le secteur privé.

Il l'était tout autant dans le secteur public ou dans certaines branches qui nécessitaient de réelles adaptations pour augmenter la production et la productivité. L'un des meilleurs exemples concerne le domaine judiciaire et la résistance des agents des greffes face à l'introduction des magnétophones, devenus des dictaphones à bandes, puis des dictaphones numériques... avant que la dictée vocale ne fasse son apparition sans que le recours à un appareil autre que l'ordinateur de bureau ne soit nécessaire. Ainsi, les greffes publics⁴²¹ des tribunaux français ont refusé non pas le passage à l'informatique -qui a cependant été difficile- mais l'utilisation des magnétophones et des dictaphones. Les dictaphones utilisés dès leur apparition par des milliers d'avocats français -l'évolution technologique date des années 1990- sont inconnus des greffes. La doctrine officielle des greffes publics, largement relayée par les syndicats professionnels, évoque des perspectives de maladies professionnelles liées à l'introduction des écouteurs dans l'oreille, ou encore une inconcevable soumission à l'autorité du magistrat (censé dicter les jugements, évidemment) par le biais de la technologie. Nous voyons donc des juges taper leurs décisions sur deux doigts à leur domicile personnel, avec toutes les conséquences que cette application à une tâche de pure exécution peut entraîner : lenteurs, erreurs, goulots d'étranglement et critique de la population sur la lenteur de l'institution judiciaire. Aujourd'hui encore, vingt-cinq ans

⁴²⁰ La période est celle des années 1985 à 1990.

⁴²¹ Au sein des greffes privés des tribunaux de commerce, l'informatisation s'est produite naturellement et sans difficulté.

plus tard, alors que les avocats sont passés au magnétophone numérique, puis à la dictée vocale, les greffes publics poursuivent leur résistance en constituant l'obstacle majeur à l'écoulement adapté du flux judiciaire⁴²².

3.2.2. L'importance de la formation et le retour aux coûts de transaction

La formation, et en particulier la formation permanente paraît être la réponse adaptée lors de l'émergence d'un *gap* technologique d'importance ou lors d'une évolution d'un processus de production qui nécessite l'acquisition de nouvelles connaissances. Elle repose essentiellement sur l'entreprise mais aussi pour partie sur l'État par l'intermédiaire des financements privilégiés et pour partie sur le salarié, par son implication personnelle dans le processus.

La problématique de la formation renvoie à celle de l'incomplétude du contrat. Certes, il est possible de considérer que la nécessité de la formation est intégrée par l'entreprise dès le moment de l'embauche et que le coût qui en résulte peut être calculé par l'entreprise. Il s'agit d'un coût de transaction (coût de formation du contrat ou coût d'exécution), mais il est effectivement calculable. L'entreprise sait le salarié présent pour plusieurs années dans le cadre du CDI et elle sait également que la technologie est évolutive. Au cours du déroulement du contrat, il sera nécessaire de former le salarié. La formation ne peut donc être conçue comme un accident de parcours, une contrainte imprévisible.

Comment la formation est-elle perçue par le salarié ? Nous avons évoqué la résistance au changement. Nous pouvons ajouter que la nécessité de la formation est souvent considérée comme une contrainte, même si elle est effectuée sur le temps de travail et en conséquence rémunérée⁴²³. En effet, elle constitue une rupture de la routine et même si elle est réalisée, elle peut générer des dysfonctionnements dans la vie personnelle du salarié (révision, déplacement en week-end pour les examens, etc.). Nous voyons réapparaître ici le critère de l'opportunisme : en fonction de sa vision de la vie familiale et des perspectives de carrière,

⁴²² Cela permet de relativiser notamment les déclarations de principe concernant l'insuffisance des moyens de l'institution judiciaire. Si certains emplois sont effectivement insuffisants en nombre, d'autres sont technologiquement décalés au regard de l'état actuel de la technologie dans les autres espaces de la société, voire dans des espaces similaires (greffes privés des tribunaux de commerce par exemple).

⁴²³ Il est vrai que nombre d'entreprises ne prévoient pas la formation comme une obligation professionnelle et ne la mentionnent donc pas comme telle dans le contrat.

le salarié peut considérer qu'il ne lui est pas utile de se former. Il reporte sur la firme le risque de la moindre efficacité de son travail.

En revenant à la problématique des coûts de transaction, il est nécessaire d'évoquer l'hypothèse selon laquelle l'entreprise n'a pas prévu les dépenses liées à la formation continue. Elles deviennent dès lors des coûts de transaction purs, liés à l'exécution du contrat. Dans ce cas, face à un besoin de formation qui est latent au sein de son personnel, la firme peut avoir un comportement attentiste. Elle peut d'ailleurs être confortée dans ce comportement par l'attitude des salariés eux-mêmes et leur résistance au changement. Si elle ne dispose pas des fonds suffisants⁴²⁴ pour assumer cette formation, et surtout si elle n'est pas capitalistiquement en capacité d'adapter l'outil de production, ce qui nécessiterait par la suite la mise en œuvre de formation, la firme se trouve dans une impasse radicale qui peut générer sa disparition à court-moyen terme. En effet, le décalage technologique des moyens de production au regard de ses concurrents va devenir tel qu'elle ne pourra tenir des prix concurrentiels. Quant à ses salariés, ils seront eux aussi décrédibilisés sur le marché du travail en raison d'une pratique professionnelle obsolète et d'une absence de formation⁴²⁵. Nous en revenons ainsi à la question essentielle de l'employabilité.

Quelle est la solution pour l'entreprise dont l'équipement productif est obsolète, les salariés en retard d'une génération sur les équipements, les coûts en augmentation et les prix de revient trop élevés au regard des gains de compétitivité réalisés par la concurrence sur la base de nouveaux équipements, de nouveaux processus de production et de la formation adaptée du personnel ? Plus le décalage de temps est important entre l'apparition de nouveaux matériels et la mise en œuvre de nouveaux processus de production, plus les coûts de transaction relatifs à la mise à niveau du personnel seront importants. Il arrive donc un instant T où la mise à niveau des équipements et les coûts de transaction liés à la formation deviennent excessifs au regard de la rentabilité de l'exploitation au même instant, et du retour à un niveau acceptable, à l'instant T+1 ou T+2. Dès lors, si la structure juridique le permet et si les liens entre la filiale et la maison mère sont relativement distendus, la disparition de de l'outil de production devient inéluctable.

⁴²⁴ Hypothèse d'école, en raison de l'ensemble des aides à la formation qui existent.

⁴²⁵ Cette situation renvoie à l'obligation pour la firme de s'assurer de la plasticité de ses salariés et d'assurer une formation permanente.

3.2.3. Deux cas outrés d'opportunisme

Nous avons eu à traiter un premier dossier (dans les années 2000) au sein d'une entreprise industrielle de production de composants électroniques située en région parisienne, comportant un effectif total supérieur à 100 salariés et employant un nombre identique de personnes dans le cadre de la sous-traitance. Le travail se produisait essentiellement en salles blanches, en équipe, par poste en 3 x 8 antérieurement au passage aux 35 heures. Le système de roulement faisait que les salariés travaillaient quatre jours d'affilés, puis disposaient de deux jours de repos, puis ils reprenaient pour 4 jours et ainsi de suite. L'ensemble de l'effectif, à quelques exceptions près, tournait sur les trois équipes selon un planning très précis.

Mais la moindre absence d'un salarié sur une équipe générait une difficulté importante dans la gestion des effectifs car il fallait le remplacer, soit par un glissement d'un collègue d'une équipe sur l'autre, (avec de toute façon l'obligation de remplacer dans l'équipe suivante le salarié prélevé), soit par un recours au travail temporaire. Certes, il existait la possibilité de constituer une équipe de réserve, même limitée à deux ou trois salariés, mais dans ce cas, le coût du maintien à disposition de cette équipe devenait excessif au regard des critères de rentabilité de la chaîne de production. En outre, cela signifiait clairement à la collectivité des salariés que le dysfonctionnement relevé devenait consubstantiel à l'activité et qu'il leur était donc possible de multiplier les absences pour maladie, étant souligné qu'il s'agissait d'absences et d'arrêts de confort.

Le passage aux 35 heures avait déjà généré dans cette entreprise de multiples difficultés et des surcoûts importants en raison de la nécessité de créer une équipe supplémentaire. Un équilibre avait été retrouvé non sans mal et à un coût naturellement supérieur au précédent lorsque certains salariés, par pur opportunisme, ont décidé de multiplier les arrêts maladie. Les raisons étaient les plus diverses, toujours justifiées par des arrêts médicaux émanant principalement de deux cabinets de praticiens installés dans la grande ville proche de l'usine. Les arrêts de travail étaient plus fréquents lors des périodes telles que les rentrées scolaires, les « ponts » à l'occasion des week-ends prolongés, etc. Le salarié qui bénéficiait d'un arrêt maladie le premier jour de son poste pour quatre jours était assuré de bénéficier de six jours de tranquillité. Certains parvenaient même à se faire renouveler l'arrêt sur la seconde semaine consécutive après avoir été déclaré rétablis (sans arrêt de renouvellement) sur les

deux jours intermédiaires qui étaient les deux jours de repos. Plusieurs salariés s'étant passé le mot, la désorganisation du planning a atteint un tel niveau que le coût de remplacement des salariés absents dans le cadre de cette rotation anormale est devenu prohibitif. Bien entendu, le caractère « objectif » de l'arrêt de travail ne permettait pas à l'entreprise de contester cette situation. Elle a cependant saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale en référé pour demander une enquête concernant la réalité des maux dont souffraient en cascade les salariés, en visant ceux dont les absences étaient les plus nombreuses. La CPAM s'est opposée à cette demande en estimant que la firme n'avait pas à remettre en cause l'avis des praticiens.

Au terme d'une période de plusieurs mois durant laquelle plusieurs tentatives de négociations ont eu lieu avec les représentants des salariés (la firme bénéficiait d'un comité d'entreprise et d'un CHSCT), la société mère située au Japon a décidé de procéder à la fermeture du site. Elle a présenté aux salariés un plan de départ avec des indemnités qui se situaient largement au-delà des planchers légaux. La plupart des salariés bénéficiaient d'une ancienneté supérieure à dix années ; la convention collective applicable, celle de la métallurgie, permettait déjà de calculer, outre le paiement du préavis, des indemnités de licenciement sensibles qui ont été abondées. Bien entendu, une cellule de reclassement spécialisée a été constituée pour le reclassement des salariés intéressés. Les propositions ont été validées. Les salariés ont été licenciés, la société a démonté les équipements et revendu les locaux. Elle a reconstitué une chaîne de production en Birmanie en indiquant qu'en deux ou trois années, avec le gain réalisé au regard de la différence de salaires et de charges sociales entre la France et la Birmanie, elle aurait amorti l'ensemble des opérations de transfert.

Il n'est pas possible aujourd'hui, faute d'étude sur la durée, de dire si les salariés licenciés ont retrouvé un emploi ou une occupation marchande. Il est certain que sur un village de 1.500 habitants qui avait connu quelques années plutôt la disparition d'une plâtrerie industrielle d'importance similaire, la fin de 110 emplois directs et 100 emplois indirects résultant de la sous-traitance a eu un impact négatif.

L'intérêt de ce cas résulte de l'impossibilité pour la firme de lutter contre un phénomène totalement fondé sur un opportunisme de grande ampleur, étant souligné d'une part que le comportement opportuniste des salariés est conforté par l'impunité sur le plan disciplinaire

(le certificat médical reste un document quasiment incontestable en droit français), mais qu'il est également renforcé par le poids financier des indemnités de licenciement et de préavis, si la firme envisage de procéder à des mesures de licenciement de nature disciplinaire (si elle parvenait à prouver l'anormalité des arrêts maladie) ou économique dans l'hypothèse où la multiplicité des arrêts conduit aux difficultés de cette nature. En fait, l'opportunisme condamne la firme.

Le second exemple concerne un établissement d'hospitalisation privé en état de cessation des paiements. La situation économique est difficile mais non catastrophique. Les médecins sous contrat n'ont pas fui à la première alerte. Le matériel est moderne. Le positionnement géographique est idéal et la clientèle potentielle inépuisable. Mais la pyramide des âges du personnel infirmier est en forme d'entonnoir. Les infirmières de tous grades et de toutes spécialités ont au moins vingt ans d'ancienneté pour la plupart et elles ont chacune des projets qui ne sont pas dans la logique du maintien de l'outil de travail. Elles souhaitent reprendre leur liberté en percevant leurs indemnités, les unes parce que le secteur est porteur et qu'elles peuvent retrouver un emploi à première demande dans n'importe quel département français, les autres parce qu'elles souhaitent suivre un époux déjà en retraite ou en pré-retraite, les dernières enfin parce qu'elles souhaitent souffler quelques temps après plusieurs années de labeur, étant certaines de retrouver un emploi après une courte période de chômage.

Elles indiquent donc au mandataire de justice pendant la période du redressement judiciaire qu'elles n'entendent pas s'investir dans un nouveau projet avec un repreneur éventuel apportant de l'argent frais pour relancer l'établissement. Devant une telle manifestation, les repreneurs refusent de s'engager dans une aventure dont ils ne maîtrisent pas l'ensemble des éléments. Les médecins commencent à rechercher d'autres établissements pour y poursuivre une partie de leur activité et à transférer leur clientèle. L'établissement privé de santé est derechef placé en liquidation judiciaire et l'ensemble du personnel licencié pour motif économique, conformément au souhait de la majorité de ses membres. L'opportunisme de salariés stratégiques a tué la firme, et aucun dispositif contractuel de quelque nature qu'il soit n'était de nature à la protéger. Seul, un mauvais état du marché de l'emploi doublé d'une faible indemnisation de l'ancienneté en cas de rupture était de nature à le faire.

3.2.4. De l'opportunisme à la déloyauté

Il peut se produire que le salarié en cours de contrat, également pour des raisons de pur opportunisme, dévie des conditions fixées initialement. Cette tentation de déviation est contestée par certains économistes qui considèrent que la confiance est à la base de la relation contractuelle et que celle-ci perdure naturellement dans ce climat⁴²⁶. Williamson est naturellement plus pessimiste sur la nature humaine en général et celle du salarié en particulier. Cela étant, tout spécialiste des ressources humaines, et en tout état de cause tout dirigeant de PME, est conscient de la fragilité des relations uniquement fondées sur la confiance et confrontées régulièrement aux risques de l'opportunisme. Il sait que, quels que soient les efforts réalisés par l'entreprise pour assurer le meilleur confort du salarié dans le cadre de la relation de travail, pour optimiser sa rémunération ou pour faciliter ses horaires au regard de ses relations familiales par exemple, la relation peut dégénérer en conflit. Dans ce cas, la confiance, qui n'est en rien un concept opérationnel, cède devant le comportement opportuniste.

Or en général, l'un des deux partenaires au contrat se trouve dans une situation de décalage par rapport à celui qui adopte un comportement opportuniste et qui, par calcul et par intérêt, a commencé à dissimuler et à tricher au regard des règles contractuelles. L'autre partenaire le croit encore sincèrement engagé dans les conditions de bases de l'accord. Et le décalage s'accroît avec le temps, jusqu'à ce que le partenaire qui est resté sur l'axe de la confiance se rende compte de la trahison. Mais jusqu'à cet instant, le partenaire opportuniste aura pris une avance notable dans le cadre du processus déviant et son comportement lui permet de générer à son cocontractant un préjudice notable et généralement définitif.

Nous devons préciser que lorsque le salarié adopte un comportement opportuniste, et en l'occurrence déloyal, non seulement la firme mettra un certain temps à détecter son évolution morale, mais en outre, elle se trouvera également gênée pour le contrer. En raison de la structuration et des rigueurs de la LPE, elle ne peut y mettre fin de façon brutale et immédiate, à la différence de ce qui se passe aux États-Unis par exemple. Ainsi, la LPE et le droit français du travail constituent un obstacle à l'immédiateté de la riposte de l'entreprise

⁴²⁶ Dans ce sens, Goshal et Moran, 1996, dans la logique des observations d'Alchian et Demsetz dans leur article de 1972 sur la théorie de l'entreprise. Voir dans ce sens également l'article de Bruno Tirel, in Cahiers d'économie politiques, 2004/1, N°46.

face à un comportement opportuniste et déloyal. Elle constitue pour le salarié un avantage, sinon une incitation à l'opportunisme puisque la sanction qui peut résulter de ce comportement est retardée. Elle est objectivement une incitation à l'opportunisme.

Nous prendrons l'exemple du comportement déloyal d'un salarié dans le cadre d'une opération concurrentielle. Le salarié exécutif d'une entreprise de travail temporaire spécialisée dans le personnel aéronautique (tous métiers confondus) est contacté par une agence concurrente dans la perspective de la signature d'un contrat de travail. Les principes de loyauté et de confiance exigent que ce salarié contacté par la concurrence informe immédiatement son employeur. Mais son comportement opportuniste le conduit à taire ce contact ou à différer l'instant de l'information. Dès ce premier instant, nous notons que la notion de confiance est atteinte, et que l'opportunisme l'emporte.

À cet instant, le salarié de la firme A est confronté à deux possibilités : soit il refuse et il informe son employeur, soit il explore la piste offerte. Par opportunisme encore, il explore naturellement la piste, ne serait-ce que pour vérifier si la rémunération dont il bénéficie actuellement est au niveau du marché et si un autre employeur ne serait pas de nature à lui proposer une somme supérieure à titre de salarié, même si cette somme est de nature à inclure « le denier de judas », habilement réparti sur la durée du contrat proposé. Car il est évident que le concurrent sait qu'il va devoir réaliser un effort monétaire pour convaincre sa cible de passer à son service, cet effort étant compensé par les effets positifs de la trahison du salarié et les transferts d'information, sur la technologie employée, l'organisation ou le fichier clientèle.

Si le salarié de la firme A franchit le pas, il a là encore deux possibilités. Soit il refuse la proposition de la firme B : même dans ce cas, il est peu probable qu'il annonce à son employeur la tentative de débauchage dont il a fait l'objet car il réduirait le potentiel de confiance qu'il détient au sein de l'entreprise. Soit il accepte la proposition, sans pour autant rompre de façon immédiate avec la firme A. De cette façon, il va travailler implicitement (sans être rémunéré par la firme B) ou explicitement (en étant rémunéré, c'est-à-dire en percevant une double rémunération d'une façon ou d'une autre), en soustrayant de la firme A les renseignements essentiels de nature stratégique, technologique, ou en détournant le fichier clientèle. Dans le cas de figure auquel nous faisons référence, c'est le directeur d'agence qui fait l'objet d'un débauchage par la firme B. Le dirigeant de la firme A n'en

prend pas conscience jusqu'au moment où il trouve surprenant que la chargée de clientèle démissionne soudainement, alors même qu'elle bénéficie d'une rémunération notable. En fait, cette salariée de la firme A a déjà rallié officiellement la firme B et elle organise depuis son nouveau poste, en plein accord avec le chef d'agence resté salarié de la firme A, le processus de pillage et de désorganisation du fonds de commerce de son ancien employeur. Le phénomène est d'autant plus facile pour elle que d'une part, elle connaît l'ensemble des clients, mais elle connaît aussi les salariés spécialisés dans l'intérim aéronautique. En l'occurrence, ce sont des emplois et des contrats spécifiques, qu'il s'agisse d'un pilote, d'un mécanicien et dans une moindre mesure d'une hôtesse de l'air.

La démission de la chargée de clientèle pourrait être considérée comme le premier événement immédiatement visible de l'opération de concurrence déloyale engagée contre la firme A. Mais en fait, cette démission n'a pas nécessairement une signification pour le dirigeant de la firme A, si celui-ci ignore quelle est l'entreprise qui embauche son ancienne salariée. Il s'inquiète d'autant moins de la situation que le directeur d'agence lui-même ne l'informe évidemment pas de la situation, ne l'alerte pas même lorsque d'autres salariés de l'agence démissionnent à leur tour dans les mêmes conditions et lorsque le chiffre d'affaire de l'agence commence à se réduire en raison du transfert objectif d'une partie de l'activité vers la firme B. En droit français, les notions de confiance et de loyauté sont sous-entendues dans le contrat de travail : même réaffirmées par écrit, elles ne sont pas de nature à constituer une protection pour l'entreprise. Ainsi, le salarié qui démissionne, mais a objectivement trahi la confiance de la firme A, ne risque guère de se voir sanctionner, ni devant la juridiction prudhomme, ni devant la juridiction commerciale française. Alors même qu'aux États Unis ou en Grande Bretagne, le comportement déloyal est sévèrement apprécié par les tribunaux, en France, le juge prudhomme va considérer que cet opportunisme du salarié est en quelque sorte la juste contrepartie de la difficulté du marché du travail, et si le salarié s'est vu offrir une meilleure situation financière dans la firme B, le conseil des prudhommes considérera qu'il avait une bonne raison de quitter ainsi la firme A sans s'appesantir sur les conditions de la rupture. La démission du salarié n'est quasiment jamais considérée comme fautive et ni constitutif d'un comportement déloyal ! Elle constitue le droit le plus absolu du salarié et les juges s'interdisent de remonter à la source de la décision et de sanctionner le salarié déloyal.

Le droit du travail français ne protège pas la firme contre les offensives déloyales menées à son encontre par le salarié. Il revient à l'employeur de suspecter les manœuvres de cette nature pour les empêcher. Mais les mêmes règles lui interdisant de se séparer d'un salarié dont il suspecte simplement la déloyauté, il doit prendre le risque total, laisser le salarié malfaisant se découvrir pour pouvoir le licencier, tout en étant évidemment retardé par la LPE et éventuellement sanctionné financièrement en cas d'erreur dans le processus de licenciement.

C'est encore la LPE qui protège efficacement le directeur d'agence de la firme A qui la trahit au bénéfice de la firme B. Le dirigeant de la firme A apprend par une indiscretion que ce salarié a participé à un cocktail de la firme B dans lequel l'ensemble du monde aéronautique relevant de la plateforme aéroportuaire était invité. L'ancienne chargée de clientèle avait signé officiellement les cartons d'invitation en sa qualité de directrice (à titre très temporaire) de l'Agence de la firme B. Fortement inquiet, le dirigeant de la firme A fouille le bureau de son directeur et trouve un récépissé de fax format A4 comportant le nom de l'ensemble des dirigeants de sociétés clientes de l'agence de la société A... de la main du directeur avec la mention manuscrite également : « *personnes à inviter* ». Le récépissé de fax porte le numéro de fax de l'agence de la société B.

La démonstration du comportement opportuniste du directeur d'agence, générant une trahison de la confiance intrinsèque au contrat de travail est démontrée. Mais entre l'instant où le salarié a trahi la confiance de la firme A en passant un pacte avec la firme B contre des promesses relatives à un nouveau contrat et à la prise de participations dans le capital de la firme B, il est évident que du temps s'est écoulé et que ce temps a joué contre la firme A. Celle-ci a connu une désorganisation de ses équipes par la démission de trois salariés, la fuite de renseignements essentiels, les salariés démissionnaires et le directeur en liaison avec l'autre entreprise préparant la perte de la première. Enfin, les salariés déloyaux sont parvenus à inciter les donneurs d'ordre (c'est-à-dire les entreprises de l'aéronautique) à devenir leurs clients et les salariés intérimaires se sont répartis entre les deux offreurs, A et B.

3.3. Conclusion

En conclusion, nous devons souligner que c'est le plus souvent l'opportuniste du salarié qui fait déraiser la relation de travail. Le salarié français peut d'autant plus s'adonner à l'opportunisme -à la différence du salarié britannique ou américain- qu'il se sait couvert par

la LPE. C'est un point qui n'est évidemment pas relevé par les économistes anglo-saxons : le salarié français sait donc par expérience -et si jamais celle-ci était insuffisante, elle serait relayée ou diffusée par la collectivité de travail et éventuellement les syndicats- qu'il peut s'autoriser un certain opportunisme à partir de l'instant où celui-ci n'est pas facilement détecté par l'entreprise et où la sanction qui résulte de ce comportement est peu dissuasive.

CHAPITRE QUATRIÈME

LA NOTION D'INTERFACE TECHNOLOGIQUEMENT SÉPARABLE

Dans le prologue de son livre intitulé *Les institutions de l'économie*⁴²⁷, Oliver Williamson (Williamson 1985) définit la notion de transaction : « *Il y a une transaction lorsqu'un bien en service est transféré à travers des interfaces technologiquement séparables. Une étape de l'activité économique se termine et une autre commence. Avec une interface qui fonctionne bien, comme avec une machine qui fonctionne bien, ces transferts s'opèrent sans heurt. Dans un système mécanique, on recherche les frictions : est-ce que l'engrenage fonctionne, les parties sont-elles lubrifiées, y a-t-il des dérapages inutiles ou bien d'autres pertes d'énergie ? La contrepartie économique de la fonction est le coût de transaction : les parties de l'échange agissent-elles de façon harmonieuse ou existe-t-il des malentendus et des conflits fréquents qui entraînent des délais, des ruptures et d'autres dysfonctionnements ?* ».

Et Williamson poursuit : « *L'analyse des coûts de transaction ne se concentre pas, comme c'est traditionnellement le cas, sur les dépenses consacrées à la technologie et au maintien de la production (ou de la distribution), mais compare les coûts de planification, d'adaptation et de contrôle des tâches, selon des structures alternatives de gouvernance.*⁴²⁸ *Il est certain que les organisations complexes servent généralement un ensemble varié d'objectifs, qui ne sont pas tous d'ordre économique. Une telle réalité s'applique*

⁴²⁷ Oliver Williamson *Les institutions de l'économie*, inter-éditions 1995, p. 19.

⁴²⁸ Dans son renvoi en bas de page à la page 20 du prologue, l'éditeur explique l'utilisation du mot français « gouvernance » en expliquant les hésitations entre « *gestion, régulation ou gouvernement* ». Le terme « gouvernance » correspondrait ainsi au cadre contractuel explicite ou implicite dans lequel se situe une transaction (marché, firme et mode intermédiaire) -comme par exemple le franchisage.

essentiellement aux institutions économiques du capitalisme, qui sont nombreuses, subtiles et en continuelle évolution.

Le fait que je concentre mon analyse sur les coûts de transaction ne signifie nullement que le seul objectif de ces institutions soit d'économiser sur les coûts de transaction. Cependant, son importance est jusqu'ici restée négligée et ou sous-évaluée. On peut donc soutenir que l'effort pour redresser cet état de fait est légitime. J'y suis personnellement favorable et, pour ma part, je développe systématiquement cette logique d'économie sur les coûts de transaction -l'objet étant d'approfondir notre compréhension et de développer des implications qui peuvent être certes réfutables mais que seul ce point de vue permet de montrer. »

Ce retour au prologue du livre d'Oliver Williamson nous permet de revenir à la définition même du coût de transaction et à l'un des aspects de cette notion que nous avons abordée de façon périphérique et non pas de façon frontale : celle « *d'interface technologiquement séparable* ». En effet, Williamson souligne : « *il y a transaction lorsqu'un bien ou un service est transféré à travers une interface technologiquement séparable. Une étape de l'activité économique se termine et une autre commence.* » Le salarié met à disposition de la firme non pas sa simple force physique, mais ce que nous appelons sa « force de production » ou sa « capacité contributive à la production d'un bien et d'un service » qui résulte non seulement de son état physique (force et santé), mais également de sa capacité intellectuelle, de sa plasticité (sa capacité de s'adapter aux demandes de la firme), de sa technicité qui dépend de la formation initiale qu'il a acquise et de l'expérience accumulée avant son embauche, et enfin, de sa capacité à évoluer en adéquation avec les besoins de la firme.

Cette mise à disposition, comparable au « service » retenu par Williamson dans sa définition, et la signature du contrat de travail constituent bien le transfert au bénéfice de la firme d'une capacité de production. Il est constant que pour lui, comme pour la firme, une étape économique se termine et une seconde s'ouvre. Pour le salarié, l'étape qui se termine est celle du chômage ou de la recherche d'emploi. Pour la firme, c'est celle du besoin et de la recherche d'un nouvel agent pour favoriser son processus de production et le début d'un processus dans lequel sera intégré ce nouvel agent. Mais si nous souhaitons suivre la définition de Williamson, nous devons résoudre le problème de l'interface technologiquement séparable qu'il insère dans le processus. En fait, cette résolution ne

constitue pas à proprement parler une difficulté. Plusieurs types de structures ont joué ou jouent actuellement le rôle de cette interface.

La première de ces structures rudimentaires créée au XIX^e siècle au moment de la révolution industrielle était constituée par une sorte de bureau de recrutement qui, à l'instar des bureaux de recrutement militaires, courait les villes et les campagnes pour attirer la main d'œuvre vers les sites industriels. Rapidement après la création des premiers syndicats, ce sont eux qui vont exercer ce rôle et le tenir dans des conditions examinées avec l'affaire de la Carnegie's Homestead. Dans le cadre de ce développement, nous irons au-delà de l'exemple de la Carnegie's Homestead en évoquant le fonctionnement des syndicats britanniques jusqu'à l'ère Margaret Thatcher⁴²⁹, puisque c'est sous l'autorité de ce Premier Ministre que le système dit du *closed shop* sera définitivement aboli en Grande-Bretagne.

Nous aurions pu développer l'exemple français du syndicat CGT des dockers ou du syndicat CGT du Livre. Nous les avons cités en référence et nous avons préféré privilégier l'exemple britannique car il est le plus complet pour illustrer le rôle du syndicat en qualité d'interface technologiquement séparable, c'est-à-dire de structure indépendante. Cette structure ne peut se réduire ni à l'entreprise, ni au salarié et développe une logique qui lui est propre, même si globalement, elle vise à avantager l'intérêt du salarié⁴³⁰. Dans un second temps, nous aborderons le second type d'interface technologiquement séparable, à savoir les entreprises de travail temporaire et les cabinets de recrutement, dont le développement est symptomatique dans des pays où le coût du travail est élevé et la législation sur la protection de l'emploi particulièrement rigoureuse : la France est un bon exemple. Dans un troisième temps, nous envisagerons le rôle des structures parapubliques, telles que l'ancienne ANPE devenue Pôle Emploi.

Puis, en conclusion sur ce chapitre, nous évoquerons l'évolution de la situation depuis ces 20 dernières années et l'invention du Web qui a mis à la disposition de la firme et du salarié d'autres moyens que le syndicat ou la société d'intérim pour entrer en relation et conclure un contrat de travail.

⁴²⁹ Premier ministre du 4 mai 1979 au 28 novembre 1990. Elle fonde sa politique sur les principes développés par l'école de Chicago sous la direction de Milton Friedman (les monétaristes). C'est une libérale, lectrice assidue de Friedrich Hayek. Elle avait décidé avant son arrivée au pouvoir l'affrontement avec les syndicats britanniques.

⁴³⁰ Nous aurons l'occasion de revenir sur la signification de cette appréciation.

1. Le syndicat ouvrier, exemple d'une structure technologique séparable de la firme et du salarié

1.1 Les syndicats britanniques et la notion de closed shop

Pour faciliter ce raisonnement et son suivi, nous devons évoquer la situation telle qu'elle existe soit en France, soit en Grande-Bretagne au moment de la première Révolution industrielle au milieu du XIX^e siècle. À cette date, le rapport entre l'entreprise et le salarié qui offre sa « force de travail » est direct. Les « interfaces » sont inexistantes et le processus de transaction extrêmement réduits. Le contrat est instantané dans le cadre de sa conclusion ou de sa rupture.

En France, les premières lois sociales votées sous le Second-Empire⁴³¹ et les textes ultérieurs produits par la Troisième République autorisent la création des syndicats ouvriers et correspondent à l'émergence de ce que l'on pourrait qualifier de première « interfaces » au sens williamsonien du terme. Dès lors, nous pouvons en déduire l'apparition des premiers coûts de transaction liés à ces structures, lors de la conclusion (le plus souvent verbale) du contrat de travail. Certes, ce coût n'est pas immédiatement perceptible par le chef d'entreprise. Il résulte par exemple de conséquences des grands conflits salariaux, des grandes grèves qui perturbent les productions minières, de charbon ou de fer. Le syndicalisme ouvrier se structure et se renforce : il apparaît et se renforce également en Grande-Bretagne tout en prenant des aspects notablement différents sur lesquels nous allons nous appesantir.

1.1.1. Le cas français

En tout état de cause, si l'on suit l'exemple français, l'action des « interfaces » et le coût de transaction qui en résulte pour l'entreprise n'est pas uniquement produit par l'action des syndicats au cours du siècle suivant. Le recours à la grève, et en particulier à la grève générale telle que celle-ci va se concrétiser en 1936, n'est pas l'unique moyen de peser sur le rapport contractuel. En effet, le législateur français vote des lois sociales structurantes, en 1936, en 1945, en 1968, en 1982 et pour la dernière, s'agissant de la loi de modernisation sociale, en 2002. De cette façon, il permet aux syndicats de salariés de s'adosser à des

⁴³¹ Loi du 24 mai 1864 sur le droit de coalition.

dispositions légales et réglementaires qui facilitent leurs actions revendicatives et leur permettent de peser sur les coûts de transaction. Dans les années trente, ces lois soutiennent le développement et l'implantation du syndicalisme ouvrier (et en particulier de la CGT, syndicat structurellement lié au parti communiste français) dans le monde économique. Après la guerre, le législateur effectue de nouvelles concessions aux syndicats considérés comme « représentatifs ». Ces concessions, et en particulier les organes de représentation du personnel dans les entreprises de plus de 50 salariés, permettent aux syndicats de prendre position, de se nourrir de la structure-même de l'entreprise pour assurer leur implantation. Il s'agit dans l'esprit du législateur de la Libération de remercier les cinq syndicats de leur participation à l'effort résistant, et de les associer à la phase de reconstruction du pays. Ce sont ces fondements qui permettent le développement de la CGT, de la CGT Force Ouvrière, plus tard de la CFDT pour ne citer que les trois premiers syndicats. Soixante-quinze ans plus tard, alors que le monde économique a notablement changé, que le poids du secteur secondaire où recrutaient essentiellement les syndicats « ouvriers » est réduit, au bénéfice du secteur tertiaire où les problématiques sont différentes, les textes de 1945 structurent toujours l'espace économique et social. Les « seuils » de 1945 sont identiques. Ces textes et ces seuils constituent un minimum vital pour les syndicats de salariés confrontés à un réel dépérissement.

1.1.2. L'exemple britannique : l'accord de *closed shop*

C'est de toute évidence la situation en Grande-Bretagne qui illustre au mieux l'application au contrat de travail de la théorie de Williamson. En effet, le modèle du syndicat apparaissant comme structure intermédiaire et générateur de coûts de transaction est incontestablement le syndicat britannique et son corollaire : le concept de *closed shop*. L'expression *closed shop* est en fait une expression populaire : la terminologie officielle est celle de *Union Membership Agreement*. Il s'agit « d'un accord ou d'un arrangement qui est conclu ou existe d'une façon ou d'une autre entre un ou plusieurs syndicats indépendants et un ou plusieurs employeurs ou associations d'employeurs ». Cet accord a trait « à des employés d'une catégorie spécifiée ». Plus crûment, lord Mc McCarthy définit le phénomène de la façon suivante : « une situation dans laquelle les employés sont amenés à prendre conscience que la condition sine qua non de l'obtention et de la rétention d'un poste donné est leur affiliation

permanente à un syndicat choisi parmi un nombre de syndicats spécifiés »⁴³². Le système du *closed shop* concerne 3,75 millions de salariés en 1964, 5,25 millions en 1978, à la veille des élections qui voient la victoire de Margaret Thatcher. La puissance des syndicats britanniques réunis au sein du TUC est alors à son apogée. Le nombre redescend à 4,50 millions en 1980, puis va en s'étiolant au fur et à mesure des *Employments Acts* du gouvernement conservateur de 1980, 1982 et 1988 qui s'évertuent à mettre à néant ce système et finit par y parvenir à l'aube des années 1990.

1.1.3. Les effets du *closed shop*

L'accord de *closed shop* emporte des conséquences immédiates pour la collectivité des salariés concernés. Il implique que tous les salariés se trouvant dans la catégorie concernée (des imprimeurs par exemple) sont contraints d'adhérer à l'un des syndicats de la profession, partie prenante dans l'accord. À défaut, les salariés ne peuvent être embauchés dans l'entreprise. Et il importe peu que cette mention soit spécifiée dans le contrat de travail d'origine du salarié : la *closed shop* s'applique d'office et le salarié ne peut y échapper. À défaut d'adhésion, il ne peut que renoncer à l'emploi ou quitter l'entreprise qui a adhéré à l'accord.

De son côté, l'entreprise n'a pas la possibilité d'exonérer tel ou tel salarié de l'application de cette clause. Elle n'a pas la liberté d'embaucher un salarié qui n'est pas adhérent au syndicat et elle a même l'obligation de le licencier s'il lui prend de quitter l'organisation syndicale. L'appartenance au syndicat est obligatoire pour obtenir ou conserver un emploi, de même que le paiement des cotisations. Le salarié est totalement contraint, même s'il ne partage pas les engagements ou la philosophie de ce syndicat, comme il est contraint de suivre les consignes du syndicat lors du lancement des mouvements de revendications et des mouvements de grève. Cette situation typique de la Grande Bretagne de l'après-guerre constitue une atteinte essentielle à la notion de liberté contractuelle. Aucune des parties au contrat de travail (salarié-firme) n'est libre de contracter avec celle ou celui qu'il entendrait choisir spontanément.

⁴³² Mc Carthy, *The closed-shop in Britain*, Blackwell 1964. Cité par Jo Carby Hall dans son étude *Essor et déclin du closed-shop en Grande-Bretagne*, 1991.

L'argument principal des défenseurs de ce système ne repose que sur la primauté du syndicat dans le monde du travail et en particulier le monde économique. Seul le syndicat serait en capacité de déterminer ce qui convient le mieux pour le salarié pris individuellement et pour la collectivité des salariés conçue de façon globale. L'obligation d'adhésion lui confère naturellement une force économique (par le biais des cotisations) et une force de représentation puisqu'à hauteur de 5,25 millions de salariés, personne ne peut prétendre qu'il n'est pas représentatif. Le syndicat est dès lors en bonne position pour négocier ou imposer (sous la menace de la grève) des avantages dans le cadre des conventions collectives par exemple, ou des accords de salaires, et ce, quelle que soit l'opinion du gouvernement, que celui-ci lui soit favorable (et c'est le cas des premiers ministres travaillistes Callaghan et Wilson dans les années 1970-1980) ou qu'il soit plus réticent à valider ces augmentations de salaire.

1.2. L'accord de closed shop limite le pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise

Grâce à l'accord de *closed shop*, le syndicat de salariés se voit déléguer un rôle déterminant dans la procédure d'embauche et dans la gestion des contrats de travail postérieurement à leur signature : il assure le rôle d'interface au sens de Williamson. En effet, à partir de l'instant où la firme admet qu'un salarié, pour se présenter à l'embauche, doit être membre d'une organisation syndicale, elle renonce à une partie de son pouvoir de direction et en l'occurrence à son pouvoir de choisir telle ou telle personne en dehors de tout critère syndical.

1.2.1. Les conséquences en matière de coûts de transaction

Nous devons aborder les conséquences de ce système en matière de coûts de transaction. Ces conséquences sont notables, et elles ont pesé sur la situation économique des firmes britanniques jusqu'aux réformes Thatcher.

Premier élément : la firme n'étant pas libre des conditions de l'embauche, elle ne peut contracter librement avec le salarié qui postule à l'emploi et déterminer dans le cadre d'un dialogue sa rémunération ; elle doit admettre l'intervention de l'interface. Certes, cette rémunération pourrait de toute façon dépendre d'autres contraintes, telles que des contraintes

légales (la fixation par la loi d'un salaire minimum par exemple)⁴³³. Mais en l'occurrence, c'est bien l'accord de *closed shop* qui limite la liberté de la firme puisque le niveau du salaire d'embauche dépend de l'accord applicable, sans individualisation possible en deçà du minimum négocié collectivement, bien évidemment. Et il n'est pas envisageable de demander en période de crise par exemple, ou de mutation technologique, une réduction de certains salaires car il faut renégocier l'ensemble de l'accord de *closed shop*. En conséquence, l'accord génère des coûts de transaction dès l'embauche.

Mais l'accord pèse sur les coûts par d'autres aspects. Le syndicat peut privilégier, outre l'appartenance syndicale, une classe d'âge, une formation, voire une provenance scolaire ou universitaire. Le syndicat peut exclure ou limiter l'impact des nouvelles technologies, en privilégiant par exemple l'emploi des salariés âgés qui sont ses plus anciens cotisants et parfois ses plus fidèles soutiens. Il en tire de cette façon une influence déterminante sur le fonctionnement de la firme. Celle-ci est d'autant plus prégnante lorsque le syndicat maîtrise non seulement l'embauche mais également la formation des salariés en amont, en particulier des apprentis dans un certain nombre de métiers manuels⁴³⁴. Carby Hall (Carby Hall, 1991) confirme dans son étude que le syndicat peut totalement contrôler la carrière du personnel syndiqué, depuis son apprentissage jusqu'à sa mise à la retraite : « *l'autre restriction est de ne pas permettre aux adhérents qui n'ont pas suivi toute leur période d'apprentissage de faire des travaux spécialisés. Le résultat inévitable de ces pratiques est un manque de main-d'œuvre spécialisée dont les conséquences sont nuisibles à l'économie nationale, car elles empêchent l'utilisation optimale de la main-d'œuvre, entraînant la suppression de l'égalité des chances sur le marché du travail (...)* »⁴³⁵. L'auteur britannique souligne ainsi non seulement la subordination complète de l'individu au syndicat, mais en outre une conséquence directe sur les évolutions technologiques au sein des firmes.

Sur le plan des principes, la dépendance complète du salarié à l'égard du syndicat pose un autre problème au regard de la liberté de penser et de la liberté d'association. Il convient de rappeler que le salarié ne peut démissionner du syndicat, comme il pourrait le faire d'une

⁴³³ En France, le smic : voir la controverse sur le rôle du smic sur le coût du travail et le niveau de l'emploi.

⁴³⁴ On retrouvera en France une sorte d'application du système de la *closed shop* dans des métiers particuliers, tels que celui de l'imprimerie de labeur où le syndicat CGT dirigeait les centres de formation, ou encore celui des dockers.

⁴³⁵ Carby Hall, *op.cit.*

association classique, à compter de l'instant où il n'est plus en phase avec les grands principes directeurs de cette association ou la politique de son président. Avec l'accord de *closed shop*, il sait que s'il démissionne, il perdra à bref délai son emploi parce que l'employeur sera dans l'obligation de le licencier. Ainsi, il doit rester membre du syndicat pendant l'ensemble de la durée de son contrat de travail et régler régulièrement ses cotisations, quelles que soient ses opinions⁴³⁶.

Seconde conséquence soulignée par Carby Hall et analysée par les partisans britanniques de l'école de Chicago qui entouraient Margaret Thatcher pour fonder leur opposition radicale au *closed shop* : cette technique est une entrave au développement technologique des firmes. Il est vrai que les nouvelles technologies sont souvent synonymes de réduction du niveau de l'emploi ou de modification de la structure de l'emploi existant. Pour rester en parfaite adéquation avec ses militants, le syndicat a donc intérêt à retarder l'apparition des nouvelles technologies. Ce comportement met en péril à moyen terme l'existence même de la firme, confrontée quant à elle à une concurrence intérieure (celle des entreprises qui ont la chance d'échapper à la *closed shop*) ou extérieure (celle des firmes qui bénéficient d'une capacité d'adaptation immédiate de leur outil de production à ces nouvelles technologies). Nous en revenons à la critique ancienne de Taylor (Taylor, 1911) sur l'ancienne organisation de la production dans l'entreprise au courant du XIX^e siècle. En conséquence, le *closed shop* constitue non seulement une atteinte au pouvoir de direction du chef d'entreprise mais également au pouvoir d'organisation avec des conséquences mortifères pour la firme.

En tout état de cause, la capacité du syndicat de présenter un salarié à l'embauche, de favoriser ainsi ou d'empêcher une embauche, au-delà, et préalablement d'assurer la formation de base du salarié qui le rend employable, illustre parfaitement la notion d'interface caractérisée par Williamson.

L'exemple naturellement outré de l'affaire de la Carnegie of Homestead et, sur le Vieux Continent, les nombreux conflits qui ont opposé les syndicats de salariés et les entreprises françaises ou britanniques, lors de la fermeture des grands bassins miniers par exemple ou

⁴³⁶ La jurisprudence des juridictions britanniques admettait que le salarié puisse, dans certaines circonstances, verser la somme correspondant à la cotisation due aux syndicats à des associations caritatives. Dans un second temps, cette jurisprudence a admis que le salarié fasse valoir une sorte de clause de conscience, identique à celle des objecteurs de conscience, mais dans des cas particulièrement limités.

de la transformation des grands sites de production d'acier, ont démontré que la prégnance du syndicat sur la firme était de nature à empêcher ou à retarder les évolutions technologiques ou des évolutions du marché qui devaient véritablement se traduire par des réductions massives d'emploi.

Curieusement, les conséquences de ces phénomènes sont examinées dans le détail au niveau microéconomique, comme n'étaient pas analysées les conséquences sur les entreprises françaises des grèves organisées dans des secteurs clefs de l'économie, tels que la Poste à la grande époque du courrier postal, ou la grève des chemins de fer. Cette rareté des études exprime l'indifférence des acteurs à l'égard de la notion même de coût du travail et d'évolution de ce coût au regard de la concurrence. Si nous pouvons considérer comme admissible que les syndicats ouvriers refusent de s'intéresser aux conséquences économiques du blocage résultant d'un accord de *closed shop*, en revanche il reste étonnant que les syndicats patronaux éprouvent une certaine réticence à expliquer publiquement les problèmes économiques qui résultent de ce type de situation.

1.2.2. L'évolution de la *closed shop*

Pendant la période de sa plus large application (celle des années 1960-1979, jusqu'à l'arrivée au pouvoir de Margaret Thatcher), le système de la *closed shop* concède aux syndicats britanniques une puissance et une représentativité élargie puisqu'il contraint l'ensemble des salariés qui veulent travailler dans une entreprise, voire dans un métier, à se syndiquer. La Cour européenne donne un coup d'arrêt au processus dans une décision de 1982 sur le fondement de l'article 11 de la convention européenne des droits de l'homme⁴³⁷.

La *closed shop* connaît en Grande Bretagne une évolution chaotique à partir de 1971. À cette date, une première loi tente d'en réduire les effets, mais les travaillistes revenant au pouvoir, ils maintiennent cette pratique. Ce sont les grèves de « *l'hiver du mécontentement* » qui vont générer une évolution radicale. En effet, en 1978, période de forte inflation (8,36 % en Grande Bretagne, 9,71 % en France), les syndicats réclament des augmentations de salaire alors que le gouvernement travailliste de James Callaghan veut les limiter à 5 %. Contre toute attente, c'est la société Ford, il est vrai talonnée par ses 15.000 ouvriers adhérents de

⁴³⁷ Young, James et Webster contre United Kingdom, 1982, décision à 18 juges contre 3.

la *Transport and General Worker's Union*, qui cède à la pression en acceptant une augmentation de 17 %.

Cette acceptation met à mal la politique contractuelle du gouvernement britannique en matière de hausse limitée de salaires. Dès novembre, plusieurs entreprises annoncent leur intention de dépasser la limite fixée par le gouvernement, ce qui incite celui-ci à déclencher une politique de sanctions. Mais il peut d'autant moins la mettre en œuvre que d'autres secteurs commencent à céder en janvier 1979, tels que les camionneurs, eux aussi membres du TGWU, puis les éboueurs, les croque-morts et enfin les employés du service public. Les grèves succèdent aux grèves au cours de cet « *hiver du mécontentement* ». En 1978, la Grande-Bretagne avait perdu 9.300.000 journées de travail ; elle en perd 29.474.000 en 1979.

C'est sur un fonds de crise syndicale que s'ouvre la campagne législative en Grande Bretagne. Dès le mois de janvier 1979, le nouveau *leader* des *Tories*, Margaret Thatcher, déclare vouloir en terminer avec le monopole des syndicats. La droite emporte les élections anticipées qui se déroulent en plein milieu des mouvements sociaux, et celle qui deviendra « la dame de fer » arrive au pouvoir en mai 1979. Elle va promouvoir cinq lois successives pour mettre un terme au *closed shop*⁴³⁸ et elle devra affronter le baroud d'honneur du syndicalisme issu de la première révolution industrielle, le syndicat des mineurs en 1984-1985.

C'est la *National Union of Mineworkers*⁴³⁹ qui déclenche la grève de 1984 en raison de la perspective de la fermeture de puits et du risque de suppressions d'emplois qui va en résulter. Les dirigeants syndicaux ne font pas voter la grève par la base, mais la décident. Le gouvernement se prépare à résister à plusieurs semaines de privation de charbon en prenant des mesures préventives. La grève se termine en mars 1985, les salariés n'ont obtenu aucune concession des entreprises et du gouvernement.

⁴³⁸ 1980, 1982, 1984, 1987, 1988.

⁴³⁹ Syndicat des mineurs, créé en 1945.

1.3. Le traumatisme américain : l'exemple de la Carnegie's Homestead et l'éradication du syndicalisme par la violence

Lorsqu'elle est utilisée en France, l'affaire de la Carnegie's Homestead n'est citée que pour illustrer l'effet du *lock-out* et la violence de la répression anti-ouvrière réalisée par les deux principaux protagonistes, Henri Clay Frick et Andrew Carnegie. Les deux chefs d'entreprise de cette entreprise de production d'acier ont fait appel à l'agence Pinkerton pour briser les grèves, ce qui a conduit à des affrontements armés avec les ouvriers.

Mais Williamson, utilisant essentiellement les travaux de Stone et de Bowles et Gintis, rappelle que l'usine se trouve avant les événements dans un état de blocage opérationnel lié à la puissance du principal syndicat des métaux des États-Unis, à son influence sur les ouvriers et son intervention dans les processus de production. Le détail de cette situation mérite d'être rappelé dans le cadre de notre recherche car il synthétise tous les aspects de l'influence d'un syndicat dans une entreprise lorsqu'elle est totalement libérée : organisation de la résistance au changement, fondée sur l'opportunisme le plus clair et conduisant à l'inefficacité économique c'est-à-dire à la disparition de la firme.

Williamson rappelle que la Confédération du fer, de l'acier et de l'étain est alors le syndicat le plus puissant des États-Unis et qu'il réunit les ouvriers qualifiés de l'industrie des métaux. Pour des raisons qui sont liées à l'histoire du développement industriel des États-Unis et au passage d'une production en ateliers indépendants qui constituaient de petites entités (même lorsqu'ils appartenaient en fait à la même personne) en grandes structures et grandes usines, les ouvriers qualifiés ont conservé le contrôle des processus de production. Ils exercent ce contrôle avec l'autorisation des dirigeants, puis se forment en syndicat pour le conserver. Ils maîtrisent ainsi la production d'acier tant sur le plan des indications chimiques que sur le plan du processus. Le fonctionnement de l'entreprise ne répond donc pas pleinement au principe de hiérarchie et celui-ci ne peut imposer sa volonté et ses choix d'arbitrage. Il doit engager des négociations, procéder à des marchandages, à des contractualisations par petites unités dans des conditions telles que l'ensemble de l'outil se révèle inefficace et incapable de s'adapter aux nouvelles technologies et aux nouvelles inventions qui imposent des évolutions dans la chimie des matériaux. En effet, le syndicat privilégie les vieilles méthodes, dans le cadre de la résistance au changement déjà décrites. Ces méthodes assurent son autorité sur les salariés et elles fixent le conflit avec le chef d'entreprise, renforçant en cela-même cette autorité. D'ailleurs au sein de la Carnegie's Homestead, les changements

dans les installations physiques, c'est-à-dire dans l'outil de production, ne peuvent intervenir sans l'accord du comité exécutif du syndicat ! Il est donc impossible pour le chef d'entreprise de modifier l'organisation de la production pour augmenter la qualité de production ou la productivité du travail. C'est ce critère essentiel qui va déclencher le conflit avec le syndicat lors de l'invention et de la généralisation des convertisseurs Bessemer dans l'industrie de l'acier. Ainsi, l'invention du convertisseur par l'ingénieur britannique Bessemer, qui dépose ses brevets entre 1856 et 1866, vise à remplacer la production de l'acier par puddlage par l'usage de cet équipement révolutionnaire. Les syndicats s'y opposent naturellement. Ce conflit se déroule entre 1889 et 1892.

Dans son étude totalement reprise par Williamson et malheureusement très peu étudiée en France, Stone décrit les sept conséquences identifiées de cette maîtrise du syndicat sur le processus de production. Nous avons évoqué ci-dessus le premier élément, mais (second élément), le chef d'entreprise doit avoir l'assentiment du syndicat pour pourvoir un emploi vacant (situation proche de la *closed shop* britannique). Conséquence naturelle et troisième élément : les innovations techniques tendant à économiser de la main-d'œuvre sont découragées.

Quatrième, cinquième et sixième éléments relevés par Stone : les procédures de production sont prescrites de telle façon que chaque équipe conserve son tour de main ; les détails du travail sont donc sans cesse soumis à des conflits avec la direction de l'entreprise et il en résulte une productivité par travailleur médiocre. Septième élément : les travailleurs qualifiés s'interdisent de transmettre leur savoir aux autres salariés afin de maintenir le monopole des adhérents formés et opérationnels sur l'usine et d'empêcher l'accès de nouveaux salariés nécessairement non formés.

Carnegie et Frick décident en 1892 que l'usine de la Carnegie's Homestead fonctionnera désormais sans syndicat. Le gouvernement fédéral américain soutient les industriels de l'acier et en 1898, la puissance du syndicat des travailleurs de l'acier est considérablement réduite. Elle a disparu dix ans plus tard. Stone note les conséquences de ce phénomène sur le développement économique : « *La décennie qui a suivi la défaite de Homestead a apporté des développements sans précédent dans chaque étape de la fabrication de l'acier. Le rythme de l'innovation dans la sidérurgie n'a jamais été comparable par la suite. Les chariots mécaniques porte-poche ont transformé les hauts fourneaux. Les grues mobiles*

électriques dans le convertisseur Bessemer et les chargeurs Wellman dans les fours Martin⁴⁴⁰ ont écarté presque tous les véritables aspects manuels de la production sidérurgique. Et des voitures électriques et des tables montant-et-descendant ont fait des usines de laminage une opération continue »⁴⁴¹.

Il nous sera opposé que cet historique est typique de l'histoire industrielle et syndicale américaine et qu'elle ne peut soutenir le raisonnement dans le cadre d'une étude qui vise essentiellement la situation française et en particulier le rapport entre la situation de droit français, incontestablement spécifique, et ses conséquences sur le fonctionnement économique de l'entreprise. Nous devons également relativiser les effets de cet affrontement au regard de l'époque, c'est-à-dire de la frontière entre deux périodes du développement industriel qui génèrent des processus de production notablement différents. Il n'en reste pas moins que nous décelons dans le comportement du syndicat des métaux l'ensemble des impacts du syndicalisme dans l'entreprise, évidemment portées à leur summum et connotées historiquement. Il ne s'agit en aucune façon d'en tirer des règles qui seraient de portée générale, mais de souligner quelques constantes.

En reprenant les critères soulignés par Stone dans l'affaire de la Carnegie's Homestead, nous relevons que ceux-ci confirment parfaitement la résistance au changement, fondée sur l'opportunisme. La résistance au changement est la conséquence naturelle de l'opportunisme, le moyen de l'assurer dans les meilleures conditions. Le salarié de cette époque souhaite conserver les avantages acquis, non pas au sens juridique, tel que nous l'entendons habituellement en France, mais au regard d'une situation, d'un positionnement. Il récusé donc le changement du processus de production à partir de l'instant où il imposerait de sa part la remise en cause d'un savoir et l'abord d'un savoir nouveau, mais également parce qu'il pourrait réduire l'emploi ou modifier la structure de l'emploi. En effet, et les conclusions de Stone le prouvent clairement, l'adoption de la technologie Bessemer qui éradique les pratiques du puddlage entraîne la suppression d'emplois de faible qualification, d'emplois de force et de manœuvre. Certes, la seconde phase de l'opération, c'est-à-dire le développement considérable de l'industrie métallurgique dans les 50 premières années du

⁴⁴⁰ Four inventé sur la base d'un procédé Siemens par l'ingénieur des Mines français Pierre-Émile Martin, et largement diffusé dans l'ensemble de l'industrie métallurgique.

⁴⁴¹ Stone 1974, p.66, cité par Williamson, p. 279.

vingtième siècle, génère des milliers d'emplois, grâce au développement de l'industrie de l'armement et de l'industrie automobile. Mais ce n'est pas la préoccupation du syndicat des métaux en 1892. Il n'a pas la vision du développement de la firme et de la branche. Il se borne, dans le cadre de l'opportunisme le plus étroit, à garantir la situation immédiate de ses membres, sur le plan du revenu et sur le plan du patrimoine.

2. Les entreprises de travail temporaire

Chronologiquement, nous considérons que le second type d'interface technologiquement séparable est constitué par les entreprises de travail temporaire et les cabinets de recrutement. Leur développement est symptomatique dans des pays où le coût du travail est élevé et où la législation sur la protection de l'emploi est particulièrement rigoureuse. Si ces interfaces apparaissent dans les années trente et le contexte de la grande crise économique de 1929, elles se développent en Europe dans les années soixante. Et c'est en France que leur essor est spectaculaire, dans les années 1970-1990, parallèlement au renforcement de la législation sur la protection de l'emploi.

2.1. Une histoire récente

Confrontées à la problématique des lois de 1973 et de 1975, les entreprises n'allaient pas tarder à réagir pour trouver une solution alternative qui leur permette d'assurer une certaine flexibilité dans le cadre de leur fonctionnement, tout en réduisant les coûts de transaction et en particulier les coûts ex ante, ceux de recherche des profils de salariés nécessaires à la production.

En fait, c'est dès le lendemain de la première crise pétrolière, grâce à une loi du 3 janvier 1972⁴⁴² que le recours à l'intérim par souscription d'un contrat de travail temporaire auprès d'une société spécialisée est autorisé : la France se trouve encore soumise à l'ancienne législation du travail.

La notion de travail intérimaire vient des États-Unis où Samuel L. Workman a l'idée, dans les années 20, de louer à des entreprises utilisatrices des employées de mécanographie, puis de dactylographie. La pratique s'étend rapidement à l'industrie, en particulier à la production

⁴⁴² Loi 72-1 du 3 janvier 1972.

automobile. En 1946, c'est William Russel Kelly qui crée la société *Russel Kelly Office Service* et dans le même temps est créée la société *Manpower*. En 1960, cinq sociétés se partagent alors un marché concernant 300.000 salariés⁴⁴³. Trois principes fondent le développement de cette activité : le mariage des services au secteur tertiaire (dactylographie) et industriel, le phénomène de la franchise qui permet la diffusion des agences sur le sol américain en évitant une forte capitalisation, enfin l'internationalisation du procédé qui arrive en France dans les années soixante-dix. Vingt ans plus tard, les sociétés américaines attaquent de nouveaux segments du marché, dont le conseil en ressources humaines⁴⁴⁴.

En France, l'activité se développe dans les années cinquante (création de la société *Bis* en 1953). Mais face au développement de ces agences et à la critique formée par les syndicats de salariés à l'encontre de « marchands de main d'œuvre », c'est la puissance publique qui prend une initiative forte en 1967, par la création de l'ANPE, agence nationale pour l'emploi⁴⁴⁵. L'agence obtient le monopole du placement qu'elle conservera jusqu'à la publication de la loi du 18 janvier 2005, la loi de cohésion sociale dite loi Borloo. Le droit français qui régit cette activité prévoit que l'entreprise de travail temporaire (l'ETT) est l'employeur du salarié placé au sein de l'entreprise utilisatrice⁴⁴⁶. Entre l'utilisateur et l'ETT, il existe donc une relation commerciale classique, qui caractérise la théorie de Williamson sur les coûts de transaction. Le coût du travail étant trop élevé si le salarié est embauché dans le cadre d'un CDI, l'entreprise utilisatrice externalise ce besoin de personnel en recourant à l'intérim. Nous reviendrons précisément sur cette analyse.

L'ETT ne peut exercer cette activité qu'en respectant trois conditions : le travail intérimaire ne peut se substituer à l'emploi permanent, le contrat de travail doit être limité dans le temps et la société doit être spécialisée dans cette activité tout en renonçant à l'activité de placement dans les emplois permanents.

⁴⁴³ Rachid Belkacem, Cathel Kornig, *La construction sociale du travail intérimaire : de ses origines aux États Unis à son institutionnalisation en France*, Socio-économie du travail, N° 33, Économie et société, tome XL, V 8, août 2011, p 1301-1327.

⁴⁴⁴ Manpower, 15 milliards de dollars de chiffre d'affaire en 2005. ManpowerGroup en France a réalisé en 2016 un chiffre d'affaires consolidé de 4,4 milliards d'euros, en croissance de 4% par rapport à 2015.

⁴⁴⁵ À titre complémentaire, nous rappelons que l'Unedic est créée en 1958, le Fonds National de l'Emploi en 1963, la Datar et l'AFPA en 1966.

⁴⁴⁶ Adoption de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux en 1989 et le 25 juin 1991, directive européenne spécifique sur les droits des salariés intérimaires, complétée par une directive de novembre 2008.

La loi du 2 janvier 1979 relative aux entreprises de travail temporaire met en place une garantie financière par l'intermédiaire d'une société de caution mutuelle ou d'une garantie collective ou bancaire. Elle soumet donc l'activité des entreprises de travail temporaire à une déclaration à l'autorité administrative et à l'obtention de cette garantie financière prévue aux nouveaux articles L.124-8-1 et L.124-8-2. Dans la pratique, l'autorité administrative a dès lors la possibilité de vérifier l'existence de la caution. Cette loi a pour objectif de permettre un assainissement du marché du travail temporaire. Elle génère un phénomène de concentration qui bénéficie aux entreprises déjà bien implantées sur le marché, dont les entreprises d'origine nord-américaine pour lesquelles le marché français est l'un des débouchés les plus importants.

Le code du travail définit précisément le type d'entreprise susceptible d'intervenir dans ce domaine, ce qui constitue d'ailleurs une innovation puisqu'il est rare que le code du travail soit amené à définir juridiquement l'objet social d'une entreprise⁴⁴⁷. Sur la période 1972-1982, les sociétés d'intérim prospèrent, en particulier en France ; le phénomène mérite évidemment d'être remarqué. Mais c'est surtout à partir de 1982 que le développement devient exponentiel, passant d'un CA de 2,5 milliards en 1985 à 21,7 milliards d'euros en 2007⁴⁴⁸. Un maillage relativement fin d'entreprises de toutes tailles apparaît sur le territoire national. Si certaines entreprises de travail temporaire vont rester généralistes, certaines se spécialisent dans telle ou telle activité économique.

Ce développement correspond à la conjonction de trois phénomènes :

- l'aggravation de la crise ;
- le développement du chômage de masse, qui concerne à partir de cette époque plus d'un million de personnes et qui permet aux ETT de bénéficier de ressources, puisque nombre de salariés n'ayant pas confiance dans le dispositif public ou en ayant épuisé les ressources s'orientent vers elle ;

⁴⁴⁷ Article 1251-2 : « Est un entrepreneur de travail temporaire, toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition temporaire d'entreprises utilisatrices des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue, elle recrute et rémunère à cet effet. »

⁴⁴⁸ Rachid Belkacem, Cathel Kornig, *La construction sociale du travail intérimaire : de ses origines aux États Unis à son institutionnalisation en France*, Socio-économie du travail, N° 33, Économie et société, tome XL, V 8, août 2011, p 1301-1327.

- les dix ans d'expérience des lois de 1973 et de 1975 sur la protection de l'emploi qui ont persuadé les prévisionnistes qui travaillent dans les ETT que le recours à l'intérim allait devenir une façon de contourner les lourdeurs de la LPE, que les entreprises commencent seulement à comprendre.

Les entreprises de taille internationale prennent position sur le marché français, telles que *Adecco, Randstad, Manpower, Crit Intérim* pour ne citer que les quatre premiers du marché. Certes, l'emploi intérimaire ne concerne que 3,6 % de l'emploi salarié, en l'occurrence lors du pic de 2007. Mais il est des secteurs, dont le bâtiment, où ce pourcentage passe à près de 8,8 %, et globalement plus de 7 % dans l'industrie.

2.2. *Le recours de la firme aux contrats d'intérim constitue-t-il un avantage ?*

La réponse immédiate et intuitive doit être positive : l'entreprise qui analyse scientifiquement ou intuitivement la situation de l'emploi en termes de coûts de transaction considère que le recours à l'intérim est moins onéreux pour elle que l'embauche de salariés en CDI. Mais de l'intuition à la démonstration, il existe un espace que nous devons analyser car cette réponse sur le plan du coût primaire est souvent inexacte.

2.2.1. *Le recours au travail temporaire génère un coût immédiat du travail supérieur au coût du CDI*

Nous sommes en effet confrontés à un paradoxe. L'entreprise préfère au CDI l'emploi de salariés intérimaires, sélectionnés par une ETT, dont la rémunération payée dans le cadre de la relation commerciale (utilisateur/ETT) et en conséquence le coût du travail (payé immédiatement en totalité dans le cadre d'une facture fin de mois) est payé à l'instant T. À cet instant T, le prix payé est intégré dans le prix de revient d'un produit ou d'un service.

Mais lorsqu'elle effectue un calcul de rationalité, l'entreprise utilisatrice se rend compte que le montant de la facture payé à l'ETT par salarié concerné, ou par heure de travail, est supérieur au coût (immédiat) du travail du salarié embauché en CDI. En effet, un salarié intérimaire est facturé par son employeur, l'entreprise de travail temporaire, à hauteur de 1,8 à 2,5 du montant de son salaire brut non chargé, le différentiel étant donc de 0,35 à 1,05. En effet, outre la rémunération rétrocédée au salarié, l'entreprise de travail temporaire doit évidemment amortir ses charges fixes, ses frais généraux. Elle doit également verser au salarié intérimaire une indemnité spécifique, qualifiée d'indemnité de précarité, ou

d'indemnité de fin de mission et qui correspond globalement à 6, puis à 10 % de la rémunération reçue au cours du contrat. Le recours au travail temporaire est donc coûteux pour l'entreprise utilisatrice.

2.2.2. Une importance d'un phénomène économique et juridique prouvée par les chiffres

Le coût du recours au travail temporaire permet de comprendre que celui-ci n'est pas anodin sur le plan économique. Dès lors, ce phénomène est-il conséquent au regard du fonctionnement du marché du travail ?

Peu de temps après l'élection à la présidence de la République de François Mitterrand, en 1985, le nombre de salariés concernés par l'intérim atteint 389.345. Quatre ans plus tard, en 1988-89, au début de son second mandat, il dépasse les 700.000 salariés. Après une légère réduction en 1990, le chiffre part à la hausse et concerne 800.000 salariés à la veille des élections de 1993. De 1995 à 2000, le nombre de salariés intérimaires passe de 751.638 à 974.524.

Une étude de la Dares de 2014 réalisée sur la période 2005-2014 évoque une relative stabilité du nombre d'agences de travail temporaire maillant le territoire national : de 6.430 à 6.982, une pointe à 7.000 étant atteinte en 2008. La masse salariale versée par l'ensemble de ces agences passe de 3.520.000 en 2005 à 4.120.000 en 2007-2008, redescend au milieu de l'année 2008 à 2.700.000 environ pour se maintenir sur une ligne de l'ordre de 3,7 à 3,9 millions de 2011 à 2014. Ces agences emploient de façon permanente une vingtaine de milliers de salariés. Elles signent par an près de 40 millions de contrats, dont principalement des CDD de moins d'un mois et des contrats de pur intérim. De façon résiduelle, elles signent également des CDD de plus d'un mois et quelques CDI.

Le nombre d'intérimaires en équivalent temps plein engagés sur la période 2005-2014 varie entre 586.687 en 2005 pour atteindre une pointe de 637.904 à la fin de l'année 2006, redescendre à 447.348 à la fin de l'année 2009 et se maintenir depuis le courant de l'année 2011 entre 510 et 575.000 salariés⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ 518.993 en 2014.

Le nombre de contrats d'intérim pur signés par ces agences est quant à lui de l'ordre de 15.328.293 en 2005, tombe fin 2009 à 13.428.029 pour se maintenir autour de 16.000.000 de 2011 à 2014⁴⁵⁰.

Au terme de ces observations, il apparaît donc clairement que les entreprises de travail temporaire qui fournissent au monde de l'entreprise, tous secteurs confondus, à la fois des salariés en contrat à durée déterminée et des salariés préférant recourir aux contrats d'intérim, constituent bien une spécificité qu'il convient de distinguer du reste du paysage économique français.

Le poids et le rôle de ces entreprises s'est notablement accru avec le temps, c'est-à-dire au cours de la période 1972-2014. Ils se sont stabilisés au cours des années 1988-2014. Il s'agit bien d'acteurs essentiels du fonctionnement économique hexagonal.

2.3. Le rôle de cette interface particulière : l'approfondissement de la problématique des coûts de transaction au regard de la situation française

Il est nécessaire d'aller au-delà des critiques de nature purement idéologique des syndicats de salariés concernant l'utilisation du travail intérimaire : « *Il est devenu dans les grandes entreprises l'une des composantes de la politique de l'emploi du personnel non qualifié (...). Plusieurs établissements de travail temporaire peuvent servir à l'entreprise utilisatrice de paravents contre la fraude à la loi* »⁴⁵¹. (Grumbach, 1979).

Le conflit de logique que soulevaient ces observateurs dans les années 1975-1980 est largement dépassé. Ils ne voient dans l'émergence des entreprises de travail temporaire qu'une habileté du capitalisme triomphant pour contourner les droits des salariés et les conduire à la précarité en réduisant au maximum leur rémunération. Le caractère temporaire du contrat serait en lui-même un moyen de pression sur la masse des salariés pour maintenir le prix du travail à un niveau de base afin de maximiser le profit des firmes. Nous devons passer à un autre niveau de raisonnement pour comprendre les raisons de l'implantation de ces structures dans l'espace économique, phénomène désormais conforté par la durée de l'observation.

⁴⁵⁰ Chiffres Dares, Observatoire de l'intérim et du recrutement, chiffres clés du travail temporaire, édition 2015.

⁴⁵¹ Tiennot Grumbach, *La défense prudhommale*, tome II 1979, p. 304.

Dans sa phase de fondation, l'entreprise de travail temporaire établit de manière scientifique la liste de salariés auxquels elle peut régulièrement recourir -grâce à la relation de confiance et d'intérêt tissée avec les salariés en recherche d'emploi- lorsqu'elle a éprouvé ces salariés auprès d'utilisateurs. Elle peut désormais engager une relation de confiance avec l'utilisatrice en bénéficiant de la spécificité du contrat de travail du salarié-cible. Au-delà même de cette spécificité, la compétence, le sérieux et la reconnaissance du salarié choisi au sein de l'entreprise utilisatrice valorise sa prestation. C'est incontestablement à cet instant et à ce niveau que l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire maximisent chacune de leur côté l'avantage qu'elles retirent de la loi et de leurs relations contractuelles.

En effet, d'un côté l'entreprise utilisatrice n'a pas besoin de recourir à un contrat à durée indéterminée qui générerait des coûts supplémentaires tels que nous les avons déjà soulignés. Mais d'un autre côté, elle a l'avantage de pouvoir recourir à un salarié qu'elle connaît, qu'elle a déjà éprouvé, et dont elle est certaine des qualités, des compétences et de la réalité de sa contribution à l'acte de production. C'est à ce niveau que se pose la question du détournement de la loi. En effet, l'examen de la jurisprudence permet de constater qu'un certain nombre d'entreprises⁴⁵² recourent de manière excessive, et dans des conditions qui constituent objectivement une fraude à la loi, soit au contrat à durée déterminée, soit au contrat d'intérim.

Au regard de notre travail, l'une des explications de cette apparition et de ce maintien réside dans une analyse globale du phénomène en matière de coûts de transaction. Et nous devons retenir trois éléments.

2.3.1. L'entreprise de travail temporaire est une interface technologiquement séparable au sens de Williamson

L'entreprise de travail temporaire constitue, au même titre que le syndicat de salariés britanniques à l'époque de la toute-puissance du TUC, une interface technologiquement séparable qui intervient dans la procédure qui conduit à la formation puis à la conclusion du contrat de travail. Elle est pour l'entreprise utilisatrice une méthode pour économiser des coûts qu'elle considère économiquement risqué de générer en interne sur une longue durée.

⁴⁵² Tant d'ailleurs publiques que privées.

2.3.2. L'approfondissement de la problématique de coût

L'entreprise de travail temporaire a trois fonctions : le recrutement pour la firme utilisatrice de salariés intérimaires, la mise à disposition de la firme de salariés dans le cadre de contrats à durée déterminée, dans une moindre mesure une activité de placement. Ces trois fonctions correspondent exactement aux critères et à la logique de Williamson.

Mais à la différence du syndicat britannique, l'entreprise utilisatrice ne se retrouve pas dans une relation de dépendance, sinon de contrainte, à l'égard de l'entreprise de travail temporaire. Bien au contraire, l'entreprise de travail temporaire peut se trouver (lorsqu'il s'agit d'entreprises d'importance locale ou régionale) sous la dépendance de l'entreprise utilisatrice.

Ce n'est pas sans raison que certaines entreprises, en particulier dans les années 1980 où les réductions d'emploi dans le domaine de la métallurgie ont provoqué des grèves particulièrement difficiles et des affrontements parfois rigoureux entre l'entreprise et les syndicats de salariés, ont sinon constitué des entreprises de travail temporaire spécifiques⁴⁵³, soit contracté avec lesdites entreprises de travail temporaire dans des conditions spécifiques qui leur permettaient la mise à disposition de dizaines de salariés du jour au lendemain, ce qui autorise sinon de briser, du moins d'amortir un certain nombre de mouvements de grève. En l'occurrence, ces entreprises dépendaient bien pour la majeure partie de leur activité du bon vouloir du donneur d'ordre principal, qu'il s'agisse de Renault ou de Peugeot, ex-Simca-Chrysler pour ce qui concerne les exemples connus dans la vallée de la Seine. Nous pouvons citer les entreprises Ainet, Nota Intérim ou SIE qui n'intervenaient que pour les sociétés de fabrication automobile⁴⁵⁴.

Ces spécificités, la réalité de ces opérations, n'enlèvent rien, bien au contraire, à la notion d'interface relevée par Williamson. Il est constant que les sociétés utilisatrices n'ont pas de

⁴⁵³ Nous rappelons l'exemple de Peugeot à Poissy, avec les entreprises de travail temporaire du groupe Delfau. Michel Delfau, avec les sociétés NOTA INTERIM et SIE fournissait à la société Peugeot près de 10.000 salariés par an, avec des pointes à 17.000.

⁴⁵⁴ Différents observateurs considèrent comme étant un détournement objectif de la loi la multiplication des contrats d'intérim pour pourvoir à un emploi qui est en fait un emploi stable et fixe au sein de l'entreprise utilisatrice. Cette situation, dont il est nécessaire de déterminer la cause, est évidemment facilitée par l'existence de ces fichiers. La même remarque peut être effectuée concernant les recours au contrat à durée déterminée.

participation au capital des sociétés de travail temporaire et que leur activité est donc totalement différente.

Mais quels sont les coûts qui incitent l'entreprise utilisatrice à recourir à l'intérim ?

Il s'agit tout d'abord des coûts de recherche et d'une grande partie des coûts relatifs à la signature du contrat de travail, c'est-à-dire l'ensemble des coûts qualifiés d'*ex-ante*. Dans les années 1973-1983, ces coûts de recherche sont colossaux. L'entreprise ATT aux États Unis consacre des milliers d'heures de travail de ses salariés RH aux entretiens d'embauche. En déléguant la sélection du personnel à l'ETT, l'entreprise utilisatrice économise ce coût, alors même que l'ETT expose un coût (l'entretien avec un prospect) qu'elle va pouvoir facturer partiellement à plusieurs reprises à l'ensemble des entreprises qui utiliseront ce prospect comme salarié. Les deux partenaires commerciaux trouvent donc un intérêt dans le processus. En outre, la qualité de l'entretien est identique : l'entreprise utilisatrice a le même souci de détail dans le choix des prospects lors du recrutement. Quant à l'ETT qui emploie un salarié intérimaire de longue date, elle peut se porter garante non seulement des conditions de son recrutement et de son aptitude pour telle ou telle tâche qui lui sera assignée, mais également d'un certain nombre d'éléments complémentaires telles que ses charges de famille, ses habitudes de vie voire ses opinions qui, pour certaines firmes, représentent également des critères de choix, que ceux-ci soient ou non répertoriés par la loi.

Ainsi, l'ensemble des coûts *ex-ante* qui aurait été assumé directement par l'entreprise utilisatrice si elle avait recruté, est pris en charge par l'ETT. Certes, il est refacturé dans le cadre du contrat commercial, mais tout au long de ce contrat. Nous pouvons même dire que l'ETT facturera ce coût à plusieurs reprises aux différentes entreprises qui utiliseront le même salarié. Par la suite, lorsqu'elle aura établi un fichier relativement consistant, l'ETT aura elle-même réduit ses coûts dans des conditions telles qu'ils lui permettront de maximaliser son profit dans le cadre de sa relation avec l'entreprise utilisatrice.

Quant à l'entreprise utilisatrice, la PME dont nous examinons le fonctionnement dans le cadre de la théorie des coûts de transaction, non seulement elle évite d'exposer frontalement le coût de recherche lié à l'embauche d'un salarié en CDI, mais surtout, elle évite de mettre en œuvre un service RH de la dimension par exemple de celui de l'entreprise ATT aux grandes heures de son développement et des recherches d'emploi que celui-ci rendait

nécessaire. L'entreprise utilisatrice réalise donc une économie structurelle de grande ampleur : il s'agit de la seconde catégorie de coûts évités, qui justifie le recours à l'emploi intérimaire.

Troisième catégorie de coûts évités, et reportés sur l'ETT : la gestion des salariés intérimaires, en qualité de salariés appartenant à une entité économique. Nous précisons : l'entreprise de travail temporaire gère elle-même l'ensemble de la carrière et de la situation administrative du salarié intérimaire. Elle s'occupe de ses visites médicales, de ses habilitations dans des cas précis (électricité par exemple), de ses formations, rendues nécessaires par les emplois occupés. De même, elle gère le planning des contrats et la problématique de la succession de contrat de telle façon que l'entreprise utilisatrice ne se voit pas poursuivie pour fraude à la loi et ne voit pas la succession de contrats intérimaires requalifiée en contrat de travail à durée indéterminée. Autant de préoccupation de gestion qui nécessite des équipes, c'est-à-dire là encore un personnel RH qualifié et en grand nombre.

Nous allons enfin aborder une quatrième catégorie de coûts qui nous permet de revenir au cœur de notre recherche : les coûts liés à la rigidité de la législation sur la protection de l'emploi. En effet, l'entreprise utilisatrice consent à un surcoût qui n'est pas négligeable au bénéfice de l'ETT pour se garantir un avantage futur : la possibilité de se séparer du jour au lendemain, ou en tout état de cause avec un très bref délai de prévenance, du salarié devenu inutile dans le processus de production. Lorsque ce processus se termine ou qu'il est modifié, soit par l'effet d'une nouvelle technologie, soit en raison de la suppression d'une ligne de produits, ou encore en raison de la réduction du volume des ventes, l'entreprise utilisatrice serait dans l'obligation de procéder soit à la rupture des contrats de travail pour cause économique, soit à la reconversion des salariés, phénomène coûteux. Elle reporte ce risque et ce coût sur l'ETT, et il apparaît clairement à la lecture de la nomenclature des coûts occultés que nous révélons, que cet avantage est essentiel.

Ainsi, l'entreprise utilisatrice ne gagne pas nécessairement sur le coût *ex-ante*, puisque celui-ci lui est facturé en grande partie par l'ETT, dans la durée. Elle éprouve sans aucun doute un avantage concernant le coût *ex-post* : la gestion du salarié intérimaire ou du salarié en CDD constitue un coût pour les emplois qualifiés, en matière d'adaptation au poste de travail et de formation à la sécurité sur le poste. Ce coût *ex-post* peut perdurer si l'entreprise

utilisatrice recourt à des salariés différents à chaque fois qu'elle recourt au travail temporaire. Elle doit alors vérifier la qualification du salarié à son adaptation au poste et la réalité de son adaptation et de sa productivité. Mais nous savons, et nous l'avons indiqué ci-dessus, que le recours systématique au même salarié dans les mêmes fonctions est évidemment de nature à réduire ce coût pour l'entreprise utilisatrice.

Mais le quatrième avantage est déterminant : le coût *ad futurum* est radicalement écarté et à l'exclusion totale de ce coût s'ajoute un avantage tactique devenu essentiel dans le cadre de la situation française et de son espace juridique : la possibilité de réduire très rapidement le nombre de salariés sur la chaîne de production. Il s'agit ainsi d'un cinquième élément de coût, qui est en fait une économie de coût mais qui constitue un atout essentiel pour la firme utilisatrice.

Nous revenons ainsi à la notion de flexibilité de l'outil de production et du capital humain disponible, nécessaire à la vie de l'entreprise. L'utilisatrice bénéficie de l'éradication des coûts de travail différés obligatoires (préavis et indemnité de licenciement) et des coûts du travail différés exceptionnels (afférents aux conséquences de la requalification du contrat de travail par un juge). Sa seule contrepartie obligatoire sur le plan financier : le paiement de l'indemnité de fin de contrat, dite indemnité de précarité. Mais celle-ci a été incluse dans le coût du travail du salarié concerné dès son implication dans le processus de production.

Nous abordons ainsi le sixième avantage en matière de coût, ou d'économie de coût : l'entreprise utilisatrice est donc dans la vérité du coût du travail de son salarié dès la première heure travaillée, alors même que dans les conditions actuelles, elle ne l'est jamais dans le cadre d'un employé en CDI. L'avantage du recours à ces contrats est donc non seulement la flexibilité du processus et la réduction radicale des coûts *ad futurum*, c'est-à-dire d'une grande partie des coûts de transaction, mais elle est aussi constituée par la totale maîtrise des coûts de transaction et en conséquence, leur parfait report sur le coût du travail inséré dans le prix de revient d'un prix ou d'un service.

L'antériorité du dispositif concernant à la fois le contrat à durée déterminée et le travail temporaire, le nombre d'emplois et de contrats concernés nous permettent d'affirmer que les entreprises de travail temporaire constituent l'une des interfaces technologiquement séparables dont l'existence est évoquée par Williamson dans ses écrits. Elles doivent être

considérées comme telles dans le cadre de l'organisation du travail telle que nous la connaissons en France.

TABLEAU DES COUTS DE TRANSACTION			
Type de coûts	Coûts de gestion évités par l'entreprise utilisatrice	Coûts pris en charge par l'ETT	Coûts pris en charge par l'entreprise utilisatrice
Ex-Ante			
Recherche			
Sélection			
Visite médicale			
Vérification des compétences			
Rédaction de contrat et signature			
Ex-post			
Gestion des IRP			
Fonctionnement des IRP			
Gestion de carrière			
Maintien de l'employabilité			
Salaire, complément de salaire et charges afférentes			
Ad futurum			
Indemnité de licenciement			
Indemnité de préavis			
CP sur préavis			
Domages et intérêts			
Pénalités administratives			
Frais de conseil			
Temps passe par le chef d'entreprise			
	Dimension du service RH		
	Gestion des procédures de licenciement		

L'intérêt pour l'intérim manifesté par les sociétés françaises aurait dû conduire à une réflexion fondée sur la théorie des coûts de transaction et conduisant naturellement à l'étude critique de la législation sur la protection de l'emploi et sa rigidité. Il n'en a rien été. Le dispositif qui existe depuis 45 ans est vu comme une autorisation objective de contournement de cette législation. Les spécificités franco-françaises conduisent le législateur à créer des structures de contournement plutôt que d'admettre les carences d'un dispositif révélées par l'existence même de ces structures et par leur poids économique. La société française n'est pas prête à poser un diagnostic sur son comportement.

2.4. *Un outil spécifique : le contrat à durée déterminée*

Il est logique d'aborder le contrat à durée déterminée à la suite de l'analyse du rôle des agences de travail temporaire comme interface de l'entreprise dans le cadre de la souscription de contrats alternatifs au CDI, qu'il s'agisse précisément du contrat de travail temporaire ou du contrat à durée déterminée. L'objectif de la firme reste évidemment de réduire les coûts de transaction, *ex-ante*, *ex-post* et *ad futurum*. Si le syndicat réduit les coûts *ex-ante*, nous avons vu qu'il pouvait générer des coûts *ex-post* et en tout état de cause, qu'il

n'existait aucune garantie sur les coûts *ad futurum* en raison de son intervention dans le processus de création et de maîtrise du contrat de travail tout au long de sa durée. Quant aux entreprises de travail temporaire, le recours à leur intermédiation permet à l'utilisatrice de réduire modérément les coûts *ex-ante*, qui constituent des charges de l'ETT, purement et simplement.

Ainsi, le coût de transaction *ex-post* de l'entreprise utilisatrice peut apparaître totalement excessif au regard du coût *ex-post* afférent à l'adaptation du contrat d'un salarié classique membre à part entière du personnel. En fait, la différence se fait sur deux éléments :

- d'une part, la flexibilité directe de ce personnel (en l'occurrence, personnel intérimaire ou en CDD),
- et d'autre part, le coût *ad futurum*.

En effet, le prix global de la prestation du salarié intérimaire comme celle du salarié en CDD passe totalement en charges, à l'instant T, c'est-à-dire au terme du mois de production, avec quasiment l'ensemble de ses compléments potentiels -pour le CDD, l'indemnité de fin de contrat-, alors que, nous avons vu, les compléments de rémunération potentiels du salarié classique, les coûts occultés, obligatoires ou exceptionnels, par nature différés, sont précisément *ad futurum*. Déportés dans le temps par rapport à l'instant T de la production, ils faussent la réalité du coût du travail qui doit être calculé sur ce même instant pour que l'entreprise reste dans sa vérité économique.

Pour le CDD, les coûts *ad futurum* sont connus et limités : il s'agit de la prime de précarité de 10 %. Il n'existe ni préavis ni indemnité de licenciement. Il n'existe donc aucun risque financier lié à la fin du contrat de travail, et en particulier à sa fin conflictuelle qui générerait un coût exceptionnel différé dans le cadre d'un contentieux prudhommal par exemple. Le contrat d'intérim et le contrat à durée déterminée augmentent la flexibilité de la firme en matière de ressources de main d'œuvre. Ils sécurisent donc le fonctionnement de la firme qui ne recherche rien tant que la sécurité sur la durée. Enfin, ils évitent de donner de la firme une image comptable mensongère, ne prenant pas en compte les indemnités de préavis et de licenciement ou de départ en retraite dues à la fin des contrats.

2.4.1. Le recours au CDD : moyens et conditions

Ce sont parfois les mêmes entreprises de travail temporaire qui proposent leurs services à la firme pour recruter des salariés en contrat à durée déterminée en leur promettant des avantages de même nature que ceux qui résultent du contrat d'intérim. Les intentions de la firme qui recourt à ces services sont identiques à celles qui motivent le recours pur et simple au contrat d'intérim. Nous avons déjà listé ces objectifs et nous nous bornerons à les reprendre rapidement dans le cadre de cette étude : flexibilité du contrat en cas d'incertitude sur le plan de charge, possibilité d'éprouver un salarié nouveau sur une période plus longue que la période d'essai dans la perspective d'une éventuelle embauche dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, exclusion des risques de procédure et des coûts différés exceptionnels.

L'histoire du contrat à durée déterminée est relativement récente. En effet, c'est en 1982, grâce aux textes des 23 et 31 mars, que le contrat à durée déterminée est réglementé. Le salarié qui effectue plusieurs missions dans le cadre de contrats à durée déterminée dans la même entreprise peut être éprouvé dans ses fonctions et dans son comportement par la direction. Celle-ci vérifiera s'il s'adapte aisément aux méthodes de production, aux outils qui lui sont proposés, aux obligations du management et plus globalement à l'esprit de la société.

En effet, la loi de 1982 prévoit que le recours au CDD n'est envisageable que dans la perspective du remplacement d'un salarié absent pour une cause qui doit être parfaitement identifiée, pour l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, ou encore pour des emplois à caractère saisonnier.

Le premier motif apparaît naturel dans la logique totale du besoin de flexibilité d'une entreprise qui doit faire face à l'absence temporaire d'un salarié (maladie ou maternité par exemple) et qui ne peut se permettre, compte tenu de la rigidité de la loi sur la protection de l'emploi, de procéder à l'embauche, par nature définitive, d'un salarié en CDI. De même, l'accroissement temporaire de l'activité vient elle aussi apporter à l'entreprise cette flexibilité qu'empêchent le CDI et la législation sur la protection de l'emploi, étant souligné cependant que ce type de contrat ne peut être conclu pour ce motif dans une entreprise ayant procédé à un licenciement économique depuis moins de 6 mois et pour les mêmes postes que ceux concernés par l'éventuel CDD.

Désormais, le cadre légal et réglementaire s'est quelque peu élargi. Ainsi, le CDD est désormais admis pour le remplacement d'un salarié passé provisoirement à temps partiel, dans le cadre d'un congé parental d'éducation, ou d'un temps partiel pour la création ou la reprise d'entreprise. De même, il est admis dans le laps de temps permettant d'attendre la prise de fonction d'un nouveau salarié dans le cadre du remplacement de celui qui a définitivement quitté l'entreprise, par retraite ou mutation. Enfin, deux nouvelles catégories sont apparues récemment : le recrutement d'ingénieurs et de cadres dans le cadre d'un objet défini, c'est-à-dire d'un emploi spécifique pour une durée déterminée, comme le nom du contrat l'indique, et non pas pour pourvoir à un poste fixe de l'entreprise. Enfin, certains contrats à durée déterminée sont également déclarés contrats d'usage et cette fois-ci leur liste est clairement déterminée par l'article D.1242-1 du code du travail⁴⁵⁵.

Nous notons également le CDD senior autorisé aux entreprises définies par l'article L.2212-1 du code du travail⁴⁵⁶ : l'entreprise peut conclure un CDD avec une personne âgée de plus de 57 ans, inscrite depuis plus de 3 mois comme demandeur d'emploi, bénéficiant d'une convention de reclassement personnalisée (anciennement le CRP, remplacé depuis lors par le contrat de sécurisation professionnelle).

⁴⁵⁵ **Article D1242-1** En application du 3° de l'article L.1242-2, les secteurs d'activité dans lesquels des contrats à durée déterminée peuvent être conclus pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois sont les suivants :

1° Les exploitations forestières ; 2° La réparation navale ; 3° Le déménagement ; 4° L'hôtellerie et la restauration, les centres de loisirs et de vacances ; 5° Le sport professionnel ; 6° Les spectacles, l'action culturelle, l'audiovisuel, la production cinématographique, l'édition phonographique ; 7° L'enseignement ; 8° L'information, les activités d'enquête et de sondage ; 9° L'entreposage et le stockage de la viande ; 10° Le bâtiment et les travaux publics pour les chantiers à l'étranger ; 11° Les activités de coopération, d'assistance technique, d'ingénierie et de recherche à l'étranger ; 12° Les activités d'insertion par l'activité économique exercées par les associations intermédiaires prévues à l'article L.5132-7 ; 13° Le recrutement de travailleurs pour les mettre, à titre onéreux, à la disposition de personnes physiques, dans le cadre du 2° de l'article L.7232-6 ; 14° La recherche scientifique réalisée dans le cadre d'une convention internationale, d'un arrangement administratif international pris en application d'une telle convention, ou par des chercheurs étrangers résidant temporairement en France ; 5° Les activités foraines.

⁴⁵⁶ **Article L.2212-1** 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. Les formations peuvent être en tout ou partie financées par les crédits du fonds prévu à l'article L.2135-9. Les conditions d'application du présent article sont prévues par décret en Conseil d'État.

Ce contrat est conclu en application de l'article 1242-3 du code du travail⁴⁵⁷. Sa durée de maximale de 18 mois peut être renouvelée une fois⁴⁵⁸. Ainsi, des trois types de contrats à durée déterminée qui existaient initialement, la loi a fini par accepter 12 types de contrats, dont nous ne venons de citer que les plus importants.

Le salarié se trouve ainsi placé dans une situation de précarité et l'entreprise dispose à ce niveau d'un réel pouvoir, et plus la zone économique dans laquelle est située l'entreprise n'est pourvue, plus celle-ci dispose d'une marge de manœuvre importante sur les salariés, qu'elle peut faire tourner dans ses effectifs, en leur promettant le fameux contrat à durée indéterminée, sans jamais concrétiser sa promesse. L'entreprise peut ainsi tenir le salarié en état de totale dépendance pendant plusieurs années, avec bien entendu les risques et les conséquences que cela suppose⁴⁵⁹. Certes, le CDD ne peut durer plus de 18 mois, ne peut être renouvelé qu'une fois et entre deux CDD, une période d'interruption doit être prévue et respectée. À défaut, la requalification en CDI est encourue. En effet, la conclusion d'un nouveau CDD avec le même salarié n'est possible qu'en respectant un délai de carence correspondant, si c'est sur le même poste, à 1/3 de la durée du contrat venu à expiration, renouvellement inclus, lorsque celle-ci est égale ou supérieure à 14 jours. La période de carence est égale à la moitié de sa durée si le contrat initial, renouvellement inclus, est inférieur à 14 jours.

Si le salarié est nommé sur un autre poste, il faut également respecter un certain délai d'interruption qui doit être « suffisamment long ». Les juges apprécient ce délai au cas par cas, sans édicter de durée minimale. Mais il est certain que plus le délai appliqué se rapproche du délai de carence « légal », moins il encourt de contestation.

2.4.2. Le développement du recours au CDD au cours de la décennie 1982-1992

⁴⁵⁷ **Article L.1242-3** Outre les cas prévus à l'article L.1242-2, un contrat de travail à durée déterminée peut être conclu :
° Au titre de dispositions légales destinées à favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi ; Lorsque l'employeur s'engage, pour une durée et dans des conditions déterminées par décret, à assurer un complément de formation professionnelle au salarié.

⁴⁵⁸ On notera également le contrat de joueur professionnel qui est un contrat spécifique pour les joueurs et en particulier les participants à des jeux télévisés.

⁴⁵⁹ Le risque désormais clairement déterminé par la jurisprudence est le risque de requalification de la succession de contrats de travail à durée déterminée en un seul contrat à durée indéterminée avec l'ensemble des conséquences financières au niveau de la rupture.

L'année 1983 est en quelque sorte l'An 1 du contrat à durée déterminée nouvellement réglementé, dix ans après la création de la LPE et au début du mandat de François Mitterrand. Depuis lors, nous constatons une évolution régulière du recours à ce type de contrat. De 128.451 équivalents temps plein en 1986, nous passons à 232.009 en 1990. Par la suite, l'évolution se poursuit mais le nombre se stabilise sur la crête des 200 à 230.000 emplois équivalents temps plein. Il faut attendre 1995 pour dépasser notablement cette limite et monter brutalement à 287.000 emplois : à partir de cet instant la progression est continue. En 2000, le nombre de contrats à durée déterminée atteint 550.000 emplois en équivalents temps plein.

Si nous décomptons les CDD toutes catégories confondues (temps plein et temps partiel), les chiffres sont encore plus saisissants. De 319.000 en 1985, nous passons à 616.000 en 1993, date du retour au pouvoir de la droite libérale. En 1997, il existe 834.000 CDD toutes catégories confondues et la progression est donc de plus de 200.000 contrats en 4 années. Curieusement, le gouvernement de Lionel Jospin n'intervient pas au cours de la législature pour freiner ce recours de plus en plus massif à l'emploi précaire. Les CDD augmentent encore, passant de 890.000 toutes catégories confondues en 1998 à 950.000 en 2000⁴⁶⁰.

Certes, au terme de cette période dans le cadre de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, dite loi de modernisation sociale, plusieurs modifications vont apparaître. En effet, la prime de précarité payable par l'employeur au terme du CDD, qui était traditionnellement de 6 %, va passer à 10 % du montant total du salaire versé à l'intéressé sur l'ensemble de la durée de son contrat. De même, la loi impose qu'en cas de rupture du contrat à durée déterminée pour cas de force majeure, incendie par exemple, le salarié doit désormais percevoir l'ensemble de la rémunération due pour la durée du contrat. Ainsi, si le contrat est de 10 mois et que l'incendie intervient le premier mois, neuf mois de salaire seront dus par l'entreprise, l'indemnité de précarité de 10 % restant due elle aussi⁴⁶¹. Mais ne s'agit pas de l'effet d'une conviction : tout au plus cette concession constitue-elle une garantie pour le premier ministre

⁴⁶⁰ Nous avons évidemment remarqué le paradoxe de la concomitance entre l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1982 et le développement d'une réglementation spécifique pour un contrat totalement dérogeant aux grands principes qui ont toujours marqué cette école de pensée. Nous retrouvons le même paradoxe en 1997 puisque c'est précisément pendant la période du gouvernement Jospin que le recours aux CDD explose.

⁴⁶¹ Loi 2002-73 du 17 janvier 2002 : articles 214 et 129 modifiant les articles L.122-3-3-1 ancien et L.122-3-8 ancien du code du travail.

devenu candidat à l'élection présidentielle du ralliement de la gauche communiste à sa personne.

Qui put légitimement penser qu'à législation constante sur la protection de l'emploi, il était ainsi possible de dissuader l'entreprise de recourir au CDD ? Une pénalité correspondant en quelque sorte à une indemnité de licenciement avant le délai de deux ans, applicable à l'époque serait donc la solution. Certes, en 2002, le salarié n'a droit à une indemnité de licenciement, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, qu'au terme de deux années de présence révolues. Cette indemnité correspond au minimum à un dixième de mois par année de présence. Dans le cadre du contrat à durée déterminée, l'entreprise doit donc payer ce dixième à compter du mois de mars 2002, non pas calculé sur la période de présence, mais sur l'ensemble du montant des rémunérations perçues par le salarié pendant la durée du contrat. Le coût *ad futurum* progresse, mais certes pas dans des conditions dissuasives pour l'entreprise.

2.4.3. L'efficacité de la mesure de 2002

Il est intéressant de vérifier si ce type de mesure a eu une influence sur le nombre de contrats entre 2002 et 2017. L'examen des tableaux que nous avons pu consulter permet d'affirmer précisément le contraire. Nous notons que dans la même période, différents rapports qui sont remis au Premier ministre, dont le rapport rédigé par Monsieur de Virville, l'ancien directeur des ressources humaines de la société Renault, examinent le sort du contrat à durée déterminée. Le rapport de Virville prévoit de porter ce contrat à une durée de trois ans maximum au lieu des 18 mois prévus. Cette proposition, qui finalement n'a pas été suivie d'effet à moyen terme, pouvait-elle constituer un avantage notable pour l'entreprise ? Nous pouvons en douter sérieusement et ce, d'autant plus que cette période de trois ans aurait évidemment été clôturée par une lourde pénalité soit sous la forme d'un préavis, soit sous la forme de cette fameuse indemnité de précarité de 10 % calculée cette fois-ci sur 3 années de rémunération. En outre, la durée de trois ans nous semble excessive compte tenu du raccourcissement des cycles économiques.

La plupart des analystes de la condition de l'emploi se situent dans la ligne des propos de Margaret Maruani⁴⁶² : « *De fait, les emplois précaires sont devenus un préalable à l'embauche en même temps qu'un prélude au chômage. De plus en plus de recrutements se font d'abord sur une forme d'emploi instable (CDD ou intérim) ou limitée (travail à temps partiel), pour ensuite se prolonger, pour certains salariés, par une embauche ferme. Mais à l'inverse, en cas de retournement de conjoncture, ce sont les salariés instables qui, les premiers, font les frais des licenciements ou des arrêts d'embauche.* »

Ce type de conclusion occulte les éléments constitutifs du raisonnement de la firme, tels que nous les avons exposés et en particulier la problématique du coût. Il évacue le fondement économique de ce raisonnement et la pesanteur de la législation sur la protection de l'emploi. Certes, le premier terme de la proposition est exact : le CDD est devenu un préalable à l'embauche, il l'a toujours été dans certaines entreprises, mais il l'est de plus en plus. Dans d'autres cas, il est conçu comme une variable d'ajustement nécessaire au fonctionnement de l'entreprise sur des cycles de production très courts. Mais au-delà du constat, il est nécessaire de se demander pour quelle raison, dans la France des années 1980 et de façon de plus en plus fréquente sur les trente dernières années, dans d'autres pays tels que la Grande Bretagne ou les États-Unis, le contrat à durée déterminée est employé de façon systématique. Ce qui importe n'est pas le constat lui-même : c'est la cause du phénomène. Et la réponse est à la fois simple et imparable : le contrat à durée déterminée est moins rigide au regard des cycles de production, sa finitude rassure l'entreprise et en dépit de coûts *ex-ante* et *ex-post*, inférieurs aux coûts du CDI. Globalement, il est moins coûteux et moins risqué pour l'entreprise, car il évite les phases de contentieux, les phases de rupture difficiles et coûteuses.

2.4.4. Une tentative de renchérissement du coût du CDD (en 2002) et une tentative d'allègement des conditions de la rupture du CDI (en 2008)

Autant d'explications qui n'auraient pas dû échapper aux analystes et ce, d'autant plus que depuis 2008 et l'apparition de la rupture conventionnelle, le recours au CDD n'a pas ralenti, bien au contraire. Il y a donc du côté de l'entreprise une volonté réelle d'échapper aux lourdeurs juridiques et à leurs conséquences inéluctables : les coûts financiers, c'est à dire

⁴⁶² Margaret Maruani, *Les mécomptes du chômage*, Bayard 2003 page 81 et suivantes.

le renchérissement sur la durée d'une période d'emploi de la réalité du coût du travail d'un salarié.

La France a refusé d'admettre que les mécanismes mis en œuvre par la législation sur la protection de l'emploi depuis 40 ans n'étaient pas de nature à résorber le chômage et qu'il fallait inventer d'autres méthodes. Jusqu'à son dernier jour, le gouvernement de Lionel Jospin a cru en l'économie réglementée. Le 17 janvier 2002⁴⁶³, il augmente la prime de précarité payable par l'employeur au terme du CDD : elle passe ainsi de 6 à 10 % du montant total du salaire versé au salarié sur l'ensemble de la durée de son contrat.

L'idée est simple : pour dissuader l'entreprise de recourir au CDD, il faut simplement en renchérir le coût en imposant un supplément qui correspondrait en quelque sorte à une indemnité de licenciement avant le délai de deux ans. Chacun sait en effet, que le salarié n'a droit à son indemnité de licenciement au terme de deux années de présence dans l'entreprise. Cette indemnité correspond au minimum à un dixième de mois par année de présence. Désormais, l'entreprise paiera les 10 % (soit un dixième du montant du salaire versé sur l'ensemble de la durée du CDD) au terme de celui-ci. Ces mesures sont sans aucune influence sur le nombre des CDD. Elles renchérissement simplement le coût du travail et pèsent davantage sur les charges des entreprises et le prix de revient d'un produit ou d'un service. Les entreprises s'orientent donc vers d'autres stratégies de contournement de la rigidité et du coût du travail et organisent des délocalisations massives, en particulier dans le secteur secondaire. Il convient en outre de préciser que depuis le 1^{er} juillet 2013, un dispositif de majoration de la part des contributions d'assurance chômage à la charge des employeurs a été instauré en cas de recours au CDD conclu pour surcroît d'activité ou au CDD d'usage dont la durée est inférieure ou égale à 3 mois.

⁴⁶³ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, modifiant l'article L.122-3-4 alinéa 2 du code du travail, étant précisé qu'un accord collectif peut appeler au-delà des 10 %...

TABLEAU DES COUTS DE TRANSACTION			
Type de coûts	Coûts de gestion évités par l'entreprise qui contracte un CDD en passant par un tiers	Coûts de travail évités par l'entreprise qui recourt au CDD	Coûts pris en charge par l'entreprise utilisatrice
Ex-ante			
Recherche			
Sélection			
Visite médicale			
Vérification des compétences			
Rédaction de contrat et signature			
Ex-post			
Gestion des IRP			
Fonctionnement des IRP			
Gestion de carrière			
Maintien de l'employabilité			
Salaire, complément de salaire et charges afférentes			
Ad futurum			
Indemnité de licenciement			
Indemnité de préavis			
CP sur préavis			
Dommages et intérêts			
Pénalités administratives			
Frais de conseil			
Temps passé par le chef d'entreprise			
	Dimension du service RH		
	Gestion des procédures de licenciement		

Le gouvernement Jospin avait reçu de toute part des avis lui déconseillant de s'engager dans une telle voie. Il en était ainsi du rapport Pisani-Ferry et des travaux du Conseil d'analyse économique⁴⁶⁴ qui indiquaient clairement que les CDD constituent des instruments d'ajustement de l'emploi très important et qu'en les surtaxant, le gouvernement risquait de pénaliser l'emploi des jeunes et les emplois peu qualifiés. Ces avis n'ont pas été suivis.

3. Le rôle de l'ANPE et de Pôle Emploi en qualité d'interface technologiquement séparable

Pendant de longues années, la gestion des personnes en recherche d'emploi était partagée entre deux organismes : l'Unedic, institution paritaire chargée de l'indemnisation du chômage, créée en 1958, et l'Agence Nationale Pour l'Emploi, établissement public chargé de l'inscription et du suivi des demandeurs d'emploi créé en 1967. L'Unedic contribuait au financement de l'accompagnement des demandeurs d'emploi par l'ANPE. De son côté, l'ANPE avait en théorie le monopole du placement des demandeurs d'emploi.

⁴⁶⁴ Pisani-Ferry, *Les chemins du plein emploi*, rapport du conseil d'analyse économique, n°30, 2000.

L'ANPE recourt depuis plusieurs années au secteur privé pour que celui-ci soutienne le demandeur d'emploi dans son parcours dans le cadre de prestations de courte durée. À partir de 2005, l'ANPE perd le monopole du placement. En accord avec l'Unedic, l'ANPE demande alors à des opérateurs privés de réaliser non seulement de courtes prestations, pour soutenir les demandeurs d'emploi (prestations de méthode, d'évaluation et d'orientation) mais d'organiser des prestations plus longues, c'est-à-dire de véritables formations pour permettre le retour à l'emploi de l'intéressé avant la fin de la prestation.

Depuis sa création, l'ANPE était une interface importante pour l'entreprise dans le cadre de la phase précontractuelle, en raison-même de son monopole. Son impact était nécessairement limité sur les années 1967-1974, puisque le phénomène du chômage de masse n'avait pas encore atteint la France. Son rôle devient symptomatique à compter de 1974 lorsque la première crise du pétrole génère des effets destructeurs d'emplois. Il va grandissant avec la crise de l'automobile des années 1984, la fermeture des derniers bassins miniers, puis la reconversion des aciéries. L'économie française détruit plus d'emplois dans le secteur secondaire qu'elle n'en crée. Les années 1990-2000 voient se développer des délocalisations massives vers les pays de l'Est de l'Europe (pour l'industrie automobile par exemple) mais également vers le sud-est asiatique et le Maghreb. Le retour à l'emploi de salariés du secteur secondaire devient problématique, non seulement en raison de la rareté des emplois proposés, mais également en raison de la réduction de l'employabilité de ces salariés. La question de l'employabilité devient majeure. C'est également à ce niveau que l'ANPE est une interface importante pour l'entreprise.

3.1. La notion d'interface appliquée à l'ANPE

L'application à l'ANPE de la notion « d'interface technologiquement séparable » au sens de Williamson n'apparaît pas évidente au premier abord, sans doute parce qu'il s'agit d'un établissement public qui applique donc la politique de l'État régalien, alors que le monde de l'entreprise et du contrat de travail se situent dans une logique de droit privé, et en l'occurrence de droit du travail. L'ANPE peut donc apparaître comme ressortissant d'une logique qui échappe totalement aux règles de l'entreprise d'une part, et à celles du salariat d'autre part. L'établissement public ne dépend pas du marché. Il ne dépend pas structurellement, pour son fonctionnement ou son financement des deux parties au contrat de travail.

3.1.1. Les entreprises participent au financement de Pôle Emploi

Pôle Emploi est un établissement public administratif, opérateur de l'État, sur lequel la DGEFP exerce la tutelle administrative. À ce titre, celle-ci est membre des différentes instances de gouvernance de la structure (conseil d'administration, comité d'audit, comité d'évaluation, comité de suivi de la convention tripartite). Elle pilote les dispositifs de la politique de l'emploi mis en œuvre par Pôle emploi pour le compte de l'État (contrats aidés, contrats de transition professionnelle par exemple).

Mais l'État ne participe pas seul au financement de Pôle Emploi. En 2009, année de sa création, la subvention pour charges de service public représente un peu plus de 28% du budget de l'opérateur soit 1,36 milliard d'euros⁴⁶⁵. De son côté, **l'Unedic contribue à hauteur de 63%** de son budget par le versement d'une subvention. Celle-ci est au moins égale à 10% des contributions dues par les employeurs et salariés au titre de l'assurance chômage, soit trois milliards d'euros pour 2009. Et c'est ainsi qu'on établit le lien entre le financement réalisé par les entreprises, et donc le coût qui pèse sur elles de ce chef, et le fonctionnement de Pôle Emploi comme interface technologiquement séparable.

3.1.2. Rappel de l'impact du financement global de l'Unedic sur le coût du travail dans l'entreprise

Les rémunérations soumises à contributions sont plafonnées à 4 fois le montant du plafond de la sécurité sociale (13 076 € par mois pour l'année 2017). Ces contributions sont dues pour tous les salariés du secteur privé, quel que soit leur âge, à l'exception des cas d'exonération prévus par la loi. Le taux des contributions générales à l'assurance chômage est fixé à 6,40% dont il convient de rappeler que 4,00% sont à la charge des employeurs et 2,40% à la charge des salariés (hors le cas spécifique des intermittents du spectacle).

La contribution était fixée à l'origine à 1 % du salaire versé, dont 80 % à la charge de l'entreprise et 20 % à la charge du salarié. Le système fonctionne tellement bien (en dépit

⁴⁶⁵ Par ailleurs, l'établissement bénéficie de financements complémentaires, pour un montant de 400 millions d'euros, au titre du plan de relance engagé par l'État pour l'accompagnement des bénéficiaires des dispositifs CRP et CPT, et la prise en charge des contrats aidés de l'opérateur. Enfin, dans le cadre de financements indirects, il est à souligner que l'État a transféré à ce dernier l'ensemble du patrimoine immobilier (115.000 m²) et mobilier de l'ANPE, ainsi que son fonds de roulement (190 millions d'euros).

du retour des rapatriés d'Algérie) que la cotisation obligatoire est réduite à 0,20 % du salaire. Les cotisations remontent à partir de 1968 : 0,35 % en 1968 puis 0,40 % en 1969.

Le système de l'indemnisation du chômage est cogéré par les partenaires sociaux, sous l'œil vigilant de l'État. À la fin des années soixante-dix, le gouvernement, en l'occurrence celui de Raymond Barre, considère que le système n'est plus suffisamment performant au regard des nouvelles contraintes de l'économie. Le 27 avril 1978, il demande aux partenaires sociaux de modifier les règles d'indemnisation. Le 5 décembre 1978, les négociations échouent. Il faut trois mois complémentaires et la menace d'une loi spécifique pour qu'un nouvel accord soit conclu entre l'Unedic et l'État. Le taux de 1 % de 1958 est largement dépassé, et les représentants des entreprises considèrent que le financement de l'Unedic impacte de façon trop importante le coût du travail⁴⁶⁶.

Le CNPF (l'ancêtre du Medef), alors dirigé par François Ceyrac, exige qu'au-delà de 3 %, la part respective des entreprises et des salariés soit fixée à 60 % pour les premières et 40 % pour les seconds. D'avril 1979 à novembre 1982, la cotisation chômage a donc été portée à 2,76 % pour les entreprises et à 0,84 % pour les salariés⁴⁶⁷.

C'est à partir de 1982 que le poids du financement de l'Unedic s'accroît à la fois sur les entreprises et sur les salariés, en privant les uns d'un complément de marge et les autres du salaire disponible. Un décret de la fin de l'année 1982 porte le taux des contributions de 3,6 % à 4,8 %⁴⁶⁸. Le patronat français considère que la dimension du chômage est devenue d'une telle ampleur que l'État devrait assumer seul la charge de l'indemnisation sur une base fiscale, c'est-à-dire pesant sur l'ensemble de la collectivité. Le 1^{er} juillet 1983, les partenaires sociaux n'ayant pu se mettre d'accord, le gouvernement augmente le taux de la contribution à 5,8 % soit 4,08 % à la charge des entreprises et 1,72 % à celle des salariés. On est très loin des 3 % plafond annoncés par François Ceyrac, et les représentants patronaux démissionnent du conseil d'administration de l'Unedic en signe de protestation.

⁴⁶⁶ Elle est aujourd'hui à 2,40 % pour les salariés et 4,05 % pour les entreprises. Pour les salariés, elle a triplé en 35 ans. Pour les entreprises, elle a approximativement doublé (de 2.76 à 4.05 %).

⁴⁶⁷ Le seuil des deux millions de chômeurs est franchi à l'automne 1981. En un an, les dépenses d'indemnisation passent de 33 à 54 milliards de francs. Le gouvernement Mauroy décide une contribution de solidarité de 1 % qu'ont supporté les 4.500.000 agents de l'État, des collectivités locales et des entreprises publiques. Il a fallu émettre un emprunt de 6 milliards et imposer un impôt de solidarité -appliqué aux hauts revenus- qui devait également rapporter 6 milliards.

⁴⁶⁸ En désaccord avec cette décision, le 16 novembre 1982, le patronat dénonce les conventions du 31 décembre 1958 et du 27 mars 1979. Elles seront cependant prolongées, par étapes successives, jusqu'au 31 mars 1984.

3.2. Le rôle de formation de Pôle Emploi

Mais l'ANPE (devenue Pôle Emploi après 41 ans d'activité)⁴⁶⁹ intervient dans le processus de formation du contrat auquel prétend le demandeur d'emploi puisqu'elle (et il) assure la formation du demandeur d'emploi. Il contribue donc au maintien de son employabilité pendant la période de chômage. Elle évite ainsi à l'entreprise d'exposer des dépenses importantes de formation, et doit, en théorie du moins, lui permettre de trouver sur le marché du travail des salariés formés et adaptés à ses besoins.

Il serait possible de prétendre que l'ANPE devenue Pole Emploi assure dès lors le rôle naturellement dévolu à la puissance publique dans la formation des citoyens, comme le fait l'Éducation nationale dans la phase première de la formation. Mais cette analyse est inexacte pour deux raisons. D'une part, la formation première est effectivement dispensée à l'ensemble de la population alors que la formation professionnelle dispensée par le Pôle Emploi ou les organismes qui s'y rattachent ne concerne que les demandeurs d'emploi. Et surtout, les entreprises contribuent directement au fonctionnement du Pôle Emploi par l'intermédiaire des prélèvements obligatoires qui sont calculés sur les salaires de l'ensemble du personnel.

Pour avoir une idée plus précise de la contribution puis du Pôle Emploi grâce à ses 900 agences et ses 50.000 salariés, il est nécessaire d'approfondir l'analyse. Ces actions sont parfois des actions simples de retour à l'emploi offertes aux salariés chômeurs de courte durée. Il peut s'agir d'actions plus approfondies et plus longue après une période durant laquelle ils ont été éloignés du monde du travail, ce qui a pu les rendre quasiment inemployables. Les actions se distinguent entre courte, moyenne et longue durée. Les prestations de durée moyenne, c'est-à-dire au moins égales à 3 mois sont au nombre de 522.000 en 2010, descendent à 436.000 en 2011, puis plongent à 274.000 en 2012. Après avoir atteint un point bas à 239.875 en 2013, elles remontent sur 2014 et 2015⁴⁷⁰. Ces chiffres démontrent l'impact réel de Pôle Emploi sur le monde du travail et l'employabilité des demandeurs d'emplois qui se présentent à l'embauche.

⁴⁶⁹ Loi 2008-126 du 13 février 2008. Le nouvel organisme est opérationnel à compter du 1^{er} janvier 2009.

⁴⁷⁰ Statistiques issues du rapport de la Cour des Comptes Le recours par Pôle Emploi aux opérateurs privés pour l'accompagnement et le placement des demandeurs d'emploi, mai 2014, p. 7.

Dans les années 1980-1990, l'opérateur public était réticent à recourir à des intervenants privés. Il obtenait dans l'exercice de cette mission des résultats qui étaient tout à fait significatifs, mais face à la montée du chômage qui caractérise les années 2010 à 2015, il n'est plus en mesure de faire face à la tâche. En effet, il ne dispose pas en interne de toutes les compétences nécessaires à l'accompagnement de toutes les catégories de demandeur d'emploi⁴⁷¹. C'est dans ces conditions que Pôle Emploi décide de s'adresser aux opérateurs privés, du moins pour les chômeurs qui sont depuis peu de temps en recherche d'emploi : l'idée du conseil d'administration de Pôle Emploi est de conserver en interne l'accompagnement des chômeurs les plus difficiles à réinsérer dans le cadre d'une activité professionnelle. Il estime que la compétence de ses agents peut faire la différence sur ce type de public. Cet accompagnement dit renforcé constitue un coût important : compte tenu de la masse des individus passant par cette étape, il doit également constituer un avantage notable pour les firmes en recherche d'emploi⁴⁷².

C'est dans ces conditions qu'après plusieurs dispositifs, l'opérateur public va se fixer sur le fameux PPAE (Projet Personnalisé d'Accès à l'Emploi)⁴⁷³, qui se présente comme une sorte de contrat passé entre le demandeur d'emploi et Pôle Emploi, contrat suivi directement par les conseillers, ou bien suivi en cotraitance avec des réseaux classiques tels que celui des missions locales ou encore en sous-traitance avec des opérateurs privés⁴⁷⁴. Le PPAE est donc conclu directement entre l'opérateur public et le salarié. Il échappe totalement à la sphère de l'entreprise privée, qui reste cependant sa référence. Mais il n'est resté pas moins dans la logique de l'interface essentielle à la conclusion d'un nouveau contrat de travail. Et nous devons rappeler qu'une partie du coût de ces opérations est pris en charge par l'entreprise dans le cadre des cotisations obligatoires.

⁴⁷¹ *Op. cit.* p. 9.

⁴⁷² Voir dans ce sens Conseil d'analyse économique, Plein emploi, annexe Accompagnement des chômeurs et sanctions, leurs effets sur le retour à l'emploi-2000 et L'accompagnement des demandeurs d'emploi : enseignement des évaluations, par G. Parent, O. Sautory et R. Desplatz, document d'étude de la Dares, n° 178 décembre 2013.

⁴⁷³ Le Projet Personnalisé d'Accès à l'Emploi définit la nature et les caractéristiques de l'emploi ou des emplois recherchés, la zone géographique privilégiée et le niveau de salaire attendu par le demandeur d'emploi, en tenant compte des critères suivants : formation, qualifications, connaissances et compétences acquises au cours des expériences professionnelles, situation personnelle et familiale, situation du marché du travail local. Le PPAE détermine également les actions que Pôle Emploi s'engage à mettre en œuvre pour permettre un retour à l'emploi dans les meilleurs délais, ainsi que les actions à la charge du demandeur d'emploi et leur planning : évaluation de vos compétences, recherche d'emploi, formation, accompagnement, etc. Le Projet Personnalisé d'Accès à l'Emploi est actualisé périodiquement afin d'accroître les perspectives de retour à l'emploi.

⁴⁷⁴ La sous-traitance fait appel à la concurrence, selon une procédure formalisée de marché.

Les deux options présentent évidemment un intérêt dans le cadre de cette réflexion. Le cadre de l'opérateur public est classique. Mais le recours au secteur privé par l'externalisation des prestations l'est également, étant souligné que cette externalisation était fréquente au Royaume Uni ou en Allemagne. En France, l'opérateur public travaillait avec des structures telles que l'AFPA ou l'Apec, traditionnellement proches de lui, mais également des cabinets de reclassement, des entreprises de travail temporaire et des organismes de formation. En 2013, ces prestataires les plus importants en fonction des parts de marché sont respectivement la société Adecco, l'AFPA, les sociétés Aksis, Altedia, Arcade-Anveol et la société C3 Consultants⁴⁷⁵.

Pour avoir une idée de l'importance, à la fois numérique et financière de ces interventions, il convient de souligner qu'en 2013, Pôle Emploi a financé 145.000.000 € de formations, générant 240.000 prestations longues, dont 140.000 d'une durée au moins égale à 6 mois⁴⁷⁶. Les statistiques relevées par la Cour des Comptes mentionnent que ce sont 10% des demandeurs d'emploi inscrits en catégorie A, B ou C⁴⁷⁷ ayant bénéficié d'un accompagnement renforcé par un opérateur privé, 10 % des demandeurs d'emploi des catégories A, B, ou C depuis plus d'un an, soit 2,2 millions de personnes.

On note qu'en 2008, la courbe du chômage concernant les chômeurs de catégorie A et B est redescendue à environ 2.500.000 personnes. Elle remonte à près de 4.000.000 en juillet 2013. Quant aux chômeurs toutes catégories, s'ils se situaient en dessous des 3.500.000 personnes sur cette même période de janvier à juillet 2008, ils atteignaient les 5.500.000 personnes en juillet 2013. Et pourtant, comme le note la Cour des Comptes dans ce rapport particulièrement instructif sur ces éléments : « *sur la période 2009-2013, en moyenne seulement 150.000 demandeurs d'emploi par an ont participé à une prestation de placement d'une durée au moins égale à six mois réalisée par un opérateur privé (...). Les prestations les plus prescrites ont été les prestations de trois mois, mais leur nombre est en baisse très sensible depuis 2009 et surtout depuis 2011.* »⁴⁷⁸ La Cour des Comptes met en cause les

⁴⁷⁵ Le recours par Pôle Emploi aux opérateurs privés pour l'accompagnement et le placement des demandeurs d'emploi, mai 2014, p. 21.

⁴⁷⁶ *Op. cit.*, p.22.

⁴⁷⁷ Demandeurs d'emploi sans activité, catégorie A, avec activité réduite de moins de 72 heures par mois, catégorie B, ou de plus de 78 heures par mois, catégorie C.

⁴⁷⁸ *Op. cit.*, p. 31.

restrictions budgétaires, les délais de mise en place des nouveaux marchés mais également une certaine méconnaissance des dispositifs par les propres salariés de Pôle Emploi, voire une certaine réticence à mettre en œuvre ces dispositifs⁴⁷⁹.

Pour terminer cette analyse du rôle de Pôle Emploi en qualité d'interface technologiquement séparable, pour reprendre la formule williamsonnienne, on notera donc que désormais celle-ci est évidemment totalement liée au rôle des opérateurs privés dont on a déjà vu, pour certains d'entre eux, l'importance, dans le cadre de la structuration de l'emploi intérimaire ou du contrat à durée déterminée.

En revanche, on doit également noter que le système français, après plusieurs années de résistance, en vient à suivre les exemples allemands (avec l'agence fédérale du travail, la *Bundesagentur für Arbeit* ou britannique avec le *Department for Work and Pensions*, qui tous deux, depuis longue date, sous-traitent à des opérateurs privés.

Aujourd'hui, la rémunération des opérateurs privés est composée d'une partie fixe, qui n'est versée que si le demandeur d'emploi a suivi la prestation dans son intégralité, et d'une part variable qui est versée en deux temps. Le premier temps est atteint lorsque le demandeur d'emploi a signé un contrat de travail qui permet de le classer dans les sorties positives. La seconde fraction est versée si le maintien dans l'emploi est constaté trois ou six mois après la reprise de l'emploi. Cette méthode de rémunération est objectivement inspirée de ce qui se produit à l'étranger où la part variable est plus importante qu'en France⁴⁸⁰.

CHAPITRE CINQUIÈME

⁴⁷⁹ Les dispositifs sont pourtant relativement calibrés, puisque l'on en distingue 5 différents concernant les licenciés économiques (accompagnement de 12 mois), les cadres dans le cadre du dispositif Atoucadre de 9 mois, les publics très éloignés de l'emploi dans le cadre du dispositif MOB/MOV de 6 mois, le dispositif TRA/TVE de six mois et enfin le dispositif Cible Emploi de 3 mois. Sur l'ensemble de la période 2009 à 2013, les chiffres des prestations d'accompagnement sous-traité passent de 516.413 en 2009 à 522.072 en 2010 pour redescendre à 230.875 en 2013. En revanche, l'accompagnement d'au moins six mois demeure relativement stable, se situant pour l'année la plus basse à 128.899 formations contre 172.164 pour l'année la plus haute, les trois autres années de l'échantillon se situant autour de 145.000 accompagnements en moyenne.

⁴⁸⁰ Rapport de la Cour des Comptes, *op. cit.*, p. 63 et 64 avec citation des exemples britanniques, australiens, allemands et hollandais.

L'IMPACT DES COÛTS DE TRANSACTION SUR LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES : L'APPROCHE D'HENRI MAHÉ DE BOISLANDELLE

Dans le cadre de notre recherche, nous avons retrouvé ce qui doit constituer la première tentative française d'application de la théorie des coûts de transaction au système français des relations du travail dans l'entreprise. Il s'agit d'écrits d'Henri Mahé de Boislandelle datant de 1993⁴⁸¹. L'auteur se situe d'emblée dans la logique de Williamson et admet la possibilité d'appliquer la théorie des coûts de transaction à la gestion des ressources humaines. Sa position est en partie déterminée par le caractère spécifique des actifs humains : « *Lorsqu'une transaction implique des investissements particuliers (ad hoc), en équipement ou en capital humain, dont le transfert dans un autre usage conduirait à une perte de valeur d'échange (problème des désinvestissements et des déqualifications), les parties concernées auront intérêt à s'assurer une relation durable par contrat. Plus encore, les spécificités des actifs, notamment humains, induisent les comportements de surenchère (opportunisme) lors de la négociation si aucune alternative à court terme n'est possible pour le destinataire de la prestation (cas de la dépendance)* »⁴⁸².

1. Une approche originale dans la logique de la théorie des coûts de transaction

L'auteur raisonne à l'instar de la Cegos dans son document fondamental de 1937. Il débute son analyse par un recensement systématique des coûts auxquels est confronté le gestionnaire en ressources humaines ou le dirigeant de la firme. Même si nous ne validons pas l'ensemble de cette présentation, nous avons estimé nécessaire de la rappeler, parce

⁴⁸¹ Henri Mahé de Boislandelle, *AGRH 1993*-Jouy en Josas p. 248 et suivantes.

⁴⁸² *Op. cit.*, p. 250.

qu'historiquement (elle date de 25 ans), elle est première, mais qu'en outre, elle est résolument novatrice au regard des postures classiques des juristes ou des managers.

Henri Mahé de Boislandelle explique qu'une politique de gestion des ressources humaines se ramène schématiquement à quatre grands axes de décision qui se combinent entre eux et portent sur l'emploi, la rémunération, la valorisation, la participation. C'est le tableau qu'il dresse des différentes rubriques qui nous intéresse au premier chef.

1.1. Les coûts afférents au contrat de travail

Concernant l'emploi, cet enseignant distingue les coûts de recrutement et de séparation, qui constituent deux sous-groupes eux-mêmes constitués d'une succession d'éléments. Nous allons reprendre ces quatre rubriques afin d'en analyser le contenu. Pour que le tableau soit parfaitement lisible, nous avons distingué en italiques, sans les guillemets de citation, le texte original de l'auteur et nous avons ajouté en caractères bâton nos commentaires et nos ajouts. Les coûts que nous retenons sont soulignés en double.

1.1.1. Emploi, phase recrutement

- Coût de prospection (annonces...) : il s'agit des coûts classiques désormais réduits par le recours à Internet,
- Coût d'entretien et d'entrevue : ils résultent des démarches menées directement par la firme, par le service RH,
- Coût de sélection : ils résultent des démarches menées directement par la firme,
- Coût de recours à un cabinet de recrutement ou de chasseur de têtes : coûts de la sous-traitance.

Nous admettons l'ensemble de ces coûts qui sont classiques.

1.1.2. Emploi, phase séparation

- Coût de séparation brutale ou prématurée : indemnités de préavis et de licenciement, auquel nous ajoutons les dommages et intérêts, étant souligné que Mahé de Boislandelle ne mentionne pas ces éléments. Ce sont les coûts afférents au licenciement pour cause réelle et sérieuse ou encore les coûts d'une rupture conventionnelle. Il s'agit dans notre recherche d'une partie des « coûts occultés »,
- Coûts psychologiques et sociaux dans l'entreprise : coûts à calculer, mais que nous n'incluons pas dans notre conception du coût du travail,

- *Coûts liés à l'impact sur l'image sociale de l'entreprise* : coûts à calculer, mais que nous n'incluons pas dans notre conception du coût du travail,
- *Coûts liés à la dégradation éventuelle du climat social* : coûts à calculer, mais que nous n'incluons pas dans notre conception du coût du travail.

En conclusion, nous ne prenons en compte sur la première rubrique qui correspond pour partie aux « coûts occultés ».

1.1.3. Rémunération, Salaires

- Charges sociales et parafiscales diverses,
- Primes diverses, productivité, ancienneté, etc.,
- Intéressement - participation financière.

Nous admettons l'ensemble de ces coûts qui sont classiques. La rubrique numéro 3 correspond en partie à notre définition des « coûts occultés ».

1.1.4. Valorisation

- Dépenses d'accueil et d'intégration,
- Dépenses de formation initiale et d'adaptation,
- Coût d'adaptation et d'intégration à un poste, à une équipe ou à un service,
- Coûts liés à l'amélioration des conditions de travail, d'hygiène et de sécurité,
- Coûts liés aux entretiens d'appréciation destinés à rationaliser les promotions et les rémunérations,
- Gestion des carrières.

Nous considérons qu'il s'agit de coûts RH, mais qui dépendent de la décision du chef d'entreprise dans la logique de ses choix. Ils ne dépendent pas de la simple présence du salarié dans l'entreprise. Nous ne les intégrons pas dans notre définition.

1.1.5. Participation

- Dépenses d'information et de communications diverses,
- Dépenses liées à l'animation des instances représentatives du personnel,
- Crédit d'heures accordé aux instances représentatives du personnel.

Nous admettons l'ensemble de ces coûts qui sont intégrés dans notre définition des « coûts occultés ».

Nous notons que les coûts de participation tels qu'ils sont définis ne concernent pas la loi sur l'intéressement et la participation qui est en l'état, absente de la réflexion de l'auteur. Elle concerne la participation au sens de Durand (Durand, 1945), ce que nous appelons quant à nous les frais de fonctionnement des IRP.

Nous reprenons ces éléments dans le tableau suivant. Nous avons grisé dans le tableau l'ensemble des sous-rubriques qui ne correspondent pas à notre propre analyse et dont le coût ne peut être, à notre sens, inclus dans le coût du travail.

Recrutement	Séparation	Rémunération	Valorisation	Participation
<u>Coût de prospection (annonces...)</u>	<u>Coût de séparation brutale ou prématurée</u> (indemnités de préavis et de licenciement, auquel nous ajoutons les dommages et intérêts, étant souligné que Mahé de Boislandelle ne mentionne pas ces éléments)	Salaires	Dépenses d'accueil et d'intégration	<u>Dépenses d'information et de communication diverse</u>
<u>Coût d'entretien et d'entretien menés directement par la firme</u>	Coûts psychologiques et sociaux dans l'entreprise	Charges sociales et parafiscales diverses	Dépenses de formation initiale et d'adaptation	<u>Dépenses liées à l'animation des instances représentatives du personnel</u>
<u>Coût de sélection menée directement par la firme</u>	Coûts liés à l'impact sur l'image sociale de l'entreprise	Primes diverses, productivité, ancienneté etc...	Coût d'adaptation et d'intégration à un poste, à une équipe ou à un service	<u>Crédit d'heures accordé aux instances représentatives du personnel</u>
<u>Coût de recours à un cabinet de recrutement ou de chasseur de tête (sous-traitance)</u>	Coûts liés à la dégradation éventuelle du climat social	Intéressement - participation financière	Coûts liés à l'amélioration des conditions de travail, d'hygiène et de sécurité Coûts liés aux entretiens d'appréciation destinés à rationaliser les promotions et les rémunérations	

En nous arrêtant à ce premier tableau, nous constatons qu'en dépit de son aspect assez simplifié, il indique un certain nombre des éléments que nous pouvons retenir dans notre nomenclature. Mais l'auteur ne les qualifie pas de la même façon et surtout, il ne souligne ni leur inclusion dans le coût du travail -ou les frais généraux- ni leur importance relative ou non dans ce coût.

1.2. Les coûts de gestion

Le professeur Mahé de Boislandelle approfondit son analyse et établit ensuite une nomenclature des coûts. Mais il sort du strict périmètre du contrat de travail pour aborder l'ensemble des coûts RH envisagés globalement. De cette façon, il distingue trois catégories

de coûts : les coûts de gestion du personnel, les coûts de management des ressources humaines et les coûts de gestion des dysfonctionnements.

1.2.1. Les coûts de gestion du personnel

Nous les avons repris avec les mêmes critères de reconnaissance que ceux précisés ci-dessus.

- *Dépenses requises pour assurer l'administration du personnel (calcul de la paie, tenue de fichiers, déclarations administratives, gestion des effectifs),*
- *Coût du personnel affecté à l'administration du personnel stricto sensu,*
- *Dépense de documentation et mise à jour en matière de droit social et de droit du travail,*
- *Dépense d'acquisition des logiciels de GRH,*
- *Dépenses liées à des sanctions éventuelles par méconnaissance de la législation, suite à des contentieux prudhommaux,*
- *Coûts liés au franchissement des seuils locaux et fiscaux (10, 50, 300, etc...),*
- *Coûts de gestion prévisionnelle des ressources humaines,*
- *Coûts de confection des tableaux de bord sociaux,*
- *Coûts de diagnostic et de suivi social,*
- *Coûts d'introduction de nouveaux outils en gestion sociale.*

Nous admettons ce que l'auteur appelle les « dépenses liées à des sanctions éventuelles », et les « coûts de franchissement des seuils sociaux ». Nous les qualifions de « coûts occultés » et en particulier de coûts différés exceptionnels, liés à la requalification de la rupture et aux sanctions de toute nature qui peuvent être imposées à l'entreprise par le conseil des prudhommes. Il peut s'agir en effet des sanctions administratives. Elles peuvent cependant inclure également les coûts différés obligatoires, si le processus de sanction est limité à la requalification sur le terrain de la cause réelle et sérieuse, et non sur l'absence de cause. Mais il ne s'agit pas seulement, à proprement parler d'une méconnaissance de la législation. Il peut s'agir d'un conflit de logique sur la cause. Nous remarquons à cet égard que le professeur Mahé de Boismandelle se situe bien dans une logique RH et non pas dans une logique prudhommale. Il ne raisonne pas sur la base des trois garanties.

1.2.2. Les coûts de management DRH

- *Coût de coordination des individus et des groupes par l'encadrement,*
- *Coût de préparation des décisions relatives au management des ressources humaines,*
- *Coût de gestion d'un système de surveillance intégrant des sanctions et des récompenses.*

Nous ne les intégrons pas dans notre définition. Mais nous notons que le professeur ne mentionne pas les coûts RH relatifs à la gestion des contentieux prudhommaux ou à la gestion des IRP. Or il s'agit précisément de coûts que nous intégrons dans notre nomenclature, à moins qu'il n'ait considéré qu'ils étaient intégrés dans la seconde rubrique à savoir les « couts de préparation des décisions relatives au management des ressources humaines ». Mais il ne semble pas que ce soit le cas.

1.2.3. Les coûts de gestion des dysfonctionnements

- *Coût des accidents du travail,*
- *Coûts liés à l'absentéisme,*
- *Coûts liés à des baisses de productivité,*
- *Coûts liés à des baisses de qualité,*
- *Coûts liés au turn-over,*
- *Manque à gagner lié aux périodes d'essai,*
- *Coûts destinés à améliorer l'image sociale de l'entreprise,*
- *Coûts destinés à préserver ou à améliorer le climat social.*

Nous ne les intégrons pas dans notre définition, à l'exception des coûts destinés à préserver le climat social, que nous qualifions de « coûts de confort ».

Nous avons repris ces rubriques de coût et nous les avons intégrées dans ce tableau récapitulatif. Cette-fois ci, nous avons souligné les seuls éléments de coûts que nous retrouverons dans notre nomenclature :

Coûts de gestion du personnel	Coût de management DRH	Coût de gestion des dysfonctionnements
Dépenses requises pour assurer l'administration du personnel (calcul de la paye, tenue de fichiers, déclarations administratives, gestion des effectifs)	Coût de coordination des individus et des groupes par l'encadrement	Coût des accidents du travail
Coût du personnel affecté à l'administration du personnel <i>stricto sensu</i>	Coût de préparation des décisions relatives au management des ressources humaines	Coûts liés à l'absentéisme
Dispense de documentation et mise à jour en matière de droit social et de droit du travail	Coût de gestion d'un système de surveillance intégrant des sanctions et des récompenses	Coûts liés à des baisses de productivité
Dépense d'acquisition des logiciels de GRH		Coûts liés au turn-over
<u>Dépenses liées à des sanctions éventuelles par méconnaissance de la législation, suite à des contentieux prudhommaux</u>		Manque à gagner lié aux périodes d'essai
<u>Coûts liés au franchissement des seuils locaux et fiscaux (10, 50, 300 etc...)</u>		Coûts destinés à améliorer l'image sociale de l'entreprise
Coûts de gestion prévisionnelle des ressources humaines		<u>Coûts destinés à préserver ou à améliorer le climat social</u>
Coûts de confection des tableaux de bord sociaux		
Coûts de diagnostic et de suivi social		
Coûts d'introduction de nouveaux outils en gestion sociale		

Pour terminer son propos, l'auteur expose qu'en fait l'ensemble de ces coûts peut être distingués en trois catégories majeures :

- **Les coûts d'acquisition**, que Williamson appelle les coûts ex-ante ;
- **Les coûts de conservation**, qu'il qualifie de coûts de régulation qui en fait sont des coûts ex-post ;
- **Les coûts de séparation**, que nous avons nous aussi distingués et différemment qualifiés, puisqu'il s'agit des coûts de rupture que nous intégrons dans les coûts occultés avec deux qualificatifs : différés obligatoires et différés exceptionnels.

2. Analyse critique de cette présentation

L'exercice réalisé par l'auteur est constructif dans le cadre de notre propre réflexion, il ne la recouvre pas. Henri Mahé de Boislandelle reste concentré sur la constitution d'un appareil optimal pour gérer les ressources humaines et il laisse de côté la problématique des coûts, pourtant sous-jacente. Il s'agit d'ailleurs d'une attitude que nous retrouvons dans la quasi-totalité des travaux de recherche que nous avons abordés dans le domaine des ressources humaines. Le coût du travail n'est pas traité frontalement, et les outils qui sont utilisés ou mis en exergue n'ont pas une utilité directe pour l'analyse de coût. En l'occurrence, l'auteur

se lance dans la problématique du coût, mais essentiellement celle du coût de gestion du service des ressources humaines.

Pour appréhender parfaitement le phénomène, nous allons reprendre ce tableau de coûts et nous allons l'expurger d'un certain nombre d'éléments qui ne correspondent pas à la problématique telle que nous la définissons. Nous avons noté que l'auteur rassemble les cinq rubriques du premier tableau en trois rubriques de coûts qu'il appelle coûts d'acquisition, de séparation et de régulation, reprenant ainsi les terminologies classiques (*ex-ante* et *ex-post*), le terme *ex-post* comprenant à la fois la régulation et la séparation.

Tout d'abord, **au niveau des coûts d'acquisition** -coûts *ex-ante* ou coûts d'élaboration du contrat de travail, qui se terminent par la signature du contrat et la déclaration unique d'embauche-, l'ensemble des coûts recensés par Mahé de Boilandelle sont parfaitement admissibles.

En revanche, les éléments qu'il retient pour évaluer **les coûts de séparation** ne peuvent être retenus qu'en ce qui concerne « *le coût de séparation brutale* ». Nous qualifions quant à nous ce coût de « *coûts différés obligatoires* » (indemnités de préavis et de licenciement outre les congés payés sur le préavis) et de « *coûts différés exceptionnels* » comprenant les dommages et intérêts et l'ensemble des pénalités accessoires telles que le remboursement à hauteur de 6 mois de Pôle Emploi. Ce sont des coûts directs de séparation, qui entrent dans la logique de Williamson et sont très pénalisants pour l'entreprise. Dans un tableau tel que celui que nous examinons, ils devraient donc être détaillés, surtout en plein milieu des années quatre-vingt-dix alors que la pénalité Delalande par exemple est au summum de son emploi et de ses effets.

Les coûts psychologiques et sociaux, les coûts liés à l'impact de l'image sociale de l'entreprise ou liés à la dégradation du climat social sont des aspects qui, tout en étant intéressants, se situent certes dans le périmètre d'action de la direction des ressources humaines, mais ils ne peuvent être mêlés aux coûts du travail eux-mêmes. Ces aspects ressortent du risque d'entreprise et impactent les frais généraux, au niveau des services qui, au-delà de la DRH, peuvent intervenir sur ces postes.

Désormais, qu'en est-il **des coûts de régulation** ? Dans le premier tableau, ils correspondent aux coûts de valorisation et de participation. Pour nous, ces coûts ne peuvent entrer dans les

coûts du travail qui sont liés spécifiquement à la présence du personnel dans l'entreprise et non aux décisions de gestion du chef d'entreprise concernant l'affectation de ce personnel sur tel ou tel poste, ses initiatives concernant son plan de carrière, etc. Nous avons considéré par définition que ces postes devaient se retrouver dans les frais généraux de l'entreprise et non dans le coût du travail d'un salarié *stricto sensu*.

Cette incise nous permet de reprendre un instant notre analyse concernant les six postes qui figurent dans le premier tableau sous les rubriques « *valorisation* » et « *participation* », à l'exception du poste « *crédit d'heures accordé aux instances représentatives du personnel* » et « *dépenses liées à l'animation des instances représentatives du personnel* ». Des postes tels que « *dépenses d'accueil et d'intégration* » ou dépenses de formation initiale ne ressortent pas de la présence du salarié, contrairement à l'apparence. Ils ressortent du choix du chef d'entreprise qui va sélectionner un salarié formé ou non formé, pour des raisons qui lui sont propres. Soit il recrute un lasériste éprouvé qui va demander un salaire de 2.500 € net et plus pour optimiser le fonctionnement d'un appareil de découpe laser, soit il embauche un jeune salarié sortant du bac avec une rémunération de 1.800 € net. Dans ce dernier cas, il y aura effectivement une nécessité d'adaptation et de formation complémentaire, mais celle-ci est bien la conséquence du choix réalisé lors de l'embauche. Nous considérons donc que les dépenses d'accueil et d'intégration, les dépenses de formation initiale et d'adaptation, le coût d'adaptation et d'intégration à un poste, les coûts d'hygiène et de sécurité, le coût des entretiens et le coût de gestion des carrières sont totalement inhérents non pas à la seule présence du salarié dans l'entreprise, mais aux conditions de gestion et au choix qui a été réalisé par l'entreprise et fixé lors de l'embauche du salarié. Ainsi, si ce choix est optimum, il est évident que des coûts de formation initiale ou d'adaptation, ou encore d'intégration au poste, seront minimes, voire inexistants.

L'approche par Mahé de Boislandelle de la « *rémunération* » pose également une difficulté même si nous validons les quatre éléments qu'il a retenus dans son tableau. En effet, nous considérons que le coût de séparation brutale ou prématurée qui est mentionné au paragraphe « *emploi* » doit être déplacé au paragraphe « *rémunération* » et qu'il doit être réintégré dans la rémunération du salarié sur l'ensemble de la période de son contrat de travail. Elle doit être bien entendu complétée par l'ensemble des dispositifs qui figurent dans la nomenclature que nous proposons dans cette recherche.

Concernant le coût de participation, nous admettons dans le coût du travail les deux postes relatifs à la gestion des IRP, à l'exclusion de celui qui concerne les dépenses globales d'information.

3. La problématique de la gestion du personnel

Mahé de Boislandelle relève 10 coûts spécifiques concernant la gestion du personnel. Ces coûts sont afférents au fonctionnement d'une direction particulière de la firme qui est la direction des ressources humaines. Toute entreprise se doit de mettre en œuvre une équipe chargée des ressources humaines dont l'amplitude va varier en fonction de l'importance même de l'entreprise et de la tâche de production effectuée. Ces coûts ne peuvent pas être répercutés dans le coût du travail tel que nous l'entendons, à l'exception des coûts liés au franchissement des seuils sociaux (10, 50, 300 salariés etc...).

Mais encore faut-il s'entendre à ce niveau sur le type de coût concerné. En effet, si nous admettons que l'exigence de ces seuils impacte les conditions de vie des salariés, il est nécessaire de démontrer dans quelles conditions se produit cet impact. En effet, nous considérons que le coût lié au franchissement des coûts sociaux ne peut pas s'autonomiser. Ce coût ne peut se comprendre que lorsqu'on l'intègre au regard d'une vision globale de l'entreprise et au regard des obligations spécifiques qui s'attachent à chacun de ces seuils. Ces obligations ont elles-mêmes une influence sur le coût du travail en raison des contraintes juridiques et sociales qu'elles génèrent. Ainsi, nous avons souligné que le franchissement du seuil de 50 salariés entraînait un certain nombre d'obligations au niveau des institutions représentatives du personnel. Elles génèrent des coûts et c'est de cette façon que nous intégrons dans la logique de coût le franchissement des seuils. Mais la simple mention de l'existence de coûts liés au franchissement de seuil n'est qu'une mention générique qui ne peut pas être identifiée comme telle.

La seconde rubrique du coût des ressources humaines est intitulée « *coût de management des ressources humaines* ». Elle intègre trois sous-rubriques :

- *Coût de coordination des individus et des groupes par l'encadrement,*
- *Coût de préparation des décisions relatives au management,*
- *Coût de gestion d'un système de surveillance.*

Il s'agit des coûts de gestion du personnel qui constituent la fonction même des ressources humaines. Nous considérons que ces éléments de coûts sont liés au fonctionnement global de l'entreprise et qu'ils ne peuvent se répercuter dans le coût du travail à proprement parler. Ils doivent ressortir des frais généraux de l'entreprise. En revanche, nous avons distingué des coûts spécifiques, qui sont des coûts RH, liés à la fois aux contentieux prudhommaux et aux contentieux ou à la gestion des IRP, coûts généralement augmentés des coûts de conseil.

Il en est de même de la rubrique intitulée « *coût de gestion des dysfonctionnements* » : pour nous, l'ensemble de ces coûts est également lié soit à la fonction RH, soit à d'autres rubriques du fonctionnement de l'entreprise. Ainsi, les coûts liés à la baisse de productivité ou à la baisse de qualité sont à prendre en charge par le service chargé du contrôle de qualité. Ils ne peuvent être identifiés ou pris en compte dans le cadre du coût du travail.

4. Conclusion

Au terme de cette analyse réalisée sur la base de la théorie des coûts de transaction, sans doute pour la première fois, il faut souligner l'originalité de la démarche. Mais nous devons recentrer celle-ci sur la réalité des coûts de transaction liés au contrat de travail en tant que tel (phase de recrutement, phase de gestion, phase de fin du contrat) en expurgeant cette analyse de tous les éléments qui sont relatifs à l'acte de production lui-même ou à l'accompagnement de l'acte de production.

Nous n'avons retenu dans notre recherche que les coûts qui sont en relation directe avec la présence du salarié dans l'entreprise et les conséquences de sa présence : par exemple, franchissement du seuil des 50 salariés pour la mise en œuvre des institutions représentatives du personnel, instauration du comité d'entreprise et le comité d'hygiène et de sécurité -antérieurement à la publication des ordonnances de septembre 2017- ou encore relatives à l'intéressement. Mais nous entendons fermement limiter les différentes rubriques de la nomenclature à ce qui a trait strictement à la présence du salarié et non pas à la mise en œuvre de la fonction de production.

La dernière réflexion ressortant de l'analyse concerne les conditions d'internalisation ou d'externalisation des fonctions de production et donc des salariés tenus dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. L'externalisation atteste du choix de l'entreprise de dégager de son organisation interne un certain nombre de phases de la production et de les confier à

une sous-traitance spécialisée. En fonction de la qualité de la prestation exigée, l'entreprise produira des cahiers des charges plus ou moins stricts et volumineux et procèdera également à des contrôles de qualité plus ou moins intenses.

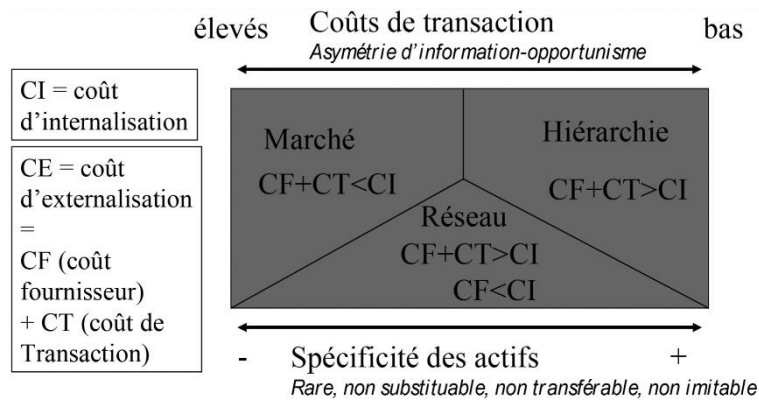
Dans le cadre de l'internalisation des processus, elle appréciera plusieurs niveaux. Le niveau le plus élevé concerne les options stratégiques, et la stabilité du personnel est systématiquement assurée dans le cadre de contrats à durée indéterminée. Les fonctions situées à un stade inférieur, mais toujours dans le cadre de l'internalisation, peuvent également être assurées par des salariés en CDI, mais il est possible de recourir à la marge à l'intérim ou au CDD. Quant aux fonctions de production qui restent internalisées mais sont à la limite de l'externalisation, elles seront assurées par les salariés systématiquement en contrat à durée déterminée, ou dans le cadre de contrats d'intérim. Elles peuvent être, sur simple décision de la direction générale, purement et simplement externalisées et à compter de cet instant, il ne doit évidemment pas y avoir de coût de rupture qui vienne s'ajouter aux coûts communs du travail.

Le choix des contrats sera donc fonction de cette zone d'internalisation ou d'externalisation. Nous noterons bien entendu que plus les actifs humains seront spécialisés, plus l'internalisation sera poussée et nécessaire, mais plus les coûts du travail seront évidemment importants.

CHAPITRE SIXIÈME

LES RÉSEAUX : UNE ALTERNATIVE À LA PROBLÉMATIQUE DES COÛTS ?

Les chercheurs en management développent depuis quelques années un nouveau modèle d'entreprise fondé sur le réseau. Ils entendent le proposer comme modèle alternatif aux conceptions classiques de direction d'entreprise et, partant, d'exercice du pouvoir de direction, reposant depuis le XIX^e siècle sur une organisation hiérarchique et pyramidale. Inspiré par l'existence de nouvelles méthodes commerciales, telles que la distribution en franchise (première moitié du XX^e siècle) et celle de la sous-traitance et en l'occurrence de la sous-traitance en chaîne, ce modèle coïncide avec l'apparition et la généralisation progressive de l'économie du numérique. L'entreprise en réseaux préfigurerait ainsi le nouveau fonctionnement de l'économie et correspondrait à la troisième ère de la production des biens et des services, fondée non plus sur l'industrie mais sur les services et l'intelligence artificielle. Grâce à un outil (l'ordinateur) et à l'intelligence artificielle concrétisée par l'ensemble de ses moyens (logiciels, banques de données etc.) et par l'existence du Net, l'entreprise et le salarié sous contrat naturellement à durée indéterminée entrent en contact avec d'autres rapports de travail. Ceux-ci sont de nature à modifier sensiblement les modèles classiques, tant celui du pouvoir de direction et de son expression que du contrat de travail lui-même. L'entreprise de réseaux implique de nouveaux rapports de collaboration avec les différents partenaires de l'entreprise, dont le salarié qui a vocation, situation paradoxale, à quitter le salariat.



Source : *le management des réseaux* par C. Assens, éditions de Boeck 2013

Ce schéma est inspiré de la théorie des coûts de transaction de Williamson : sur le marché du travail, l'entreprise en recherche de main d'œuvre se tourne vers la sous-traitance. Le meilleur exemple reste celui du recours à l'intérim, lorsque les coûts de transaction sont faibles pour des compétences banalisées. Nous prendrons à cet égard l'exemple des emplois pour les centres d'appels téléphoniques où il est possible de mettre en concurrence les agences d'intérim sans risque d'opportunisme ni de surcoût. En revanche, lorsque les coûts de transaction sont élevés -en raison des coûts d'intermédiation des chasseurs de tête par exemple-, la firme est incitée à recruter en CDI et donc d'internaliser la compétence de travail pour ne pas subir les aléas du marché. Elle évite ainsi le turn-over des agents et des compétences en intérim, le manque d'attachement à l'entreprise, ou le risque de fuite d'informations stratégiques.

La firme peut alors décider de travailler en réseau en passant des contrats avec des entrepreneurs individuels -des autoentrepreneurs- pour fidéliser les compétences dans le cadre d'un contrat de confiance qui implique un partage des risques, des coûts par nature réversibles et partagés entre le recruteur -la firme- et le recruté -l'autoentrepreneur- qui deviennent partenaires. Les coûts de transaction d'ordre juridique et économique sont réduits puisqu'il n'est plus besoin d'intermédiation ou que l'intermédiation est fiable à coût zéro comme une plateforme digitale type *Monster*⁴⁸³, *Leboncoin*, ces plates formes de mise en relation entre entreprises et travailleurs avec parfois des scores de confiance attribués entre recruteur et recruté, définissant la notoriété et donc la valeur des contrats. Ainsi, la

⁴⁸³ Monster worldwide Inc.

plateforme digitale se substitue progressivement au marché et le fonctionnement en réseau devient un élément important.

1. L'entreprise en réseaux

L'entreprise en réseaux apparaît comme « *une firme dont le métier consiste à gérer des flux de services ou de produits à partir d'un réseau d'infrastructures physiques qui aménagent le territoire en structurant les services de confort urbain, le transport, les communications, etc... L'entreprise de réseau administre les ressources matérielles du réseau (les équipements, les installations) au cours de l'acheminement du produit ou du service dans l'espace et dans le temps*⁴⁸⁴ ». Le second élément qui incite à réfléchir sur un nouveau modèle de direction d'entreprise est l'émergence des réseaux sociaux qui irradient l'ensemble du fonctionnement sociétal et naturellement celui des entreprises et de ses salariés. Ils impactent tant dans leurs relations individuelles ou familiales que leurs relations de travail. Ils interfèrent dans la vie de travail du salarié, dans des conditions telles que l'espace-temps dédié au travail par le contrat conclu avec l'entreprise échappe en partie au contrôle du chef d'entreprise.

1.1. De nouveaux outils, qui gênent l'appréciation du temps et donc du coût du travail

Dans un premier temps, l'apparition du Net et la possibilité d'y accéder à tout instant reposait sur les moyens mis à disposition du salarié par l'entreprise pour assurer sa prestation de travail. Le salarié utilisait donc secrètement ces moyens de production à des fins personnelles pour acheter ses cadeaux de Noël ou ses vacances, communiquer avec des amis ou sa famille, ce qui posait des problématiques nouvelles de vol de temps, de contrôle par la direction de l'entreprise des messages et des messageries, voire des espaces personnels créés irrégulièrement par le salarié dans son ordinateur ou dans le serveur de l'entreprise.

Nous avons dû gérer le licenciement d'un directeur commercial d'une entreprise informatique qui avait stocké sur le serveur de l'entreprise des milliers de fichiers pédophiles auxquels il accédait sur son temps de travail théorique (il était évidemment cadre autonome)

⁴⁸⁴ Christophe Assens, Le management des réseaux. Tisser du lien social pour le bien-être économique. De Boeck, 2013, seconde édition 2015, p. 60.

par un chemin particulièrement difficile à pratiquer. Seul un informaticien de haut niveau a pu déceler ce chemin après une analyse de l'appareil du salarié. Les fichiers pédophiles avaient été insérés à l'insu de l'employeur sur le matériel de l'entreprise et le délit de transfert, détention et stockage de fichiers pédophiles étaient constitués à l'encontre de la personne morale et de son chef.

Mais désormais, le salarié n'a plus besoin d'utiliser le matériel mis à sa disposition par l'entreprise pour être présent sur les réseaux. Il lui suffit de maîtriser son téléphone portable, outil qui lui appartient à titre personnel et qui échappe donc au contrôle de l'entreprise puisqu'il ne s'agit pas d'un outil de production. Mais il est utilisé sans vergogne par le salarié pendant le temps de travail et sur le lieu de travail à des fins personnelles, de production, de loisirs ou familiales alors qu'il se trouve dans le lien de subordination et qu'il est supposé consacrer l'ensemble de son temps à la firme. Face à cette autonomie retrouvée du salarié, à cet espace de liberté qu'il recrée à l'intérieur de l'espace et du temps de subordination, quelle que soit l'activité (industrielle ou de service), la pointeuse n'a plus qu'une utilité relative. On passe d'une culture fondée sur l'obligation de moyens à une culture fondée sur l'obligation de résultats. Le salarié peut être présent physiquement sans être investi dans la fonction productive. Et réciproquement, il peut ne pas être présent tout en étant investi (comme le prouve l'exemple du télétravail), à l'exception bien entendu des tâches qui se font sous contrôle de la hiérarchie directe ou sous contrôle d'un processus électronique, principalement dans le domaine de la production industrielle.

L'outil personnel de production qu'est le téléphone portable peut naturellement être utilisé de façon positive au bénéfice de la firme et permettre non seulement des contacts horizontaux au-delà de l'intranet de la société mais également faciliter les contacts personnels des salariés du service des achats avec les fournisseurs par exemple, autant de contact qui peuvent favoriser la fonction productive.

Du temps du téléphone fixe, le « vol de temps » existait déjà. Dans nombre d'entreprises, la première tâche des secrétaires consistait à téléphoner à leur mère ou à la personne chargée des enfants. Nous avons dû gérer un licenciement pour un cabinet d'avocats qui avait rompu le contrat de travail d'une secrétaire pour faute lourde dans ce type de circonstances. Le dossier était difficile car l'avocat qui était informé de la situation n'avait jamais sanctionné, même dans le cadre d'un avertissement. Or il avait brutalement licencié sous le coup de la

colère (*ab irato !*) une secrétaire d'une grande ancienneté en choisissant la sanction maximale. Le processus était pour le moins maladroit.

Mais sur le fonds, la salariée concernée était en faute de façon récurrente. Son employeur ayant coupé l'accès de son poste téléphonique à la province (sa mère demeurant à Nantes), la salariée appelait sa mère depuis le bureau d'un collaborateur puis elle passait la ligne du bureau du collaborateur à son propre bureau. Elle allait décrocher son combiné pour prendre la ligne en courant à travers les couloirs. Elle revenait ensuite raccrocher le téléphone du collaborateur et elle faisait une troisième fois le trajet en courant pour passer avec sa mère une heure ou une heure 20 de conservation téléphonique par jour ouvrable, les relevés détaillés du cabinet d'avocats faisant foi. Le conseil des prudhommes de Longjumeau saisi du litige a considéré que la sanction était trop violente, faute de prévenance de la salariée. La Cour a confirmé, en évoquant à la foi l'absence de prévenance qui laissait sous-entendre que l'employeur avait laissé s'instaurer une pratique certes déviante, mais qu'il connaissait et contre laquelle il n'avait pas pris de mesure disciplinaire. La Cour a tenu compte également de la grande ancienneté de la salariée. Il n'est resté pas moins que le vol de temps et le défaut d'implication dans la fonction, de l'ordre d'une heure au moins par jour ouvré, soit cinq heures par semaine correspondait donc à 20 heures par mois soit deux jours et demi ouvrés ! Sans compter bien entendu le coût de la conversation téléphonique facturé par France Télécom⁴⁸⁵. En tout état de cause à cette date déjà ancienne, l'employeur pouvait contrôler le travail de la salariée, l'heure des appels téléphonique et leur intensité. C'est impossible désormais, la seule solution étant la suppression de l'usage du téléphone portable dans l'entreprise, d'une part et la vigilance concernant l'utilisation d'Internet avec prévenance préalable des salariés.

Les nouvelles technologies de l'information permettent une dérive du comportement des salariés qui est à ce jour difficilement contrôlable. Nous avons été confrontés à un cas spécifique dans le cadre d'une entreprise de commercialisation de produits électriques où l'ensemble de la maîtrise exerçait pendant le temps et sur le lieu de travail une autre activité à titre personnel, et le seul qui résistait à cette situation et se montrait loyal avec la firme a été licencié sur ordre du directeur France... qui lui-même exerçait une activité annexe et

⁴⁸⁵ Dossier cabinet Martin contre Maurin, conseil des prudhommes de Longjumeau, cour d'appel de Versailles.

avait donc toléré le développement d'activités parallèles de la part de ses salariés. Filiale d'une société japonaise, la société TDK Lambda réalise alors 21 millions de CA pour 19 salariés et dispose d'un capital social de 2.037.000 €. Sa marge est conséquente, ce qui explique qu'elle peut se permettre une déperdition de l'activité de sa maîtrise sans impacter notablement les résultats de telle façon que les associés japonais prennent conscience d'une situation anormale.

Certes, cette liberté objective conquise sur le temps de travail et ce détournement objectif de temps trouve dans certains cas une compensation qui permet à la firme de s'y retrouver, tout en restant dans le flou le plus complet quant à la réalité de son fonctionnement et donc de la réalité de son coût. En effet, la firme peut s'adresser à ses salariés en dehors des heures de présence au bureau dans le cadre du Net ou grâce au téléphone portable. Le salarié est donc désormais joignable à toute heure, sous réserve bien entendu que le comportement de la firme et de ses cadres ne confine pas au harcèlement. Dès lors, travailler avec un réseau d'autoentrepreneurs semble davantage compatible avec un contrat d'objectifs qui ne relève plus d'une unité de lieu de temps ou de commandement. En revanche, cela oblige à compartimenter l'activité en tâches sécables et identifiables et à coordonner ce réseau. Ne s'agit-il pas du nouveau rôle du DRH ?

1.2. Le recours aux réseaux sociaux et son influence sur le management

Nous avons souligné que la maîtrise de ces nouveaux outils pouvait être favorable à l'entreprise en raison de leur utilisation dans l'entreprise et à l'extérieur de celle-ci avec les fournisseurs par exemple. Le réseau social, par son existence même « *procure des gains de productivité insoupçonnés, lorsque la motivation des salariés ne repose pas uniquement sur la conformité aux règles financières ou bureaucratiques, mais lorsque cette motivation découle de la pression ou conformisme social par le jugement des pairs*⁴⁸⁶ ». Selon Christophe Assens, l'intérêt du réseau social repose en particulier sur son caractère multiforme. Il est témoin « *de la polyvalence des rôles pour les acteurs au sein de l'entreprise : un rôle institutionnel en fonction des responsabilités hiérarchiques et un rôle plus clandestin, par les affinités électives, hors cadre hiérarchique.* »⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁸⁷ *Op. cit.*, p. 61.

Cela étant, l'intérêt que peuvent présenter les réseaux sociaux pour le management de l'entreprise se heurte également à un certain nombre de difficultés, liées précisément à sa polyvalence, puisque cette polyvalence peut rendre le management plus complexe en bousculant les lignes hiérarchiques et les usages anciens⁴⁸⁸. Ainsi, le réseau social interne ou d'ailleurs externe à la firme peut induire une relation directe entre le sommet, le chef d'une entreprise multinationale de plusieurs milliers de salariés, et sa base dans des conditions de simplicité et d'opportunité que le fonctionnement de la société lui-même ne permettrait pas, et en tout état de cause ne laisserait pas supposer. Si ce raccourcissement des lignes et cette proximité de la haute hiérarchie de l'entreprise à l'égard des fonctions de production ou d'exécution peut constituer un atout et en tout état de cause valoriser le salarié d'exécution ou de production, il met objectivement en danger les hiérarchies intermédiaires dans leur fonctionnement. Au-delà, il peut également menacer à terme l'existence d'autres réseaux, tels que les réseaux syndicaux, dont le rôle était l'intermédiation entre les salariés et la hiérarchie. Considéré dans la logique développée par Oliver Williamson (Williamson, 1995) comme facteurs technologiquement séparables, le syndicat va se trouver menacé sinon dans son existence même, du moins dans son rôle traditionnel à partir de l'instant où le salarié, par l'intermédiaire des réseaux sociaux -autre d'ailleurs que le réseau de l'entreprise-, peut s'adresser spontanément et directement aux dirigeants de l'entreprise et aux tiers. De cette façon, il peut également réduire l'asymétrie d'information (Williamson, 1995) et adapter au mieux les différents éléments à ses objectifs personnels dans la perspective de son point de confort optimal qui va décider de son comportement au regard de l'entreprise et au regard de l'emploi.

La notion d'organisation en réseau (Assens, 2013-2016) apparaît pour certains auteurs en sciences du management comme une forme alternative de direction d'entreprise. Cette forme viserait à remplacer les modes traditionnels de direction et en particulier le mode hiérarchique vanté par Coase (Coase 1937) et largement légitimé depuis lors. L'entreprise passerait de l'organisation classique de l'ère industrielle (1850-1950) fondée sur une hiérarchie pyramidale, à l'organisation néoclassique des années 1950-1980-1990, toujours dans le cadre de l'ère industrielle, fondée sur la hiérarchie fonctionnelle, divisionnelle et matricielle. Mais l'ère de l'information, du numérique et du digital (1980-1990-2020 et au-

⁴⁸⁸ Ce qui n'est pas encore le cas à ce jour.

delà) ouvrirait sur un management par projet caractérisée par la reconquête d'une certaine autonomie des acteurs.⁴⁸⁹

Nonobstant le fait que ce modèle n'est pas encore stabilisé et qu'il n'est pas répandu dans l'ensemble des structures de production, loin s'en faut, il convient de souligner qu'il est inadapté à certains fonctionnements qui ne peuvent s'émanciper du système hiérarchique classique, fonctionnel ou divisionnel. Le mode de management -formule employée à dessein de préférence à l'expression classique « pouvoir de direction »- s'exprimerait désormais davantage de façon horizontale que de façon verticale grâce en particulier à l'intermédiation du numérique et au système de réseaux qui produit une nouvelle organisation dont l'efficacité est pressentie. Cet aspect mérite d'être approfondi dans le cadre de notre recherche en raison d'une part de son ouverture vers la modernité, et d'autre part de sa possible influence sur la notion de coût du travail. En effet, la dématérialisation du rapport hiérarchique est de nature à poser la question de l'intérêt de la survivance de la hiérarchie, en tout état de cause de la hiérarchie intermédiaire, cause de coûts. À notre sens, la fluidité du fonctionnement en réseaux peut rendre difficile l'appréciation du coût du travail. Mais certains auteurs (Assens 2016) estiment au contraire que le coût est mieux maîtrisé dans un réseau s'il relève d'un contrat de confiance dans lequel il n'y a pas de clause cachée de surcoût potentiel.

L'argument mérite que nous nous y arrêtions. Dans le cadre d'un contrat de nature commerciale passé avec un salarié indépendant, le « coût du travail substitué »⁴⁹⁰ correspond en fait à un prix, pour lequel le salarié indépendant de son côté assume l'ensemble des charges sociales et des charges fiscales en lieu et place de la firme. Si nous reprenons notre nomenclature et si nous déclinons l'ensemble des coûts édulés par l'entreprise et qui n'entrent pas, à l'heure où ces lignes sont rédigées, dans le prix de production d'un bien ou d'un service, nous listons le coût différé obligatoire et le coût différé exceptionnel, le coût des IRP, direct et indirect, le coût lié à l'intéressement et ce que nous appelons les coûts de confort, dépendant de l'arbitraire de l'État ou des partenaires sociaux sans considération pour

⁴⁸⁹ Christophe Assens, *Réseaux sociaux, tous ego*, De Broeck, p. 131

⁴⁹⁰ Nous choisissons cette formule de « coût du travail substitué », puisque sur le plan juridique, le coût du partenariat entreprise-autoentrepreneur n'est pas un coût de travail. Ce partenariat ne correspond pas à un emploi salarié en CDI ou CDD mais il s'agit bien d'une relation et donc d'un coût qui se substitue au coût du travail classique, d'où notre appellation de « coût du travail substitué ».

l'entreprise et sa situation micro économique. Or le contrat commercial évite à l'entreprise de subir ces coûts, puisque soit il les annule purement et simplement, soit il les renvoie à la décision de l'autoentrepreneur et sa volonté propre de répartir sa marge. Cette réflexion s'impose pour les coûts différés. Si le risque de procédure en cas de rupture de contrat commercial n'est pas à écarter, il reste dans la logique des coûts de transaction et entre naturellement dans la statistique globale des risques de procédure dans le cadre du déroulement de ce type de contrat. Le risque est donc notablement réduit et il n'est pas de même nature. En revanche, les effets de la présence des salariés sur les IRP sont totalement effacés, de même que la problématique de l'intéressement ou celle des coûts de confort. L'avantage de ce rapport nouveau entre la firme et les autoentrepreneurs consiste donc en l'exclusion des risques de coûts complémentaires. Il accroît la prévisibilité et permet de mieux anticiper la gestion des coûts et l'élaboration du prix de revient d'un produit ou d'un service. Le « coût de travail substitué » est donc de nature à rassurer la firme sur la composition de son prix de revient.

2. Un fonctionnement alternatif

Au regard de la logique de fonctionnement du pouvoir de direction classique, tel que nous l'avons abordée, le management par le réseau peut constituer un système alternatif. Cela étant, ce système est-il viable et permet-il à la direction de l'entreprise et aux propriétaires du capital d'assurer un contrôle sur le fonctionnement de l'entreprise aussi parfait que celui exercé par la hiérarchie classique ? Des auteurs qui se sont penchés sur le sujet (Guettera 1991 et Fréry 2001) ont travaillé sur les conséquences de la disparition progressive des frontières au sein du réseau sur trois aspects principaux, la gestion de la production, la comptabilité et les ressources humaines, étant précisé bien entendu que c'est ce domaine qui nous intéresse au premier chef.

2.1. *La problématique de coût*

Concernant la gestion de production, Fréry considère que le fonctionnement en réseau induit la disparition des frais fixes et irréversibles des investissements productifs classiques. Il les remplace par des frais variables et réversibles, proportionnels au niveau d'engagement dans

la relation avec les partenaires⁴⁹¹. En comptabilité, ce fonctionnement génère la disparition des coûts directs affectés par répartition comptable et analytique aux produits et services et les substitue par des coûts en partage liés au contrat de production ou de prestation de service avec les partenaires⁴⁹².

Mais la question des ressources humaines reste posée et Fréry⁴⁹³ éprouve des difficultés à faire tenir son modèle. Il considère que le fonctionnement en réseau tend à substituer le droit du travail classique, qui concerne un personnel sédentaire, salarié, éventuellement syndiqué et par nature en contrat à durée indéterminée, par le droit commercial : nous revenons à la notion de substitution de contrats, et en l'occurrence de la substitution des contrats de travail par des contrats commerciaux. Il annonce le recours massif à l'autoentrepreneuriat comme forme nouvelle de ce partenariat. Mais Fréry reste à la lisière de la problématique posée par cette novation importante dans le fonctionnement des entreprises qui peut impacter tous les types d'emplois actuellement en CDI, qu'il s'agisse d'ailleurs des personnes qui exercent le pouvoir de direction ou de celles qui exécutent les fonctions productives. Concernant le pouvoir de direction et son périmètre, nous avons évoqué la question : elle n'impacte le coût du travail qu'en raison même des décisions du management concernant les conditions d'exécution des tâches de production.

2.2. Les questionnements

Peut-on dès lors imaginer que le passage à l'économie numérique s'effectue sans changement radical du mode d'emploi, c'est-à-dire sans une atteinte frontale à la notion de contrat à durée indéterminée, fondement du « modèle social français » ? Le décalage entre la situation française et les situations comparables dans les autres états européens -sans évoquer le cas des États-Unis- est telle⁴⁹⁴ qu'il est nécessaire d'envisager les conditions dans lesquelles les cotisations sociales et les prestations qui s'y attachent pourraient être déclenchées. En effet, deux écueils majeurs sont à craindre. D'une part, le recours massif à l'autoentrepreneuriat met objectivement à néant l'idée même du système de protection sociale

⁴⁹¹ Christophe Assens, *Le management des réseaux*, op. cit., p. 75.

⁴⁹² Assens, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁹³ Frédéric Fréry, *Le contrôle de l'opportunisme dans les entreprises virtuelles*, *Revue Française de Gestion*, vol. 34, n° 185, 2008, p. 65-79 et *le management 2.0 ou la fin de l'entreprise ?* *L'Expansion Management Review*, vol. 2010/2, n° 137, 2010, p. 52-60.

⁴⁹⁴ Voir infra le chapitre sur la comparaison avec les systèmes allemand et britannique.

financée sur le fonctionnement des seules entreprises. La réduction drastique de la base de prélèvement de ces cotisations réduira sensiblement et de façon automatique la masse des financements disponibles pour assurer cette protection sociale. Le coût de production des biens et des services se trouvera naturellement allégé, mais non sans contrepartie. Seconde difficulté : l'autoentrepreneur, qui ne sera plus sous le contrôle de l'État de façon directe ou par l'intermédiaire de l'entreprise transformée de longue date en perceuteur des ressources sociales pour le compte de l'État, aura tendance à minimiser sa protection sociale pour maximiser sa marge. La liberté donnée à l'autoentrepreneur est de nature à être exercée par lui-même contre sa propre protection sociale. Nous traitons actuellement le cas d'un autoentrepreneur, ancien capitaine au long cours⁴⁹⁵, spécialisé dans l'équilibrage des navires. Il a été victime d'une chute de 5 mètres de haut d'un container en transbordement dans le port d'Halifax, entraînant une rupture de la colonne vertébrale, dont les conséquences sont aggravées après une méningite d'origine nosocomiale. L'autoentrepreneur n'était pas assuré personnellement, en raison du fait que les assurances françaises lui avaient proposé des contrats dont le coût correspondant à un tiers du montant de sa rémunération d'autoentrepreneur sur une année fiscale. Il a donc préféré se fier aux assurances de ses co-contractants. Mais les contrats locaux sont essentiellement des contrats verbaux, et la situation, outre le fait qu'elle est gérée depuis Halifax, se complique en raison du fait que plusieurs responsables sont impliqués : le propriétaire du container, la société de manutention, l'armateur du bateau qui était en mouvement lors de l'accident et la société de prestation qui a fait appel à l'autoentrepreneur. Comment gérer et financer les coûts d'un tel procès alors même que l'autoentrepreneur n'avait pas les moyens de payer le montant de l'assurance proposée par les compagnies ?

Autre problématique : le surcoût du travail tel qu'il existe en France ne va-t-il pas *booster* cette évolution qui semble inscrite dans la logique de l'économie numérique, comme le prouve la polémique à propos des travailleurs *Uber* ? En effet, si nous admettons que ce passage aux nouvelles technologies est une évolution irrésistible, l'existence d'un surcoût du travail typiquement français au regard de la moyenne des autres pays européens, et désormais accru par l'inclusion des éléments correspondant à notre nomenclature, devrait précipiter l'évolution, comme il a dans les années 1990-2000 accéléré la mutation de

⁴⁹⁵ Affaire Jacquet contre CMA. Accident du 5 novembre 2017. Halifax.

l'industrie française, c'est-à-dire, pour être plus clair, que ce surcoût a encouragé le démantèlement de l'industrie française, alors même qu'elle résistait en Allemagne, et concouru à la constitution d'un chômage de masse. Si cette seconde évolution, dont les causes sont différentes (il s'agit désormais de l'effet des nouvelles technologies et non pas seulement de l'effet de la mondialisation et de l'objectif de coûts à travers le monde) se déroule dans les mêmes conditions, l'économie française subira un second choc et ce n'est évidemment pas la législation sur la protection de l'emploi qui a prouvé une première fois son inefficacité qui protégera désormais cette économie de ce second choc, la différence étant en tout état de cause que cette législation est sinon en cours de démantèlement elle aussi, du moins en cours d'affaiblissement.

La société française a conservé un certain nombre d'emplois industriels à destination d'une population active capable de les assumer, même si elle a détruit nombre d'emplois à faible valeur ajoutée en raison du fait que leur coût devenait excessif au regard de leur rentabilité dans le processus de production. De cette façon, notre société a rendu définitivement inemployables des milliers de salariés. Ces salariés de l'industrie ne se sont redéployés ni dans d'autres métiers du secteur secondaire, ni dans d'autres métiers du secteur tertiaire. La législation sur la protection de l'emploi leur a fourni le complément de salaire nécessaire au maintien d'un niveau de vie réduit, mais encore satisfaisant au regard d'autres contraintes : la formation, la délocalisation géographique avec ses contraintes au niveau de l'économie domestique (changement de résidence avec vente et éventuellement rachat, etc.). Enfin, l'offre d'emploi dans le secteur tertiaire, celui des services, apparaît comme une provocation pour des salariés formés et habitués à certains métiers. On ne voit pas les salariés de l'industrie des pneumatiques se reconvertir dans l'aide à la personne alors même que ce secteur est en recherche d'emplois. De même, on ne les imagine pas reconvertis à 50 ans dans la micromécanique alors même que les métiers de l'acier sont en demande de compétence. Ils pourraient être orientés sur des fonctions de production dans des domaines tels que le bâtiment avec un travail de reconversion qui nécessiterait un investissement massif de l'État. Mais les règles européennes, la problématique du coût et une certaine facilité font de telle sorte que les travailleurs détachés en provenance de l'Europe entière viennent occuper des places précieuses, sans même qu'il soit besoin d'évoquer la main-d'œuvre en provenance de l'immigration irrégulière ou encore de celle qui provient de l'immigration admise à titre temporaire pour des raisons humanitaires (dans le cadre du

processus géré par l'OFPPRA) mais qui se maintient sur le territoire français après le refus définitif de séjour qui intervient 3 à 5 ans après son arrivée⁴⁹⁶. Ces gros bataillons transfrontaliers viennent compliquer la réinsertion professionnelle des salariés du secteur secondaire. Demain, ils compliqueront celle des salariés du secteur tertiaire menacés par l'évolution de l'économie numérique. Non seulement l'entreprise en réseaux n'est pas la réponse à ce questionnement, mais elle est en partie la cause de la déstructuration de l'existant puisque le réseau, international par nature, facilite les rapports avec les économies extérieures. Les réseaux anéantissent les frontières. L'appel de main d'œuvre est international de façon naturelle.

Au-delà de la question des flux de main d'œuvre concernant les emplois peu qualifiés qui se fixent dans les activités de la restauration ou de l'aide à la personne, et qui se déroulent dans le sens immigration, il convient de noter le flux qui se déroule dans le sens émigration. Ainsi, les réseaux davantage actifs, au sens où nous les entendons, dans le sens émigration que dans le sens immigration, ne sont pas à l'origine du processus de destruction créatrice d'emploi. Ils sont en revanche un moyen de faire preuve de résilience. En devenant entrepreneur et en créant son propre emploi, le salarié menacé dans la pérennité de son emploi peut mieux s'adapter aux conditions de marché qu'en vivant dans une situation de rente incarnée par le CDI sans remise en question, avant le licenciement donc le chômage. Un entrepreneur individuel doit se remettre en cause en permanence comme une profession libérale : est-ce le marché, le système étatique ou para étatique ou le réseau qui se trouve le mieux à même d'ajuster l'offre à la demande de main d'œuvre ? Plus on s'oriente vers une disparition des frontières de compétence entre public et privé, plus apparaît la nécessité de faire collaborer public et privé dans les secteurs secondaire et tertiaire, et plus les réseaux jouent et vont jouer un rôle important.

⁴⁹⁶ À la date du 6 février 2018, nous notons cependant que le journal de France Inter à 8h00 du matin ouvre sur la problématique de la présence en France de 500.000 travailleurs détachés, dont on sait qu'ils ne se destinent pas spontanément aux emplois développés par les économies du numérique ou du digital. Cela maintient pleine et entière la question de l'adaptation de la structure de l'indemnisation de l'emploi en France et du fait que nombre de salariés français éligibles à occuper des emplois d'exécution dans l'industrie ou dans le bâtiment par exemple, les refusent, entraînant ainsi un appel d'air à destination de ces travailleurs détachés en provenance des pays d'Europe du Sud ou des pays de l'Europe du Nord (Pologne) ou de l'Est. Il est fâcheux d'ailleurs qu'à l'heure où cette information est largement relayée, en revanche les études de terrain concernant cette tendance soient des plus réduites.

Dans le cadre de notre recherche, nous ne pouvons cependant pas sous-estimer le fait que la lourdeur du coût du travail ait suscité de la part d'acteurs essentiels une évolution radicale et la marche forcée vers l'économie digitale. Les spécificités françaises, et en particulier le coût du travail, pénalisent le niveau global de l'emploi. Elles imposent aux entreprises, pour alléger leurs coûts, de sacrifier une partie de l'emploi classique en recourant aux techniques juridiques de cette nouvelle économie, c'est-à-dire à des relations contractuelles désormais fondées non plus sur le droit du travail, mais sur le droit commercial.

2.3. *La production en réseau*

Les conditions d'exécution de ces tâches de production, la gestion et la production en réseaux suscitent le recours à des « partenaires » et non plus à des « salariés » liés par contrat à durée déterminée ou indéterminé. La problématique du coût revient immédiatement et elle reste essentielle. Elle doit évidemment être analysée à la lumière de la théorie des coûts de transaction de Williamson et Hart et d'autre part, tenir compte des éléments révélés dans notre recherche concernant la réalité du coût du travail. Sur la seule base de l'acceptation classique de la notion de coût, le recours aux « partenaires » liés à l'entreprise par des contrats de nature commerciale pour des tâches spécifiques et par nature temporaire peut se révéler discutable en matière de coût. Il l'est moins dans le cadre de l'application de notre nomenclature.

En suivant les conceptions exprimées par Fréry et Assens, leur perception de l'entreprise des années 2020-2050 et ce fonctionnement en réseau, nous imaginons une entreprise libérée d'une grande partie des coûts du travail par un phénomène massif de transfert de ces coûts vers le « partenariat », c'est-à-dire la masse des entreprises ou des autoentrepreneurs qui prendrait la place des salariés, ce qui signifie que le contrat de travail est effectivement remplacé par le contrat commercial classique comme se le représente Fréry⁴⁹⁷.

2.4. *La substitution de contrats*

À cette première étape de la réflexion, la substitution des contrats nous conduit immédiatement à exclure des charges de l'entreprise tout ce qui correspond à la nomenclature de nos coûts, outre le salaire net versé au salarié et l'ensemble des charges

⁴⁹⁷ Frédéric Fréry, *Benneton, l'entreprise virtuelle*, Vuibert, 2003.

(Urssaf, caisse de retraite et charges diverses telles que formation etc.), ce qui constitue un avantage notable pour l'entreprise et pose frontalement la question du financement de la protection sociale pour l'ensemble de la nation et son transfert immédiat vers la fiscalité. La firme est évidemment maîtresse du prix qu'elle va consentir à ses partenaires liés à elle dans un cadre commercial. Elle peut certainement réaliser une économie au regard du processus de production classique, entièrement internalisé, géré grâce aux contrats à durée indéterminée. Elle peut espérer obtenir un avantage au niveau de la négociation même des contrats avec les partenaires du réseau. Dans le cadre de cette négociation, elle bénéficie de l'ensemble des avantages révélés par Williamson, et en particulier de l'asymétrie d'information qui va accentuer les conséquences de sa force prépondérante dans la relation contractuelle, puisque nous considérons comme acquis le fait que la firme sera plus puissante économiquement et mieux informée que ses partenaires⁴⁹⁸.

Dans l'optique libérale classique, nous observons que cette substitution de contrat renvoie à la forme primitive des relations entre les hommes et les entreprises, telles que prévues par le code civil de 1804. En effet, le code fonde les relations entre les hommes et les entreprises sur le contrat, sans déterminer la nature de ce contrat qui, globalement, doit être qualifié de contrat civil. Certes, le contrat de nature commerciale est déjà identifié et son exécution ou ses difficultés d'exécution sont renvoyées au tribunal de commerce dont l'existence⁴⁹⁹, au regard des juridictions spécialisées du travail créées en 1806, est évidemment largement antérieure. Quant au contrat de travail, nous avons souligné qu'il était sous-jacent dans le code civil.

Nous avons également souligné que le contrat de travail s'était généralisé à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e en se substituant à tous les modes antérieurs de preuve de la relation pouvant exister entre une entreprise et son salarié, parmi lesquels le livret ouvrier, le bulletin de salaire, etc... Nous savons donc que si le contrat écrit n'était pas la norme dans les entreprises, le contrat verbal concrétisé par l'existence du bulletin de salaire suffisait à établir la réalité de la relation de travail. Par la suite, et principalement à compter de la mise

⁴⁹⁸ L'asymétrie de négociation peut jouer dans les deux sens en fonction de la notoriété et non pas de la taille ou des ressources, de manière horizontale et non pas verticale. Nous pouvons imaginer un travailleur autonome confronté au choix de plusieurs employeurs et un employeur confronté au choix de plusieurs travailleurs autonomes.

⁴⁹⁹ Le premier tribunal de commerce est créé en 1419.

en œuvre des lois de 1973 et de 1975, la forme écrite du contrat s'est généralisée, constituant désormais une protection tant pour le salarié que pour la firme.

Second point : la firme bénéficie également dans le cadre de cette négociation de l'avantage corrélatif au fait que le partenaire lié par contrat commercial (et nous visons principalement à ce niveau l'autoentrepreneur⁵⁰⁰) est assujéti à une fiscalité particulière. La question de la fiscalité est centrale à ce niveau pour éviter actuellement la cannibalisation entre les professions réglementées et les autoentrepreneurs situés dans le même secteur. La fiscalité doit permettre d'harmoniser l'entrepreneuriat et l'emploi. Ce partenaire en état d'infériorité au regard de la forme va avoir tendance à sous-estimer l'impact de sa protection sociale personnelle, voire de sa protection assurantielle, nous en verrons les conséquences au-delà. Le prix de revient d'un produit ou d'un service est établi par la firme sur la base d'une relation en réseau et produit à son profit un avantage notable. Dans certaines circonstances – nous n'avons pas de données statistiques, même empiriques intéressantes à développer –, il pourrait lui permettre de concurrencer, en dépit des effets de contexte macro-économique qu'il ne faut pas dédaigner, des productions provenant de pays à bas coût de production : Inde, Asie du Sud-Est, pour évoquer les produits informatiques, type logiciel par exemple.

Mais face à ce cumul d'avantages, la firme est néanmoins confrontée à un certain nombre d'inconvénients. Pour s'assurer de la justesse de son choix, elle doit analyser tous les aspects de la situation. Nous viserons à ce niveau deux éléments principaux, dont le premier a déjà été évoqué. Il s'agit de la fragilité intrinsèque de ce nouveau type d'entreprise : TPE, autoentrepreneurs, entreprises volatiles à capital symbolique, ces structures sont fragiles sur le plan capitalistique et organisationnel. En revanche, le maillage d'un territoire économique, la force des liens, est supérieur à la valeur des biens⁵⁰¹. En droit français, il est désormais possible de constituer une entreprise avec un capital de quelques centaines d'euros. Si cette mesure favorise l'accès à l'entrepreneuriat, elle a pour conséquence la fragilité de la structure, la faiblesse de sa crédibilité à l'égard de ses partenaires potentiels et la tentation naturelle de l'entrepreneur en difficulté de sacrifier l'outil de travail⁵⁰² à la moindre difficulté.

⁵⁰⁰ Un million d'autoentrepreneurs en France depuis 2009. 30 % de ces structures survivent au terme de ces 7 années d'expérience.

⁵⁰¹ Sans négliger, dans ce type de contexte, la notion d'entraide.

⁵⁰² Nous évoquons plus complètement cette perspective dans la 4^{ème} partie lorsque nous évoquons les risques de la sous-capitulation des entreprises comme riposte au risque d'excès du coût du travail.

L'hypothèse de Fréry et d'Assens suggère donc une déconstruction du droit du travail tel qu'il a été élaboré dès le début du XX^e siècle, et s'est renforcé sous l'influence de l'école française du droit du travail à compter de 1973. Les auteurs suggèrent le dépérissement de la législation sur la protection de l'emploi par la dilution de la notion même de contrat de travail.

Ainsi, nous sommes confrontés actuellement à des réflexions doctrinales et prospectives aux termes desquelles nous constaterons un affrontement entre deux visions. La première, illustrée par Tirole, Blanchard et Artus pour ne citer que ceux-ci (Tirole, 2016), insiste sur le fait que le contrat de travail doit subsister. Il adopterait la forme d'un contrat unique, naturellement à durée indéterminée, permettant aux salariés d'acquérir des droits de façon progressive de telle façon que leur situation personnelle et les conséquences indemnitaires d'une éventuelle rupture se renforcent au fil du temps. Jean Tirole ne renie pas la problématique nouvelle de fonctionnement de la firme en réseau. Cela étant, les idées novatrices développées par Fréry et Assens, qui se situent dans la logique du développement de l'économie numérique et digitale, en mettant objectivement de côté l'ancienne économie fondée sur « la brique et le mortier » et illustrée par les industries métallurgiques et chimiques d'un côté, le bâtiment de l'autre côté, soulignent que celle-ci est porteuse d'un nouveau type de relations inter-entreprises et de relations dans l'entreprise. Sans le souligner expressément, ils en reviendraient en quelque sorte à la conception de l'entreprise « nœud de contrats » chère à certains auteurs.

2.5. Le management d'une entreprise sans contrat de travail

Nous allons prolonger cette réflexion en nous interrogeant sur les conséquences qu'elle implique au niveau du management dans l'entreprise et de la conception classique du droit du travail. Comme nous l'avons souligné, à notre sens ces idées impliquent celle de dépérissement du contrat de travail et de la substitution de ces contrats comme éléments essentiels de l'acte d'entreprendre et de la fonction de production à un ensemble de contrats, ponctuels, à durée nécessairement déterminée, et de nature commerciale. Cette vision implique évidemment des conséquences au niveau du fonctionnement de la société dans son ensemble et en particulier du financement de la protection sociale.

La seconde étape de cet approfondissement n'en est pas moins significative. En effet, l'école française de droit du travail critiquait le taylorisme et ses conséquences, c'est-à-dire

l'asservissement de l'ouvrier à la machine, la spécialisation des tâches qui le rendait dépendant de l'outil et la captation du produit du travail -en l'occurrence de la plus-value correspondante au détriment de la rémunération du salarié qui n'aurait été payée qu'à hauteur de ce qui était nécessaire à la reproduction de sa force de travail et à l'entretien de sa famille. Nous avons déjà noté que cette vision marxiste de la création de la plus-value et de sa captation posait une difficulté. Ce schéma de l'ensemble des coûts du travail imposés à l'entreprise par l'État qui n'est plus celui de 1850, date de la rédaction du *Capital*, n'a plus rien à voir avec les charges et les coûts imposés par l'État moderne. Nous avons évoqué la prise en charge du confort social des citoyens réalisé grâce au travail des salariés sous contrat à durée indéterminée. L'une des critiques reprise et développée par l'école française du droit du travail, et en particulier par Grumbach, (Grumbach, 1978) reposait sur cette dépossession du salarié du produit physique de son travail, c'est-à-dire du produit fini, et par la dépossession de la plus-value, sans que l'auteur entre dans le détail relatif au financement de la protection sociale. La problématique de la dépossession du produit fini renvoie aux années 1850 où une équipe dirigée par un ouvrier plus ancien fabriquait à domicile, voire même déjà dans les locaux de l'entreprise, un produit qu'il finissait et qu'il vendait une fois terminé à la firme. Il divisait ensuite le prix entre les salariés ayant participé à la phase de production.

L'économie numérique et digitale verrait donc de multiples intervenants liés par contrats commerciaux à la firme travailler à l'élaboration d'un produit. Nous pouvons considérer que nous revenons à la logique antérieure à celle qui prévalait à la phase initiée par Taylor. Ainsi, chacun de ces producteurs, qu'il s'agisse d'une société ou d'un autoentrepreneur, viendra livrer à la firme soit un produit fini dont la fabrication lui aura été sous-traitée et dont il maîtrisera totalement la fabrication, soit une partie du produit. Même sur la fabrication partielle d'un produit, le cocontractant -que l'on pourrait qualifier de sous-traitant, mais nous préférons privilégier l'expression cocontractant- maîtrise bien le produit ou le demi-produit qu'il livre terminé à la firme en fonction d'un cahier des charges préétabli. Cette maîtrise du produit satisferait ainsi ceux qui regrettent la période des années 1850 en ce qu'elle avait de rassurant tant sur le plan psychologique qu'économique pour l'ouvrier de fabrique.

Nous noterons dès cet instant que si ce schéma est effectivement applicable à l'économie numérique, à l'élaboration de logiciels ou de tâches informatiques ou réalisées sur la base

d'outils informatiques, il est difficilement adaptable au fonctionnement industriel qui se maintiendra, du moins dans le cœur de cible de notre étude, les PME.

En effet, certains groupes industriels soit ont procédé à une désintégration, soit se sont organisés de longue date en faisant appel à des sous-traitants de taille largement inférieure à la leur, et très spécialisés. C'est le cas en particulier du consortium Airbus dont l'usine des Mureaux (vallée de la Seine à 30 kilomètres de Paris) fabrique des éléments de moteur de la fusée Ariane. Nous avons déjà noté que cette usine emploie aujourd'hui sur la même conurbation que la société Renault... un nombre de salariés similaire, alors que les deux unités avaient des effectifs très dissemblables il y a 30 ans. Le consortium Airbus passe commande de matériel, voire même de phase de fabrication sur des éléments de moteurs, par exemple, à des sociétés spécialisées qui constituent un réseau de sous-traitance en chaîne. De cette façon, Airbus a substitué la gestion de contrats de travail -et l'investissement dans des outils de production très diversifiés- à la gestion des contrats commerciaux. Le rôle des intégrateurs et des contrôleurs de qualité devient prédominants. Le consortium Airbus réalise de toute évidence des économies structurelles concernant les biens d'équipement et les lieux de production. Ainsi, l'usine des Mureaux en est venue à détruire des ateliers de construction qu'elle n'utilisait plus et dont la seule présence générait de la taxe foncière sur les immeubles bâtis, outre des frais fixes sans contrepartie dans le processus de production.

En se séparant de nombreux salariés, et en évitant d'en embaucher dans le cadre de ce qui serait un complexe industriel intégré majeur, le consortium Airbus affronte directement la problématique des coûts du travail. En effet, il reporte sur les sous-traitants l'ensemble des coûts différés, obligatoires et exceptionnels. Comme nous avons vu que les entreprises et en particulier les PME de l'industrie n'étaient pas capables d'intégrer dans leurs coûts ces coûts différés, il est évident que le consortium Airbus en fait l'économie totale, alors même que les sous-traitants seront confrontés à l'émergence de ces coûts à un moment du déroulement du contrat de travail de leurs propres salariés. Second avantage : le consortium minimise les coûts de fonctionnement des IRP, sans qu'il soit utile de développer davantage sur ce point. Il minimise enfin l'ensemble des autres coûts en raison même de sa taille, réduite au regard de ce qu'elle pourrait être en cas d'intégration.

Troisième avantage déterminant : la flexibilité de l'outil de production. En fonction du carnet de commandes, le constructeur serait dans l'obligation d'avoir les yeux rivés sur les effets

en raison du coût global de son personnel et d'une exigence première dans une activité de cette nature : le maintien de l'employabilité de l'ensemble des salariés d'un groupe totalement intégré, dans l'ensemble des métiers qui iraient du découpage laser de micro pièces (coût d'un laser de base : 650.000 €) jusqu'au surfaçage en platine de certaines pièces en passant par les fonctions démontage, l'organisation des fluides etc. Cette pluriactivité serait particulièrement difficile à gérer en cas de diminution obligée des effectifs. L'ensemble de la flexibilité est en fait reportée sur la sous-traitance de même que la problématique du maintien de l'employabilité des équipes sur des processus très spécialisés et son coût.

Cette option de la gestion en réseau peut également trouver sa concrétisation dans les activités de conseil, les activités comptables, la fabrication de logiciels, la fabrication de jeux vidéo. Il nous semble difficilement envisageable sur un plan purement industriel, le retour à l'atelier familial de production de clous ou de tissage nous paraissant quelque peu hors du temps. Cependant, nous ne sous-estimerons pas l'impact de quelques expériences identifiantes, telle que celle de Benetton (*United Colors of Benetton*) en Italie. Benetton a mis au point un modèle qui récuse totalement le modèle classique des filatures industrielles pour se caler sur des éléments beaucoup plus artisanaux et revenir en quelque sorte au modèle de l'atelier familial. Les contrats sont gérés comme des contrats commerciaux et les intervenants, les tisseurs, ne sont donc pas des salariés.

Benetton inverse l'ensemble des fondamentaux de l'entreprise textile classique, celle qui a fait la fortune des Blech, Baumgartner, Grimm et autres Dietsch dans une ville dédiée à cette activité comme l'était Sainte-Marie aux Mines (68)⁵⁰³ de 1880 à 1940, -avec 35.000 habitants et 10.000 salariés d'usine... sans doute une trentaine aujourd'hui-, et dans d'autres conditions de grandes familles du Nord de la France telles que Boussac. Benetton met l'accent sur l'organisation et la coordination de la production et de la distribution. Bien que les deux aspects soient intimement liés, nous allons centrer notre réflexion sur la phase de production car elle est identifiante au regard de notre problématique. En effet, les contraintes du droit du travail italien sont similaires à celles du droit français bien que moins

⁵⁰³ Nicolas Stoskopf, Pierre Vonau, *L'Alsace de la seconde moitié du 20^{ème} siècle, la grande mutation industrielle*, Revue d'Alsace, 2004, p 159-192. Le textile alsacien emploie encore 45.800 salariés en 1967, 31.420 en 1980, 8.300 en 2003, moins de 5.000 en 2017.

coûteuses pour l'entreprise sur un plan global. Benetton a parfaitement intégré les causes de la déconfiture de l'industrie textile européenne et sait que la main est passée au bénéfice de l'Asie ou des zones franches de l'Ile Maurice ou de Madagascar. Le dirigeant décide donc d'externaliser totalement la production et de ne conserver que la recherche et développement et le contrôle de production et de distribution. Il met également l'accent sur un système d'information qui relie le siège, les usines et les magasins. Ainsi, la fabrication est externalisée à 99 % sur de petites unités de l'ordre de 70 à 80. L'assemblage est externalisé à 100 % sur 100 unités de production et la finition est elle-même externalisée à 95 % sur 20 unités de production.

Ces quelques 450 entreprises situées en quasi-totalité près du siège de l'entreprise en Vénétie travaillent presque exclusivement pour Benetton, dont elles sont donc totalement dépendantes, alors qu'en sens inverse, l'amplitude du partenariat protège l'entreprise d'un risque de rupture d'approvisionnement. Les analystes du modèle Benetton vantent en général quatre aspects essentiels : la modération des investissements de la société, la flexibilité, le contrôle des fournisseurs et des distributeurs par un système d'information pointu, la maîtrise totale des achats de matière première imposés à l'ensemble des fournisseurs. Ils expliquent le succès du modèle par la théorie des coûts de transaction de Williamson, celui-ci étant fondé sur des transactions successives et continues entre deux unités technologiquement séparables, et objectivement interchangeables. La firme n'est dès lors plus qu'une structure de gouvernance des transactions.

Dans le cadre de notre étude concernant les coûts et la législation sur la protection de l'emploi et leur interaction, nous remarquons que le modèle Benetton présente deux avantages pour la firme. Le premier est d'externaliser l'ensemble de la problématique d'emploi et les effets de la LPE italienne sur l'entreprise Benetton elle-même. Ce sont les sous-traitants qui affrontent ces rigueurs comme ils affrontent la gestion des contrats de travail au quotidien : pas de DRH pléthorique au sein de l'entreprise, pas de problématique de gestion des IRP. La maîtrise du coût est totale à compter de la signature du contrat commercial de production ou d'assemblage, et ces coûts sont minimisés au regard de la problématique de la TGE textile puisque ces entreprises sous-traitantes sont toutes des PME qui peuvent elles-mêmes sous-traiter à des ateliers de nature familiale ou individuelle dans des conditions dont il convient de rappeler la souplesse. Il y a quelques années, les statistiques de la production de bas en Italie était inférieure à celle des exportations... tout

voyageur a vu dans les petites rues des vieux quartiers de Florence ou de Vérone, dans des soupentes surprenantes, fonctionner des machines à tisser de dernière génération jusqu'à tard dans la nuit. À cet avantage tiré de la minimisation des coûts de production pour l'ensemble des raisons envisageables, que nous qualifierons de légales et extra-légales, s'ajoute évidemment celui de la flexibilité qui permet à la firme de réduire ses commandes sans avoir à exposer les coûts de rupture des contrats de travail ou de financement des outils de production dédiés. Concernant les seuls coûts du travail, nous rappellerons évidemment que de cette façon, Benetton s'exonère des coûts du travail différés dans leur ensemble après s'être exonérés des coûts de fonctionnement des IRP, entre autres. Quant aux PME de sous-traitance, elles sont évidemment dans une situation de dépendance et dans un espace régi par une grande asymétrie d'information.

2.6. Conclusion

L'exemple de Benetton démontre la possibilité de réduire la firme à ce « nœud de contrats de contrats⁵⁰⁴.» dont la gestion est certainement complexe -il s'agit d'une gestion constante des transactions- mais qui a l'avantage de la dégager des coûts et des contraintes du droit du travail. Dans le cas de Benetton, le risque de dés-économie qui peut résulter de la gestion des coûts de transaction est limité, comme l'est le risque « hold-up » par développement d'un phénomène concurrentiel. En effet, l'entreprise maîtrise la R&D et elle contrôle l'ensemble du processus d'information, comme nous l'avons indiqué. Elle va également contrôler le processus d'information à l'égard des clients, c'est-à-dire la publicité : c'est d'ailleurs cette publicité qui l'a fait connaître dans l'Europe entière.

L'examen de l'entreprise en réseau confirme l'hypothèse que nous privilégions selon laquelle dans le cas français ou des cas similaires (l'Italie avant l'expérience Rienzi), la création, l'entretien et le fonctionnement d'une collectivité de salariés dans la perspective de la réalisation d'un acte de production sont particulièrement coûteux. La pesanteur de ces coûts a considérablement réduit le secteur secondaire en France, sans susciter massivement des initiatives obliques comme celles de Benetton.

⁵⁰⁴ Michael Jensen et William Meckling, *Les coûts de l'agence et la théorie de la firme* (1976). Ils notèrent que les relations contractuelles sont l'essence même de l'entreprise, non seulement avec les employés, mais avec les fournisseurs, les clients, les créanciers, etc., et que la plupart des organisations sont simplement des fictions juridiques qui servent de nœud pour un ensemble de relations contractuelles entre les individus.

Trop souvent, la réflexion franco-française sur la problématique du coût évacue l'idée même selon laquelle l'excès de coût peut conduire l'entreprise à susciter d'autres fonctionnements, qui vont de la délocalisation à l'entreprise en réseau décrite par Fréry et Assens. Nous abordons ainsi le paradoxe soigneusement évité par l'école française du droit du travail lorsqu'elle a pris la résolution de ne jamais s'impliquer dans le fonctionnement économique d'une entreprise. Ce faisant, elle évacuait tout développement concernant l'impact du coût du travail sur le fonctionnement réel d'une activité de production et plus globalement, sur la légitimité d'assoir l'essentielle de la protection sociale l'entreprise et ses salariés. Williamson et Hart ont démontré qu'il arrive un instant où le fonctionnement de l'activité de production, dans le cadre classique est tellement coûteux que l'entreprise va en venir à réfléchir sur une option alternative.

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

L'approche de la législation sur la protection de l'emploi par la notion de coût et de coût du travail en particulier nous a semblé à la fois pertinente, dans le contexte social et entrepreneurial français, et originale au regard de la logique unique qui a été imposée par l'école française de droit du travail. Cette logique perdure depuis près d'un demi-siècle et elle a été admise sans critique pendant de nombreuses années. Ce choix nous a conduits à revenir aux origines de la pensée économique et sociale occidentale, imprégnée de la tradition catholique exprimée par Thomas d'Aquin, comme la pensée anglo-saxonne et allemande en particulier est marquée par la tradition protestante et luthérienne.

Précisément, notre critique concernant l'approche francocentrée de cette problématique de coût d'une part, et de la législation sur la protection de l'emploi d'autre part, ne pouvait prospérer sans l'abord de la pensée anglo-saxonne. Dès les débuts de notre réflexion, nous avons considéré que l'analyse de ces problématiques par la théorie de coûts de transaction donnerait un éclairage à la fois original et déterminant sur la suite de nos travaux. Nous devons rappeler que ce choix a été conforté par les écrits de Williamson lui-même et sa propre réflexion sur le contrat de travail, à notre connaissance limitée à quelques exemples et non pas approfondie comme celle qui concerne le contrat commercial et la firme⁵⁰⁵. Williamson estime qu'il est possible d'appliquer sa théorie au contrat de travail mais l'ingénierie du contrat de travail américain n'a rien à voir avec celle du contrat français. Nous avons donc poursuivi dans cette voie et tenté d'aller jusqu'à l'extrême limite du raisonnement. La différence entre les deux droits (français et américain) génère évidemment des différences notables au niveau de l'analyse du coût du travail. Ainsi, la quasi absence de

⁵⁰⁵ Cela étant, nous n'avons pas pris connaissance de l'ensemble des écrits d'Oliver Williamson sur la problématique du contrat de travail et dans une moindre mesure sur celle du coût du travail.

coûts différés en droit américain dispense l'analyste anglo-saxon de s'interroger sur une nomenclature des coûts telle que nous allons la décrire dans cette recherche. Il est possible pour Williamson, dans les années 1990 en particulier, de se limiter à une analyse des coûts de transaction *ex-ante* et *ex-post*, l'analyse *ex-post* visant le déroulement du contrat et donc ses coûts de gestion pendant son exécution. Elle ne concerne pas les coûts de rupture puisqu'ils sont négligeables. Nous n'avons pas trouvé dans les analyses de Williamson de longs développements sur des coûts de transaction afférents à la fin du contrat de travail. Aux États Unis, la fin du contrat de travail est rapide. Elle est peu coûteuse pour l'entreprise et les auteurs n'ont pas lieu de s'attarder sur ses conséquences. Il n'existe pas de coût significatif qu'il serait nécessaire de prendre en compte, ou dont la charge serait telle qu'il nécessiterait effectivement d'être réintégré dans les commémoratifs des coûts.

L'analyse fondée sur les coûts de transaction appliquée au droit du travail telle que nous la développons a été abordée pour la première fois en 1993 par un auteur français au moins, Mahé de Boislandelle. Nous avons pris connaissance de ses travaux et ils nous ont conduits à approfondir l'ensemble du processus de conclusion du contrat de travail (le processus de conclusion du contrat de travail (le processus *ex-ante*), l'ensemble du processus de gestion du contrat de travail (le processus *ex-post*) et au-delà (*ad fururum*). Cet élément constitue l'essentiel de notre apport. Le processus postérieur à la rupture, c'est-à-dire les conséquences indemnitaires d'une rupture par voie de licenciement non contestée, d'une rupture conventionnelle ou d'une rupture censurée par un processus judiciaire aboutissant à la condamnation de l'entreprise, constituent des éléments de coûts différés au regard du déroulement du contrat de travail. Ils doivent être réintégré dans le coût du travail total du salarié. Ce n'est pas l'approche qui constitue en elle-même un apport de nos travaux, puisque ses prémices -même s'ils sont peu diffusés dans la littérature spécialisée- résultent des écrits de Williamson d'une part, et que d'autre part un auteur au moins nous a montré la voie. En revanche, l'approfondissement de la réflexion à ce niveau, les développements que nous proposons sur la notion d'interface technologiquement séparable, nous semblent effectivement constituer un apport au regard de l'existant.

PARTIE IV

ÉTUDES EMPIRIQUES

CHAPITRE PREMIER

**L'USAGE DE LA LÉGISLATION
SUR LA PROTECTION DE L'EMPLOI
ET SES CONSÉQUENCES EN MATIÈRE DE COÛT ET D'EMPLOI**

Dans ce chapitre, nous examinerons empiriquement les effets que la législation sur la protection de l'emploi et du coût du travail génère sur le fonctionnement des entreprises.

Nous avons conçu cette présentation en quatre temps. Tout d'abord, nous présentons les effets de la LPE sur les processus de cession des entreprises, par l'intermédiaire de ce que nous appelons le « passif social virtuel ». Cette dénomination, qui entre peu à peu dans les mœurs de l'entreprise française, vise l'ensemble de la dette sociale de l'entreprise hors comptabilité. Ainsi, pour une entreprise de BTP, il s'agit de la dette au-delà des dettes classiques au titre des AGS, de l'Urssaf, de la Pro BTP et des caisses de retraites complémentaires lorsqu'il en existe. Il s'agit de l'ensemble des droits accumulés par les salariés depuis leur embauche, contrepartie de leur ancienneté dans l'entreprise : indemnité de licenciement et de préavis essentiellement, éventuellement indemnité de départ en retraite. L'acquéreur potentiel du fonds de commerce établit le compte de ces droits, en particulier lorsque la pyramide des âges est défavorable, et il en tire des conclusions financières qu'il tente d'imposer au cédant.

Dans un second temps, nous présentons les conséquences de la décision d'une PME spécialisée dans la fabrication de thé qui entend délocaliser sa nouvelle usine à 50 kilomètres de son implantation historique.

Dans un troisième temps, nous revenons sur le dossier Goodyear qui a défrayé la chronique médiatique nationale pendant plusieurs années pour aboutir à la fermeture de l'une des usines de pneumatiques les plus anciennes de France avec le licenciement de l'ensemble des salariés.

Enfin, nous examinerons la trajectoire de la société Linea BTP dans ses derniers mois d'existence et nous en tirerons les conséquences financières. Ce dernier tableau terminera notre travail de recherche.

1. Dammann Frères

1.1. L'utilisation des compétences d'organisation et de gestion

La société Dammann Frères est une PME de taille moyenne ayant pour activité la fabrication et la commercialisation de thés de luxe. En 2007, les associés de la société Dammann Frères cèdent la majorité de leurs participations au groupe italien groupe Illy⁵⁰⁶, connu pour ses marques de café, qui souhaitait compléter la gamme des produits alimentaires de luxe dont il assurait déjà la fabrication et la commercialisation. En 2010, la société Dammann emploie 141 salariés, dont 120 sur le site historique d'Orgeval située dans les Yvelines, au carrefour des autoroutes A13 et A14.

Au début de l'année 2011, la société explique à ses salariés et à leurs représentants qu'elle se trouve en compétition sur un marché fortement concurrentiel en raison de la pression émanant à la fois des sociétés qui distribuent des produits de consommation de masse en grandes surfaces, et de celles qui sont spécialisées dans le haut de gamme, telle la société Mariage. Pour les passionnés de thé, il est nécessaire de rappeler que la France disposait de quelques fleurons dans cette spécialité, dont la société créée par les frères Digonnet, connue en raison de sa marque de thé l'Éléphant. En 1977, la société avait été intégrée dans un ensemble plus important dénommé Fralib⁵⁰⁷, racheté par la suite par Unilever dans la logique d'un processus de concentration et de prise de parts de marché dans la grande distribution. C'est précisément en 2010 que la société Unilever décide de fermer son usine de Gémenos pour délocaliser sa production en Pologne.

Il existe donc une véritable pression économique sur ce petit marché. La société italienne Illy, qui a racheté la société Dammann, constitue un groupe avec plusieurs filiales dont les sociétés Illycaffè, Demori, Agrimontana et Mastrojanni. Elle est incitée à moderniser l'appareil de production de la société Dammann de même que les méthodes de production. Elle aborde donc

⁵⁰⁶ Illycaffè spa. Le groupe compte 700 salariés et réalise environ 280 millions d'euros de chiffres d'affaire.

⁵⁰⁷ Société Française d'Alimentation et de Boissons : la société produit les thés Éléphant au Havre et les thés Lipton dans d'autres usines. Elle ferme en 1998 les usines du Havre et recentre la production sur Gémenos dans le sud.

le sujet au début de l'année 2011 et elle décide de créer de nouveaux ateliers de traitement des produits et de conditionnement à Dreux, ville de l'Eure et Loir situé à 75 kilomètres du site d'Orgeval⁵⁰⁸. Dans cette ville, la société Philips avait implanté dans l'après-guerre une très importante usine, démantelée dans les années 1980-1990. La société Dammann Frères a choisi ce site pour des raisons de commodité d'accès, de taille et de coût de l'ensemble de l'opération de restructuration, qu'il n'était pas possible d'envisager dans les mêmes circonstances sur le site historique d'Orgeval, voué désormais soit à l'habitation, soit à l'instauration de grandes unités commerciales. La direction de l'entreprise met donc logiquement en œuvre ses compétences d'organisation (nécessité de déplacer l'outil de production) et de gestion (rationalisation du processus).

1.2. La procédure de consultation des représentants du personnel

La direction convoque le comité d'entreprise à une réunion extraordinaire qui se tient le 2 mars 2011 et qui est suivie d'une vaste concertation. Au courant du mois de juin 2011, la société Dammann Frères adresse à chacun des salariés un courrier personnel dans lequel elle propose une modification du contrat de travail. 41 salariés, c'est-à-dire un quart de l'effectif, refusent cette modification en raison de l'éloignement géographique de leur nouveau lieu de travail. Par courrier du 3 août 2011, la direction de l'entreprise notifie aux 41 salariés qui ont opté pour le refus leur licenciement pour motif économique, fondé sur la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

Deux réunions du comité d'entreprise sont réalisées de façon informelle au mois de mars et au mois d'avril. Le 5 mai 2011, la procédure officielle de consultation sur le projet de déménagement de l'usine est mise en œuvre et le comité d'entreprise exprime qu'il souhaite un plan de sauvegarde de l'emploi. Le bail sur l'ancien site de l'usine Philips de Dreux choisi pour localiser les nouveaux ateliers de la société Dammann est signé le 3 juin.

Le comité d'entreprise se fait assister par un cabinet d'expertise comptable et de nombreuses réunions ont lieu de mai à juin. On dénote en tout 6 réunions, la dernière étant en date du 27 juin au cours de laquelle le Comité d'entreprise demande la suspension du projet et l'organisation d'une consultation. Le 5 juillet 2011, l'inspection du travail notifie à la direction de l'entreprise

⁵⁰⁸ Itinéraire Mappy : 75 kilomètres, coût de 8,20 € et durée de 55 minutes.

un constat de carence du plan social de l'emploi, auquel la société a répondu par une lettre argumentée le 20 juillet 2011.

1.3. La lettre de licenciement

Les salariés qui ont refusé la modification de leur contrat de travail se voient notifier une lettre de licenciement pour motif économique le 3 août 2011, laquelle lettre mérite d'être citée. La lettre de licenciement rédigée par la société Dammann est la suivante : « *En compétition sur un marché fortement concurrentiel, l'obtention de la certification ISF FOOD V5 est absolument nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et, partant, de l'emploi de ses salariés. Or, l'entreprise ne peut l'obtenir pour son site d'Orgeval, faute de disposer d'une surface industrielle suffisante pour sa mise en œuvre, ce qui l'oblige à déménager sur Dreux. C'est pourquoi nous avons été conduits à vous proposer la modification économique à votre contrat de travail par courrier du 27 juin 2011, portant modification du lieu d'exercice de vos fonctions à compter du 16 août 2011. Vous avez reçu cette lettre et vous n'avez pas répondu (...). [Nous en avons déduit votre refus d'accepter cette modification économique].*

En matière de reclassement du personnel, les efforts de l'entreprise ont été engagés par la mise en œuvre du Plan Sauvegarde de l'Emploi. Dans ce sens, les demandes faisant partie du licenciement collectif feront l'objet d'une étude au cas par cas. Votre suivi sera assuré par la société ANTEA et le contrat de reconversion professionnelle vous a été proposé. Le 21 juillet, nous vous avons remis une proposition de CTP. Vous disposez depuis cette date d'un délai de réflexion de 21 jours calendaires, délai se terminant le 10 août 2011. Si vous l'acceptez dans le délai imparti précité, votre contrat de travail sera rompu d'un commun accord le 11 août 2011.

Les montants correspondant à votre préavis auquel vous avez droit dans le cadre du licenciement ainsi que ce que vous avez acquis, au titre du Droit Individuel à la Formation seront versés au Pôle Emploi conformément à la procédure du CTP. Dans l'hypothèse où vous refusez expressément votre adhésion au CTP⁵⁰⁹, ou si vous omettez de nous faire part de votre adhésion, la présente lettre constitue la notification de votre licenciement pour motif économique. Vous pouvez demander avant la fin de votre préavis à utiliser des heures acquises au titre du Droit Individuel à la Formation pour bénéficier d'une action de formation, de bilan

⁵⁰⁹ Contrat de transition professionnelle.

de compétence ou de validation des acquis d'expérience. Dans le cadre de ce licenciement pour motif économique, vous avez droit à un préavis. Nous vous dispensons d'effectuer ce préavis, lequel vous sera payé sous la forme d'une indemnité compensatrice de préavis, réglée aux échéances habituelles de paiement des salaires de l'entreprise. »

L'ensemble des salariés qui sont visés par le Plan de Sauvegarde de l'Emploi fait donc l'objet d'un licenciement. Le 10 novembre 2011, l'inspecteur du travail refuse la demande d'autorisation de licenciement des salariés détenant un mandat de représentation du personnel présenté par la société Dammann Frères.

Le conflit de logique qui oppose la partie salariale à la direction de l'entreprise porte sur la notion de difficulté économique et de sauvegarde de la compétitivité, étant précisé que la lettre de licenciement qui vient d'être relue ne vise en aucune façon les difficultés économiques de l'entreprise et pas davantage le poids de la concurrence et les réformes de l'appareil de production mises en œuvre par la concurrence qui imposent donc une évolution similaire chez Dammann. Elle concerne évidemment la sauvegarde de la compétitivité, alors que l'industrie du traitement du thé connaît une crise importante. Unilever veut délocaliser ses usines sur la Pologne et la société Dammann peut exposer à ses salariés et au-delà aux juridictions la nécessité de modifier ses lignes de production. À la même époque, en septembre 2010, Unilever annonce sa volonté de fermer son site de Gémenos pour aller produire en Pologne les fameux thés réalisés sous la marque l'Éléphant. Les 182 salariés de l'usine de Gémenos engagent un bras de fer avec la direction d'Unilever débutant 1.336 jours d'occupation des locaux. En mai 2014, ils obtiennent 20 millions d'euros d'indemnités de licenciement et montent sur place une SCOP pour relancer la production sous la marque 1336. Leur objectif est de traiter 250 tonnes de thé la première année. Il n'y a donc pas de discussion sur la nécessité pour les usines de traitement du thé de s'adapter à de nouvelles normes et à de nouvelles conditions techniques et économiques. Il n'y a pas davantage de discussion pour Dammann sur la nécessité d'adapter son outil de production. Et cependant, cette situation va donner lieu à un conflit important, très caractéristique des blocages autorisés par la législation sur la protection de l'emploi.

1.4. La décision des juridictions prudhomales

Le conseil de prudhommes de Poissy statue le 15 octobre 2012, et la cour d'appel de Versailles le 16 octobre 2013. Entretemps, l'inspection du travail considèrera que le Plan de Sauvegarde de l'Emploi est insuffisant.

Le conseil de prudhommes statuant après l'avis donné par l'inspection du travail rappelle que le PSE doit comporter les mesures précises pour faciliter le reclassement du personnel et pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre. Il doit préciser les catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement collectif, déterminer si les postes offerts sont de nature à favoriser un reclassement efficace et si les mesures de reclassement externes sont ou non illusoires. En outre, la validité du plan est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou encore le groupe.

Le 7 juin 2011, l'inspection du travail indiquait à la société Dammann que son plan social était insuffisant, étant souligné qu'il ne comportait que 6 pages et qu'il ne comprenait aucune mesure de reclassement interne ou externe.

En particulier, l'inspection du travail considérait que l'article 1233-62 du code du travail n'était pas respecté. La société Dammann, PME de 141 salariés, se trouvait dans l'obligation de respecter les dispositions de l'article 1233-61 du Code. Selon cet article, dans les entreprises de 50 salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne 10 salariés ou plus dans une même période de 30 jours, l'employeur établit et met en œuvre un Plan de Sauvegarde de l'Emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre. Ce plan intègre un plan visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment celui des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle difficile. Quant à l'article 1233-62⁵¹⁰, il définit avec précision le contenu du plan social.

Devant le conseil de prudhommes, les salariés requérants, et en particulier les salariés protégés, avaient souligné que le Plan social pour l'emploi n'avait pas respecté les dispositions de

⁵¹⁰ Article L.1233-62

Le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit des mesures telles que :

- 1° Des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure ;
- 2° Des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ;
- 3° Des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ;
- 4° Des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ;
- 5° Des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents ;
- 6° Des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ainsi que des mesures de réduction du volume des heures supplémentaires réalisées de manière régulière lorsque ce volume montre que l'organisation du travail de l'entreprise est établie sur la base d'une durée collective manifestement supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires ou 1 600 heures par an et que sa réduction pourrait préserver tout ou partie des emplois dont la suppression est envisagée.

l'article 1233-62. Ils estimaient en outre que les formalités d'information et donc de consultation des représentants du personnel n'avaient pas été respectées sinon dans la lettre, du moins dans l'esprit. Ils estimaient enfin que les règles relatives à l'ordre des licenciements avaient été contournées par l'entreprise qui avait considéré que tous les salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail devaient être licenciés, et qu'en conséquence, elle n'avait pas à effectuer de choix au sens de la loi. Enfin, les salariés soutenaient que les démarches qui avaient été effectuées par l'expert-comptable du comité d'entreprise avaient permis de relever qu'en arrivant sur le site de Dreux, la société Dammann allait bénéficier d'aides financières de l'ordre de 1.600.000 €, sans que l'on sache d'ailleurs quelle était précisément la nature de ces apports (emprunt, subventions, subventions à fonds perdus ou subventions remboursables).

De son côté, la société Dammann expose que son bilan pour l'année 2011 est déficitaire à hauteur de 878.914 € et que celui consolidé du groupe l'est à hauteur de 131.162 €.

Elle estime que le Plan social pour l'emploi proposé est suffisant, sans répondre d'ailleurs de façon précise aux critiques émanant des salariés. Le conseil de prudhommes considère que le Plan de sauvegarde de l'emploi a consisté non pas à éviter des licenciements, mais à convaincre les salariés qu'il était dans leur intérêt d'accepter la modification de leur contrat de travail par la mise en œuvre de mesures incitatives telles que la prise en charge des frais de déplacement.

Le conseil de prudhommes note que le plan comporte six séries de mesures destinées aux seuls salariés acceptant la modification de leur contrat de travail, dont l'emploi n'est en fait pas menacé, et seulement deux séries de mesures à l'égard des salariés dont l'emploi est directement menacé. Il note que plusieurs critères de l'article 1233-62 ne sont pas retenus dans le plan, tels que la définition des catégories professionnelles visées, le nombre et la nature des emplois pouvant être proposés à l'intérieur du groupe Illy, les critères d'ordre de licenciement et le nombre de postes supprimés. Il en conclut que le plan de reclassement est nul. Il indique que la nullité du plan doit générer en conséquence la nullité des licenciements qui en résultent.

On voit ici encore que la forme est prédominante sur le fonds. La forme du plan l'emporte sur la nécessité économique. Quant à l'intrusion du juge dans la sphère de compétence organisationnelle et gestionnaire du chef d'entreprise, elle n'est même pas analysée dans les décisions. Il apparaît en effet que les avocats de la partie entreprise ont depuis longtemps abandonné le combat judiciaire. Ce n'est donc qu'à titre complémentaire que le conseil de prudhommes se penche sur la notion de compétitivité de l'entreprise. Il doit arbitrer entre les

deux logiques révélées ci-dessus. Pour l'entreprise, la notion de compétitivité doit s'analyser comme la capacité à résister à la concurrence et à s'adapter aux mutations technologiques pour assurer son avenir et celui des emplois. Le licenciement de compétitivité doit par conséquent être destiné à tempérer les conséquences d'une menace réelle, porteuse de difficultés économiques à venir si la compression des effectifs n'est pas décidée en temps utile.

De leur côté, les salariés estiment que l'objectif poursuivi par la direction dans le cadre du transfert constitue une réorganisation clairement orientée par une logique de développement et d'accroissement des gains (c'est-à-dire une logique de profit) et non pas vers une volonté de faire face à une menace sur la compétitivité. En conséquence, les salariés en viennent à contester le caractère nécessaire de la certification ISF Food. Ils estiment que l'absence de cette certification n'a eu jusqu'à ce jour aucun impact négatif sur les ventes et concluent que la réorganisation n'est envisagée que pour maximiser les profits et la rentabilité.

L'entreprise refuse, comme on l'a déjà souligné, d'aborder les difficultés existant globalement sur le marché et la menace de la concurrence qui, quant à elle, se réforme continuellement. Mais elle reste sur sa position en indiquant d'une part que la réorientation de son activité en direction de l'international nécessite l'obtention de la norme internationale de certification IFS Food V5 et qu'il est impossible d'obtenir cette norme en restant sur le site historique d'Orgeval, trop petit et trop vétuste. Elle soutient donc que le transfert sur le site de Dreux génère pour elle un coût financier important qu'elle supporte intégralement mais que les frais relatifs à ce transfert (coût du transfert lui-même, aménagement des locaux, coût du bail locatif, taxe du site d'Orgeval, emprunt, indemnité de départ, charges salariales supplémentaires) empêcheront de générer une participation aux bénéfices sur l'exercice 2011. Enfin, elle soutient que le licenciement est consécutif au refus des salariés de suivre l'entreprise sur le site de Dreux, alors même que des mesures d'accompagnement ont été prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Elle expose que le refus des salariés de suivre l'entreprise sur le nouveau site empêche évidemment non pas de les reclasser, mais de préserver les emplois, la différence de vocabulaire étant importante à ce niveau.

Dammann indique qu'elle a consulté les autres sociétés du groupe Illy, qui n'avaient pas de poste disponible, étant souligné que le problème de l'éloignement de ces lieux de travail n'a même pas été soulevé. Enfin, l'entreprise expose qu'elle a mis en œuvre une cellule de reclassement, que la mission du cabinet, qui génère 2.600 € de frais par salarié, sera étendue sur 12 mois et qu'en conséquence elle estime avoir pleinement respecté ses obligations.

Dans son jugement du 15 octobre 2012, qui ne comporte que quelques lignes, le conseil de prudhommes estime que la société Dammann ne démontre aucun effort ni mesure mise en œuvre pour faciliter le reclassement tant en interne qu'en externe du salarié, que le plan de sauvegarde de l'emploi est insuffisant, que les remarques présentées par l'inspection du travail n'ont pas été suivies d'effet et que pour la filiale d'un groupe important, comme le groupe Illy, les moyens mis en œuvre semblent manifestement inférieurs aux moyens tant économiques qu'humains dont disposait le susdit groupe. En conséquence, le conseil de prudhommes prononce la nullité des licenciements. En application de l'article 1235-11, il constate que la réintégration au sein de l'établissement d'Orgeval est impossible puisque celui-ci est fermé. Il accorde aux salariés, sans une ligne de justification visant par exemple l'étendue de son préjudice, une indemnité de 12 mois de salaire, majorée de 36 mois en fonction de son ancienneté. On se situe totalement dans le cadre de la garantie d'indemnisation, étant souligné qu'elle est maximisée et acquiert donc cet aspect patrimonial qui dépasse la simple notion indemnitaire, comme nous avons eu l'occasion de le souligner. C'est dans ces conditions que l'un des salariés concernés va percevoir 99.312 €, l'exécution provisoire étant en outre ordonnée⁵¹¹.

1.5. L'arrêt de la cour d'appel de Versailles

Devant la cour d'appel de Versailles, les débats seront plus courts. La Cour estime que la pertinence d'un plan social s'apprécie en fonction de l'ensemble des mesures qu'il contient et des moyens dont dispose l'entreprise ou le groupe. Elle considère que le plan doit comporter au premier chef des mesures précises et concrètes pour faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne peut être évité et préciser notamment le nombre, la nature et la localisation des emplois vacants et offerts en reclassement. À ce niveau, on notera qu'il s'agit purement et simplement de la reprise des dispositions des articles 1233-61 à 1233-62. C'est en fait la seconde partie de ce considérant qui fonde la position de la cour d'appel dans ce dossier. Elle doit être remarquée tant elle apparaît en rupture avec la logique de l'entreprise. Elle porte atteinte au pouvoir de direction sans même que la Cour semble s'en rendre compte. Cette seconde partie est la suivante : « *que force est de constater que le PSE proposé par la société Dammann Frères, dans sa version définitive, se bornait au titre du reclassement interne à*

⁵¹¹ Jugement du conseil de prudhommes de Poissy, Sas Damman Frères C/ Franck Vallon, section industrie, RG F 11/00 914 du 15 octobre 2012.

renvoyer les salariés à la consultation d'une liste de postes disponibles dans le groupe, sans organiser de façon plus concrète les mesures de reclassement, ni préciser le nombre, la nature, et la localisation des emplois offerts à ce titre ; que cette liste, sensée annexée au PSE, n'est d'ailleurs pas jointe aux documents communiqués par les parties. » La Cour poursuit : « L'employeur ne peut être admis pour justifier cette carence à présumer du refus par les salariés de postes situés à l'étranger ».

Enfin, elle considère que les mesures incitatives à la mobilité des salariés, la proposition d'une convention de transition professionnelle, la mise en place d'une cellule de reclassement et un budget de formation, ne constituent pas un vrai plan de reclassement interne et que, globalement, le PSE ne satisfait pas aux exigences légales. C'est dans ces conditions que la Cour va octroyer aux salariés une indemnité correspondant à 12 mois de salaire, mais que considérant que le salarié concerné, âgé de 44 ans au moment du licenciement, compte 24 ans d'ancienneté, et qu'il ne justifie pas de recherche d'emploi depuis la date de son licenciement (la Cour statue le 16 octobre 2013 alors que le salarié est licencié depuis deux ans et demi), elle réforme au niveau du montant de l'indemnité et limite celle-ci à la somme de 25.200 €. Elle réduit donc l'indemnisation et la conforme dans son aspect indemnitaire et récuse l'aspect patrimonial⁵¹².

1.6. Conclusions sur ce premier exemple

Les enseignements qu'il convient de tirer de cette analyse du jugement du conseil de prudhommes et de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles sont de deux ordres. Tout d'abord, et conformément à ce qu'on a déjà pu indiquer par ailleurs, il est constant que le conseil de prudhommes, dont on rappellera qu'il était sous présidence salariée, fait preuve à l'égard des entreprises d'une vindicte particulière qui le conduit à entrer en voie de condamnation pour une somme cinq fois supérieure à celle qui sera finalement retenue par la cour d'appel. Ce type de jugement illustre, au sein de la collectivité des conseillers prudhommes, qu'il s'agisse d'ailleurs des conseillers salariés ou des conseillers employeurs -puisqu'en l'occurrence, pour faire une décision, il faut qu'il y ait au moins trois personnes qui soient convaincues du bienfondé de la

⁵¹² On soulignera que dans la procédure qui sert de référence à la présente analyse, la Cour ayant remarqué que le salarié n'avait effectué au cours d'une période de deux ans et demi aucune recherche d'emploi, il s'agit bien d'obtenir purement et simplement un avantage économique.

position de l'une ou l'autre des parties-, une sorte de croyance dans le caractère inépuisable des ressources d'une entreprise.

Second élément qui mérite également d'être retenu : le débat, qui a lieu tant devant le conseil de prudhommes que devant la cour, n'est pas orienté au regard de la question qui apparaît essentielle : celle du pouvoir de direction de l'employeur et de ses compétences organisationnelle et gestionnaire dans l'organisation de l'unité économique. Ni le conseil de prudhommes, ni la cour d'appel ne se situent sur ce terrain. À tel point que la motivation retenue par les deux juridictions évacue totalement cette notion. Si la Cour ne va pas contester l'opportunité pour l'entreprise d'effectuer un choix portant sur l'adaptation d'une norme, il convient de souligner en revanche que le conseil de prudhommes émet cette prétention et qu'il récuse au chef d'entreprise le droit d'adopter une norme spécifique et de tirer les conséquences de l'adoption de cette norme en prévoyant le déménagement de son activité sur un autre site de production.

Le fait de souligner un tel phénomène apparaît notablement important dans le cadre de notre réflexion. En effet, cette position constitue purement et simplement une négation du pouvoir de direction, cette négation étant justifiée par l'intérêt que représente pour les salariés non pas la conservation de leur emploi (le principe de la conservation des emplois n'est pas mis en cause dans cette affaire), mais l'intérêt et la contrainte que représente pour eux l'obligation de suivre l'entreprise à quelque 50 kilomètres de là.

Il s'agit donc bien de la part des salariés et des juridictions qui les suivent d'une contestation de la légitimité du pouvoir de direction, cette contestation ayant pour objet non pas de préserver la collectivité des salariés, comme on aurait pu s'y attendre dans le cadre de l'exercice classique du droit syndical, ou de préserver les emplois. Le seul objectif des salariés est d'obtenir la somme d'argent la plus importante possible.

Certes, on notera que les dispositions légales n'incitent pas les juridictions à prendre en considération l'intérêt de l'entreprise ou à respecter d'une manière ou d'une autre le pouvoir de direction du chef d'entreprise. Comme nous l'avons déjà souligné au cours des chapitres précédents, ces notions sont délibérément écartées du droit positif français, et en particulier du droit du travail. Mais l'aspect topique de ce type de décision, dont on soulignera qu'elles ne sont pas isolées, puisque la jurisprudence dont s'agit est globalement reprise par d'autres cours et validée par la cour de cassation, impose un commentaire complémentaire.

Chacun a compris que le fond de ce litige réside dans le fait que les salariés contestataires n'entendent pas suivre le déplacement de l'entreprise à Dreux. Or la société Dammann n'a pas d'autre établissement, ce qui n'est pas contesté. Quant à la totalité des autres établissements du groupe Illy, elle est située soit en France, soit en Italie, à des distances qui sont largement supérieures à celle de la nouvelle implantation de Dreux.

Les conditions de discussion du plan de sauvegarde de l'emploi et les propositions qui ont été formulées dans le cadre des discussions préalables au licenciement ont effectivement évacué les possibilités de reclassement des salariés dans des établissements situés au-delà de la limite déjà considérée comme inacceptable par les personnes qui travaillaient à Orgeval.

La logique de l'employeur, dans le cadre du plan, est donc claire : ayant compris que les salariés n'entendaient pas travailler dans un établissement situé à une distance supérieure ou égale à celle de Dreux et ne disposant pas d'établissement dans le cadre d'une distance inférieure ou égale à celle de Dreux, il est dans l'obligation de licencier. Au-delà même du fait qu'il n'y a pas de poste disponible dans ses autres établissements, on peut comprendre que le groupe Illy ne présente pas de proposition de poste sur des sites situés à une distance supérieure à la distance Orgeval/Dreux.

Mais précisément, la rigidité du texte ne permet pas d'aborder ce type de situation. C'est en cela que l'on voit que ces textes sont rédigés dans une perspective uniquement punitive, c'est-à-dire dans la seule perspective de générer à l'égard de l'entreprise une sanction financière que nous qualifierons de nature patrimoniale, ce caractère étant apprécié tant à l'égard du salarié qu'à l'égard de l'employeur, puisqu'il s'agit pour l'employeur d'une atteinte au patrimoine de l'entreprise qui dépasse notablement le coût prévisible du travail, et qu'il s'agit pour le salarié d'un avantage de nature financière qui constitue un avantage purement patrimonial et ne constitue pas la pure indemnisation de la privation de l'emploi.

D'ailleurs, dans le cas de figure qui est cité, il est constant que l'entreprise n'entendait pas priver les salariés de leur emploi puisqu'elle se trouvait dans la nécessité, une fois arrivée sur le site de Dreux, de reconstituer les équipes qui avaient été détruites, lors du déménagement, par le refus de ses salariés d'accepter la décision de réorganisation.

La reprise, mot pour mot, de la motivation exprimée dans l'arrêt de la cour d'appel laisse apparaître clairement que la Cour ignore ou nie l'existence du pouvoir de direction et d'organisation.

2. Goodyear : l'instrumentalisation de la garantie de procédure dans le cadre de la mise en œuvre des plans sociaux

En septembre 1999, les sociétés américaine Goodyear et japonaise Sumitomo, deux géants du pneumatique mondial, annoncent la réalisation d'une *joint-venture* dans la perspective du renforcement de leurs positions respectives en Europe⁵¹³. L'idée-force de ce projet vise à créer en France et plus globalement en Europe la base industrielle d'une concurrence à la société Michelin. Les sociétés Goodyear et Dunlop possèdent chacune une usine à Amiens : Amiens Nord pour la première et Amiens Sud pour la seconde. Ces implantations datent des années 1950, et les appareils de production sont relativement anciens. L'usine Goodyear d'Amiens Nord travaille sur deux secteurs, qui sont d'un côté le pneu tourisme et de l'autre le pneu agricole⁵¹⁴.

2.1. *Le passage des 3x8 en 4x8 : l'expression du pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise*

Les industriels américains de Goodyear souhaitent créer une unité radicalement moderne, dont le fonctionnement nécessite une nouvelle organisation du travail par la mise en œuvre d'équipes fonctionnant en 4x8. En effet, jusqu'alors la production sur les sites Dunlop d'Amiens Sud et Goodyear d'Amiens Nord est organisée en 3x8, c'est-à-dire en trois équipes travaillant huit heures par jour pendant cinq jours par semaine par roulement, et se reposant deux jours en fin de semaine. Le samedi et le dimanche, interviennent deux équipes spécialement constituées, se relayant toutes les douze heures. Il existe donc 5 équipes d'ouvriers pour faire tourner l'usine.

Le système des 4x8 est fondé sur quatre équipes au lieu de 5 se relayant toutes les huit heures, y compris le weekend. En contrepartie, les ouvriers touchent une prime exceptionnelle de 3.500 €, et voient leur salaire augmenter. Pour faciliter cette modification importante du rythme de travail, la direction de Goodyear s'engage à investir 52 millions d'euros dans l'appareil de production.

⁵¹³ Goodyear possède alors 75 % des actions du groupe sur la zone Europe et États Unis, et Sumitomo le même pourcentage sur la zone asiatique.

⁵¹⁴ Au moment où nous écrivons ces lignes, la cour d'appel d'Amiens réforme le jugement correctionnel qui condamnait les salariés qui avaient séquestré en 2014 deux cadres de l'entreprise, et limite les peines à de la prison avec sursis. Dans le même temps, le site industriel est vendu semble-t-il pour une promotion immobilière. Les premières mesures de restructuration ayant été proposées en 2007, il aura fallu dix ans à l'entreprise pour terminer cette opération, dans des conditions qui ne sont pas celles prévues au départ.

L'organisation du travail en 4x8 se retrouve souvent dans les centres de production industrielle. La nouvelle organisation en 4x8 est proposée dans les conditions suivantes. Pendant deux jours, l'équipe est du matin, avec une prise de poste à 6h00. Pendant deux jours, elle est d'après-midi avec une prise de poste à 14h00. Et pendant deux jours, elle est de nuit avec une prise de poste à 22h00. Puis elle enchaîne sur deux jours de repos avant de recommencer un nouveau cycle. L'équivalent hebdomadaire de ce cycle est donc de 42 heures par semaine pour des postes de 8 heures et de 44,6 heures pour des postes de 8h30⁵¹⁵.

La direction de la nouvelle entreprise, dénommée Goodyear Dunlop Tires France (GDTF) considère que l'organisation projetée doit générer non seulement une utilisation optimale des équipements, mais elle doit aussi permettre de réduire les coûts de fabrication de l'ordre de 20 %. En contrepartie de cet allègement du coût du travail, elle investira dans la rénovation du travail de production qu'elle pourra amortir plus aisément.

L'entreprise envisage donc la suppression des deux équipes du week-end et une réduction des effectifs, à hauteur de 450 salariés. Cette décision ressort pleinement du pouvoir de direction de l'employeur et en particulier de ses compétences de gestion et d'organisation. Au niveau du prix de revient, l'impact de la suppression de 450 emplois est particulièrement notable. En effet, si l'on considère que chacun de ces emplois génère un coût mensuel, charges comprises, de 3.800 €, la suppression de 450 emplois équivaut une économie mensuelle pour l'entreprise de 1.710.000 €. Cela signifie en conséquence que par an, le fait de la suppression de ces 450 emplois est de 20.520.000 €⁵¹⁶.

Curieusement, ces chiffres n'apparaissent ni dans les décisions judiciaires qui émaillent le déroulement de ce dossier, ni dans les argumentaires techniques qui sont échangés entre les parties, comme s'il était indécemment d'évoquer de tels montants. Or, il est bien entendu nécessaire de les évoquer, car ils permettent de mieux comprendre la stratégie qui sera employée par le

⁵¹⁵ Le système des 3x8 est reconnu comme posant de gros problème d'adaptation du rythme du sommeil du salarié. Les horaires du poste changent chaque semaine entre matin, après-midi et nuit. Alors que le corps commence à s'adapter à un horaire donné pendant 5 jours, le rythme est modifié juste après pour un autre. Par contre, les week-ends sont préservés pour la vie familiale.

Le 4x8 en décalant progressivement matin, puis après-midi, puis nuit, est mieux supporté par la majorité des personnes, une journée allongée posant moins de problème qu'un décalage horaire brutal. Le temps de repos est allongé, donc le sommeil si besoin. Par contre, le salarié dans le cadre du système des 4x8 n'a pas la garantie de la disponibilité du week-end, et les 2 jours de repos qui interviennent dans la semaine sont un peu trop courts pour vraiment récupérer. Physiologiquement, le système apparaît plus favorable, socialement et familialement, il l'est moins.

⁵¹⁶ Ces chiffres sont approximatifs : la société GDTF a refusé de nous communiquer des éléments précis en dépit de nos demandes réitérées dont la dernière par lettre recommandée AR. Quant aux syndicats, ils n'ont pas réalisé de projection en la matière.

syndicat CGT pour tenter de convaincre la direction qu'il convient de ne pas procéder à la modification de l'organisation du travail.

2.2. Les données économiques

La connaissance de ces chiffres permet de mieux comprendre le fondement de l'attitude du syndicat. En effet, l'utilisation de la seule garantie d'indemnisation en cas de rupture des contrats de travail permet le versement à chaque salarié d'une somme relativement conséquente, en raison de l'application de la convention collective de la chimie. Ainsi, en imaginant, compte tenu d'une ancienneté moyenne de 25 ans, que l'entreprise réalise un effort financier en versant, tout confondu : indemnité de licenciement, indemnité de préavis, congés payés sur le préavis, et une somme forfaitaire venant indemniser la rupture du contrat de travail, de l'ordre de 80.000 €, c'est un montant de 3.600.000 € seulement qu'elle devrait exposer en une seule année pour indemniser les 450 salariés correspondant à la suppression des deux équipes du samedi et du dimanche. Si la société GDTF se trouve dans l'obligation de rompre les contrats de travail des 1 173 salariés de l'usine d'Amiens Nord, sur la même base de 80.000 €, elle devra verser en tout et pour tout à l'ensemble de ces salariés licenciés, une somme de 9.400.000 €.

Ces chiffres sont importants, mais ils restent négligeables au regard de l'enjeu que représente pour les salariés du site le maintien de l'emploi sur le laps de temps le plus long possible, étant précisé que, sauf pour les cas de départ en retraite, pour la plupart des salariés la garantie d'indemnisation restera certaine en cas de rupture. Dès lors, la CGT décide d'utiliser les textes fondant la garantie de procédure en matière de plans sociaux pour obtenir le maintien de l'emploi sur la période la plus importante afin d'obtenir le versement par l'entreprise de sommes elles aussi notablement plus importantes. Ainsi, au cours des 5 années que va durer le conflit, la société Goodyear Dunlop Tires France va être dans l'obligation de continuer à payer les salaires et les charges sociales concernant les 1 173 salariés de l'usine d'Amiens Nord, sous quelques réserves puisqu'au fil du temps, un certain nombre de salariés quittera, soit par l'effet des mises en retraite, soit par l'effet de licenciement, la société. Or, nous savons que sur la base d'un salaire brut chargé de 3.800 €, c'est donc une somme mensuelle de 5.457.000 € que la société GDTF doit verser. Le montant de cette rémunération sur une année entière aboutit à un versement total de 53.489.000 € arrondi à 53.500.000 €. Calculée sur les 5 ans de la procédure (2008-2013, puisque c'est le 31 décembre 2013 que l'usine ferme définitivement), c'est une somme totale de 267.440.000 € qui sera exposée par la société GDTF avec une production réduite : la production de 20.000 pneus par jour était tombée à 2.000. L'usine maintenait un

sous-emploi chronique après avoir constaté une perte de 61 millions d'euros sur l'exercice 2011, dont 41 millions sur le pneu « tourisme ».

2.3. Le fonctionnement de la garantie de procédure dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi

Les syndicats français ont compris de longue date que dans les grandes entreprises, **la garantie d'indemnisation** n'était ni la plus contraignante au regard du pouvoir de direction du chef d'entreprise, ni la plus menaçante pour le fonctionnement économique de l'entreprise. En effet, lorsque celle-ci dispose des moyens financiers pour assumer le coût de la rupture du contrat de travail, la décision stratégique de se séparer de tout ou partie des salariés peut être prise et exécutée rapidement. L'entreprise repart alors sur des bases différentes en ayant réduit le coût du travail nécessaire à la production des biens ou des services. Elle redevient naturellement compétitive avec l'ensemble des avantages que lui procure au niveau interne, et au regard bien entendu de la rémunération des actionnaires, la réduction des effectifs et l'économie réalisée sur les dépenses salariales, outre l'avantage conféré par la modernisation de l'appareil de production et l'augmentation de la productivité. Il s'agit d'ailleurs de l'argument mis en avant par la partie syndicale pour expliquer qu'il s'agit du seul critère déterminant du choix de la direction. Cette observation conduit les syndicats de salariés à instrumentaliser la loi pour s'opposer à la logique du pouvoir de direction ou pour le moins en retarder les effets.

2.3.1. La destruction de l'emploi

Il est peu probable que les dirigeants locaux et nationaux de la CGT aient cru un instant que la société Goodyear Dunlop Tires France pourrait renoncer à son projet de modification du fonctionnement de l'entreprise, même sous la contrainte des coûts colossaux que la mise en œuvre de **la garantie de procédure** pouvait engendrer pour l'entreprise. Cette perspective était d'une part totalement décalée au regard de la position habituelle des entreprises américaines : elle aurait été par trop emblématique au regard du fonctionnement du pouvoir patronal sur le plan national. Enfin, elle aurait conduit indiscutablement à un échec industriel sur le site d'Amiens Nord.

L'instrumentalisation des garanties de procédure prévues dans le cadre de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi, c'est-à-dire dans le cadre des dispositions du code du travail applicables dans les entreprises de plus de 1.000 salariés, pouvait permettre aux syndicats de salariés de générer à l'entreprise de très graves désagréments en étirant les délais préalables à la modernisation de l'appareil de production, tout en assurant aux salariés au long de cette

période le maintien de leur contrat de travail et en leur permettant de se rapprocher de l'âge de la retraite en restant salarié. Le syndicat savait également qu'il ferait perdre structurellement des millions d'euros à l'entreprise, ce qui ne manquerait pas, il convient de le souligner, de favoriser son concurrent français direct, la société Michelin.

Dans cette usine d'Amiens-nord, nombre de salariés avaient un âge relativement élevé. En retardant la mise en œuvre par l'entreprise de la réorganisation qu'elle envisage, la partie salariale pèse sur le coût du travail et sur le processus de production, dans des conditions beaucoup plus pénalisantes que dans le cadre de la négociation d'une rupture de contrat et de la mise en œuvre de la simple garantie d'indemnisation. Les syndicats de salariés vont faire appel dans cette perspective à deux types d'intervenants de l'extérieur : les experts du comité d'entreprise et les avocats spécialisés.

Certains cabinets d'expertise comptables et d'avocats sont désormais bien connus pour rechercher de façon systématique dans les plans sociaux la moindre erreur de procédure de nature à mettre en péril l'ensemble du dispositif, même si celui-ci, sur le plan indemnitaire, peut apparaître comme parfaitement acceptable. **L'objectif n'est pas d'obtenir le plus rapidement, mais en revanche le plus tard possible, la mise en œuvre de la garantie d'indemnisation.** Ces conseils spécialisés, à l'instar des avocats pénalistes qui sont spécialistes de la procédure en matière de détention provisoire par exemple ou en matière de garde à vue, sont à l'affût de la moindre erreur pour obtenir de l'institution judiciaire l'annulation du plan et la réitération de l'ensemble du processus de consultation depuis le premier jour. En effet, c'est généralement dans ce processus de consultation, éminemment complexe, qui nécessite non seulement un respect sourcilieux des délais, de la saisine d'instances tierces, ainsi que la communication de différents documents, que l'avocat peut déceler une faille et obtenir satisfaction pour ses clients. Ainsi, il examine les documents fournis par la direction à la virgule près, en souligne éventuellement les erreurs et construit son argumentaire judiciaire sur ce fondement.

Dans l'affaire Goodyear, la partie syndicale obtiendra à trois reprises au moins des jugements du tribunal de grande instance de Nanterre qui vont critiquer les plans mis en œuvre sur le plan procédural et retarder le processus.

2.3.2. La démonstration de l'efficacité de la garantie de procédure

Le 18 novembre 2008, le tribunal de grande instance de Nanterre annule la suppression de 402 emplois sur le site de Goodyear d'Amiens Nord. Dans la foulée, la direction de GDTF annonce alors le retrait du plan et informe les salariés et les organes représentatifs du personnel de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi portant cette fois sur 1.000 postes. Elle souligne qu'il existe un risque sur l'activité de production de pneumatiques « tourisme » et souligne que 1.000 salariés sur les 1.400 du site interviennent sur ces spécialités, le reste des ouvriers travaillant sur l'activité agricole.

Lors d'un comité central d'entreprise qui se tient le 26 mai 2009, c'est-à-dire six mois après le jugement du tribunal de grande instance de Nanterre, la direction présente un nouveau projet portant cette fois-ci sur la suppression de 817 postes sur les quelque 1.400 salariés présents sur le site. La fermeture de l'unité pneus-tourisme est décidée. Quant à l'activité agricole, qui regroupe encore quelque 500 salariés, elle doit être cédée à un tiers.

Le comité central d'entreprise et le syndicat CGT attaquent ce second plan devant le tribunal de grande instance de Nanterre, poursuivant ainsi la tactique de harcèlement et de retardement qui a été décidée. Le plan est recalé à nouveau par le tribunal de Nanterre.

Face à la rigueur de la justice, qui conforte l'intransigeance des syndicats, la direction de l'entreprise modifie son angle d'attaque, sans pour autant renoncer à la transformation de l'outil de travail. Trois ans après l'annonce des premières mesures, soit le 29 juillet 2010, elle propose un plan de départ volontaire, assorti d'une prime de 30.000 € par salarié, d'un congé de reclassement de 9 mois et d'une aide à la formation personnalisée de 4.000 €. La CGT riposte en précisant que la proposition est inférieure à celle qui avait été réalisée il y a un an et demi. Mais parallèlement, la société GDTF précise que des négociations ont débuté avec une entreprise tierce, en l'occurrence la société Titan, présidée par un personnage haut en couleurs, Maurice Taylor. GDTF envisage une vente à la société Titan d'une partie de ses actifs, dont le site d'Amiens Nord.

2.3.2. L'intervention du groupe Titan

Les représentants des salariés du comité d'entreprise de la société Goodyear et du comité central d'entreprise de GDTF vont se trouver obligés désormais de négocier avec deux interlocuteurs. Sans entrer dans le détail de ces discussions qui vont s'étendre du courant de l'année 2010 au début de l'année 2012, il convient cependant d'évoquer la personnalité de Maurice Taylor,

puisque ce dirigeant américain a énoncé à voix haute et intelligible son avis sur le syndicalisme français et les causes de la désindustrialisation de ce pays. Ainsi, interpellé par France Bleue Picardie le 28 novembre 2014, Maurice Taylor explique qu' « *on ne peut pas acheter Goodyear à cause de vos lois. On doit reprendre au minimum 652 ou 672 salariés, c'est impossible. Le maximum c'est 333, car après, ce n'est plus rentable. On a essayé de leur dire ça. Les gars, vous devez vous réveiller. Dites aux syndicats, s'ils sont intelligents, ils n'ont qu'à racheter l'usine. La France est devenue un pays communiste. Quand vous tomberez aussi bas que la Russie, peut-être que vous aurez une chance de repartir.* »

Comme l'expliquera Michaël Wamen devant la commission parlementaire qui se penchera sur l'échec final de l'opération de sauvetage d'Amiens-nord, le syndicat CGT « exige » de la part de la société Titan un certain nombre d'informations non seulement sur le nombre de salariés qu'il entend conserver dans l'entreprise, mais également sur le montant de l'investissement prévu sur le site d'Amiens Nord, la pérennité de ses investissements et plus globalement du site. Une telle intrusion de la partie syndicale dans le pouvoir de direction est évidemment particulièrement mal perçue par les Américains et par cet homme emblématique d'une certaine conception du patronat qu'est Maurice Taylor. Celui-ci fournit des indications sur une période qui ne dépasse pas deux années, ce qui ne convient pas aux syndicats.

2.4. La mesure de l'efficacité de l'utilisation de la garantie de procédure

2.4.1. La situation du site et de l'outil de production cinq ans après la décision de modification de l'organisation du travail

Contrainte par la résistance organisée par les salariés et leurs syndicats, résistance fondée sur la garantie de procédure et objectivement renforcée par le comportement du juge, la direction de GDTF est à la fois désorientée et découragée. En outre, il est nécessaire de le souligner, l'outil de production qui n'a subi aucune adaptation pendant ces cinq années de guérilla syndicale et juridique est désormais obsolète. Enfin, troisième point qu'ont de toute évidence sous-estimé les responsables CGT dans leur analyse de la situation, le personnel n'est plus considéré par la direction comme étant en état de rendre un service efficient.

Au regard de l'année 2006-2007, les équipes ont évidemment pris cinq ans d'âge, cinq ans pendant lesquels elles ont continué à travailler de manière fragmentée, les périodes de travail sur un matériel obsolète étant interrompues par des périodes de grève, étant souligné bien entendu que la direction de l'entreprise pendant cette période non seulement n'a pas investi dans l'outil de travail, mais pas davantage dans la formation des hommes, puisque

l'affrontement qui s'est déroulé (par organisation représentative des syndicats interposée), a eu pour contrepartie une volonté non écrite mais parfaitement déchiffrable de la direction de bloquer l'ensemble de l'évolution de chaque individu au sein de l'entreprise.

Le temps social et le temps judiciaire ne sont de toute évidence ni comparables, ni compatibles avec le temps économique. Au cours de ces 5 années, les concurrents des sociétés Goodyear et Dunlop et en particulier le concurrent français contre lequel l'opération était initialement menée, c'est-à-dire la société Michelin, se sont notablement modernisés. Les produits se sont eux-mêmes modernisés. La société GDTF, comme le soulignera Michaël Wamen devant la commission parlementaire, a contourné le blocage qui était effectué en France sur le site d'Amiens Nord par le montage d'une usine en Pologne et par le transfert, soit en Pologne, soit sur d'autres sites, d'une partie de la production nécessaire à l'alimentation de son marché. D'ailleurs, le syndicat CGT a remarqué qu'au fil du temps, les moules de pneumatiques qui étaient détenus au sein des ateliers d'Amiens Nord ont été retirés et déplacés vers d'autres sites. L'efficacité intrinsèque du personnel de production s'est naturellement dégradée au cours de ces cinq années, la culture de conflit a dégradé son potentiel d'employabilité aux yeux de la direction et de celle des autres entreprises du secteur.

Pour des spécialistes de l'entreprise, le sort des salariés d'Amiens Nord était globalement tranché à compter de la seconde décision judiciaire suspendant le plan proposé en 2010. Cela faisait trois ans que la décision avait été prise, et on se situait à cet instant dans l'ultime phase de l'adaptation. Au-delà, il n'était plus possible pour un entrepreneur de reprendre les choses en main et de remettre à niveau tant l'outil industriel que les process. En outre, la culture de conflit, qui avait été générée et encouragée au cours de ces années, laissait apparaître la collectivité de travail comme fondamentalement revendicative et constituait par exemple un handicap au regard des propositions américaines.

Un élément important n'a jamais été souligné dans le cadre de ce contentieux : le renouvellement des équipes a été totalement bloqué pendant ce processus. L'entreprise ne souhaitait pas embaucher du personnel sans avoir de visibilité. Les salariés, forts en général d'une grande ancienneté, qui avaient intégré comme événement possible une rupture du contrat de travail, anticipaient sur l'importance de la garantie d'indemnisation dont, dès le courant de l'année 2012, la seule perspective maintient la cohérence du front syndical. À cette époque, le sort de l'usine d'Amiens Nord est déjà réglé et les débats qui peuvent avoir lieu désormais ne sont plus que des débats de spécialistes de l'indemnisation, avec l'émergence de la tendance à

l'indemnisation de nature patrimoniale qui doit nécessairement l'emporter sur la simple indemnisation du préjudice subi.

2.4.2. La défaillance de la pensée

Le syndicat CGT a pensé, avec de toute évidence un excès de confiance, qu'il était en mesure d'interférer sur les compétences d'organisation et de gestion de l'employeur. Le syndicat a estimé que, par son intransigeance et son refus d'adaptation des équipes au système des 4x8, il allait conduire l'entreprise à rester figée dans son mode d'organisation en dépit même des évolutions sur un marché fortement concurrentiel. Nous notons ici les effets concrets de la législation sur la protection de l'emploi dans le cadre d'un conflit social et économique de cette ampleur. Les syndicats de salariés, expérimentés et forts de la pratique des conflits, se fondent sur l'ensemble des mécanismes de la LPE pour bloquer l'évolution économique voulue par le pouvoir de direction. Ils anticipent le fait que l'atteinte à l'outil de production, à la réputation de l'entreprise et à son marché -par la perte des parts de marché ou, pour le moins, par la perte des ventes sur la période du conflit- constituera une pression suffisante pour contraindre le pouvoir de direction à modifier ses options stratégiques. En fait, les syndicats de salariés optimisent le mécanisme de la LPE et le fonctionnement institutionnel qui en résulte : fonctionnement judiciaire -par le recours aux tribunaux- et fonctionnement administratif -par les recours au préfet et aux élus politiques locaux ou nationaux. Ainsi, la LPE leur confrère incontestablement un pouvoir qui ne s'analyse qu'en pouvoir de nuisance contre l'entreprise, c'est-à-dire contre l'outil de travail dont ils prônent, du moins dans le cadre de leur discours officiel la préservation⁵¹⁷.

Mais ce pouvoir n'est-il pas seulement une illusion ? Certes, le déroulement du processus prouve que la CGT a tenu l'épreuve de force pendant plusieurs années et que pendant ce temps, elle est parvenue à maintenir l'emploi de salariés concernés alors même que l'acceptation immédiate du plan proposé par la direction entraînait la rupture immédiate de nombre de contrats de travail. De cette façon, la CGT est également parvenue à augmenter les garanties d'indemnisation puisque d'une part, mécaniquement, des salariés déjà âgés ont vu augmenter le montant de leurs droits au niveau de l'indemnité de licenciement et que d'autre part,

⁵¹⁷ Le recul sur l'événement nous permettra peut-être d'apprendre si la CGT avait l'intention véritable de sauver le site, ou si, au contraire, elle a volontairement sacrifié le site d'Amiens dans le cadre d'une épreuve de force fortement médiatisée qui assurait la promotion de son rôle dans le secteur industriel français.

l'indemnité de départ a été elle aussi augmentée. Ces deux résultats qui s'analysent de façon individuelle, dans le cadre de ce que nous avons qualifié d'avantage patrimonial pour le salarié⁵¹⁸ ne sont évidemment pas négligeable pour les salariés concernés. En face, dans la colonne des éléments négatifs s'additionnent la perte relative de l'employabilité, le salarié restant confiné pendant ces années sur une technique de production objectivement dépassée, la perte de réputation -l'appartenance à l'usine étant vue comme un facteur négatif dans le cadre d'une démarche d'emploi-, le vieillissement pour des salariés déjà âgés dont les perspectives de retrouver un emploi s'amenuisent avec le temps. Les études qui seront faites postérieurement aux licenciements prouveront d'ailleurs la réalité de ces éléments, sans doute aggravés par la pesanteur des implantations locales, l'impossibilité de se déplacer géographiquement pour l'ensemble des raisons que nous avons déjà abordées.

Nous devons préciser que cette analyse qui est valable pour la TGE ne l'est pas pour la PME lorsque le pouvoir financier et/ou le pouvoir juridique ne sont pas suffisamment puissants pour résister sur le moyen-long terme à une pression sur le processus de production. Dans une PME, le chef d'entreprise qui fait face à une sorte de *bronca* salariale lorsque son mode de production doit évoluer peut effectivement être contraint de céder, ce qui produira sur l'instant un maintien du mode de production existant, quitte à ce que, sur le futur, il entraîne la destruction du fait de l'obsolescence de l'outil de travail.

Notre analyse est d'ailleurs confirmée par le journal l'*Humanité*. Le 22 janvier 2016, il produit un bilan de la situation deux ans après la fermeture du site : « *Quoi qu'il en soit, le bilan social et humain de la fermeture de l'usine d'Amiens Nord est effroyable. Sur les 1 143 licenciés, à peine 120 ont retrouvé un emploi en CDI, selon les chiffres de la direction. 100 autres se sont recasés en CDD et 80 ont créé leur entreprise (plomberie, électricité, etc.). 130 ouvriers sont partis à la retraite... Au total, près de 700 anciens salariés pointent à Pôle emploi. Comme souvent, ce désastre social comporte son lot de drames humains. « Il y a eu beaucoup de séparations, raconte Évelyne Becker, déléguée CGT. Et puis, surtout, nous avons eu 12 décès depuis la fermeture, dont 9 pour maladie... Et 3 suicides. » Quant aux rescapés, ils restent les otages du passé. « Dans la région, notre image en a pris un coup, déplore Éric Monvoisin. Tout*

⁵¹⁸ Cette qualification renvoie à notre analyse sur la patrimonialité du contrat de travail et partant, sur le caractère indemnitaire de nature personnelle des indemnités de rupture prises dans leur ensemble, à l'exception du préavis qui conserve sa qualification de salaire.

au long du conflit, on était vus comme des voyous. Du coup, quand je me suis remis à chercher un boulot, avec mon étiquette d'ancien Goodyear, c'est pire que si je sortais de prison ! » Malgré tout, Éric est parvenu à décrocher un CDI, dans la surveillance d'usines. Mais ses 1350 € mensuels lui permettent à peine de payer ses 700 € de loyer, son crédit et de subvenir aux besoins de ses deux adolescents »⁵¹⁹.

Le secrétaire général de la CFDT, Laurent Berger, a estimé sur LCI que la CGT portait une responsabilité dans le projet de fermeture du site, faute d'avoir négocié un accord pour sauver l'emploi. *« On voit bien que quand il y a des dogmes, et pas de volonté de sauver l'emploi, on va dans le mur »,* a-t-il dit. Le journal 20 minutes poursuit l'analyse de la situation le 1^{er} février 2013 dans la logique des propos de Laurent Berger : *« En effet, d'après Philippe Theveniaud, « la CGT (majoritaire sur Amiens Nord, très minoritaire sur Amiens Sud) a refusé le plan sur une base idéologique du siècle dernier ». Le président de la CFDT Picardie ne blâme pas la seule CGT mais également le « management désastreux » de Goodyear depuis des années, entraînant la naissance d'un syndicat protestataire. Car la CGT a refusé les accords en 2006 -et un plan social depuis 2008- mais également le plan de départs volontaires de septembre 2012 proposé par la direction, « avec des enveloppes dépassant les 100.000 € pour certains », nous confie le président de la CFDT Picardie. Ce plan de départs s'inscrivait dans le cadre d'un rachat par le groupe Titan de l'activité pneu agricole, qui aurait sauvé... 800 emplois. »*

3. La contestation du pouvoir de direction validée par l'institution judiciaire dans la pleine logique de la garantie de procédure

Pour éclairer nos lecteurs sur la portée des arguments relevés ci-dessus, nous allons procéder à l'examen d'une des décisions judiciaires rendues par les juridictions. Comme nous l'avons indiqué, de nombreuses décisions ont été rendues prouvant ainsi la judiciarisation du conflit. Nous avons choisi l'arrêt de la cour d'appel de Versailles statuant sur l'ordonnance rendue par le tribunal de grande instance de Nanterre le 18 novembre 2008. Pour asseoir notre démonstration, nous reprendrons tout d'abord la temporalité des événements avant d'étudier la motivation de l'arrêt.

⁵¹⁹ L'Humanité, 22 janvier 2016.

3.1. L'arrêt de la Cour vérifie la matérialisation de la garantie de procédure

Comme s'il entendait nous donner raison par avance, et alors même qu'il n'y a dans son esprit aucune interaction efficiente entre la chronologie des événements et les conséquences économiques de celle-ci et, subsidiairement, le sort de l'entreprise, la cour d'appel de Versailles n'en réalise pas moins une sorte de planning des relations qui ont existé entre la direction de l'entreprise et les salariés ou leurs représentants.

Tout d'abord, elle rappelle que c'est bien au courant de l'année 2006 que la direction de la société GDTF soumet le premier projet alors commun aux deux usines d'Amiens (Amiens Sud-Dunlop - Amiens Nord-Goodyear), visant à créer un complexe industriel unique sur la conurbation d'Amiens supposant une réorganisation totale du travail au sein des deux établissements. La Cour souligne que dès cet instant, la direction de l'entreprise indique qu'à défaut, elle serait contrainte de réaliser un plan de réduction des effectifs. Elle précise également que le processus de consultation prévu par le code du travail et contraignant les établissements de cette importance a été mis en place et que le comité central d'entreprise s'est réuni à plusieurs reprises, s'est fait assister d'un expert, lequel a remis un premier rapport en juin 2007, c'est-à-dire un an plus tard.

Le 14 et le 15 septembre 2007, un referendum est organisé et le projet présenté par la direction est refusé à la majorité.

En janvier-février 2008, c'est-à-dire un an et demi après la présentation du premier projet, la direction de GDTF présente au Comité central d'entreprise un second projet qui vise la suppression dans les deux établissements de 305 emplois pour Amiens Nord et de 173 emplois pour Amiens Sud. Le processus de consultation repart. La direction présente une proposition d'accord validant une réorganisation du travail en équipe de 4x8. C'est à cet instant que la direction de GDTF décide de diviser les négociations d'un côté sur l'établissement d'Amiens Sud et de l'autre sur l'établissement d'Amiens Nord.

Alors que le projet aboutit sur Amiens Sud, comme nous l'avons déjà souligné, le syndicat CGT majoritaire au sein des effectifs d'Amiens Nord exerce le 11 juillet 2008 son droit d'opposition à l'encontre de l'accord d'établissement qui a été signé le 4 juillet 2008 et qui visait à réduire les activités touristes en supprimant 402 emplois, en modifiant l'organisation du travail ainsi qu'un certain nombre d'emplois.

La cour d'appel, dans son commémoratif, prend soin de détailler les réunions qui ont eu lieu et les documents qui sont produits par la direction :

- 13 mai 2008 : réunion du Comité central d'entreprise avec notes économiques et financières et projet de plan de sauvegarde de l'emploi : décision du comité de recourir à l'assistance d'un expert ;
- seconde réunion du 3 juin 2008 : consultation sur un projet d'accord collectif inter-établissement relatif à la détermination du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements dans le cadre du projet de restructuration d'établissement d'Amiens Nord pour permettre de faire application des critères au nom de ce seul établissement et non au sein de l'ensemble des catégories professionnelles concernées de l'entreprise. Le projet détaille les modalités selon lesquelles en cas de signature, il sera fait application des critères ;
- réunion du 3 juillet 2008 : le comité central d'entreprise refuse de donner un avis et la direction en tire la conclusion qu'il s'agit d'un avis défavorable.

Parallèlement au comité central d'entreprise, le comité d'établissement d'Amiens Nord se réunit également au cours de la même période, et là encore, la Cour prend soin de détailler la chronologie des réunions :

- première réunion : 14 mai 2008 ;
- seconde réunion : 6 juin 2008 en application des dispositions de l'article L.2323-15⁵²⁰ du code du travail et première réunion en application de l'article L.1233-28 du code du travail⁵²¹ ;
- consultation du 23 juin 2008 et refus de vote du Comité d'établissement qui est considéré par la direction comme étant l'émission d'un avis défavorable ;
- 23 juillet : troisième réunion du comité d'établissement d'Amiens Nord en application des deux mêmes articles.

⁵²⁰ Article L.2323-15

Le comité d'entreprise est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs.

Il émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application dans les conditions et délais prévus à l'article L.1233-30, lorsqu'elle est soumise à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

Cet avis est transmis à l'autorité administrative.

⁵²¹ Article L.1233-28

L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours réunit et consulte, selon le cas, le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, dans les conditions prévues par le présent paragraphe.

3.2. *Il exclut les comparaisons*

Pendant ce temps, sur le site d'Amiens Sud, un accord d'entreprise est signé le 17 mars 2008 validant le projet de la direction de modifier l'organisation du travail en passant en 4x8 après consultation du Comité central d'entreprise du 14 mars 2008 et du comité d'établissement le 17 mars 2008. L'accord implique la modification des contrats de travail, et en cas de refus de certains salariés, un projet de licenciement pour motif économique, dont la cause est la modification essentielle et substantielle du contrat. En l'occurrence, seuls 58 salariés refusent la modification.

Le 24 septembre 2008, le Comité central d'entreprise est réuni sur le projet de licenciement collectif et la présentation du Plan de sauvegarde de l'emploi en application de l'article 1233-28 du code du travail. Une seconde réunion a lieu le 30 octobre 2008 et cet organe donne son avis le 31 octobre. Pendant ce temps, le comité d'établissement d'Amiens Sud se réunit et donne également son avis sur le plan.

Dans l'intervalle, à savoir le 16 octobre 2008, la Fédération nationale des industries chimiques CGT, le syndicat CGT Goodyear Dunlop France et le syndicat CGT Goodyear de l'usine d'Amiens Nord saisissent le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre pour obtenir la suspension de la procédure et sa reprise depuis l'origine. Cela signifie qu'il faudrait donc recommencer l'ensemble des procédures d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel.

La tactique du syndicat CGT, **fondée sur la garantie de procédure instituée par le code du travail**, est parfaitement décrite par le rapport fait par la Cour. Après deux ans de négociations, le syndicat conteste le déroulement de celles-ci et sollicite du juge la réitération du processus, l'idée étant purement et simplement de gagner du temps et de perturber le fonctionnement économique de l'entreprise en accentuant les effets pervers et la pression sur les coûts de production d'une organisation du travail déjà considérée par la direction comme étant défavorable à l'entreprise.

Entre la date de la saisine et la date de l'ordonnance, il convient de noter que le comité d'établissement d'Amiens Sud a donné son avis favorable à la modification du système de production et au passage en 4x8.

3.3. L'arrêt de la Cour ne s'intéresse pas au maintien en fonctionnement de l'outil de production

Mais par ordonnance du 18 novembre 2008, le tribunal estime qu'il existe dans le processus de consultation une fraude aux dispositions de l'article 2233-31 du code du travail⁵²². Selon lui, la restriction au seul établissement d'Amiens Nord de l'application de critères de licenciement est illicite, de même que l'absence d'application de ces mêmes critères aux salariés d'Amiens Sud. Il estime également que l'absence de consultation des autres établissements de la société GDTF situés respectivement à Riom ou à Montluçon pose une difficulté. Il aurait fallu envisager l'application des critères de licenciement au niveau de l'entreprise dans son ensemble, et consulter l'ensemble des comités d'établissement de la société, nonobstant le fait que le Comité central d'établissement ait bien été lui-même consulté.

Bien entendu, la société GDTF forme appel de la décision et souligne dans son acte d'appel la perversité de l'attitude du syndicat, en indiquant qu'il existe dans la loi un certain nombre de délais de recours, que ceux-ci sont de 15 jours au regard des réunions du Comité central d'entreprise et du Comité d'établissement. Enfin, elle rappelle que c'est dans le cadre du strict périmètre de son pouvoir de direction qu'elle a décidé d'établir deux projets différents sur deux établissements différents (Amiens Nord et Amiens Sud) et qu'en conséquence, il ne peut lui être fait le reproche d'avoir distingué ces deux établissements.

Revenant au principe de l'autonomie des volontés dans le cadre de la gestion d'un contrat entre deux parties prenantes, elle rappelle que le projet de passage à 4x8 qui a été accepté à Amiens Sud renvoie aux salariés la décision de poursuivre ou non le contrat de travail, dans le cadre d'une acceptation ou d'un refus d'une condition essentielle et substantielle du contrat. Elle estime que sur Amiens Nord, la situation est différente, et que le projet de réorganisation la conduit à réaliser un plan de sauvegarde de l'emploi et d'envisager la suppression de 400 postes.

⁵²² **Article L.1233-31** - L'employeur adresse aux représentants du personnel, avec la convocation à la première réunion, tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif.

Il indique :

- 1° La ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement ;
- 2° Le nombre de licenciements envisagés ;
- 3° Les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements ;
- 4° Le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement ;
- 5° Le calendrier prévisionnel des licenciements ;
- 6° Les mesures de nature économique envisagées.

Dans sa réponse, le syndicat CGT présente un argumentaire de procédure dont l'indéniable subtilité est autorisée par la complexité du code du travail à ce sujet⁵²³. Le syndicat souligne que la direction n'aurait pas visé les bons articles pour consulter le comité central d'établissement, et qu'en particulier, le plan n'aurait été présenté que sur le fondement de l'article 1233-28 alors qu'il aurait dû être présenté sur le double fondement des articles L.1233-28 et L.2323-6 du code du travail⁵²⁴.

L'arrêt est motivé de manière relativement laconique. Il va infirmer l'ordonnance intervenue. Tout d'abord, il constate que les organisations syndicales ont assigné le 16 octobre 2008, c'est-à-dire antérieurement à la date de la 2^{ème} réunion du Comité central d'entreprise, portant sur le 2^{ème} plan de sauvegarde qui a eu lieu, comme nous le savons, le 30 octobre 2008 et antérieurement à la réunion du comité d'entreprise d'Amiens Sud qui a eu lieu le 31 octobre 2008.

La Cour précise : « *Considérant que l'irrégularité de la procédure consultative permet d'obtenir éventuellement la suspension ou la reprise de la procédure de licenciement, tant qu'elle n'est pas achevée par la notification des licenciements* » : il s'agit de la reprise du texte de la loi. Mais, elle indique que « *quels que soient les irrégularités et le trouble illicite dénoncé par le syndicat CGT, la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 dite de programmation pour la cohésion sociale, a fixé un bref délai de recours sans écarter les irrégularités qui touchent la validité-même due au plan de sauvegarde de l'emploi. De même, l'application de cette loi et de la notion de bref délai n'est pas limitée aux seules irrégularités relatives aux modalités de convocation de déroulement des réunions ou d'établissement des procès-verbaux.* » Sur la base de cette position, le juge d'appel va dénier aux deux éléments qui avaient été retenus par le premier juge pour prendre sa décision, le caractère d'irrégularité. En conséquence, la Cour va dire l'ordonnance du tribunal de grande instance de Nanterre du 18 novembre 2008 non avenue. La motivation principale repose donc sur l'article 1235-7 du code du travail⁵²⁵ et sur la

⁵²³ Cette complexité se rapproche d'ailleurs de la complexité de la procédure pénale et les avocats spécialisés qui détaillent les failles des plans de sauvegarde pour l'emploi ont généralement une formation dite pénaliste, recherchant la faille de procédure dans ce type d'espèces, comme ils la recherchent dans le cadre d'une procédure de garde à vue pour trafic de stupéfiants par exemple.

⁵²⁴ **Article L.2323-6** Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle.

⁵²⁵ **Article L.1235-7** Toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement, 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.

loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, dite de programmation pour la cohésion sociale qui a fixé effectivement un bref délai de recours, sans écarter les irrégularités qui touchent la validité même du ou des plans de sauvegarde de l'emploi, ni limiter son application aux seules irrégularités relatives aux modalités de consultation, le déroulement des réunions ou d'établissement de procès-verbaux. La Cour estime, nonobstant la nature des irrégularités dénoncées et retenues par les premiers juges, qu'à la date de l'assignation, les organisations syndicales demanderesse étaient forcloses parce qu'elles avaient dépassé le délai de bref recours fixé par l'article 1235-7 du code du travail.

4. L'analyse du discours syndical

Dans le cadre de son intervention devant la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale, le délégué syndical CGT Michaël Wamen, membre du comité d'entreprise de l'usine Goodyear d'Amiens Nord, fixe sa position d'une manière parfaitement claire qui illustre une contestation fondamentale de la notion même de pouvoir de direction (juridique et financier) et des compétences d'organisation et de gestion dont nous avons souligné qu'elles étaient naturellement les compétences du dirigeant d'entreprise.

4.1. L'illusion lyrique

Nous allons détailler le contenu du propos. Mais avant même de l'aborder, nous noterons que le délégué syndical se pose, dès les premiers mots de son intervention⁵²⁶, comme s'il était objectivement détenteur à la fois d'une légitimité et d'un pouvoir qui lui permettraient de critiquer la position de l'entreprise, c'est-à-dire l'expression du pouvoir de direction de l'employeur et l'illustration de ses compétences d'organisation et de gestion. Mieux que cela : le propos du délégué syndical signifie qu'il serait en capacité d'imposer un comportement aux organes de direction. Ce propos verbalise les intentions profondes d'une partie du syndicalisme français dans la logique du comportement de l'école française de droit du travail, cette sorte d'« *illusion lyrique* »⁵²⁷ qu'ils ont entretenue pendant les six années de conflit pour finalement aboutir à la destruction de l'outil de production et au licenciement des salariés. Dans le dossier Goodyear, les syndicats considèrent que leur désignation par les salariés et les votations qui ont eu lieu au fil des ans leur assurent une légitimité qui leur confère sinon un pouvoir, du moins

⁵²⁶ Intervention qui se déroule en 2013.

⁵²⁷ Expression utilisée par André Malraux dans *l'Espoir*.

une compétence similaire à la compétence d'organisation et de gestion du chef d'entreprise. La terminologie employée par le délégué syndical est particulièrement révélatrice à ce niveau, comme nous le soulignerons au cours de ce propos.

Mickaël Wamen explique dès le début de son intervention que le problème de fond réside sur la différence d'appréciation qui existe entre le syndicat CGT d'une part, et l'entreprise d'autre part, au sujet du fonctionnement en équipe. Il place donc les deux interlocuteurs sur un pied d'égalité qui lui est dénié par le dirigeant d'entreprise.

Pour conforter sa position, le dirigeant syndical rappelle que le marché qui, en quelque sorte aurait été mis en main de la CGT par l'entreprise serait le suivant : investissement de 52 millions sur 5 ans pour les deux usines, soit 26 millions d'euros par site, soit encore 5 millions d'euros par an, et suppression de 450 postes correspondant au système ancien, mais pour le reste, maintien de l'emploi. Mickaël Wamen explique à la commission que le syndicat a fait de son côté « *diligenter une enquête par un groupe d'expertise et nous nous apercevons que, pour maintenir l'outil de travail dans l'état, sur les deux sites amiénois, il faut au minimum 8 millions d'euros par an et par site. Or, je l'ai dit, Goodyear ne propose que 5 millions d'euros pour assurer notre avenir* ». ⁵²⁸ Par ce propos, il se place ainsi dans une posture d'égalité au regard de celle du chef d'entreprise en laissant croire à son interlocuteur (les députés de la commission) qu'il dispose également d'une compétence d'analyse et de gestion, en raison du recours à l'expert dont il se prévaut (il s'agit évidemment de l'expert désigné par le comité d'entreprise). Ainsi, il entretient un conflit de légitimité qui n'a en réalité aucun fondement solide au regard du fonctionnement juridique et économique d'une entreprise, mais qui présente en revanche une expression symbolique (à la fois pour les salariés qu'il représente et ses interlocuteurs patronaux) et une apparence de sérieux. Le seul fondement de cette position réside dans la LPE et le fonctionnement des IRP.

4.2. *Qui pouvait se tromper sur les enjeux ?*

Certes, les pouvoirs juridique et financier sont déterminants, les compétences de gestion et d'organisation ressortent uniquement du chef d'entreprise. Mais par le truchement de l'avis de l'expert-comptable du comité, le syndicat peut donner une apparence de crédibilité dans les domaines d'organisation et de gestion, comme il peut se vanter de la production d'un effet

⁵²⁸ *Op. cit.*, Michaël Wamen, intervention devant la Commission d'enquête Goodyear.

économique (évidemment négatif) sur le fonctionnement de l'entreprise, qui passe par l'entrave à l'expression des compétences de gestion et d'organisation, laquelle entrave est notablement plus efficace que la simple grève qui devient, dans cette perspective, un simple complément de l'action syndicale mais certes plus l'élément déterminant de cette action.

En se positionnant ainsi grâce aux complexités des mécanismes juridiques mis en œuvre sur le fondement des textes sociaux, le délégué syndical peut donner l'apparence qu'il est réellement en capacité de contester les compétences du chef d'entreprise et qu'il peut ainsi pénétrer dans le périmètre protégé du pouvoir de direction. Mais comme nous l'avons précisé, ce positionnement est essentiellement symbolique : la confrontation ne peut aboutir qu'à une décision relevant des organes institutionnels de l'entreprise (pouvoir juridique) en fonction des éléments financiers qui ont été mis à leur disposition (pouvoir financier). L'illusion gestionnaire que donne le délégué syndical dans sa déposition devant la commission est fondée sur son espoir ou sa croyance en un abandon par la société Goodyear de la partie qui se joue à compter de l'année 2006 en raison d'un coût excessif pesant sur l'entreprise.

Nous revenons à l'essentiel de notre propos. En effet, ni le syndicat CGT, ni son représentant, ne peuvent ignorer que l'attitude qu'ils conseillent aux salariés d'adopter aura nécessairement des conséquences économiques pour l'entreprise. Elle va renchérir le coût du travail au fur et à mesure du temps, alors même que parallèlement, l'outil industriel, déjà considéré comme obsolète par la direction puisqu'elle envisage son remplacement et la modification du processus de production, sera devenu obsolète. Ainsi, l'entreprise subira un double effet sur ses coûts. D'une part, l'outil de production ne sera plus performant, et d'autre part la crise que traverse l'entreprise, et qui va se manifester en particulier par des interruptions régulières de la production pour faits de grève ou mouvements divers, va renchérir le coût du travail. Le syndicat espère que ce renchérissement va conduire à l'entreprise à céder au regard du fait que l'enjeu économique va devenir déterminant et qu'en conséquence elle sera contrainte, par l'effet de cet enjeu, de céder sur les revendications au maintien de l'organisation existante.

L'illusion quant à l'égalité des compétences du syndicat et de la direction en matière organisationnelle et de gestion d'une part, de capacité à décider d'autre part -le syndicat ne semble même pas évoquer la simple probabilité d'une influence sur le pouvoir de décision du chef d'entreprise- est maintenue tout au long du conflit. À plusieurs reprises dans son intervention, Michaël Wamen illustre cette illusion. Au-delà de sa remarque sur l'égalité de l'intérêt et du verdict du rapport émanant de l'expert du syndicat au regard de l'avis de la

direction, Michaël Wamen explique ainsi que la direction organise des référendums « *contre l'avis du personnel* » et qu'en tout état de cause, la question posée n'était pas la bonne. Il considère ainsi que le lancement d'un second référendum est un « *déni de démocratie* ». Il s'appuie sur les décisions rendues par les juridictions et note que Goodyear « par trois fois » est condamnée par la justice, deux fois par le TGI de Nanterre et une fois par la cour d'appel de Versailles, en appelant au soutien de sa position celle des juges qui sont des acteurs extérieurs à l'entreprise et bien entendu au périmètre de direction. Il note à cet égard que la justice est intervenue elle-même dans la sphère du pouvoir de direction et que « *le plan présenté, en ce qu'il prévoit le nombre d'emplois garantis sur seulement deux ans, ne répond pas à la question posée ; la pérennité d'une usine ne se mesure pas à l'échelle de deux ans ; l'ordonnance n'a pas été respectée de ce chef* »⁵²⁹. Et il ajoute : « *La justice française que je sache s'impose à tous, et c'est elle qui a ordonné au groupe Titan de nous donner de nouveaux éléments d'information, à savoir un plan d'affaire d'une portée supérieure à deux ans et certainement un plan d'affaire squelettique* ». À plusieurs reprises, Michaël Wamen va déplorer que le groupe Titan ou la société Goodyear ne donnent pas suffisamment de garanties et en particulier ne produisent pas un chiffre d'affaires prévisionnel sur deux ans.

Dans la seconde partie de son propos, le délégué syndical s'évertue à démontrer que l'accord de passage en 4x8, admis par les salariés de l'usine d'Amiens Sud, l'a été à tort et qu'il s'agit d'une erreur de leur part. On retrouve cette analyse à plusieurs reprises dans son intervention. Enfin, le délégué syndical fonde également sa critique sur le fait que le groupe Goodyear a décidé d'ouvrir une usine en Pologne à Gedica pour y produire des pneumatiques. Il constate d'ailleurs qu'un certain nombre de moules permettant la fabrication de ces pneumatiques, qui étaient détenus à l'usine d'Amiens, ont désormais quitté cette usine et sont de toute évidence partis dans le nord de la France.

Ce n'est qu'au terme de son propos que Michaël Wamen intervient sur la notion de maintien de l'emploi, alors que l'ensemble de son propos pouvait faire penser jusqu'à cet instant qu'il souhaitait principalement que la prime de départ soit augmentée. Ainsi, il indique que « *si certains salariés de 45 ans, n'ayant pas de projet, acceptent 10.000 € pour partir, c'est qu'ils n'en peuvent plus de travailler dans ces conditions, ce n'est pas parce qu'ils veulent devenir chômeurs. Pas moins de 350 personnes ont disparu des effectifs. Quand Goodyear a commencé*

⁵²⁹ Citation de l'ordonnance rendue par le TGI de Nanterre en 2011.

à permettre des départs, certains se sont précipités en disant : avec 20.000 € moi je me tire ! ». Et voulez-vous que je dise où en sont ces gens-là ? Certains ont acheté des bars-cafés, des kébabs, des pizzérias parce qu'ils n'en pouvaient plus. Résultat : tout le système s'est écroulé et ils sont chômeurs de longue durée. »

Quelques lignes plus loin, Michaël Wamen expose sa situation personnelle en déclarant qu'il a été embauché le 9 janvier 1992, que Goodyear est son premier employeur et qu'il espère bien qu'il sera le dernier jusqu'à la retraite. Il souligne que dans cette société, « *le dialogue social n'a jamais existé car le rapport de force a toujours prévalu. On parle de « partenaires sociaux » mais je ne suis pas un partenaire, je suis un syndicaliste et eux sont la direction. »*

Quelques lignes plus loin encore, il expose de façon claire la doctrine d'action de la CGT dans cette affaire et ce propos mérite d'être cité en intégralité, car il est totalement révélateur de l'instrumentalisation qui est faite par la CGT de ce type de texte et du fonctionnement de la logique dont nous avons critiqué l'instauration dans les chapitres 1 et 2 de notre étude : « ***En six ans, nous n'avons jamais été dans l'obligation d'aller sur le fond pour faire invalider la procédure. Nous avons toujours gagné sur la forme. La justice a ordonné cinq fois à Goodyear de reprendre les actes initiaux de la procédure et de se conformer à la législation française en fournissant notamment aux représentants du personnel les éléments nécessaires à leur bonne information*** »⁵³⁰.

⁵³⁰ Intervention de Michaël Wamen devant la Commission d'enquête parlementaire.

CHAPITRE DEUXIÈME

LA LÉGISLATION SUR LA PROTECTION DE L'EMPLOI, LE COÛT DU TRAVAIL ET LA DISPARITION DE LA FIRME

1. La situation de la société Linéa BTP

La société Linéa BTP est une entreprise de bâtiment qui compte 117 salariés. Son chiffre d'affaires annuel est de 14.327.470 €, et le montant de son actif non disponible à la date de sa déclaration de cessation des paiements est de 6.736.433 €. Depuis plusieurs années, son chiffre d'affaires connaît une baisse significative. Il diminue de près de 20 % entre 2012 et 2013 et de plus de 36 % pour 2013 et 2014.

La dégradation de son résultat d'exploitation est similaire : il passe de 110.191 € en 2012 à -5.267.074 € en 2014. Bien entendu, le résultat net est déficitaire. Il devient négatif en 2013, en passant de 198.190 € en 2012 à -34.166 € en 2013, pour atteindre -6.589.058 € en 2014. Le secteur du BTP étant fortement impacté par la crise économique en France et en Europe, en dépit d'un partenariat privilégié avec la Colas et la société SMAC, la société Linéa BTP ne parvient pas à sortir de cette phase déficitaire. Dès le courant de l'année 2013, elle aurait dû procéder à des coupes sombres dans ses effectifs, ce qu'elle ne fait pas. Au 31 décembre 2014, il est déjà trop tard.

Le montant de son passif atteignant en juin 2015 la somme de 1.593.948 € (dont 18.300 € de RTT, 23.808 € de compte épargne temps et 166.872 € de 13^{ème} mois provisionné), la société décide de procéder à une déclaration de cessation des paiements. En fait, le montant du passif social à la date de l'ouverture atteint, comme il sera précisé ci-dessous, une somme supérieure de près de 600.000 €.

Cette problématique est tout à fait intéressante dans la perspective de notre étude car la société est essentiellement en difficulté en raison du passif social accumulé.

En outre, elle ne déclare lors de sa DCP qu'une partie de son passif analysée de façon classique, c'est-à-dire sans mentionner le montant des indemnités de préavis et de licenciement, lesquelles vont devenir immédiatement exigibles à la date de la liquidation judiciaire.

1.1. Le commémoratif des événements

Dans le cadre d'une déclaration de cessation des paiements, la société demande l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire avec maintien provisoire de l'activité. Le jugement est prononcé le 25 juillet 2015.

Les différents appels d'offres publiés et les démarches entreprises par les mandataires de justice dans la perspective de trouver un repreneur ne permettent pas d'obtenir un candidat pour la reprise totale ou partielle des activités de la société Linéa BTP. En l'absence de solution de cession, la date limite de dépôt des offres de reprise étant expirée au 20 août 2015, l'administrateur judiciaire n'a donc pas eu d'autre choix que de solliciter, par requête auprès du tribunal de commerce de Créteil, en date du 31 août 2015 et après avis favorable du comité d'entreprise, l'arrêt total et définitif des activités de la société. C'est ainsi que par jugement du 23 septembre 2015, le tribunal de commerce prononce la fin du maintien provisoire de l'activité de la société, c'est-à-dire sa cessation totale et définitive d'activité. Dans ce contexte, la fermeture de la société s'impose : elle entraîne la suppression de l'ensemble des postes des salariés de la société.

1.2. Le montage de la procédure préalable au licenciement, examinée dans le cadre d'un contexte simplifiant les principaux éléments

Dans le cadre de la procédure de licenciement pour motif économique engagée par la société, un accord collectif majoritaire permettant la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi est conclu avec les organisations syndicales représentatives au sein de la société. La situation est déjà particulièrement surprenante puisque la société est objectivement en fin de vie et que chacun sait qu'il est impossible de sauvegarder l'emploi. Néanmoins, avec suspicion et prudence, le mandataire judiciaire lance la procédure de PSE. Le plan est d'ailleurs validé par la Direccte, le 28 septembre 2015.

Le 29 septembre 2015, le mandataire de justice adresse à l'ensemble des salariés la lettre prévue par le code du travail concernant un éventuel reclassement, évidemment totalement impossible à l'intérieur de la société. Il analyse la situation, poste par poste, et à l'aide d'une cellule de reclassement, il propose à chacun des salariés, les postes correspondant à leur catégorie. Par exemple, concernant le poste de chef de chantier, il propose six postes en contrat à durée indéterminée, dans des régions à proximité relative du lieu de résidence du salarié. Il souligne que la proposition de reclassement sera assortie de mesures d'accompagnement et d'une clause de mobilité géographique. Il indique que le salarié dispose d'un délai de six jours calendaires pour faire connaître sa position sur les propositions de reclassement et qu'à défaut de réponse, au terme du délai, le salarié est considéré comme ayant refusé l'ensemble des propositions de reclassement. En cas de, la société procédera au licenciement pour motif économique. En cas d'acceptation de l'offre de reclassement, le salarié doit signifier sa décision par écrit et envoyer un formulaire.

En cas de pluri-candidatures pour un seul poste, un ordre de priorité est appliqué selon les critères indiqués préalablement dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Il est, en outre, indiqué au salarié qu'il a la possibilité de se porter candidat à n'importe quel poste mentionné sur la liste des postes disponibles figurant dans les locaux du groupe auquel appartenait ladite société.

Le PSE a permis l'émergence de réelles propositions de reclassement, le personnel de la société Linéa BTP étant de toute évidence connu pour sa compétence. Les reclassements dans les postes de chef de chantier sont proposés à 14 salariés. Suivent des propositions pour un conducteur de travaux, deux postes de chargé d'études, deux postes de responsable travaux, un poste assistante ressources humaines, un poste assistante administrative et deux postes d'étancheur. Les lettres sont accompagnées du formulaire de réponse, du descriptif de poste et des principales conditions d'emploi.

Dans la foulée, le mandataire procède à la convocation du comité d'entreprise pour le 1^{er} octobre 2015. Il envoie 19 lettres de convocation aux 19 salariés protégés du groupe, qu'ils soient membres du comité d'entreprise ou membres du CHSCT. La réunion du 1^{er} octobre 2015 porte sur la consultation, pour avis, du comité d'entreprise sur le projet de licenciement pour motif économique des salariés protégés, conformément à l'article 2421-6 du code du travail et L.662-4 du Code de Commerce.

Le conseil donne son avis pour le projet de licenciement pour motif économique de chacun des délégués et de son suppléant.

Dans la foulée, le mandataire informe la Direccte concernant la demande de validation de l'accord PSE et, en cas de refus de l'accord de la validation, il doit consulter, pour avis, le projet modifié d'accord sur le PSE. Entre le 29 septembre 2015 et le 6 octobre 2015, l'ensemble des salariés reçoit une lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement.

2. Le PSE

Le plan de sauvegarde de l'emploi vise l'article L.641-4 du Code de Commerce et l'article L.3253-8 alinéa 4 du code du travail⁵³¹. Dans le plan, le mandataire de justice souligne que la direction d'entreprise a voulu soumettre son projet de plan de sauvegarde de l'emploi aux organisations syndicales, dans la perspective de conclure un accord majoritaire PSE. Le plan prévoit, tout d'abord, une procédure d'information et de consultation des représentants du personnel, sur une période de 15 jours. Il prévoit, ensuite, les critères retenus en matière de reclassement interne, l'application des critères pour la détermination de l'ordre des reclassements, puis l'impact social de la cessation d'activité et le calendrier prévisionnel des licenciements. La suppression de l'ensemble des postes est envisagée.

L'accord PSE validé par la Direccte prévoit un rétro planning dans les conditions suivantes :

- 23 septembre : jugement du tribunal de commerce mettant fin au maintien d'activité ;
- 24 septembre : réunion d'information et de consultation du CE et avis du CE sur le montant de cessation de l'activité et le projet d'accord PSE, signature de l'accord, envoi de la demande de validation du PSE à la Direccte ;
- 28 septembre : fin du délai dont dispose la Direccte pour valider l'accord PSE ;
- 11 octobre : entretiens préalables des salariés protégés, avec proposition de contrat de sécurisation professionnelle, réunion extraordinaire, consultation du CE pour avis et vote sur le projet de licenciement des salariés protégés ;
- demande d'autorisation à l'Inspection du Travail de procéder au licenciement pour motif économique des salariés protégés.

⁵³¹ Article 3253-8 alinéa 4 du code du travail

Le quatrième chapitre du PSE est occupé par le contenu du plan et, en particulier, les dispositifs d'accompagnement. Dans cette affaire, l'accompagnement est évidemment limité, en raison de la disparition de l'entité économique. Un cabinet, en l'occurrence, le cabinet d'*outplacement* Altedia, est appelé à la rescousse pour suivre les processus de départ et de reclassement.

Les prestations offertes par ce cabinet au personnel sont de trois ordres : création d'un espace informations conseils, sous forme de hotline pour le reclassement interne ou externe ; création d'un espace mobilité emploi pour les reclassements externes ; le deuxième paragraphe envisage les mesures destinées à favoriser le reclassement interne, au sein du groupe auquel appartenait la société, c'est-à-dire le groupe Bouygues. La troisième catégorie comprend les autres mesures permettant de limiter le nombre de licenciements : il s'agit du reclassement externe.

C'est dans cette perspective qu'est créé le contrat de sécurisation professionnelle dont nous avons déjà parlé⁵³². Le plan de sauvegarde prévoit des reclassements externes et il définit les conditions :

- recherche de reclassement externe,
- structure d'accompagnement,
- contrat de sécurisation professionnelle,
- indemnité de mobilité géographique,
- aide à la formation,
- aide à la réinsertion des salariés étrangers qui souhaitent rentrer dans leur pays d'origine,
- inscription sur l'espace offre d'emploi du site FNTP,
- aide à la création ou à la reprise d'entreprise,
- aide à l'alphabétisation,
- aide à l'obtention du permis de conduire,
- aide aux futurs employeurs extérieurs,
- allocation temporaire dégressive.

Le chapitre 4 prévoit des mesures spécifiques destinées aux salariés seniors de 55 ans et plus.

Le chapitre 5 définit les indemnités de rupture. Celles-ci sont indexées sur la Convention Collective Nationale des Travaux Publics et le montant de l'indemnité est déterminé en tenant

⁵³² 3° Autres mesures permettant de limiter le nombre de licenciements : le reclassement externe.

compte, bien évidemment de l'ancienneté acquise à la date d'expiration du préavis, que celui-ci soit exécuté ou non.

En cas d'acceptation du contrat de sécurisation professionnelle, la société verse au salarié l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Elle est calculée sur la base d'une ancienneté augmentée, celle qu'il aurait eue s'il avait effectué son préavis. Mais le protocole d'accord prévoit également que les salariés du collège ouvriers qui ont moins de cinq ans d'ancienneté dans l'entreprise perçoivent un complément forfaitaire à l'indemnité de licenciement de 35/100^{ème} de mois de salaire. Ce complément forfaitaire s'ajoute au plafond de l'indemnité de licenciement qui, celui-ci, est déjà atteint et il se cumule avec la majoration dont bénéficient les salariés licenciés âgés de plus de 55 ans. Pour les salariés qui ont plus de deux à cinq ans d'ancienneté dans l'entreprise, le montant de ce complément forfaitaire est égal à 70 % de l'indemnité de licenciement à laquelle ils ont droit au moment de la rupture du contrat.

Le chapitre 6 du protocole concerne le préavis.

Il convient de noter que « *les salariés concernés par la procédure de licenciement et qui accepteraient le dispositif du CSP verront leur contrat de travail rompu d'un commun accord à la date d'expiration du délai de réflexion dont ils disposeront, ladite rupture étant exclusive de tout préavis* ». Il a déjà été noté qu'en dépit de ces conditions, l'indemnité de licenciement était décomptée comme s'ils effectuaient leur préavis.

Concernant les autres salariés, ceux qui n'ont pas accepté le dispositif du CSP, il est indiqué que « *les salariés seront dispensés d'effectuer leur préavis et ce, afin de faciliter leur embauche par un nouvel employeur dès la notification du licenciement. Les salariés bénéficiant de cette dispense en seront informés sur le courrier leur notifiant leur licenciement pour motif économique* ». Mais en cas de dispense d'activité pendant la période de préavis, les salariés perçoivent néanmoins l'indemnité de préavis. Le protocole prévoit également une priorité de réembauchage... en dépit de la liquidation de la société, et le chapitre 7 du contrat prévoit une commission de suivi du plan de sauvegarde de l'emploi qui sera effective pendant un an.

2.1. La constitution du PSE et la consultation des IPR

Le plan est déposé en deux exemplaires auprès de la Direccte du Val de Marne, un exemplaire au secrétariat greffe du conseil de prudhommes de Créteil, un exemplaire à chaque organisation syndicale signataire et il est affiché. En annexe 1, figure la liste des postes disponibles dans le

groupe et en annexe 2, la synthèse des mesures du PSE. La commission de suivi du PSE se réunit à neuf reprises au cours de l'année qui suit la liquidation⁵³³.

Le cabinet de consultants qui a été choisi par le mandataire de justice pour l'assister dans le cadre de l'application du PSE est le cabinet Altedia Consultant avec une approche budgétaire correspondant à 233.855 €. Le budget est déterminé en deux espaces, un espace informations conseils, avec encadrement, coordination, reporting et assistantat du projet ; information collective réalisée par les consultants pour présenter le cabinet et ses missions ; mise à disposition d'une hotline d'informations sur le dispositif, le contexte, l'aide à la décision pour le reclassement interne et l'organisation des accompagnants durant la phase de contrainte. L'espace mobilité emploi prévoit l'encadrement, la coordination, le reporting et l'assistantat du projet, puis les accompagnants externes sur la base de six mois et les engagements formalisés dans le projet de la version 2 du projet d'accord collectif.

2.2. Les opérations de licenciement concernant les salariés protégés

Dans le cadre de la procédure de liquidation, les opérations de licenciement des salariés protégés sont notablement plus rapides que dans le cadre classique : il n'existe plus de contestation sur la réalité du motif de licenciement... à l'exception de celle qui sera élevée au terme de la procédure dans les conditions que nous allons décrire.

2.2.1. Le fonctionnement des institutions représentatives en dépit de la perspective de la liquidation totale de l'entreprise

Le comité d'entreprise se réunit le 14 septembre 2015 pour prise de connaissance du dossier d'informations sur l'accord PSE, informations sur le projet de licenciement collectif pour mesures économiques, critères d'ordre et calendrier prévisionnel des licenciements, mesures sociales d'accompagnement prévues par le PSE, informations et consultation pour avis. La convocation a été signée par le Président de la société, la secrétaire du CE, l'administrateur judiciaire et le représentant des créanciers.

Le 15 septembre 2015, un questionnaire mobilité posant la question de la mobilité hors du territoire national a été remis aux 117 salariés. Aucune réponse favorable n'a été apportée.

⁵³³ 13 septembre 2017, 3 mai 2017, 17 janvier 2017, 15 novembre 2016, 6 septembre 2016, 20 juillet 2016, 28 juin 2016, 26 avril 2016, 16 février 2016.

Le CHSCT a été réuni le 18 septembre par convocation du 14 septembre.

Une seconde réunion ordinaire du comité se tient le 22 septembre, sur convocation en date du 17⁵³⁴, puis en commission extraordinaire le 24 septembre. Le 24 septembre, il examine le PSE, qui reçoit cinq avis favorables sur cinq votants. Le comité d'entreprise interroge le mandataire sur le versement du treizième mois au *prorata temporis* pour les Etam et les cadres, et le mandataire répond favorablement avec versement du treizième mois sur le mois de septembre, soit 9/12^{ème}.

L'ordre du jour était l'information et la consultation pour avis sur l'impact du projet de licenciement collectif pour motif économique de la société et ses conséquences sur les conditions de travail, ainsi qu'une information sur le décès d'un salarié.

2.2.2. La procédure de licenciement des personnels protégés

Concernant le déroulement des procédures individuelles, les salariés protégés sont convoqués le 17 septembre et reçus en entretien préalable le 29 septembre 2015.

Les demandes d'autorisation de licenciement des salariés protégés⁵³⁵ sont adressées à la Direccte d'Ile de France le 13 octobre 2015, chacune des lettres est composée de 7 pages, auxquelles sont jointes entre 10 et 15 annexes. La lettre fait état du curriculum du salarié, des motifs économiques, de la procédure de licenciement engagée contre le salarié, des recherches de reclassement, la proposition d'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle et se termine par la demande d'autorisation.

En dépit de la liquidation, l'inspection procède à une enquête et elle précise au mandataire que l'enquête aura lieu le 29 octobre 2015 à 9 heures 30 dans son bureau. L'inspecteur va demander des précisions concernant les éventuelles demandes de CSP des salariés protégés.

Trois d'entre eux refusent le CSP, avant la fin du délai d'option. Six d'entre eux acceptent le CSP et l'Inspection du Travail donne son autorisation le 8 décembre 2015. Entre le 11 et le 14 décembre 2015, le mandataire de justice procède à la lettre de licenciement.

⁵³⁴ Sont convoqués au CHSCT, l'OPPBTP, l'Inspection du Travail, la Cramif et la CMF.

⁵³⁵ À savoir trois membres du CHSCT, six membres du comité d'entreprise et huit délégués du personnel. Il faut souligner que l'un de ces salariés est, à la fois, délégué du personnel, membre du comité d'entreprise et délégué syndical.

Il vise la qualité de délégué du personnel titulaire du salarié, prend acte de l'impossibilité du reclassement dû au refus par le salarié des offres proposées et prend acte du refus de contrat de sécurisation ou de l'absence de réponse dans le délai à la proposition de contrat de sécurisation.

Concernant le motif économique, le mandataire est précis : il reprend les éléments factuels annoncés au début de notre analyse sur cette société.

La lettre comporte cinq autres paragraphes : préavis et solde de tout compte, mobilisation du compte personnel de formation en application de l'article L.6323-1 du code du travail, portabilité des couvertures des régimes de frais de soins de santé et de prévoyance, priorité de réembauchage (en dépit de la disparition de l'entreprise), mesure d'accompagnement et de reclassement externe ; délai de contestations dans les conditions de l'article L.1235-7 du code du travail, divers.

Concernant les salariés protégés qui ont accepté l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle, la lettre est évidemment plus succincte, puisque la rupture intervient d'un commun accord : la lettre vise l'impossibilité de reclassement due au refus du salarié de l'ensemble des offres de reclassement et elle vise, également, l'autorisation de licenciement de l'Inspection du Travail.

Elle rappelle que la rupture du contrat est motivée par la suppression du poste, dans le cadre de la cessation totale et définitive de l'activité de la société Linéa BTP prononcée par le tribunal de commerce le 23 septembre 2015⁵³⁶.

Il convient de préciser que le dossier contient une décision d'autorisation de licenciement par salarié concerné, l'ensemble des décisions étant en date du 11 décembre 2015.

⁵³⁶ « Le 1^{er} octobre 2015, nous vous avons proposé le CSP. Le 9 octobre, vous avez accepté notre proposition de CSP. De ce fait et compte tenu de la décision d'autorisation de l'Inspection du Travail, votre contrat est réputé avoir été rompu d'un commun accord depuis le 11 septembre 2015, soit le lendemain de la date de notification de la décision de l'inspecteur du travail ».
La lettre comprend six paragraphes complémentaires : préavis et solde de tout compte, portabilité des couvertures des régimes de frais de soins de santé et de prévoyance ; priorité de réembauchage (en dépit de la disparition de l'entreprise) ; mesure d'accompagnement et de reclassement externe ; délai de contestations, divers.

3. Le licenciement des autres salariés

À la date de la déclaration de cessation de paiement et du jugement d'ouverture de la procédure collective d'ouverture, la société Linéa BTP présente déjà un lourd passif social et doit :

- aux AGS, Unedic, CGEA de l'Ile de France....	859.576 €
- au titre des super-privilèges des salaires	679.672 €
- à la Pro BTP (retraite du bâtiment)	192.161 €
- à l'Urssaf	439.525 €
Total	<u>2.270.934 €</u>

Le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire est du 22 juillet 2015.

La procédure est ouverte sur déclaration de cessation des paiements. À cet instant, le passif social réel de la société n'est pas connu.

3.1. Conclusions sur le dossier Linéa BTP

L'analyse du dossier Linéa BTP, qui a été réalisée sur la base des documents mis à notre disposition par le représentant légal de l'entreprise, mérite quelques explications complémentaires. Tout d'abord, la mise à disposition du dossier pourrait apparaître comme une rupture au regard de la tendance que nous avons énoncée ci-dessus. En fait, il n'en est rien. La société étant en liquidation judiciaire, son représentant légal a considéré qu'il n'existait pas d'enjeu particulier et qu'en conséquence, il pouvait autoriser un chercheur à compiler l'ensemble de la documentation réunie à l'occasion de la procédure.

La seconde observation concerne la préparation et la présentation de la procédure collective.

3.1.1. Les critères de choix du manager pour décider des mesures de restructuration éventuelle

Le dirigeant social a évidemment pris conscience de l'inéluctabilité de la situation de cessation de paiement de son entreprise six mois au moins avant la date de son passage effectif devant le tribunal de commerce (le 15 juillet 2015, le jugement étant rendu le 22 juillet).

Il a eu la possibilité de choisir une autre voie qui était celle de l'allègement progressif des effectifs de sa société pour lui permettre, d'une part, de faire face à un carnet de commandes qui s'étiolait alors même que les ressources financières et marchés en exécution rentraient plus

difficilement sur les comptes de la société et que deuxièmement, il existait un sous-emploi chronique en raison de l'insuffisance des nouvelles ouvertures de chantier.

3.1.2. Le coût du licenciement de 30 salariés, engagé en janvier 2014 dans le respect du fonctionnement des IRP et de la loi de 1975 modifiée

Si le manager choisit la solution n°1 qui consiste à se séparer de 30 personnes soit un quart environ de l'effectif tout en maintenant l'outil de travail, il sait qu'il devra procéder au paiement :

- du salaire pendant l'ensemble du processus de consultation des IPR ;
- après la décision de licenciement, au paiement des indemnités de préavis sans contrepartie (nous avons vu qu'il renoncerait à l'exécution du préavis), au paiement des congés payés sur préavis (somme, il est vrai résiduelle au regard des deux montants principaux que nous désignons) ;
- et enfin au paiement de l'indemnité de licenciement.

Or, dans un cas de figure comme celui que nous avons examiné, au regard d'une pyramide des âges relativement défavorable, les indemnités de licenciement à prévoir sont particulièrement conséquentes. Pour ces 30 salariés qui ont une moyenne de présence dans l'entreprise de 15 années, le chef d'entreprise va devoir payer, au terme de l'ensemble des procédures préalables, une somme de l'ordre de 12.000 x 30 soit 360.000 €.

À cette somme, il va évidemment ajouter les préavis, soit 2.000 € chargés, que l'on arrondit avec les congés payés à 4.500 € par salarié, multiplié par 30, soit 135.000 €. Le total atteint 495.000 €.

Le constat est sans appel ; la société qui est déjà en situation de difficultés économiques, est évidemment incapable de faire face au paiement des indemnités de préavis et de licenciement générées par la seule rupture des contrats de 30 salariés. Elle ne peut dégager cette somme, alors qu'elle est déjà exsangue en trésorerie, que son plan de charges est réduit, qu'elle n'a aucune certitude sur le lendemain.

En fait, en dépit de ses difficultés économiques, elle doit continuer à fonctionner virtuellement en effectif plein, pendant une durée évaluée à 8 mois en raison des processus de consultation des IRP, allongés de 2 mois en raison des préavis et de deux à trois mois en raison du paiement

des indemnités de licenciement, soit la poursuite du paiement des 30 salariés qui ne sont plus utiles à la date du 1^{er} janvier 2014, jusqu'au 31 décembre 2014 voire au 31 janvier 2015.

Il aurait été éventuellement possible à la société de patienter deux mois (la durée de la procédure, hors consultations et recours des organes représentatifs), et d'envisager une décision au 1^{er} mars 2014, avec fin des préavis au 1^{er} mai 2014.

3.1.3. Le fonctionnement des IRP, élément devenu essentiel dans la logique de la LPE pour retarder l'échéance des licenciements économiques

Le chef d'entreprise n'a pas souhaité lancer ce processus d'allègement dès le mois de janvier 2014 pour deux raisons qui sont totalement liées à la législation sur la protection de l'emploi.

La première de ces raisons réside dans la lenteur des mécanismes de consultation. Lorsqu'ils sont mis en œuvre et que la société est *in bonis*, ils sont instrumentalisés par les représentants du personnel pour ralentir l'échéance d'une décision inéluctable. Nous avons décrit leurs fonctionnements dans le cadre de la procédure collective et sur un rythme particulièrement accéléré.

Le dirigeant sait parfaitement que s'il lance un plan de sauvegarde de l'emploi pour se séparer de 30 salariés, il va au-devant d'un combat de retardement lancé par les organisations syndicales présentes dans l'ensemble des organes : comité d'entreprise, CHSCT et délégations du personnel. Une connaissance basique de ces fonctionnements lui permet d'anticiper cette résistance : recours classique à l'expert-comptable désigné par le comité d'entreprise, contentieux éventuel sur la désignation et l'amplitude de la mission, etc. Cela lui permet de fixer à six mois le délai de consultation des organes représentatifs, avant le lancement de la première mesure opérationnelle d'un plan de restructuration, étant précisé, comme nous l'avons déjà souligné, que le lancement de cette mesure, c'est-à-dire l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable pour les salariés concernés, ne fait que débiter un processus dont la durée peut être d'au moins deux mois, si l'on veut respecter l'ensemble du formalisme sans se presser et sans risquer une faute basique de procédure.

Au terme de ces deux mois, les préavis commencent à courir, étant souligné que par tradition, les salariés sont généralement dispensés de leur exécution, sous le prétexte « *bateau* » de leur permettre de mieux rechercher un nouvel emploi et sous le prétexte plus concret de la difficulté éprouvée par la contre maîtrise pour maintenir l'ordre dans les équipes, qu'il s'agisse d'un ordre dans l'exécution des tâches, le salarié qui connaît la fin de son contrat n'étant pas

particulièrement soucieux de respecter la hiérarchie. Il peut s'agir également d'un ordre dans l'organisation des équipes, puisqu'effectivement on voit souvent nombre de ces salariés s'absenter sous les motifs les plus divers et souvent les plus futiles, en dehors bien sûr des horaires stricts de recherches d'emploi qui sont autorisées par la loi ou la convention collective. Cela signifie qu'à partir d'un certain moment, la complexité du maintien dans l'opérationnalité des salariés qui sont visés par une mesure de licenciement est telle qu'il est préférable de s'abstenir de les faire travailler. Jusqu'à ce que le préavis non exécuté entre dans la période de carence, il s'agissait d'un avantage sensible dans le cadre du licenciement pour motif économique.

En conséquence, s'il lançait sa procédure de consultation en janvier 2014, le chef d'entreprise ne pouvait pas espérer un retour positif avant six mois, soit juin 2014. À compter de cette date, il pouvait lancer les procédures de licenciement d'une partie du personnel, en l'occurrence 30 personnes par exemple. Il devait respecter un nouveau délai global de deux mois pour mener à bien les procédures individuelles. Puis, en imaginant que ces salariés ne choisissent pas le contrat de sécurisation, il conservait les effets d'un salaire plein en raison du paiement de leur préavis hors exécution du contrat pendant deux mois, ce qui rejetait le terme des contrats de travail au 30 octobre 2014, au mieux.

Mais à cette date, la trésorerie de l'entreprise n'était pas encore allégée. Il fallait alors payer les indemnités de licenciement⁵³⁷ que, pour résumer, nous allons proratiser ce façon moyenne à trois mois de salaire.

3.2. Le choix

Lorsqu'il établit la liste de ces inconvénients et qu'il les cumule, le chef d'entreprise se rend compte qu'il n'a aucun intérêt à lancer une opération de cette envergure, s'il n'a pas la certitude

⁵³⁷ **Article 10.3** En cas de licenciement, non motivé par une faute grave, l'employeur verse à l'ouvrier qui, au moment de son départ de l'entreprise, ne remplit pas les conditions pour bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein du régime général de la sécurité sociale, ni d'un régime assimilé (1), une indemnité de licenciement, distincte du préavis, calculée sur les bases suivantes :

- à partir de 2 ans et jusqu'à 5 ans d'ancienneté dans l'entreprises : 1/10 de mois de salaire par année d'ancienneté ;
- après 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise : 3/20 de mois de salaire par année d'ancienneté, depuis la première année dans l'entreprise ;
- les années d'ancienneté au-delà de 15 ans donnent droit à une majoration de 1/20^e de mois de salaire par année d'ancienneté.

En cas de licenciement d'un ouvrier âgé de plus de 55 ans à la date d'expiration du préavis, effectué ou non, qui lui est applicable, le montant de l'indemnité de licenciement, tel qu'il est fixé ci-dessus, est majoré de 10 %.

de pouvoir sauver l'outil de production. Il n'a pas davantage intérêt à diffuser une information inquiétante dans les rangs des salariés car il va susciter une désintégration des équipes, des démissions à la chaîne de la part d'ouvriers inquiets qui rechercheront immédiatement du travail ailleurs pour éviter une période de chômage ou une période de latence. De plus, en imaginant qu'il dispose à la date du 1^{er} janvier 2014 de la trésorerie nécessaire pour faire face aux licenciements de 30 salariés, il n'est pas certain de conserver intacte cette trésorerie jusqu'à la date du 30 août, date d'effet des lettres de licenciement pour motif économique et date du début du paiement des indemnités de préavis au mois le mois jusqu'à la date du 30 octobre. Et à ce niveau, nous nous retrouvons frontalement face à la logique de la législation de la protection de l'emploi et au problème qu'elle occasionne dans un cas de figure tel que celui que nous présentons.

3.2.1. Le sacrifice de la totalité de l'outil de travail

Dès lors, le manager se résigne au sacrifice de la totalité de l'outil plutôt que des 30 salariés qui auraient pu être licenciés en janvier 2014. La complexité, la lenteur et le risque quant à la réalité de la réussite de l'opération, et finalement son coût, constituent des aléas et des inconvénients excessifs au regard de l'avantage qui pourrait en être retiré.

Lorsque nous avons établi ce tableau accablant de la situation, nous ne l'avons pas encore terminé.

Le cas de l'entreprise Linéa BTP est donc particulièrement intéressant parce qu'il démontre que le choix du dirigeant est dicté par les contraintes de la législation sur la protection de l'emploi et qu'en raison du coût que cette législation occasionne à l'entreprise, il n'a d'autres choix que de pousser l'outil jusqu'à l'instant ultime où son fonctionnement génère lui-même un passif, interdit par la législation.

On rappelle en effet que la loi du 25 janvier 1985 modifiée oblige le dirigeant à déclarer la cessation des paiements de son entreprise dans le délai de 45 jours, suite au constat de l'état de cessation des paiements, caractérisé par le fait que son passif exigible est supérieur à son actif disponible.

Le troisième aspect sur lequel nous devons insister, dans le cadre de l'examen de ce cas, est évidemment celui de la fausseté de la déclaration de cessation des paiements.

Nous l'avons vu : le dirigeant d'entreprise ne déclare en super privilégié que quelques postes, étant souligné que le montant total de son passif immédiatement exigible atteint quand même la somme de 1.650.000 €. En réalité, ce passif est sous-estimé, étant souligné qu'il l'est dans le plein respect de la législation française, qu'elle concerne purement le droit du travail ou plus globalement la réglementation comptable.

3.2.2. La dissimulation de la réalité du passif social lors de la DCP

C'est à ce niveau également, que nous remarquons l'hypocrisie de notre système juridique et comptable⁵³⁸, qui considère comme virtuels les passifs sociaux résultant des droits acquis par les salariés au titre des indemnités de licenciement et de préavis. Certes, le fait générateur du paiement est le licenciement ou la fin du contrat de travail, sous une forme ou une autre -rupture conventionnelle-, et lors de la déclaration de cessation des paiements, cette fin de contrat n'est pas encore intervenue.

Mais au regard de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives, la question de l'honnêteté et la fiabilité de la déclaration de cessation de paiement se posent naturellement. En effet, est-il admissible que le greffier du tribunal de commerce, qui reçoit la DCP, accepte que ne soit pas mentionné sur cette déclaration le passif social « virtuel » généré par le dépôt de la déclaration ? La réponse de l'infime partie de la doctrine qui s'est interrogée sur cette question⁵³⁹ est évidemment positive car le fait générateur du paiement de ces indemnités, le licenciement, n'est pas intervenu.

Dès lors, le fait déclencheur du redressement judiciaire étant le jugement d'ouverture et non pas la déclaration de cessation des paiements -ou l'assignation d'un créancier-, le dirigeant n'a pas à mentionner dans sa déclaration écrite ou dans la déclaration verbale qu'il produit le jour de l'audience la réalité de son passif social, et le greffier n'a pas à l'exiger le jour du dépôt de la déclaration.

Nous nous inscrivons en faux contre cette interprétation et nous considérons que le manager devrait avoir l'obligation de mentionner ne serait-ce qu'à titre d'information, pour la parfaite

⁵³⁸ Le droit du travail et la réglementation comptable ne prévoient pas la comptabilisation des indemnités de licenciement au fur et à mesure du déroulement de la carrière du salarié, alors que ce passif virtuel est chaque jour en aggravation.

⁵³⁹ Cette interrogation est davantage portée dans les débats et congrès qu'elle ne l'est dans les écrits, qu'il s'agisse de traités ou des articles.

connaissance du tribunal, et plus sérieusement au titre de la réalité de son passif, le montant de son passif social même virtuel au jour de la DCP.

Car le passif social va devenir totalement exigible le jour de la liquidation judiciaire, lequel peut intervenir le jour même de l'audience de procédure collective. En outre, lorsque le tribunal de commerce fait remonter la cessation des paiements à une date largement antérieure au jugement d'ouverture, en raison par exemple de l'antériorité d'un passif social, il rend visible ce passif social antérieurement à la présentation de la DCP.

4. L'hypocrisie de la pratique et de la règle comptable permet de dissimuler aux yeux des acteurs la réalité du coût généré par la LPE

Nous pouvons admettre la difficulté conceptuelle que pose cette question de la transparence parfaite du manager quant à la réalité du passif social virtuel de son entreprise, qu'il est le seul à connaître avec son expert-comptable.

Cette transparence quant à la réalité du passif social, n'est pas un problème insoluble ; dans le cadre d'un contre-exemple parfait, nous présenterons le cas des entreprises qui s'assurent auprès d'une compagnie notoirement solvable (la SMABTP, par exemple) pour se garantir la possibilité de payer à tout moment les indemnités de préavis et de licenciement qui seraient dues à un salarié, même en cas de difficultés économiques. Cette option, qui dépend totalement du choix du dirigeant et globalement des actionnaires, présente l'avantage d'assurer un reflet fidèle de l'état économique de l'entreprise, à tout moment, alors que celles qui ne pratiquent pas de cette façon dissimulent objectivement à leurs créanciers ou leurs co-contractants la réalité de leur situation.

Mais bien évidemment ce choix est pénalisant pour l'entreprise qui le pratique, puisqu'elle l'a contraint à réduire la partie du profit qui pourrait être distribué immédiatement, soit aux salariés, soit aux actionnaires, pour le figer dans un compte qui ne sera débité au fil du temps qu'en fonction de la survenance du fait générateur, c'est-à-dire du licenciement pour cause réelle et sérieuse, soit sur un terrain personnel, soit sur un terrain économique, du salarié concerné.

Nous savons par expérience que les sociétés qui pratiquent ce type de contrat sont peu nombreuses. Elles peuvent avoir la prétention non seulement d'une présentation parfaitement

honnête⁵⁴⁰ et rigoureuse de leur réalité économique mais en outre d'un comportement de prévention du risque, conjoncturel ou structurel, pouvant conduire à des suppressions d'effectifs.

Pour en revenir au cas de la société Linéa BTP et aux options ouvertes aux bénéficiaires de son dirigeant lors de l'examen des solutions préalables à la déclaration de cessation des paiements, il est bien évident que le report de cette option le plus loin possible, tout en respectant le délai des 45 jours, a été choisie en toute connaissance de cause.

Le dirigeant social a considéré qu'il ne pourrait pas mener à bien une restructuration de l'entreprise passant par des licenciements dont la gestion allait se révéler conflictuelle et naturellement chronophage. Il a logiquement préféré procéder à une déclaration de cessation des paiements, quasiment sans espoir de rémission. Sa décision est logique et elle s'inscrit dans la pleine logique de la législation sur la protection de l'emploi telle qu'elle existe dans notre pays, de ces contraintes qui pèsent de façon excessive sur l'entreprise et de son coût qui les rend, dans certaines circonstances, dont celles dont ont été victime la Société Linéa BPT, totalement irréversibles.

Nous soulignons dans ce paragraphe l'hypocrisie de la pratique et celle de la règle comptable qui permettent de dissimuler aux yeux des acteurs la réalité du coût généré par la LPE. Cette hypocrisie quasi-institutionnelle, admise par la plupart des acteurs, concourt à la méconnaissance globale de la réalité du coût du travail et de son effet sur la vie économique de l'entreprise.

5. Les conséquences de la liquidation judiciaire de l'entreprise Linea BTP : entre 1.799.369 € et 4.299.369 €

Bien entendu, les conséquences du dépôt de bilan et de la liquidation judiciaire inéluctable qui s'en est suivie ont fait exploser le montant du passif social.

À la date de l'ouverture de la procédure collective, la dette de la société à l'égard des AGS était déjà de l'ordre d'un million d'euros. Deuxièmement, nous avons souligné que le passif social

⁵⁴⁰ Enfin, les dirigeants peuvent évoquer l'existence de ce contrat comme un argument de vente de la société, qui renforce la position de celui qui décide de céder sa participation. En particulier, lorsque la pyramide des âges est défavorable, l'existence d'un contrat d'assurances couvrant les indemnités de licenciement et de préavis constitue un atout notable.

virtuel de la société était notable ; il vient naturellement s'ajouter au passif réel tel que déclaré au représentant des créanciers, dans les jours qui suivent la déclaration de cessation des paiements : 1.200.000 € pour les AGS, 100.000 € pour l'Urssaf et 45.000 € pour la Pro BTP.

Mais l'effet de la procédure collective, et la nécessité de licencier les 117 salariés en une seule fois, va bien entendu multiplier la dette objective de la société désormais en liquidation judiciaire, auprès de l'ensemble des organismes : AGS, Urssaf, Pro BTP.

Le représentant légal de la société nous a communiqué le montant total de cette dette et nous avons discerné, au sein de celui-ci, la partie qui est directement liée à la législation sur la protection de l'emploi, c'est-à-dire le montant des indemnités de licenciement et le montant des indemnités de préavis.

Il nous a été difficile d'isoler le montant des congés payés sur préavis qui sont versés par la caisse Pro BTP. Nous avons donc appliqué de façon classique, un coefficient de 10% sur la base du préavis, étant souligné, bien entendu, que le paiement de ce préavis génère lui-même des cotisations complémentaires auprès des AGS, auprès de l'Urssaf et auprès de la caisse Pro BTP.

Comme nous l'avons déjà signalé dans nos analyses, jusqu'à ce que le préavis soit intégré dans la période de carence, c'est-à-dire jusqu'à la réforme des conditions de l'indemnisation du chômage, le paiement du préavis par le mandataire de justice par ponction dans les caisses de l'AGS constituait un avantage gratuit pour le salarié, puisqu'il n'avait pas l'obligation de réaliser le dit préavis.

Cette remarque qui, elle aussi, est peu appréciée par la majorité de la doctrine, nous conduit à réaliser une incise concernant la proposition soutenue de plus en plus fermement par un certain nombre de spécialistes de la lutte contre le chômage et par Jean Tirole. Par dérivation du principe pollueur/payeur, ces théoriciens préconisent de faire payer soit par priorité, soit à des taux largement supérieurs à ceux qui seraient imposés à d'autres entreprises, les firmes qui licencient de façon régulière un nombre de salariés particulièrement conséquent et dont les décisions managériales génèrent des ponctions importantes sur les AGS. Cette idée, dont l'originalité est appréciable, et dont les effets potentiels devraient être plus finement calculée trouve cependant sa limite dans le cadre du type de situation que nous venons de décrire.

En effet, dans ce cas, il serait anormal de pénaliser la société, qui certes, a licencié et a obligé les AGS, par l'effet de sa décision de licenciement, à payer le préavis des salariés licenciés. L'exécution de ce préavis n'ayant pas été réalisée, le consentement de la firme à la non-exécution du préavis étant contraint par la raison de la cessation programmée de l'activité, il n'est pas envisageable de sanctionner la société en raison de la prise en charge du préavis en matière de licenciement économique par les AGS.

Concernant les AGS, les conséquences sont désormais connues, sous réserve des procédures en cours. À titre superprivilégié, le montant versé aux salariés est de 956.451 €. À titre privilégié, il est de 690.053 et à titre chirographaire, il atteint 344.410 €. A ces montants, il convient d'ajouter celui de l'article 622-17⁵⁴¹ pour une somme de 54.000 €.

C'est donc un total de 2.045.000 € qui est avancé par les AGS au titre de la rupture des 117 contrats de travail, dont seuls 1 million d'euros ont été récupéré sur les créances de l'entreprise sur les clients dans le cadre des versements spontanés ou des contentieux en cours.

Mais il est intéressant, au regard de la LPE de distinguer ce qui ressort de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de l'exécution des préavis. Pour les indemnités conventionnelles concernant les 117 salariés, c'est une somme totale de 956.431 € qui est versée par la société en liquidation. Au titre des préavis non exécutés, la somme est de 690.053 €, hors congés payés sur préavis puisque les 10 % correspondant sont payés par la Caisse du bâtiment. Mais en revanche, les cotisations sur le préavis correspondent à une somme de 344.409 €. La société en liquidation est donc redevable pour les préavis non exécutés -pour lesquels les salariés se verront imposer une période de carence s'ils s'inscrivent au Pôle Emploi-, c'est une somme totale de 1.034.462 € qui est extraite des caisses de l'entreprise et en partie avancée par les AGS dans l'attente de la compensation par les sommes récupérées auprès des clients redevables envers la société.

Il est nécessaire de s'arrêter un temps sur ce montant : il est évident que la société en difficulté, dans la période précédant la décision de déclaration de cessation des paiements, ne pouvait préfinancer une telle somme sur ses fonds propres -qui avaient disparu- ni sur sa trésorerie, et

⁵⁴¹ Article L.622-17 I

Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance.

ce, d'autant plus qu'au niveau des salaires et accessoires de salaires, elle doit régler une somme de 956.431 € complémentaire.

Mais la somme de 1.034.462 € n'est pas la seule que la société expose au titre de la législation sur la protection de l'emploi dans le cadre de la procédure de licenciement de l'ensemble des salariés. L'accord qui avait été signé prévoyait l'accompagnement d'un cabinet extérieur : c'est une somme de 300.000 € qui est versée de ce chef. Enfin l'accompagnement d'un cabinet d'avocats réputés de la place de Paris se révèle nécessaire : il conduit le mandataire à exposer une somme de 464.834 € d'honoraires, dont 148.755 € pour les procédures prudhommales. L'ensemble des coûts relatifs à la LPE et à ses dépenses annexes atteint donc la somme de 1.799.369 €.

Mais la gestion des procédures relatives à la rupture n'est pas pour autant terminée. En effet, la situation du droit français telle qu'elle ressort de l'ensemble du corpus en vigueur avant l'adoption des ordonnances de septembre 2017 ne prévoit pas un quitus pour l'entreprise, en l'occurrence pour le liquidateur, même s'il respecte l'ensemble des dispositions du code du travail. En l'occurrence, le mandataire de justice s'est montré extrêmement pointilleux de telle façon à éviter les conflits pendant la période de la procédure préalable au licenciement puis postérieurement à celle-ci.

Mais les accords passés ne prévoient pas un renoncement aux procédures de contestation de la cause même du licenciement, en dépit des heures passées à négocier et les autorisations accordées par les administrations à différent niveaux, en particulier pour le licenciement des personnels protégés membres des IRP ou pour le licenciement des salariés non protégés. Ceux-ci décident alors de lancer, postérieurement à la perception des indemnités de rupture, une procédure de contestation de la cause même de la rupture. Les demandes formées devant le CPH sont de l'ordre de 25.000 € par salariés, soit une demande globale formée contre l'entreprise représentée par son liquidateur de 2.500.000 €⁵⁴². Le conseil des prudhommes a rejeté la demande dans le cadre d'une motivation laconique qui laisse ouverte la porte de l'appel que n'ont pas manqué de franchir l'ensemble des demandeurs.

⁵⁴² 148.755 € des honoraires d'avocats sur le budget de 464.834 € sont consacrée à la gestion de la procédure. Sachant qu'il existe 100 dossiers ouverts, le cabinet d'avocats a réalisé un forfait de 1.480 € par dossier environ.

Si la cour d'appel de Paris décide de faire droit aux demandes des salariés et considère que le motif économique du licenciement n'est pas fondé, elle condamnera le liquidateur à verser le montant de cette somme de 2.500.000 €, portant ainsi le budget de la totalité de l'opération, frais d'avocats et de cabinet de conseils confondus, à une somme de 4.299.369 €.

En l'état actuel des sommes récupérées par le mandataire liquidateur, les 2.500.000 € ne peuvent être payés par la caisse de la procédure collective. Dans ce cas, ce sont les AGS qui paieront les dommages et intérêts.

CHAPITRE TROISIÈME

LE CONTOURNEMENT ILLÉGAL DE L'EXCÈS DU COÛT DU TRAVAIL : LES ENTREPRISES « CONCORDE »

Notre expérience professionnelle nous permet d'évoquer quelques exemples particulièrement caractéristiques des pratiques d'évitement du coût du travail et des contraintes de la législation par ceux que nous dénommons « manageurs astucieux », avec l'utilisation critique et péjorative de cette formule que nous empruntons, celle de délinquance astucieuse, visant la délinquance financière ou la délinquance « en cols blancs ».

Nous exposerons en particulier le cas de deux entrepreneurs ou groupe d'entrepreneurs qui sont parvenus à enchaîner sur une période de moyen-long terme (5 à 6 années) la création puis la disparition de 4 à 5 entreprises, dans un domaine particulier qui se prête aisément à ce type de comportement pour les raisons que nous allons exposer : celui du bâtiment.

1. Les entreprises « Concorde »

Le 15 février 1999, un entrepreneur crée dans le ressort de Pontoise la société **Concord-entreprise**,⁵⁴³ spécialisée dans la pose de menuiserie aluminium, et plus globalement métallique, et dans les travaux du bâtiment. Cette SARL au capital de 50.000 Francs, soit 7.622 € (nous sommes à la veille de la conversion des francs en euros), va rapidement compter plus de 50 salariés. Elle bénéficie de l'attribution de marchés de second œuvre dans la pose de fenêtres, au bénéfice de « majors » du bâtiment. Après 5 ans d'activité, elle est placée en

⁵⁴³ Le nom des sociétés est mentionné en gras de telle façon que la récurrence de l'utilisation du nom commercial soit identifiée par le lecteur

redressement judiciaire le 5 mars 2004 par le tribunal de commerce de Pontoise. Elle est liquidée 18 mois plus tard, le 23 décembre 2005, après une tentative de redressement par voie de continuation qui n'a pu aboutir. L'importance des dettes sociales et fiscales empêchent la mise en œuvre d'un plan sérieux, et ce, d'autant plus que les marges de cette entreprise sont minimales, voire inexistantes.

Prévoyant et parfaitement conscient du phénomène, son dirigeant a créé le 24 novembre 2003, c'est-à-dire 3 mois avant la déclaration de cessation des paiements de sa première société Concord-entreprise, une seconde société dénommée **Sav-Concord**. Par précaution, il l'inscrit dans le ressort du tribunal de commerce de Créteil, afin d'éviter que le greffe, voire un juge du tribunal de Pontoise qui aurait statué sur le dossier de liquidation de **Concorde-entreprise**, ne s'interroge sur la similitude des noms commerciaux... et de la personne du dirigeant. Ayant programmé la déconfiture de la première société avec plusieurs mois d'avance, c'est-à-dire au courant du premier semestre de l'année 2003, il a eu le temps de préparer la situation pour détourner la clientèle de la première entreprise vers la seconde, d'y réorienter le personnel qu'il souhaite conserver en sélectionnant certains des salariés.

La société **Sav-Concorde** est elle aussi une SARL, au capital de 8.000 €, spécialisée dans la pose de la menuiserie métallique et PVC à l'instar de la précédente. La similitude du nom commercial facilite le transfert de clientèle, permet d'égarer les salariés qui seraient tentés de revendiquer, et d'assurer la poursuite des marchés en cours sans trop de difficultés pendant la période du redressement, etc...

Les méthodes de gestion de ce dirigeant visant à éluder tout ou partie des charges sociales pour préserver à la fois son accès au marché et son revenu personnel et, globalement, la rémunération nette de ses salariés, ne peut prospérer dans cette seconde société pour les mêmes raisons : insuffisance de marge. Mais les mêmes « majors » du bâtiment s'adressent toujours au même dirigeant, pour les mêmes raisons : ses prix sont très bas puisqu'il élude dans ses prix tout ou partie des charges sociales et fiscales. À défaut, l'importance du coût du travail l'empêcherait d'accéder à ce marché. **Sav-Concord** est placée en redressement judiciaire le 25 juillet 2006 soit 2 ans et 3 mois après sa création. Elle est liquidée le 28 février 2008 ce qui signifie qu'elle a fonctionné sous administration judiciaire pendant 18 mois.

Le chef d'entreprise, assuré de la fidélité de sa clientèle pour les raisons que nous examinerons ci-dessous et de l'emprise qu'il exerce sur ses salariés, a créé sept mois avant le placement en

redressement judiciaire de **Sav-Concord** une troisième société, dénommée **Sav-Pose**. Il la situe dans le ressort du tribunal de commerce de Créteil. Nous pouvons considérer ce rattachement comme un premier faux pas qui va sans doute occasionner la découverte de ces mécanismes par le mandataire liquidateur de la société **Sav Concorde** en dépit du fait que la troisième SARL **Sav Pose** -cette fois-ci au capital de 8.000 €- n'est pas dirigée par la même personne.

Certes, elle a toujours un capital relativement modeste (8.000 €), elle utilise un nom commercial proche de celui des sociétés précédentes (**Sav-Pose** après **Sav-Concord**) pour maintenir un lien intellectuel et commercial, et son objet social est également similaire : « *tous travaux de bâtiment en général et pose de menuiserie aluminium, PVC, métallique en particulier* »⁵⁴⁴. Mais cette fois-ci, le dirigeant nomme un nouveau mandataire social, en la personne de son comptable interne. Bien entendu le dirigeant de fait est le même que le dirigeant de droit des deux sociétés précédentes, **Concord-entreprise** et **Sav Concorde**. Mais la désignation du comptable salarié comme dirigeant de droit lui permet de ne pas apparaître sur le Kbis et de ne pas être repéré par l'informatique croisée des tribunaux de commerce.

Le comptable qui n'a pas supporté la double pression générée par le dirigeant de fait et par la commission, de façon régulière, d'infractions particulièrement délibérées en particulier en matière de respect des obligations sociales et comptables, finit par craquer, ce qui entraîne la déclaration de cessation de paiement de **Sav Pose**. Il « *lâche* » le dirigeant de fait... mais sera néanmoins condamné par la suite à 5 ans d'interdiction de gérer.

Ce dirigeant astucieux est habilement conseillé⁵⁴⁵ et a parfaitement intégré l'ensemble des déviations possibles aux règles du droit social et du droit des entreprises. Il sait à cet instant qu'il court un risque sérieux sur le plan commercial et pénal, puisque d'une part la société **Sav Concord** déclare la cessation de ses paiements le 25 juillet 2006, et que d'autre part, il n'a pas une confiance absolue en la solidité du gérant de droit de la société **Sav Pose** en raison du *burn out* de cet individu et de sa défaillance en qualité de comptable de l'ensemble de ces opérations. Il reprend donc la main et il crée, avant le dépôt de bilan de **Sav Concord** et celui de **Sav Pose**, une quatrième société le 25 mai 2006, dénommée **Concorde Aluminium**. Pour éviter les risques désormais clairement annoncés, il procède à une dotation particulièrement importante au niveau du capital initial de cette quatrième société. Nous remarquons qu'il reprend dans le

⁵⁴⁴ Extraits K Bis des trois sociétés et statuts sont produits en annexe de cette recherche.

⁵⁴⁵ Par un ancien mandataire de justice près le tribunal de commerce de Paris.

nom commercial de cette entreprise le mot « Concorde » déjà utilisé à deux reprises en 1999 dans **Concord-entreprise** et en 2003 dans **Sav-Concorde**). Curieusement, le chef d'entreprise revient dans le ressort du tribunal de commerce de Pontoise mais il modifie quelque peu l'objet social qui est désormais « *la fabrication, pose et vente de fermeture, vérandas et menuiseries en aluminium, PVC, bois et tout matériaux* ».

Cela étant, cette ultime initiative ne prospère pas en raison de la rébellion du dirigeant de droit de **Sav-Pose** qui s'est confessé auprès du mandataire judiciaire de la troisième société, et **Concorde Aluminium** est placée en liquidation le 30 mai 2007, la date de cessation de paiement étant remontée à 6 mois c'est-à-dire au 29 novembre 2006.

Le dirigeant historique de droit ou de fait de ces sociétés s'est fait repérer par le mandataire liquidateur de Créteil chargé du sort de la société **Sav-Concorde** et de **Sav-Pose**. M^e Pellegrini a découvert la supercherie et demande l'extension de la procédure collective à la société **Concorde Aluminium**. Il souhaite interrompre le processus déviant et lance une action judiciaire à l'encontre de la société Concorde Aluminium. Compte tenu de la situation de cette derrière entreprise qui va évidemment être liquidée, il demande la faillite personnelle du dirigeant... tout en sachant que celui-ci, étant de nationalité étrangère et ayant l'ensemble de ses biens pour partie au Royaume Uni et pour partie au Pakistan, il n'a aucune chance d'obtenir la moindre exécution d'une condamnation pécuniaire. Il obtiendra cependant la condamnation du comptable et dirigeant social de **Sav Pose** à 5 ans d'interdiction de gérer, et celle du dirigeant de droit et de fait des quatre sociétés.

2. L'intérêt des donneurs d'ordre

Dans le cadre de cette recherche sur le coût réel du travail en France, il nous a paru nécessaire, afin d'être les plus complets possibles, d'insister sur ces phénomènes déviants, frauduleux, illégaux, dont certains peuvent être qualifiés de pénalement répréhensibles. Cela étant, il serait à la fois illogique et injuste de limiter ce travail au constat de la perversité, du mercantilisme ou de la déviance intrinsèque des acteurs de terrain, managers ou chefs d'entreprise qui fraudent à dessein le règlement sur le coût du travail en raison d'un excès de ce coût qui les empêche d'accéder au marché.

Si tous les acteurs économiques, qui se trouvent contraints de suspendre ou d'arrêter leurs activités en raison d'un excès de coût, et en particulier de coût du travail qui les empêche

d'accéder au marché, faisaient remonter l'information et militaient féroce­ment pour une modification de l'existant, certaines évolutions que l'on voit se dessiner actuellement auraient sans doute pris naissance bien plus tôt⁵⁴⁶. Notre objectif n'est pas de philosopher sur l'état de la société française, ses blocages et le comportement de ses différents acteurs : en revanche, il nous semble nécessaire de souligner que les phénomènes de contournement de la loi sont effectivement liés à l'excès du coût tel qu'il est ressenti par certain de ces acteurs et par leur volonté d'accéder au marché en dépit de l'importance de ce coût. Mais ces mêmes acteurs échoueraient dans leur initiative s'ils n'y étaient pas encouragés par des donneurs d'ordre qui les incitent à cette déviance, voir l'organisent, l'encouragent, en un mot la favorisent, parce qu'ils y trouvent également un avantage.

Nous retrouvons ici un aspect volontairement ignoré de nombre de publications concernant les effets de l'excès du coût du travail en France. Au-delà d'un phénomène massif comme la délocalisation de l'industrie, dont on peut soutenir qu'elle était également provoquée par d'autres causes mais il est certain que le coût du travail a été un élément déterminant, nous devons constater que les phénomènes déviants profitent à un certain nombre de donneurs d'ordre. Parmi eux, se trouvent des donneurs d'ordre publics ou parapublics, parfois dirigés par les mêmes personnes que celles qui produisent la loi, ou du moins dirigés par des hommes et des femmes appartenant aux partis politiques qui ont déterminé les grandes orientations législatives depuis 1973. Bien entendu, les firmes au « management astucieux » telles que celles que nous venons de les décrire brièvement accèdent rarement en premier rang aux marchés publics ou privés. En revanche, elles y accèdent en second ou troisième rang, c'est-à-dire en sous-traitant de premier, de second ou de troisième rang⁵⁴⁷.

2.1. Le premier avantage des donneurs d'ordre : un moindre coût

Les sociétés d'importance nationale (entreprises générales de bâtiment ou promoteurs immobiliers) qui recourent à ce type de sous-traitance sont parfaitement informées de l'importance du coût du travail dans une prestation de bâtiment. Elles ne peuvent se méprendre

⁵⁴⁶ Nous ne sous-estimons pas d'autres facteurs, tels que la méconnaissance radicale des textes, ou encore la totale fermeture de l'accès au financement bancaire en raison de la défaillance de grandes banques françaises dans le cadre de l'aide à la création et au développement des PME. Mais ces facteurs dépassent le cadre de notre recherche.

⁵⁴⁷ Une entreprise prend un marché en entreprise générale. Elle répartit les travaux en lots spécifiques : plomberie, électricité, ravalement, etc. Une entreprise est référencée et admise comme sous-traitante de premier rang pour le lot. Elle peut sous-traiter à un sous-traitant de second rang qu'elle devrait faire avaliser par l'entreprise générale puis par le maître d'ouvrage : ce n'est pas systématiquement le cas. Bien souvent un sous-traitant de troisième rang effectue en fait la prestation.

sur la réalité du prix de cette prestation. Lorsqu'elles proposent un marché avec un prix déraisonnable au regard d'un système de référence classique⁵⁴⁸, elles savent parfaitement que l'exécution du contrat ne pourra être réalisé qu'en violation d'un certain nombre de règles sociales et fiscales, et en particulier d'une sous-évaluation radicale du coût du travail. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ces sociétés de construction externalisent la réalisation technique qui est pourtant la charge économique de l'acte de construire. Elles sont ainsi passées de la phase d'intégration décrite par Oliver Williamson, qui a fait leur force de réputation à une certaine époque, à une phase nouvelle d'externalisation en raison en particulier du coût du travail.

Ces firmes ont parfaitement intégré le fait que le coût strict du travail déterminé lors de l'embauche de leurs salariés est en réalité supérieur de 10 à 20 % (pour reprendre nos calculs) à la réalité de ce qu'elles paient et de ce qui apparaît dans leurs comptes. Mais il convient également de souligner que ce coût est lui-même supérieur de 15 à 20 % cette fois-ci à celui qui est pratiqué dans les PME ou TPE intervenant dans le même secteur.

C'est la raison pour laquelle les très grandes entreprises de bâtiment ont peu à peu réduit leurs effectifs et ont confié les travaux d'exécution à des firmes de moindre importance grâce auxquelles elles pouvaient maintenir leurs marges tout en modulant le prix de la prestation offert au maître d'ouvrage. De cette façon également, la très grande entreprise qui connaît le coût de gestion tel que nous l'avons examiné, complété par l'ensemble de ces accessoires (coût de gestion sociale, des organes représentatifs du personnel, etc...) reporte ces éléments sur des PME.

Second élément qui concourt au même phénomène : le refus d'assumer le surcoût de travail résultant du coût différé obligatoire et du coût différé extraordinaire. Ces très grandes entreprises savent que leur forte capitalisation⁵⁴⁹ ne les place pas à l'abri des effets d'une crise conjoncturelle ou structurelle qui toucherait le secteur du bâtiment. Nous retrouvons ici un effet pervers de la législation sur la protection de l'emploi et de son usage habile par les syndicats de salariés et leurs avocats. Elle est de nature à générer une succession de difficultés et de retards en cas de nécessité d'adapter brutalement le niveau de personnel aux nouvelles données de la conjoncture. Ces firmes sont évidemment soumises aux obligations existantes pour les

⁵⁴⁸ Nous prendrons à cet égard la cote Bati-Prix.

⁵⁴⁹ Vinci, Bouygues figurent au CAC 40.

entreprises de 1.000 salariés, au plan de sauvegarde de l'emploi etc... Nous l'avons souligné : la législation sur la protection de l'emploi génère un décalage de temps entre la perception de l'événement économique qui oblige à une compression des effectifs et la concrétisation de la réduction de ces effectifs d'une part. Le décalage est encore plus grand au regard de l'effet économique attendu de cette réduction. L'ensemble de ces éléments concourt donc à la réduction des effectifs de la très grande entreprise dans la perspective de la réduction du coût du travail qu'elle doit introduire dans le prix de la prestation. Ainsi, ces entreprises conservent un encadrement de qualité tant à haut niveau qu'au niveau intermédiaire ou au niveau opérationnel, mais elles souhaitent éviter les charges du personnel d'exécution : elles reportent donc le risque sur des PME. Nous avons donc des salariés hyperprotégés d'un côté, dans les TGE, et des salariés exposés, voire exploités au sens le plus trivial du terme, dans les PME de cette nature.

2.2. La sous-traitance en cascade évite d'affronter la réalité du coût du travail

Le recours à un sous-traitant de second ou de troisième rang, dont bien entendu la structure administrative, sociale et financière est particulièrement faible au regard de celles de la très grande entreprise, représente un autre avantage opérationnel. Il se concrétise en particulier dans le domaine du bâtiment que nous avons choisi comme exemple. En effet, en cours d'exécution du contrat de construction, la moindre défaillance du sous-traitant peut être aisément exploitée par l'entreprise générale qui va bloquer ou retarder ces situations qu'elle règle déjà à 90 ou 120 jours : les différents textes intervenus pour réduire le temps de latence entre l'exécution de la tâche et le paiement ne sont malheureusement pas appliqués avec régularité. Elles peuvent d'ailleurs être contournées par des astuces techniques telles que l'émission d'une situation de travaux, une réserve sur cette situation nécessitant une reprise avant le paiement, etc...

En conséquence, si l'entreprise générale éprouve en cours de marché une difficulté avec le maître d'ouvrage, soit parce qu'elle a sous-estimé la réalité du coût, soit parce qu'elle n'est pas elle-même payée dans les délais, elle va répercuter cette difficulté sur son sous-traitant de premier rang lequel les répercutera sur le sous-traitant de second rang, lequel procédera de même sur celui qui est au bout de la chaîne, étant précisé que le maillon le plus faible de cette chaîne va évidemment sauter puisqu'il n'aura pas la possibilité de faire face à l'ensemble de ses dépenses et en particulier, nous en revenons à ce point essentiel, aux charges sociales qui, au-delà du salaire, doivent être réglées mensuellement.

Nous prendrons l'exemple d'une entreprise de peinture dont nous savons que le matériel d'exploitation et les produits utilisés ne constituent qu'une infime partie de ces charges, au regard des salaires et des charges sociales. Ainsi, l'entreprise générale va conserver un effet de levier déterminant sur ses sous-traitants en raison de l'importance du coût du travail et de la faiblesse financière structurelle des sociétés sous-traitantes.

2.3. Les avantages retirés d'une telle situation par le maître d'ouvrage

Cette politique d'externalisation qui se situe dans la logique de la théorie de Williamson relative au coût de transaction a un autre bénéficiaire : le maître de l'ouvrage. Nous devons terminer cette analyse par l'examen de l'avantage conféré au maître de l'ouvrage : nous prendrons l'exemple des maîtres de l'ouvrage public ou parapublic (états, collectivités locales, HLM, hôpitaux, etc.) car ce sont évidemment les plus symptomatiques.

Nous avons souligné que l'entreprise générale avait modifié sa structure opérationnelle pour éviter d'être confrontée à la charge récurrente du coût du travail, et deuxièmement pour obtenir une réduction globale de ce coût dans les opérations, étant souligné qu'elle peut obtenir dans des PME de 50 à 100 ou 300 salariés des prix de prestations inférieures à ce qu'elle obtiendrait elle-même dans le cadre d'une production. Bien entendu, elle conserve la majeure partie de l'avantage financier qu'elle se procure ainsi mais elle en fait profiter son cocontractant principal, le maître d'ouvrage.

C'est à ce niveau qu'apparaît un problème majeur dans le domaine du bâtiment que nous avons choisi d'examiner, tant il est caractéristique de ce comportement. En effet, pour reprendre la référence classique à l'indice Batiprix, tous les économistes du bâtiment qui sont salariés des collectivités territoriales ou des sociétés d'HLM sont évidemment capables de déterminer le prix exact d'une prestation de construction, de peinture ou d'électricité.

À partir de l'instant où ces organismes, dont on sait qu'ils disposent de ressources financières particulièrement importantes⁵⁵⁰, fixent dans le cahier des charges un prix manifestement inférieur aux indices de référence les plus communs qui intègrent le coût du travail à son prix exact -mais bien entendu en dessous de la réalité dont nous prônons l'adoption- ils incitent à la fraude l'ensemble de la chaîne d'exécution, de l'entreprise générale au dernier sous-traitant. Et

⁵⁵⁰ Nombre d'organismes HLM disposent de réserves totalement pléthoriques au regard de leur parc.

nous avons constaté la récurrence de ce comportement et son aggravation au cours de ces 20 dernières années.

Ainsi, le maître d'ouvrage opportuniste, qui se trouve avantagé au regard du prix que nous qualifierons de « normal » ou « légal », sait qu'il bénéficie d'un avantage anormal au regard de la réalité du marché de la construction qu'il connaît parfaitement. Nous pesons les mots lorsque nous énonçons « normal » ou « légal ».

Nous n'osons plus en effet, à ce niveau, évoquer la notion de « prix du marché ». En effet, nous considérons précisément que ce prix n'est plus conforme à la réalité économique à partir du moment où la chaîne qui conduit à la formation de ce prix comporte des intervenants qui fraudent la réglementation et qui incluent à l'avance dans leurs prix les conséquences de ces fraudes.

C'est la raison pour laquelle nous considérons que le maître d'ouvrage public ou parapublic, lorsqu'il valide par son choix un processus fondé sur une approche « astucieuse » ou carrément frauduleuse du coût du travail et partant, sur la disparition programmée d'un ou plusieurs sous-traitants, concourt directement à cette fraude. Nous avons été conduits à plusieurs reprises à relever ce type de comportement en constatant que les entreprises titulaires des lots dans un marché sur appel d'offres, par exemple d'un marché de peinture⁵⁵¹. Nous avons étudié ce phénomène sur des marchés de rénovation d'écoles primaires ou d'hôpitaux publics. Nous l'avons exploré dans plusieurs collectivités, étant précisé que l'un des exemples les plus symptomatiques était relatif à une grande métropole du Nord de la France dirigée pendant longtemps par une personnalité particulièrement symbolique des réformes affectant le monde et le coût du travail

3. Conclusion

En conclusion de ce qui précède, nous devons observer que la problématique du coût du travail, dans son ensemble, est évidemment plus large que la simple analyse de ce coût.

⁵⁵¹ La peinture est l'un des métiers du bâtiment où les prestations étant relativement simples, il est possible de faire appel à une main d'œuvre inexpérimentée, payée à bas coût, voire parfois non déclarée, d'origine étrangère, venant en France pour une durée de 40 jours : 10 jours pour payer le billet d'avion, 30 jours pour être payé de la prestation puis retour au pays d'origine.

Cette analyse nous permet aujourd'hui d'avoir la certitude d'une part que ce coût est sous-évalué par les entreprises françaises, que d'autre part, étant supérieur à ce qu'il est dans les autres pays européens si nous tenons compte de notre approche et de notre calcul, il place la France dans une situation particulièrement défavorable. Mais nous devons également souligner que cette problématique est évidemment plus large et que sa conséquence au niveau de l'emploi (et donc du chômage) doit être envisagée sous un angle beaucoup plus ouvert.

Pour reprendre l'exemple du secteur du bâtiment, si le coût du travail hexagonal tel qu'il est aujourd'hui défini (sans tenir compte de notre approche) est déjà considéré comme excessif par les donneurs d'ordre majeurs que sont les personnes publiques et parapubliques, nous sommes évidemment confrontés à une problématique dont la résolution est impossible dans l'état actuel de la législation.

En revanche, nous pouvons considérer que ces donneurs d'ordre réalisent un profit anormal au détriment des entreprises et qu'elles les contraignent ainsi à des comportements illégaux, toujours en relation avec la problématique du coût. Ainsi, nous revenons à cette problématique.

Il est certain que quelle que soit l'approche, des réformes profondes sont indispensables pour réduire ce coût, d'une part, et pour inciter d'autre part une masse de salariés actuellement inemployés, indemnisés ou non au titre de Pôle Emploi, à revenir sur le marché du travail et à revenir dans l'emploi.

CHAPITRE QUATRIÈME

LE COÛT DU TRAVAIL EMPÊCHE LA CESSION : LE CAS DE L'ENTREPRISE PHILIPPE

La société Philippe⁵⁵² est une PME spécialisée dans trois activités de bâtiment : la peinture, la vitrerie et le revêtement de sol. Elle a été créée par un émigré italien après la seconde guerre mondiale, développé par les deux fils de ce professionnel breveté de la peinture et elle est actuellement aux mains de la troisième génération, étant précisé qu'à côté d'une forte expérience de l'entreprise s'expliquant par la tradition familiale, le dirigeant actuel a suivi des études d'expertise comptable jusqu'à leur terme. Il est donc titulaire des deux certificats. Cette précision a évidemment une importance au regard de l'analyse que nous allons présenter.

L'entreprise Philippe a connu un fort développement dans les années 1970 et ses effectifs ont atteint à cette date la centaine de salariés. Elle intervient sur des marchés publics, ceux des collectivités territoriales pour les constructions, réfections d'établissements scolaires, d'établissements publics tels que les hôpitaux, et les offices d'HLM par exemple.

Elle a également développé une clientèle de particuliers, avec des prestations de haut de gamme spécialisée. En matière de vitrerie, elle s'adresse aussi bien aux clients déjà cités qu'aux commerçants victimes de vandalisme ou devant refaire leur devanture dans le cadre des travaux d'amélioration.

⁵⁵² Le dirigeant qui nous a ouvert l'ensemble de ses comptes et de ses livres sociaux, bulletins de salaire du personnel, documents concernant les procédures de licenciement, projet de cession de sa société etc. a souhaité que nous n'évoquions pas le nom de l'entreprise. L'ensemble des documents se trouvent dans les annexes à disposition du Professeur Assens, Directeur de la thèse.

Le cas de cette entreprise est particulièrement topique dans le cadre de notre étude, puisqu'il présente toutes les caractéristiques que nous avons exposées concernant la lourdeur et la complexité de la législation sur la protection de l'emploi. Alors que le dirigeant actuel est âgé d'une soixantaine d'années et qu'il entend céder son entreprise, la perspective de cette cession est éminemment brouillée d'une part par le poids du passif social et d'autre part par les nouveaux rapports existant entre les grands donneurs d'ordres publics et les sociétés de bâtiment, rapports qui privilégient, comme nous l'avons souligné, le coût à la qualité des prestations et le maintien de l'emploi local ainsi que, globalement, le respect de la norme et de la loi. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce dernier élément. Nous présenterons dans cette étude notre réflexion en deux temps. Dans un premier temps, nous évoquerons le personnel avec deux problématiques : la pyramide des âges et ses conséquences au niveau du passif social virtuel. Puis nous aborderons le fonctionnement global de l'entreprise en soulignant en particulier le poids des différents ratios de gestion. Nous avons pris le parti d'examiner quatre exercices, clôturés en 2012, 2013, 2014 et 2015 de telle façon que notre analyse présente une cohérence dans la durée. Pour les besoins de l'étude, et parce que globalement cela correspond à la réalité du fonctionnement, nous avons considéré que l'entreprise était constamment en dessous des 50 salariés⁵⁵³, étant souligné qu'elle a par épisodes dépassé cette limite sans que cela soit significatif, le dirigeant social ayant souhaité là aussi pour les raisons que nous avons déjà évoquées et qui sont bien constantes dans sa réflexion, éviter que son entreprise, dont les effectifs et le chiffre d'affaires ne sont plus ce qu'ils étaient il y a 20 ans, ne franchisse plus le seuil fatidique qui déclenche l'obligation du comité d'entreprise et du comité d'hygiène et de sécurité.

1. La présentation du personnel et du passif social virtuel

La société est composée essentiellement de personnel ouvrier. Fonctionnellement, nous distinguons quatre groupes. Tout d'abord les peintres, au nombre de 33, puis les salariés chargés du revêtement de sol, au nombre de 7, le pôle vitrerie, qui comprend 5 personnes dont un Etam, et enfin l'équipe de gestion qui comprend 7 personnes dont 2 métreaux, 2 facturières, 2 comptables. Le tout est dirigé par le président de la SAS qui assure à la fois la direction administrative, financière, commerciale de l'entreprise, déléguant à son encadrement, et en

⁵⁵³ En dessous de 50 depuis 2017, mais en 2012 : 69, en 2013 : 70, en 2014 : 67 et en 2015 : 58

particulier au mètreur et au chef de l'atelier vitrerie les fonctions techniques et celles de la surveillance opérationnelle du personnel. Il est aussi responsable des ressources humaines au sens global, et il a en charge l'application de la législation et la mise en œuvre des procédures disciplinaires ou de licenciement lorsqu'elles doivent être lancées.

Cette présentation du personnel mérite d'être approfondie car l'entreprise Philippe présente une particularité qui pèse depuis quelques années sur son fonctionnement et impacte naturellement les perspectives de cession telles qu'elles sont envisagées par son dirigeant. En effet, le personnel de l'entreprise est d'une moyenne d'âge élevée : sur l'ensemble, 24 salariés ont plus de 50 ans et plus précisément, 14 salariés ont plus de 55 ans.

Cette structuration de la pyramide des âges pose des problèmes d'ordre opérationnel dans le cadre des opérations de peinture où la souplesse, l'habileté et l'absence de fatigabilité sont des critères importants d'efficience au travail. Cette pyramide des âges est de nature à réduire l'efficacité des salariés dans la fonction spécifique de la peinture (ce n'est pas exact au niveau de la vitrerie voire au niveau du revêtement de sol). Mais elle a une conséquence directe sur la rentabilité de l'entreprise.

Second élément problématique qui résulte directement de l'analyse de cette pyramide des âges : le passif social virtuel. Nous avons souligné dans notre recherche que les particularités de l'entreprise française faisaient qu'elle n'avait pas l'obligation de dénoncer dans ses comptes son passif social. Cette règle comptable, qui différencie la France d'autres pays tels que l'Allemagne par exemple, se situe dans la logique de l'approche des théoriciens de l'école française de droit du travail dont l'intérêt bien compris était de dissimuler les conséquences de la théorie lors de la révision du plan comptable⁵⁵⁴. Nous verrons quelle est la parade qui a été trouvée par la société Philippe, mais à ce niveau de notre étude, nous allons simplement calculer de façon schématique, sans entrer nécessairement dans le détail, le passif social virtuel. Compte tenu de la pyramide des âges que nous avons décrite, nous avons pris comme référence deux

⁵⁵⁴ Le plan comptable général est l'une des innovations du régime de Vichy (1942), maintenue en 1945. Il est révisé en 1947, 1957 et 1982. CRC 99.03 de juillet 2007, laquelle fait suite à de précédentes révisions qui occultent la question. En 1982, la révision doit intégrer la 4^{ème} directive européenne. Et surtout, elle devrait intégrer la problématique du passif social de l'entreprise, alors même que les lois de 1973 et de 1975 ont quasiment 10 ans d'existence et que les coûts différés deviennent prohibitifs pour les TPE et les PME. En fait, il n'en est rien. Et ce sera de même en 1999 et en 2007. Une dernière réorganisation intervient en 2014.

types de base de calcul : une base pour les salariés de 10 ans d'ancienneté au plus et une base pour les salariés de plus de 10 ans d'ancienneté.

1.1. Le calcul pour les salariés ayant une moyenne de 10 ans d'ancienneté au plus

Pour la moitié des salariés, un salaire mensuel est de 1.848 € brut⁵⁵⁵. L'indemnité de licenciement pour un salarié ayant 10 ans d'ancienneté révolus est de 30/20^{èmes} en pourcentage du salaire moyen brut mensuel. En conséquence, l'indemnité de licenciement pour le salarié de 10 ans d'ancienneté est de : **2.772 € = (1.848 x 30 / 20)**.

Les salariés ayant en moyenne 10 ans d'ancienneté étant au nombre de 20, le montant total de l'indemnité de licenciement est de **55.540 €**.

À cela s'ajoute l'indemnité de préavis. Les salariés ayant tous plus de deux ans de présence (nous faisons cette analyse avant l'application des ordonnances de septembre 2017), nous calculons $2 \times 1.848 = 3.696$ €. Nous ajoutons sur ce montant 10 % de congés payés. Le total du salaire brut versé au salarié est donc de 4.065,60 €. Sur cette base, nous ajoutons les 45 % de charges sociales. Nous aboutissons ainsi à un total de préavis brut chargé de 2 mois + les congés payés, soit une somme de **5.895.12 € par salarié concerné**.

Nous multiplions cette somme par 20 et cela donne le **montant total du préavis : 117.902,40 €**.

1.2. Le calcul pour les salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté révolus

Nous avons effectué également le même calcul pour les 24 salariés qui sont âgés de plus de 50 ans. Nous avons choisi un salaire de référence de 2.051 €. Nous avons considéré qu'ils avaient plus de 15 ans de présence dans l'entreprise et qu'en conséquence, ils percevaient 45/20^{èmes} au titre de l'indemnité de licenciement.

Nous avons donc repris les calculs de la façon suivante : 45/20^{èmes} sur base 2.051 € génère une indemnité moyenne de licenciement par personne concernée de **4.614.75 €**. 24 salariés étant concernés, cela donne une indemnité de licenciement globale pour ce second groupe de **110.754 €**.

⁵⁵⁵ En 2018, dans le bâtiment, le salaire brut horaire minimum est de 9.96 €. Dans le cas de l'entreprise Philippe, avec les heures supplémentaire et l'habillement, le salaire moyen brut mensuel est passé à 1.848 €.

Puis nous faisons le calcul du préavis sur la base de $2051 \text{ €} \times 2 = 4.102 + 10 \% = 4.512 \text{ €}$. Nous reprenons le montant de 45 % au niveau des charges sociales et nous atteignons une somme de 6.542.40 € par salarié, soit pour 24 salariés **157.017.60 € chargés**.

Cela donne un total de 267.771.60 € de passif social virtuel pour l'ensemble des équipes opérationnelles hors les équipes de gestion.

1.3. L'équipe de direction

Sur une société de 50 personnes, nous avons donc étudié le cas de 44 salariés et il reste donc les 6 salariés membres de l'encadrement. Leur salaire moyen est de 3.100 € brut. En conséquence, nous avons procédé au même calcul étant souligné qu'ils ont plus de 15 ans d'ancienneté.

L'indemnité de licenciement est donc calculée à hauteur de $45/20^{\text{èmes}}$, soit $6.975 \text{ €} \times 6 =$ **41.850 €**.

Le préavis n'est plus de 2 mois mais de 3 mois, et nous reprenons ainsi les calculs :

3 mois = $9.300 + 10 \% = 10.230 + 45 \% + 14.833,5 \text{ €} = 25.063,50 \times 6 =$ **150.381 €**.

1.4. Conclusions sur les effets de la pyramide des âges

Au terme de cette approche, nous détaillons l'indemnité de licenciement telle qu'elle est donc due à l'ensemble des salariés de la société :

- le montant total des indemnités de licenciement est de **208.144 €**,
- le montant total des indemnités de préavis est de **425.300 €**.

En conséquence, lors d'une éventuelle cession, ou bien lors d'une procédure collective, le montant des indemnités que le nouveau dirigeant et cessionnaire devra prendre en compte pour avoir parfaitement conscience de l'importance du passif social de l'entreprise qu'il acquiert est de **633.344 €**.

Le lien avec la problématique financière de la structuration de la pyramide des âges, totalement dû à l'application de la législation sur la protection de l'emploi, est désormais bien compréhensible pour une entreprise de cette importance, parfaitement caractéristique de l'entreprise française de main d'œuvre, de taille intermédiaire. Nous soulignerons que si la logique de la législation sur la protection de l'emploi est bien compréhensible, et si

effectivement les salariés -les *insiders*- se trouvent relativement protégés dans leur emploi par le coût que doit exposer l'entreprise dans l'hypothèse où elle envisage la rupture de leur contrat, que ce soit pour une cause économique ou pour une cause personnelle -ou dans le cadre d'une rupture conventionnelle, troisième mode de rupture-, fonctionnellement l'entreprise est confrontée à un problème d'efficacité liée au vieillissement de ses salariés.

D'aucuns pourront répondre que la structuration de la pyramide des âges est une problématique qui ressort complètement de la direction de l'entreprise et qu'il revient au dirigeant social de prendre les dispositions nécessaires pour se séparer d'une manière ou d'une autre des salariés qui deviennent inefficaces par des mesures de promotion, de formation visant à maintenir leur employabilité dans la perspective physiquement inévitable de ce type d'issue, ce à quoi il sera répondu deux éléments souvent ignorés par la théorie sociale. En l'occurrence, il se trouve que l'historique de l'entreprise est dépendant d'un fonctionnement presque familial qui se prolonge à ce jour. Si ce fonctionnement n'exclut pas l'expression de l'autorité du chef d'entreprise, il n'en reste pas moins qu'il existe entre les différents partenaires une réelle fidélité.

Cette fidélité s'exprime aujourd'hui objectivement au détriment de l'entreprise, puisque l'ancienneté des salariés dans une fonction comme celle de peinture ne lui apporte pas une contrepartie suffisante, en dépit même de l'expérience que ces salariés ont pu acquérir dans leurs fonctions. L'entreprise aurait effectivement besoin d'un rajeunissement de ses effectifs pour garder un certain dynamisme et maintenir un coût du travail conforme au standard de la profession, à l'instant même où la problématique des coûts se trouve au centre de tout marché de peinture confié par un donneur d'ordre public. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer celle-ci dans notre recherche et nous n'y reviendrons pas dans le cadre de ce paragraphe spécifique.

Le second aspect est celui de la relative inemployabilité des salariés concernés, en raison d'un niveau général faible, d'une expérience non seulement limitée à cette profession, mais également en raison du niveau général des employés déjà cité et de leur résistance au changement. Enfin troisième élément : le salarié a parfaitement intégré le bénéfice potentiel que constitue pour lui lors de la rupture l'indemnisation de la perte de son contrat de travail par l'allocation du capital composé par l'indemnité de licenciement, et, selon les cas -il est effectif que le paiement du préavis peut encore être soumis à une exécution-, celle du préavis.

2. La dégradation du résultat

Bénéficiant des statistiques de l'entreprise sur plusieurs années, nous avons réalisé un tableau qui comporte quatre colonnes :

- 2012,
- 2013,
- 2014,
- 2015.

Nous avons distingué les éléments :

- production nette globale,
- rémunération globale du dirigeant charges sociales comprises,
- coûts de la sous-traitance,
- coût global de la main-d'œuvre.

Puis nous avons procédé à un détail par activité :

- peinture,
- vitrerie,
- revêtement,

avec à chaque fois la production nette, le coût de la main-d'œuvre directe, le salaire du dirigeant, le résultat net comptable.

2.1. Les tableaux récapitulatifs

	2012	2013	2014	2015
ENTREPRISE				
Production nette globale	5 122 280,00 €	5 225 578,00 €	5 182 955,00 €	4 702 477,00 €
Rémunération globale du dirigeant charges comprises	103 516,00 €	108 677,00 €	105 751,00 €	97 069,00 €
Coût de la sous-traitance				
Coût global de la main d'œuvre			1 936 717,00 €	1 913 314,00 €
Résultat net comptable			3 433,00 €	7 274,00 €
ACTIVITÉ PEINTURE				
Production nette globale	2 978 676,00 €	2 972 150,00 €	2 968 813,00 €	2 636 471,00 €
Rémunération globale du dirigeant charges comprises	51 758,00 €	54 339,00 €		
Coût de la sous-traitance				
Main d'œuvre directe	1 360 976,00 €	1 390 110,00 €	1 423 765,00 €	1 443 974,00 €
Résultat net comptable	-75 663,00 €	-97 477,00 €	-162 382,00 €	-134 861,00 €

ACTIVITÉ VITRERIE				
Production nette globale	1 275 468,00 €	1 429 453,00 €	1 317 378,00 €	1 151 678,00 €
Rémunération globale du dirigeant charges comprises	41 406,00 €	43 771,00 €	43 300,00 €	34 827,00 €
Coût de la sous-traitance				
Coût global de la main d'œuvre	343 750,00 €	319 805,00 €	312 846,00 €	256 689,00 €
Résultat net comptable	125 720,00 €	194 977,00 €	195 406,00 €	186 863,00 €
ACTIVITÉ REVÊTEMENT				
Production nette globale	868 137,00 €	923 974,00 €	896 764,00 €	914 328,00 €
Rémunération globale du dirigeant charges comprises	10 352,00 €	10 868,00 €	10 575,00 €	8 707,00 €
Coût de la sous-traitance				
Coût global de la main d'œuvre	169 980,00 €	201 436,00 €	200 106,00 €	212 651,00 €
Résultat net comptable			-29 590,00	-44 727,00

Ce tableau donne donc un certain nombre d'indications sur lesquelles il est possible de se positionner rapidement après avoir réalisé un détour par les soldes intermédiaires de gestion, en particulier sur les années 2014 et 2015.

En effet, si le coût de la main-d'œuvre a été approché comme nous l'avons indiqué, il est intéressant également de détailler le poste de charges du personnel. Nous avons réalisé ce tableau sur les années 2014 et 2015 et nous reprendrons donc ces éléments rapidement dans le tableau ci-dessous où les dépenses sont en italiques et les recettes en caractère bâton.

Éléments de référence	2014	2015
Salaires	<i>1 486 705,00 €</i>	<i>1 457 993,00 €</i>
Dirigeant	<i>73 600,00 €</i>	<i>59 200,00 €</i>
Indemnités	<i>48 514,00 €</i>	<i>23 614,00 €</i>
Urssaf	<i>390 035,00 €</i>	<i>342 299,00 €</i>
Caisse de congés payés	<i>300 693,00 €</i>	<i>296 848,00 €</i>
Salaries CNRO	<i>90 979,00 €</i>	<i>92 895,00 €</i>
Etam	<i>22 793,00 €</i>	<i>20 612,00 €</i>
Assedic	<i>56 717,00 €</i>	<i>56 005,00 €</i>
Retraite cadre	<i>7 028,00 €</i>	<i>5 654,00 €</i>
Cotisations assurance licenciement	<i>41 886,00 €</i>	<i>35 070,00 €</i>
SMABTP maladie	<i>6 472,00 €</i>	<i>5 791,00 €</i>
Médecine du travail Pharmacie	<i>6 251,00 €</i>	<i>6 235,00 €</i>
Autres charges de personnel	<i>9 682,00 €</i>	<i>4 166,00 €</i>
CICE	+ 77 664,00 €	+ 83 613,00 €

2.2. Les observations de portée générale

Au terme de cette présentation, il est donc possible de présenter des observations de portée générale sur le fonctionnement de cette entreprise et son sort prévisible.

Première réflexion : la pyramide des âges est défavorable à l'entreprise et elle est aujourd'hui de nature à affecter sa rentabilité, donc ses espoirs de survie à terme puisqu'elle se trouve

défavorisée sur le plan opérationnel au regard d'autres entreprises, dont la structure du personnel est différente et notablement plus jeune.

Deuxièmement, et sous réserve de ce que nous allons mentionner ci-dessous, le rajeunissement du personnel, donc le licenciement des salariés devenus inefficaces et non reclassables dans d'autres emplois, est évidemment difficile à motiver. Il sera donc nécessairement coûteux, voire discriminant. Certes, il est aujourd'hui techniquement possible grâce à la rupture conventionnelle, mais il apparaît d'une part que cette pratique n'est pas dans la coutume de l'entreprise Philippe et que d'autre part, l'aurait-elle été, la ponction sur la trésorerie aurait sans doute été discriminante. En tout état de cause, à ce jour, la trésorerie étant des plus faibles puisque les marges sont défavorables, il n'est pas possible de se lancer dans une opération de cette nature. En conséquence, dans la perspective d'une éventuelle cession, l'entreprise Philippe se présente dans de mauvaises conditions. Aucun des éléments qui viennent d'être présentés n'est de nature à rassurer un acquéreur potentiel.

Troisième élément : avec un revenu de 59.000 € brut par an soit 4.916 € brut par mois, qui n'est en outre pas payé régulièrement car les mois où la trésorerie de l'entreprise ne le permet pas, le salaire du dirigeant n'est pas payé, celui-ci n'a pas intérêt à titre personnel à poursuivre son activité. Il a donc intérêt à céder.

2.3. La problématique de la cession : la liste des handicaps

Nous allons réaliser brièvement cette démonstration sur la base de cet exemple qui génère une succession de réflexions qui, de toute évidence, ont toujours échappé aux théoriciens de l'école française du droit du travail. En revanche, elle permet d'expliquer d'une part la mortalité de nombre d'entreprises françaises, en particulier dans le domaine des industries de main-d'œuvre, et alors même que nous sommes dans une période où toute une génération d'entrepreneurs cherche à céder, les difficultés relatives à la mise en œuvre d'un processus de cession.

2.3.1. L'employabilité du personnel

L'entreprise Philippe n'est pas dans un état optimal pour un cessionnaire potentiel. Un professionnel de la peinture sera rapidement conscient de l'état des équipes, de la problématique de rentabilité qu'elles génèrent et donc des difficultés qu'il va rencontrer vis-à-vis de la concurrence. Il peut envisager un vaste plan de rajeunissement des dites équipes, mais cela va engendrer un coût considérable. C'est la raison pour laquelle nous avons établi le tableau du passif social virtuel, dont on sait qu'il ne ressort pas de l'examen des comptes de la société.

2.3.2. L'absence de résultat de l'entreprise

L'entreprise présente des résultats faibles ou inexistants sur les derniers exercices.

2.3.3. La faiblesse de la rémunération du dirigeant

Dans le cas de l'entreprise Philippe, la rémunération trop modeste du dirigeant ne permet pas à son successeur d'envisager une ponction soit sur le résultat, soit sur le salaire, dont le produit serait consacré au remboursement du prêt (de 500.000 € sur 7 ans) contracté pour l'achat du fonds de commerce avec un remboursement de l'ordre de 5.000 € par mois soit 60.000 € par an. Nous insistons sur le fait que le résultat dégagé sur la durée des quatre années que nous avons examinées bloque les perspectives de remboursement d'un emprunt et est de nature à décourager une banque.

2.3.4. Le passif social

Ces trois premiers éléments étant déjà rédhibitoires, l'existence d'un passif social notable venait totalement réduire à néant les espoirs de cession.

En revanche, le dirigeant de l'entreprise Philippe, conscient de cette situation qui constitue pour lui une faiblesse certaine, a pris l'initiative, il y a maintenant plusieurs années, d'assurer les indemnités légales auprès d'une compagnie. Ce faisant, il a provisionné chaque année les sommes correspondant à l'acquisition des droits de leurs salariés au titre du préavis et de l'indemnité de licenciement. C'est ce qui explique d'ailleurs dans le tableau des charges du personnel la mention récurrente d'une somme de l'ordre de 40 à 45.000 € annuelle.

Cette somme de 45.000 € annuelle, dont la révélation apparaît de manière, nous devons le préciser, assez exceptionnelle dans les comptes d'une entreprise, est donc le coût de l'augmentation de l'ancienneté du personnel au regard de l'application des textes sur l'indemnité de licenciement.

En prenant cette précaution encore une fois assez exceptionnelle dans l'entreprise française en général, et dans le monde du bâtiment en particulier, le cédant est capable de neutraliser les effets du passif social virtuel. Confronté à plusieurs exemples, il a pu laisser venir les personnes se déclarer intéressées et qui, à l'annonce du prix de cession (500.000 €) se raidissaient en expliquant que ni la rentabilité de l'entreprise, ni la rémunération du dirigeant, telle qu'elle apparaît en particulier sur les dernières années, ne permettaient de justifier un tel montant. À ce propos, les acquéreurs potentiels posèrent la question du financement de l'opération

d'acquisition. En effet, soit la société dégage un résultat tel qu'il est possible d'affecter une partie de ce résultat au paiement du prix d'acquisition du fonds de commerce ou, dans le cadre d'un montage approprié, de la valeur des parts sociales, étant souligné qu'il est rare de voir un dirigeant disposer du capital suffisant pour procéder derechef à l'achat d'une entreprise à hauteur globalement d'un million d'euros, frais d'enregistrement, de conseil et d'expert-comptable compris.

En effet, l'acquéreur potentiel a beau jeu de préciser qu'il n'entend pas devenir le garant d'un passif de cette importance, dont l'acquisition s'est faite au bénéfice du cédant, c'est-à-dire que la fidélité à l'entreprise, qui s'exprime en contrepartie par l'indemnité de licenciement qui s'accroît tous les ans, et éventuellement d'ailleurs par la prime d'ancienneté lorsqu'il y en a une, s'est exprimée à l'égard du cédant et non pas du cessionnaire. Au contraire, le cessionnaire a à craindre un désamour des salariés qui suivent le destin du fonds de commerce ou le destin de la société et peuvent mal ressentir le changement de dirigeant. Le cas de figure est évidemment fréquent.

C'est la raison pour laquelle le contrat d'assurances permet de couvrir l'ensemble des indemnités de préavis et de licenciement, tout en donnant, une fois n'étant pas coutume dans la comptabilité française, une image parfaitement fidèle de l'entreprise, puisqu'elle intègre ledit passif social, devient un élément déterminant dans le cadre du processus de cession. En effet, ce contrat devrait être de nature à convaincre un acquéreur éventuel.

2.4. L'échec de la cession en dépit de l'existence du contrat d'assurance

Malheureusement pour le cédant, les différentes tentatives qu'il a ébauchées depuis maintenant deux ans se sont toutes soldées par un échec. Deux raisons comminatoires : la pyramide des âges et la réduction de la marge sur les marchés publics, lesquels ne tiennent plus compte de la réalité du coût du travail français tel qu'il résulte soit de l'analyse classique, soit de l'analyse renouvelée que nous présentons. Les donneurs d'ordres publics et privés se fondent désormais sur les prix qui résultent de la sous-traitance en chaîne et ils deviennent ainsi la cause de la déconfiture des entreprises de bâtiment traditionnelles (comme l'est l'entreprise Philippe). Ils favorisent cette sous-traitance en cascade qui se termine par le recours à des entreprises fragiles, sous capitalisées, extrêmement volatiles, dont les dirigeants comme les salariés n'ont aucune surface financière en France. Ces partenaires de dernier rang utilisent de la main-d'œuvre non déclarée, ou font carrément appel à des sociétés utilisant des salariés en provenance d'autres

pays européens -le recours aux travailleurs détachés-, dont le coût du travail est également inférieur au coût français.

2.5. La problématique complémentaire de la concurrence d'entreprises qui se situent au-dessous du coût, ou obtiennent des avantages anormaux de la part des donneurs d'ordre

Et dans l'hypothèse où notre lecteur aurait quelque doute quant à la véracité de notre propos, nonobstant d'ailleurs la multiplication des informations qui apparaissent dans la presse, nous rappellerons pour terminer cette étude le cas de figure particulier auquel a été confrontée l'entreprise Philippe, dans son secteur de marché et sa zone géographique.

En effet, impliquée dans les Yvelines, cette entreprise avait de longue date pour cliente une petite commune de 10.000 habitants ainsi que le syndicat intercommunal auquel elle participait. Le budget de la commune au moment des faits est de l'ordre de 15 millions d'euros (produits de fonctionnement : 15 millions d'euros, charges de fonctionnement : 13.399.000 € en 2011). Les ressources d'investissements à la même année étaient de 8.742.000 € et les emplois d'investissement de 5.000.811 €. Ces quelques références permettent de comprendre que l'évaporation d'une somme de 800.000 €, dans les conditions que nous allons exposer, ne peut passer inaperçue.

Constatant qu'elle était depuis quelques temps systématiquement exclue des appels d'offre, l'entreprise Philippe s'est interrogée. Elle a constaté que le fonctionnaire responsable des marchés de la commune faisait appel à des entreprises extérieures au département, dont l'implantation était parfois à 200 kilomètres, voire davantage, de la commune. Connaissant l'avantage que constitue la proximité de l'implantation d'une entreprise au regard d'un chantier pour minimiser un certain nombre de coûts (déplacement, ravitaillement, primes de paniers et de logement), l'entreprise Philippe a décidé de pousser ses investigations. Elle a tout d'abord contacté les élus locaux en leur demandant des explications : ceux-ci se sont défaussés. Elle a donc décidé d'engager une action devant le tribunal compétent, action qui a d'ailleurs été concomitante avec celle d'une autre société se trouvant sur un secteur d'activité différent mais qui avait été confronté à la même pratique. Un juge d'instruction a été saisi et le phénomène a été parfaitement démonté par ce magistrat.

En fait, le directeur technique de la commune avait pactisé avec un certain nombre d'entreprises qui devaient le commissionner pour obtenir des marchés. En quelques années d'activité dans

cette fonction, il avait obtenu de la part desdites entreprises une somme que le juge d'instruction estime approximativement à 800.000 €. Soit il demandait directement des avantages aux entreprises, soit son épouse qui dirigeait un cabinet (factice) de bureau d'études procédait à la facturation de prestations imaginaires. La suspicion de la société Philippe s'est donc trouvée parfaitement justifiée par la mise en exergue de ces pratiques. Pris d'une sorte de pusillanimité fort mal placée, le juge d'instruction a suspendu ses investigations au niveau de l'exécutif de la commune, ne mettant en cause aucun des élus. Or ni le maire ni l'adjoint chargé des travaux et celui chargé de l'urbanisme ne pouvaient ignorer une situation qui leur avait été clairement dénoncée par l'entreprise Philippe. Non seulement elle avait procédé à une démarche personnelle, mais de nombreux courriers recommandés mentionnant son inquiétude figurent effectivement au dossier d'instruction.

L' élu directement en charge de l'urbanisme, par ailleurs élu national, est toujours en poste et a été reconduit par le mouvement politique auquel il appartient. Et cependant, il a fait preuve d'une réelle incompetence... ou d'une absence totale d'implication dans ses fonctions. Il était évidemment parfaitement informé de la situation et des pratiques de ce fonctionnaire indélicat.

La situation rencontrée par l'entreprise Philippe dans cette affaire est typique des difficultés que doivent affronter les PME lorsqu'elles abordent le monde judiciaire. Si certains reprochent à l'entreprise de ne pas être suffisamment « collaborative », sans doute ignorent-ils que l'État dans l'ensemble de ses services, et l'institution judiciaire en particulier ne le sont aucunement.

Pour que notre lecteur comprenne les difficultés que rencontrent dans ce genre de circonstances les entreprises, il doit savoir que plusieurs années après la plainte, l'instruction n'est toujours pas terminée puisque les magistrats semblent totalement se désintéresser de la situation des plaignants et couvrir, ne serait-ce que par leur nonchalance, les élus potentiellement impliqués. Quant à l'entreprise Philippe, elle n'a jamais été réinterrogée sur un marché ni par la commune, ni par le syndicat. Elle a simplement appris récemment que d'une part l'un des maires adjoints avait été écarté de ses fonctions, que d'autre part l'ancien directeur général des services du syndicat n'était plus *persona grata*. Seuls les deux anciens maires, dont l'un comme nous l'avons souligné est élu national, semblent ne subir aucune conséquence de la procédure en cours.

3. La notion de passif social virtuel

Lorsque nous examinons les conditions de cession amiable de l'entreprise ou du fonds de commerce, hors l'hypothèse de la cession contrainte par le tribunal de commerce dans le cadre de la loi du 25 janvier 1985, le problème du passif social (virtuel ou réel) prend toute son ampleur. En effet, à cet instant, le passif social peut conduire à la perte totale ou partielle de contrôle par le chef d'entreprise du devenir de la société. La propriété du capital n'est plus suffisante pour assurer la destinée de l'outil de production qui est contrainte par le passif social. La situation est désormais aggravée par les dispositions de la loi 2014-856 du 31 juillet 2014 qui impose la consultation des salariés préalablement à la cession de l'entreprise.

Le passif social virtuel est constitué par l'ensemble des indemnités de préavis et de licenciement qui devraient être versées à chacun des membres du personnel en cas de rupture du contrat de travail, soit en cas de rupture pour motif individuel, soit en cas de rupture pour motif économique. Il est qualifié de virtuel puisque le fait générateur de ce passif est soit le licenciement du salarié (ou la prise d'acte de la rupture avalidée par le conseil des prudhommes depuis la réforme applicable depuis le 1^{er} juillet 2014), soit la disparition de l'entreprise, soit la vente de l'entreprise ou celle du fonds de commerce.

En cas de reprise amiable, par cession de parts sociales ou cession de fonds de commerce, le repreneur supporte bien entendu, en lieu et place du cédant, le risque d'entreprise, c'est-à-dire le risque d'échouer dans son opération de reprise dans un bref délai. S'il échoue dans cette opération, il (ou plus exactement la société devenue propriétaire du fonds, ou encore la même société dont il est devenu propriétaire des parts sociales ou des actions) sera nécessairement redevable de la totalité des indemnités de licenciement et de préavis, alors même qu'il n'a eu à son service les salariés concernés que pendant 18 mois ou 2 ans par exemple.

En calculant ses risques et en appréciant leur portée, le repreneur potentiel d'une entreprise peut estimer que le risque qu'il va courir est excessif. En effet, à la rigueur de la loi sociale, à l'instabilité de la législation et de la réglementation, à la versatilité et la générosité des juridictions sociales, s'ajoutent le passif social virtuel et la versatilité des salariés qui sont objectivement motivés par la perspective d'une rupture en raison de l'importance du gain potentiel.

Prenons l'exemple, non pas d'une société qui serait en difficulté économique et soumise aux dispositions de la loi du 25 janvier 1985⁵⁵⁶ sur les procédures collectives, mais d'une société en parfaite santé économique, dont le dirigeant s'estime trop âgé pour poursuivre son activité et qui en conséquence souhaite passer la main. Il s'adresse à un repreneur potentiel et lui présente une situation bilancielle tout à fait satisfaisante, un carnet de clientèles intéressant, des perspectives sinon de développement mais en tout cas de maintien de l'activité sur deux ou trois ans tout à fait intéressantes.

Le repreneur potentiel, après avoir examiné les éléments bilanciaux, s'intéresse au passif social virtuel. En effet, s'il est disposé à payer soit le prix des parts sociales ou des actions, soit le prix du fonds de commerce s'il s'agit d'une cession de fonds de commerce, il n'est pas, pour autant, disposé à augmenter ce prix du passif social virtuel. Or tous les chefs d'entreprise savent aujourd'hui que le poids de ce passif est significatif. En conséquence, le repreneur potentiel se fait communiquer la liste du personnel, examine la pyramide des âges et calcule immédiatement le coût des indemnités de licenciement et des indemnités de préavis qu'il serait conduit à verser, en cas soit de licenciement individuel, comme nous l'avons souligné tout à l'heure, soit de licenciement collectif pour motif économique.

L'expérience de la cession d'entreprise prouve que depuis une quinzaine d'année, le prix des cessions de PME est notablement revu à la baisse en raison du passif social virtuel, à moins que le cédant n'ait eu la bonne idée de souscrire une assurance spécifique, proposée par certaines compagnies et garantissant, par abondements successifs, le paiement des indemnités de préavis et de licenciement, au moment de la rupture.

3.1. Le retour au coût du travail

C'est bien entendu avec cet élément que nous revenons au coût du travail. En effet, si le chef d'entreprise a pris la précaution de souscrire une assurance qu'il va abonder au fil du temps pour ne pas avoir à payer brutalement une indemnité de préavis et de licenciement au moment de la rupture du contrat de travail, il devrait logiquement inclure cette assurance dans le coût du travail de son salarié, de telle façon qu'elle impacte son prix de revient. Mais ce faisant, il renchérit son coût et se trouve en délicatesse vis-à-vis de la concurrence, puisqu'un certain nombre de ses concurrents ne pratiquent pas de la même façon, aucune obligation légale

⁵⁵⁶ La loi du 25 janvier 1985 a été modifiée à plusieurs reprises, en particulier en 1994 et en 2004.

n'existant en matière de provisionnement de ce type de risque⁵⁵⁷. En revanche, le chef d'entreprise qui aura pris cette précaution s'ouvre la possibilité de céder son entreprise à un tiers dans des conditions plus satisfaisantes. Mais dans cette hypothèse, la loi ne contraint-elle pas le chef d'entreprise à privilégier la logique de rente contre la logique d'entreprise ? Pour se protéger des conséquences-couperet d'un passif social trop important, le jour où il est contraint de licencier pour motif économique ou encore le jour où il envisage de céder son entreprise, il convient qu'il « provisionne » par un système d'assurance⁵⁵⁸ le montant des indemnités de préavis et de licenciement, étant précisé qu'en ce qui concerne le préavis, la provision s'entend hors charges sociales. Celles-ci resteront payées par l'entreprise le jour du licenciement. Mais la masse financière qui est consacrée au provisionnement du paiement des indemnités légales en cas de rupture manque évidemment à l'entreprise pour investir... ou pour embaucher deux nouveaux peintres au salaire de référence.

Le chef d'entreprise et associé qui ne procède pas au provisionnement des indemnités légales ou à l'abondement d'un système d'assurance se verra imputer, le jour de la cession, le passif social sur le prix de cession, dans des conditions telles que l'échec de l'opération est programmé. Pour quelle raison le chef d'entreprise céderait-il une société ou un fonds de commerce sans en percevoir le prix ? Si le passif social est supérieur au prix de cession, l'acquéreur potentiel est évidemment dissuadé.

C'est aussi à ce niveau que se manifeste la perte de contrôle du dirigeant et/ou des associés sur l'outil de travail. Le cédant, découragé par cette situation, préfère en général procéder à la liquidation amiable de sa société, en procédant au licenciement direct de l'ensemble de ses salariés⁵⁵⁹. De cette façon, il détruit l'entité économique, et génère un certain chômage car il est peu probable que tous les salariés licenciés retrouvent immédiatement un emploi équivalent.

Mais il assure l'ensemble de ses obligations, au regard de la loi et de la morale entrepreneuriale.

⁵⁵⁷ En particulier, les sociétés dont les dirigeants savent que la durée de vie est limitée, puisqu'ils ont en la créant l'intention de la liquider, ne prendront bien évidemment pas la précaution de souscrire ce type d'assurance.

⁵⁵⁸ Nous avons bien noté la différence entre le fait de placer en provision une partie des bénéfices de l'entreprise (avec les pénalités fiscales que cela impose) et la notion d'assurances, le paiement d'assurances étant évidemment déductible car passant en charges.

⁵⁵⁹ Ce qui peut d'ailleurs justifier les dispositions de la loi du 31 juillet 2014 : malheureusement, ce cas de figure (la liquidation amiable par le dirigeant en exercice) n'est pas prévu par la loi, ce qui prouve là encore la distance existant entre le législateur et la réalité économique des PME.

3.2. La perte de contrôle résultant de nouveaux éléments légaux qui visent directement la compétence d'organisation : la loi du 31 juillet 2014

La réforme du droit du travail et du droit commercial réalisée par la loi du 31 juillet 2014 intervient également non seulement en matière d'information des salariés, mais en outre en matière des droits ouverts au bénéfice de ces salariés dans le cadre du processus de cession soit du fonds de commerce, soit des valeurs mobilières constituant le capital d'une personne morale (parts sociales ou actions).

L'article 19 de la loi pose les principes de ce droit à l'information du salarié dans la perspective de la cession à partir de l'instant où elle est décidée par le chef d'entreprise. À cet égard, le contenu de l'article 19 et des articles subséquents n'est pas d'une parfaite clarté et d'une parfaite logique : cette situation est de toute évidence la conséquence de la nouveauté du texte, mais également du fait que l'expérimentation en la matière est plutôt rare et que le législateur a réalisé une approche dont il ne maîtrise pas encore l'ensemble des données. C'est la raison pour laquelle nous examinerons tout d'abord le principe défini par l'article 19 avant d'aborder de manière plus systémique la procédure de cession et d'en souligner les limites.

L'article 19 concerne trois types d'entreprise ayant respectivement moins de 50 salariés, de 50 à 250 salariés, puis au-delà de 250 salariés et plus.

De cette façon, il reprend très traditionnellement les seuils sociaux, dont le seuil principal est celui de moins de 50 salariés. Au-dessous de ce seuil, il n'existe pas de comité d'entreprise. Ce seuil s'impose à toutes les personnes morales. L'obligation concerne également les employeurs qui n'exploiteraient pas le fonds de commerce au moment où sa cession est envisagée, c'est-à-dire les locataires-gérants. Enfin, le texte ne fixe aucune restriction financière au regard de l'obligation.

La procédure qui est prévue par le texte est relativement contraignante. Elle comprend cinq étapes essentielles⁵⁶⁰ :

- La première étape revient entièrement au chef d'entreprise : il s'agit de la détermination du périmètre de la cession, des conditions et du prix.

⁵⁶⁰ Voir schéma produit en annexe

- La seconde est nécessairement celle de la présentation de l'offre aux salariés de l'entreprise. La loi est de portée générale, c'est-à-dire qu'elle concerne l'ensemble des sociétés au-delà du domaine de l'économie sociale et solidaire. L'idée du législateur est de permettre qu'une société classique, ou un fonds de commerce en dépendant, puisse être reprise par les salariés sous la forme d'une entreprise de l'économie sociale et solidaire. L'obligation du dirigeant est donc de présenter à l'ensemble de ses salariés, personnellement, la même offre que celle qu'il présentera par la suite à un tiers. À défaut, il s'expose à ce que le salarié qui n'aurait pas été loyalement consulté puisse engager une action en nullité de la cession contre le cédant et le repreneur dans les conditions qui seront examinées plus loin.

La loi renvoie au décret d'application concernant les conditions de réception par les salariés de l'offre de vente. Compte tenu de l'importance de cette partie de la procédure, nous pensons qu'il est nécessaire soit de recevoir individuellement chaque salarié afin de lui présenter la proposition en lui faisant contresigner la réception de l'offre, soit de réaliser une assemblée générale, éventuellement en présence d'un huissier, en détaillant à l'occasion de cette assemblée l'offre qui a été réalisée. Il est nécessaire de tenir un registre des présences. Si les salariés sont défaillants à cette réunion, l'offre leur sera adressée dans le cadre d'un pli recommandé.

- Troisième phase : celle de l'acceptation ou du refus de l'offre. Les salariés disposent d'un délai de deux mois pour opter. Ce droit d'option constitue en quelque sorte une préemption au bénéfice du salarié concerné, étant souligné que l'offre n'a pas vocation à être négociée ou modifiée. On objectera que compte tenu du fait qu'il s'agit d'une phase transitoire, préalable à la mise sur le marché de l'entreprise ou du fonds de commerce, il reste toujours possible aux dirigeants de négocier avec les salariés le montant des conditions de l'offre, quitte par la suite, en cas de refus, à communiquer aux tiers extérieurs à la collectivité des salariés le dernier état de l'offre négociée, ou encore, et bien que cela ne soit pas précisé par la loi, cela ne semble pas interdit par celle-ci de présenter à des tiers extérieurs à l'entreprise une offre supérieure à celle qui a été soit consentie, soit négociée avec les salariés.

Nous soulignons l'obligation de discrétion sur l'ensemble des tenants et des aboutissants de l'offre. Elle est insérée pour garantir le silence des salariés, et en quelque sorte protéger le cédant dans le cas d'échec de la négociation avec les salariés et de la mise sur le marché du fonds de commerce ou de la société. Les salariés ne peuvent en conséquence informer le tiers du dernier niveau de négociation auquel était parvenu le vendeur dans le cadre du

colloque singulier qui leur était réservé. Cette obligation de discrétion qui n'est pas réellement sanctionnée est évidemment totalement illusoire quant à son effectivité.

- Quatrième étape : la cession au bénéfice dans le cas où les salariés n'ont pas opté et ne préemptent donc pas le fonds de commerce. Dans cette hypothèse, le dirigeant, à l'expiration du délai de deux mois, a la possibilité de passer immédiatement l'acte de vente avec un tiers.
- Cinquième étape : l'acte de vente doit être publié, et cette publication fait courir un nouveau délai de deux mois durant lequel les salariés ont le droit de saisir le tribunal pour demander la nullité de la vente, en raison par exemple du fait que le dirigeant aurait proposé au tiers extérieur à la communauté des salariés un prix inférieur à celui qu'il leur aurait présenté.

La sécurité juridique de l'acte de cession au regard des salariés bénéficiaires de l'article 19 est acquise au terme de la période de deux mois suivant la publication de l'acte au Bodacc.

Nous allons reprendre le processus dans le cas où les salariés ont levé l'option et demandé la cession à leur bénéfice de l'entreprise.

- Sixième étape : à compter de cet instant, ils disposent d'une période de deux ans pour procéder à la finalisation de la procédure de cession.

Il est nécessaire de s'arrêter quelque temps sur ce délai imposé par la loi tant il apparaît extraordinaire du droit commun, **objectivement absurde**, et contraire à l'intérêt tant des salariés que du vendeur.

3.3. Un exemple significatif : le délai de deux ans imposé par cette nouvelle loi

Il est extraordinaire du droit commun car pour les praticiens des cessions d'entreprises ou de fonds de commerce, il est évident que le délai habituel de trois mois apparaît largement suffisant dans la première hypothèse. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire la cession des valeurs mobilières, un délai supérieur peut être nécessaire dans l'hypothèse où des difficultés seraient générées par un certain nombre de conditions spécifiques. On aurait pu comprendre que le législateur envisage précisément un délai de six mois pour organiser une vente au bénéfice d'un ou plusieurs salariés, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une vente dans le cadre de l'économie sociale et solidaire, ou en dehors de ce cadre. Ce délai de six mois pourrait être justifié d'une part par la complexité du montage *ex nihilo* du montage des sociétés d'économie sociales et solidaires, d'autre part par le fait que le salarié traditionnel devenu coopérateur ou salarié d'une entreprise

sociale et solidaire doit bénéficier de temps de réflexion, ou d'information, ou de formation, supérieurs eu égard à son changement d'état.

La complexité dans le montage financier, et ce, nonobstant les facilités qui semblent ouvertes par la loi pour le recours à des financements spécifiques grâce aux sociétés financières spécialisées dans l'économie sociale et solidaire, peut également expliquer un délai supérieur au délai classique de trois mois.

La fixation d'un délai de deux ans semble totalement contre-productif et ce, pour plusieurs raisons.

D'une part, l'entrepreneur qui souhaite vendre pour une raison liée par exemple à un départ en retraite, n'a, par définition même, aucune envie de rester dans son entreprise pour gérer cette société au bénéfice de tiers pendant une période de deux ans. Il s'agit d'une période d'incertitude économique et d'insécurité juridique, étant souligné que par définition, le cédant ne percevra pas un profit particulier au terme de cette période, puisqu'il a précisément pris l'ensemble des mesures nécessaires pour céder son entreprise à un instant optimal.

En outre, dans son état actuel, la loi ne prévoit aucune clause particulière d'imputation de responsabilité s'il se révèle au cours de ces deux ans que l'entreprise perd de sa valeur ou au contraire acquiert une valeur particulière. Que ce soit dans l'un ou l'autre des cas, il serait évidemment anormal que l'une ou l'autre des parties bénéficie ou pâtisse de l'évolution du prix de l'entreprise.

Il apparaît donc clairement que des modifications radicales devront être apportées à deux niveaux :

- d'une part, le délai d'option de deux mois est trop bref au regard de la complexité que revêt l'explication au bénéfice de la collectivité des salariés d'une reprise en particulier dans le cadre de l'économie sociale et solidaire. Il nous semble en conséquence que le délai minimum de réflexion devrait être porté au moins à trois mois, sinon à quatre mois, sans que cela induise de conséquence néfaste pour le cédant ;
- en outre, il nous semble tout aussi nécessaire, dans l'intérêt bien compris du cédant et de l'acquéreur, que le délai de deux ans actuellement prévu pour réaliser la vente soit porté à un délai inférieur, de l'ordre de six mois, au pire de huit mois.

Les praticiens du monde de l'entreprise savent pertinemment que, même dans le cadre d'un délai ainsi raccourci, il peut se produire des événements économiques décisifs de nature à modifier très sensiblement les données d'une cession de fonds ou d'une cession de société. À plus forte raison, ces modifications peuvent intervenir dans un délai de 24 mois et mettre ainsi totalement en échec non seulement l'entreprise en tant que telle, mais le processus de vente.

Il convient de rappeler en effet que l'engagement d'un processus de cession, c'est-à-dire d'une transition dans la direction d'une entreprise, est de nature à susciter une inquiétude tant parmi la collectivité des salariés que parmi les fournisseurs et les clients, et donc de générer un affaiblissement de la société. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire que cette période soit réduite au minimum de sa durée, ce qui a de toute évidence échappé au législateur, alors même que parallèlement, il mettait en œuvre des procédés techniques modifiant notablement le droit des sociétés et le droit du travail, et qu'il ne pouvait donc ignorer que ces procédés nouveaux allaient eux-mêmes générer une période de trouble et d'incertitude dans le monde des affaires.

Une réforme rapide du texte sur ces deux aspects semble donc totalement indispensable si l'objectif du législateur reste la pérennité de ces dispositions et leur efficacité dans le temps.

CHAPITRE CINQUIÈME

DEUX CAS TOPIQUES D'INDEMNISATION D'UN LICENCIEMENT NON CAUSÉ

Nous allons évoquer deux opérations qui aboutissent chacune à une très forte indemnisation du salarié, l'une dans des conditions que l'on peut considérer comme tout à fait logiques et légitimes, l'autre dans des conditions certes particulières, mais qui attestent du sommet de complexité que peut revêtir le fonctionnement prudhommal. Ce dernier cas nous conduira également à démontrer que la doctrine et la jurisprudence ont totalement récusé cette notion de peine-plancher instaurée par la loi de 1973 mais non limitée par ses développements ultérieurs.

Notre intention n'est pas de convaincre le lecteur que l'ensemble des chefs d'entreprise adopte un comportement éthique à l'égard de leurs salariés. Nous avons souligné que certaines entreprises procédaient à l'échelle de plusieurs milliers de salariés à une gestion disciplinaire du contrat de travail pour éviter de payer le préavis et l'indemnité de licenciement dus lors de licenciements économiques dans le cadre d'un franc détournement de la loi. Nous pourrions évoquer le comportement d'une filiale du groupe Thalès qui, apprenant que l'un de ses cadres, dirigeant un important service commercial qui gérait plusieurs centaines de milliers d'euros, est atteint d'un cancer, précipite son éviction de l'entreprise au moment où le salarié se trouve considérablement affaibli⁵⁶¹. Afin d'illustrer l'intérêt de la garantie d'indemnisation dans des cas particulièrement anormaux, nous évoquons l'affaire Vieira contre Iton Seine qui défraya à l'époque la chronique judiciaire.

⁵⁶¹ Affaire Duvert contre TED, conseil des prudhommes de Versailles.

1. Vieira contre Iton Seine

Serge Vieira est contremaître d'une société métallurgique de la vallée de la Seine qui fait fonctionner des laminoirs, la société Iton Seine, filiale du groupe italien Riva. Après quelque trente ans de carrière (il a été engagé en 1945), Vieira est licencié (en 1984) pour faute grave à la veille de son départ en retraite. Les faits sont simples. Un salarié tombe dans le laminoir en fonctionnement alors qu'il effectue une réparation au-dessus de l'outil et il est tué. Lors de l'enquête de l'inspection sur cet accident mortel du travail, la direction de l'entreprise explique qu'elle a toujours ordonné que le laminoir soit arrêté avant le début des réparations. Les cadres et les ouvriers sont interrogés et Serge Vieira sort de sa poche une instruction écrite du directeur du site interdisant l'arrêt du laminoir pour éviter l'interruption du cycle de production de l'acier. Ce témoignage se révèle déterminant dans le cadre du contentieux devant les différentes juridictions. Le contremaître est licencié pour faute grave quelques temps plus tard car il aurait commis une erreur dans le processus de production, entraînant la perte de quelques tonnes d'acier, faute qu'il conteste.

Ce licenciement apparaît tellement symptomatique des excès de la gestion disciplinaire du contrat de travail que le journal *Le Monde* lui-même va s'intéresser à la situation de ce salarié. Sous la double signature d'Étienne Grumbach (avocat du contremaître) et d'Antoine Lyon-Caen, un article particulièrement offensif est publié dans le journal *Le Monde*. Le combat judiciaire dans cette affaire durera plusieurs années. Finalement, Serge Vieira finira par obtenir gain de cause après deux pourvois de cassation, le premier à son initiative, le second déposé par la société Iton Seine suite à un arrêt rendu le 12 octobre 1988 par la cour d'appel de Rouen, 2^{ème} et 3^{ème} sections réunies.

L'arrêt de rejet de l'ultime pourvoi formé par la société Iton Seine se veut relativement laconique. Il rappelle que Serge Vieira avait été engagé le 12 juin 1945 en qualité d'ouvrier par la société Les Aciers Grémois auxquels avait succédé la société Iton Seine. Promu contremaître, il avait été licencié dans les circonstances ci-dessus relatées le 15 octobre 1984. La société Iton Seine a finalement été condamnée à verser au salarié les indemnités de préavis et de licenciement pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, outre une indemnité au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

La société Iton Seine critiquait la position de la cour d'appel de Rouen en soulignant en particulier un problème de procédure et un problème de preuve. La cour d'appel avait indiqué

que les énonciations avancées par la société lui semblaient infondées et qu'en particulier, les carences reprochées au salarié (concernant le processus de production de l'acier) n'étaient pas fondées. Le salarié avait été accusé de commettre des erreurs sur les fiches validant la production d'acier et la société avait prétendu que ces erreurs étaient à l'origine de pertes portant sur plusieurs dizaines de tonnes d'acier. En conséquence, cela aurait occasionné à la société un préjudice important. De son côté, le salarié faisait valoir que ce qui lui était reproché était en réalité des attestations produites après l'accident mortel du travail dont avait été victime son collègue et des notes prises sur un certain nombre de dysfonctionnements de l'appareil de production. Il faisait état de la concomitance de son licenciement avec l'accident du travail et l'enquête de l'inspection. La cour de cassation décidait que c'est à juste titre que la cour d'appel de Rouen avait constaté « *que la cause du licenciement ne résidait pas dans le motif invoqué par l'employeur* ». Elle considérait que la cour d'appel de Rouen n'était pas tenue de recourir à une mesure d'instruction ou à suivre les parties dans le détail de leur argumentation »⁵⁶². Ainsi se terminait ce très lourd contentieux.

Ce cas est particulièrement intéressant au regard de la thématique que nous développons. En effet, il répond précisément aux objectifs de protection spécifique du salarié, placé dans une situation particulièrement anormale du fait du comportement abusif de son employeur. Il s'agit en l'occurrence d'une basse vengeance au regard des témoignages émis dans le cadre de la procédure du salarié victime d'accident mortel du travail, témoignages considérés comme mettant en cause la responsabilité de l'entreprise et le fonctionnement de la chaîne hiérarchique. Second élément, la société Iton Seine, société du groupe italien Riva, particulièrement florissant, n'est pas de celles qui sont menacées par l'existence de ce type de jurisprudence, nous sommes dans le contre-exemple dont se prévalent nombre de commentateurs.

Le salarié, qui a plus de trente ans de présence dans l'emploi et dans la même entreprise au moment où il est licencié, voit disparaître non seulement son revenu, sous réserve de la perception du revenu de remplacement servi à l'époque par les Assedic⁵⁶³, mais également un élément important de son patrimoine, à savoir le contrat de travail dont il bénéficiait depuis cette durée auprès de cette entreprise. Il voit également à cette occasion disparaître toute

⁵⁶² Arrêt Iton Seine C/ Serge V. du 6 décembre 1990, n° de pourvoi 88-45.489 non publié au bulletin.

⁵⁶³ Jusqu'en 1982, l'indemnisation du chômage représente 90 % du salaire de référence. Ce pourcentage passe alors à 75 % puis il descendra à 57 %. Quant aux durées, elles passent de 36 mois à 30 mois puis à 23 mois sans dégressivité à la différence de ce qui se produit en Allemagne par exemple.

possibilité de souscrire à un autre contrat compte-tenu non seulement de la rareté des installations de métallurgie lourde en région parisienne, de son âge et enfin de la réputation qui a résulté dans le monde où il travaillait des faits auxquels il a été mêlé. La médiatisation de son procès a joué en sa faveur, puisqu'elle a incontestablement contribué à intéresser la cour de cassation et la juridiction de renvoi de Rouen à son sort. Mais elle a également eu une conséquence évidemment néfaste auprès des employeurs qui auraient pu être intéressés par un salarié de cette expérience.

Après le cas de Serge Viera, nous avons choisi de présenter un autre cas qui va permettre d'aborder les conditions dans lesquelles une entreprise peut être détruite par l'effet d'une procédure prudhomale. Dans les cas de l'entreprise Communes Services, l'effet est d'autant plus symptomatique que l'ensemble du dossier part d'une faute de l'administration dans l'exécution de sa fonction de conseil en matière sociale à l'égard des citoyens en général et des entreprises en particulier.

2. L'affaire Communes Services contre Lecorf

La société Communes Services est une PME d'une vingtaine de salariés qui assure le nettoyage de parkings en particulier sur la zone de Rouen. Elle obtient un marché qui débute le 1^{er} janvier 2006 et elle succède dans ces conditions à la société Isor. Monsieur Lecorf, technicien de surface et délégué du personnel est affecté de longue date sur ce contrat et la société Isor demande à l'inspection du travail l'autorisation de transférer au nouvel attributaire ce salarié dans le cadre des dispositions de l'article L.122-12 du code du travail. Cet article prévoit que les salariés sont attachés à l'entité économique pour laquelle ils travaillent. En cas de vente ou de cession de cette entité (une branche d'activité dans une entreprise de production, un fonds de commerce de restauration avec deux établissements ou un parking dont l'entretien passe à une autre entreprise par l'effet des appels d'offres), le salarié change d'employeur mais reste dans le poste. La société Isor sollicite à deux reprises cette autorisation le 30 septembre 2005 avant le transfert, et le 5 mai 2006 après le transfert. À la vue du refus de l'inspection du travail, elle forme un recours hiérarchique devant le ministre et celui-ci délivre le 19 septembre 2006 une autorisation de transfert.

2.1. Le lancement d'une procédure par un salarié qui n'a jamais travaillé pour l'entreprise Communes Services

Dans l'intervalle, interrogé par la société Communes Services, Monsieur Lecorf a fait savoir qu'il n'entendait pas travailler pour le compte de cette trop petite entreprise. De toute évidence, le salarié préférerait rester au service de la société Isor bien plus importante et qui présentait sans doute une pérennité supérieure avec des avantages tels que le comité d'entreprise.

La société Communes Services interroge à son tour l'inspection du travail, lui fait savoir que Monsieur Lecorf s'oppose au transfert de son contrat de travail en son sein et lui demande la conduite à tenir. Dans ces conditions, l'inspection du travail répond à cette société qu'elle n'est pas tenue de l'inclure dans ses effectifs et qu'il n'y a pas davantage lieu de diligenter à son encontre une procédure de licenciement. Elle lui conseille de laisser le salarié retourner vers la société Isor.

Il existe donc une contradiction entre la version donnée par l'inspection du travail à la société Isor, et celle donnée par la même inspection à la société Communes Services. Celle-ci n'embauche donc par Monsieur Lecorf.

Celui-ci saisit le conseil de prudhommes qui considère que le refus de la société Communes Services de l'employer doit s'analyser comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse lui ayant occasionné un préjudice. Il demande une forte indemnisation au-delà des indemnités de licenciement et du préavis. Le conseil des prudhommes de Rouen confirmé condamne la société Communes Services à verser à Monsieur Lecorf qui n'a jamais effectué une prestation de travail pour son compte une somme de 74.000 € à titre de dommages et intérêts. La société fait appel en se prévalant de la décision de l'inspection du travail.

2.2. La décision de la Cour de Rouen

Lorsque le dossier se présente devant la cour d'appel de Rouen pour être jugé, plusieurs choses sont établies et ne seront plus contestées. Tout d'abord, il est clair que Monsieur Lecorf, qui exprimait son opinion et sa volonté dans le cadre du contrat qui le liait à la société Isor, a fait connaître le 27 septembre 2006 à la société Communes Services qu'il était opposé au transfert de son contrat de travail.

Il est tout aussi constant que la société Communes Services a interrogé l'administration sur la conduite à tenir compte tenu de la particularité de la situation. Dans cette interrogation, elle

note que Monsieur Lecorff est délégué du personnel Isor, qu'il n'a jamais effectué une prestation de travail pour le compte de Communes Services et que depuis le 1^{er} janvier 2006, il ne s'est jamais présenté sur son lieu de travail.

L'administration, par l'intermédiaire de la direction du travail lui indique qu'il n'y a pas lieu d'inclure Monsieur Lecorff dans ses effectifs et de diligenter une procédure de licenciement. Cette situation de fait sera rappelée par la cour civile d'appel, c'est-à-dire le juge du contrat de travail, et elle sera rappelée par la cour administrative d'appel de Versailles, juge de la responsabilité de l'État⁵⁶⁴.

La cour d'appel de Rouen⁵⁶⁵ estime que le refus de la société Communes Services d'employer Monsieur Lecorff doit s'analyser comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse lui ayant occasionné un préjudice et elle condamne la société Communes Services à verser au sieur Lecorff 74.000 € de dommages et intérêts. C'est sur ce point que nous souhaitons insister avant d'aller au-delà dans la réflexion et de présenter la solution de sauvegarde à laquelle a pensé l'avocat, laquelle solution, on le verra, ne sauvera pas la société Communes Services.

2.3. L'indemnisation hors norme de Monsieur Lecorff dans le cadre de la garantie d'indemnisation renforcée par sa qualité de personnel protégé

Mais sur le moment il convient de rappeler que le smic horaire en 2006, date à laquelle se situe ce conflit, est de 8,27 €. Le smic horaire net est donc de 6,50 €. Le smic mensuel brut est de 1.254,28 € et le smic mensuel net, pour 35 heures de travail toujours, est de 984,61 €. L'indemnisation que perçoit Monsieur Lecorff dans le cadre de la législation sur la protection de l'emploi, phénomène évidemment aggravé par le fait qu'il est salarié protégé, est de 74.000 € (hors préavis-hors indemnité de licenciement).

Cela signifie qu'il perçoit une somme correspondant à 75 mois de salaire net, soit 6,25 ans d'indemnités ou encore 59 mois de salaire brut, ce qui correspond à 5 ans de salaire d'indemnité.

2.4. Le recours contre l'État

C'est dans ces conditions que la société Communes Services saisit le tribunal administratif de Versailles en estimant que l'État a commis une faute en lui donnant un conseil erroné qu'elle a

⁵⁶⁴ Communes Service C/ Ministre du travail : arrêt du 4 mars 2014, N° 13VE00360-code PCJA 60-01-03-02. 4^{ème} chambre.

⁵⁶⁵ Cour d'appel de Rouen, chambre sociale, arrêt du 18 novembre 2008. RG 08/01314.

totalemment suivi et qui s'est avéré malheureux, puisqu'il a généré sa condamnation. Mais dans l'intervalle, elle est dans l'obligation de déclarer la cessation de ses paiements devant le tribunal de commerce de Versailles. L'administrateur judiciaire n'entend pas former de pourvoi en cassation pour des raisons qui lui sont propres et qui sont en particulier liées à la conséquence catastrophique de cette décision quant à l'avenir de la société, conséquence que prévoient et le mandataire, et le Tribunal ; compte tenu également de la durée de la procédure devant la cour de cassation, les instances de la procédure collective renoncent. Ils attendent la liquidation de l'entreprise qui se profile. Mais dans l'intervalle, la société ne règle pas la somme de 74.000 € et les organes de la procédure attendent de voir si un plan de continuation est envisageable et si la société pourra être sauvée avec un étalement du remboursement de la créance du FNGS sur 8 ans.

La procédure devant le tribunal administratif de Versailles est très lente. L'affaire est engagée en 2007, et le jugement qui déboute la société de sa demande de dommages et intérêts formée contre le Ministre du travail à hauteur de 90.000 € est rendu le 22 décembre 2012⁵⁶⁶ soit six ans plus tard ! Quelques jours après cette décision, désespérant de trouver une solution économique viable dans le cadre du redressement et personnellement ulcéré par la situation et son iniquité, le dirigeant demande la transformation du redressement en liquidation judiciaire⁵⁶⁷. En tout état de cause, il ne reste plus que quelques salariés dans l'entreprise

Mais souhaitant aller au terme de la logique du système judiciaire français, le dirigeant donne instruction à son conseil d'interjeter appel de la décision du tribunal administratif. Son enthousiasme n'est pas partagé par le mandataire de justice. Médiocre connaisseur du droit de la responsabilité administrative, le mandataire liquidateur s'oppose à la poursuite de cette procédure, et laisse au dirigeant social la charge des honoraires de l'avocat.

La Cour administrative d'appel de Versailles donne raison à la société, désormais en liquidation judiciaire, le 4 mars 2014. **Il aura fallu 8 ans pour que la société obtienne justice**, étant souligné que dans l'intervalle la personne morale a totalement disparu, les associés sont évidemment ruinés et l'ensemble du personnel, qui se limitait à moins de 10 salariés le jour de l'ouverture de la procédure, a été licencié.

⁵⁶⁶ Jugement du tribunal administratif de Versailles n° 09 09 368 du 22 novembre 2012.

⁵⁶⁷ Jugement du tribunal de commerce de Versailles du 14 mars 2013.

Utilisant une ancienne, mais très peu connue jurisprudence sur la responsabilité de l'État dans sa fonction d'orientation et de conseil juridique du citoyen, la Cour administrative d'appel de Versailles estime que : « *La condamnation de la société Communes Services au versement de dommages et intérêts prononcés à son encontre par la juridiction judiciaire, est la conséquence directe du licenciement de Monsieur Lecorff, auquel a été assimilée son absence de réemploi par ladite société, pourtant clairement qualifié de régulier par le courrier de l'inspecteur du travail* ».

Certes, comme le faisait valoir le Ministre avec un certain culot, puisque de son côté il avait autorisé le licenciement de Monsieur Lecorff par la société Isor, le sieur Lecorff, dont il convient de rappeler qu'il était délégué du personnel, s'était effectivement opposé au transfert de son contrat de travail au sein des effectifs de la société Communes Services. Nous savons qu'il s'y était opposé par mesure de pure opportunité puisqu'il n'appréciait pas de se retrouver dans une entreprise qu'il ne connaissait pas, dont il ne connaissait pas la collectivité de travail. La Cour administrative d'appel note que Monsieur Lecorff joue effectivement sur les deux tableaux et qu'il indique à la société Isor qu'il ne souhaite pas être inscrit dans ses effectifs, mais il laisse quelque temps plus tard fuser une lettre à la société Communes Services dans laquelle il indique qu'il accepterait d'être intégré.

Mais la duplicité du salarié ne pouvant être retenue contre lui, la Cour administrative d'appel statuant dans le cadre de son imperium sur l'appréciation du préjudice, va condamner l'État à verser à la société Communes Services désormais liquidée la somme de 37.000 € sur les 90.000 € qui étaient sollicités.

2.5. Conclusion

L'évocation de cette affaire est intéressante à plusieurs titres. Tout d'abord, elle prouve les défaillances du fonctionnement de l'administration qui se montre dans certains cas incapable de réguler son activité concernant les mêmes entreprises et les mêmes dossiers. Deuxièmement, elle démontre la totale indifférence de la magistrature sociale, qu'il s'agisse d'ailleurs du juge de première instance ou du juge d'appel, quant aux conséquences de ces décisions sur le fonctionnement d'une entreprise. Elle ne s'intéresse qu'à la situation indemnitaire, au sens patrimonial, puisque l'on peut considérer que 75 mois de salaire net, ou 57 mois de salaire brut, constituent une somme tout à fait considérable. L'entreprise, l'emploi, peuvent être totalement

mis en cause dans le cadre d'une opération de cette nature : cela n'a aucune influence sur la décision des juges, encore une fois, qu'il s'agisse du juge civil ou du juge administratif.

Troisième observation : si le fonctionnement de l'administration est critiquable et parfois fautif, il faut souligner que le fonctionnement judiciaire est totalement décalé de la réalité du fonctionnement du monde de l'entreprise et totalement indifférent à ses intérêts et/ou à celui de l'emploi des salariés. Là encore, nous constatons qu'il se concentre sur l'intérêt patrimonial du salarié qui agit judiciairement pour demander la compensation des effets négatifs de la rupture de son contrat de travail. Dès que l'entreprise intervient pour son propre compte, le juge (civil ou administratif) se désintéresse de l'effectivité de la mesure qui lui est demandé, c'est-à-dire de son intérêt opérationnel. Certes, le système fonctionne et il finit par produire le droit dans une certaine logique. En l'espèce, le juge administratif d'appel admet que l'État a commis une faute et en conséquence, il condamne l'État à réparer cette faute⁵⁶⁸.

La dette principale de la société Communes Services telle qu'elle résulte de l'état du passif, est constituée des créances salariales. Il s'agit des avances de salaire qui ont été faites à l'ensemble des salariés lors de la liquidation judiciaire et des paiements qui ont été faits à Monsieur Lecorf dans le cadre de l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel de Rouen. En conséquence, l'argent que l'État versera au liquidateur judiciaire de la société Communes Services servira à payer les créances et en particulier celles qui résultent, pour Monsieur Lecorf, de la législation sur la protection de l'emploi. Les associés ne seront jamais indemnisés dans le cadre de cette opération.

Dans un cas de figure de cette nature, désespéré par ce qui lui arrive personnellement, puis par la situation de son entreprise, totalement accaparé par la gestion au quotidien de cette situation et par les éléments conflictuels de cette gestion, le dirigeant social n'a pas le ressort ou les ressources financières suffisantes pour organiser une contre-attaque de cette ampleur. Il se trouve opposé aux représentants des salariés, mais également à l'administration, et souvent aux organes de la procédure, c'est-à-dire au représentant des créanciers et à l'administrateur judiciaire. L'ensemble de la législation sur la protection de l'emploi, et en particulier la garantie de procédure qu'il convient de respecter alors même que les chances de survie de l'entreprise

⁵⁶⁸ Le mandataire de justice, considérant que la procédure n'avait aucune chance de succès, avait refusé de faire instruire le dossier devant la Cour administrative de Versailles qui a donc statué uniquement sur les éléments qui avaient été produits en première instance et dans le premier mémoire d'appel.

se comptent en jours, pèse sur le fonctionnement de l'entreprise en difficulté et empêche le dirigeant de prendre au moment opportun et avec un effet immédiat les décisions nécessaires.

CHAPITRE SIXIÈME

EXAMEN DES SOCIÉTÉS

CHARPENTIERIS COUVREURS DES YVELINES ET PRÉCIS PLASTIC

Nous avons réuni dans cette sous-partie les cas de ces deux sociétés afin de rendre compte des conséquences inéluctables de la rigidité du droit du travail et de ses effets sur l'entreprise, et partant sur l'emploi. Nous pouvons ainsi mettre directement en relation les conseils prodigués par l'école française du droit du travail sur le maintien de l'emploi, et le respect de l'esprit et de la lettre de la législation sur la protection de l'emploi et les conséquences qui en résultent.

Les deux entreprises objets de cette étude ont été pour la première suivie par notre cabinet de longue date... à l'exception de la période critique, pour les raisons qui seront exposées. Quant à l'autre, le dirigeant nous a consulté au terme de la procédure de cession de l'entreprise, afin d'avoir un avis sur la conduite optimale qu'il aurait fallu adopter.

1. Le cas de la société Charpentiers Couvreurs des Yvelines

1.1. La situation de l'entreprise pendant 42 ans

La société Charpentiers Couvreurs des Yvelines est une entreprise spécialisée dans la fabrication et la pose de charpentes sur immeubles neufs. Elle a été créée en 1973 par un émigré italien. En 1993, celui décide de prendre sa retraite : il fait appel à un jeune homme de son pays d'origine, l'Italie et de la même région, les Pouilles, pour reprendre l'entreprise. Le processus se déroule dans de bonnes conditions. En 1993, Gianfranco Di Salvatore rachète, à celui qui est devenu entre-temps son beau-père, l'entreprise, de telle façon que celui-ci obtienne en contrepartie de l'opération de cession une somme d'argent lui permettant d'avantager

l'ensemble de ses enfants. Il s'agit d'une transmission classique intrafamiliale des actifs d'une entreprise.

Pendant ces années, la société Charpentiers Couvreur des Yvelines fonctionne et prospère en employant 20 à 30 salariés. Le nouveau dirigeant développe le portefeuille de l'entreprise et il assure des relations avec de nouveaux donneurs d'ordre et en particulier des grands groupes du BTP : Bouygues, Eiffage... ainsi que différents organismes publics d'HLM. Il intervient toujours en qualité de sous-traitant spécialisé de premier rang lorsque Bouygues ou Eiffage prennent un marché en entreprise générale, pour le lot charpente et couverture. L'entreprise comptera jusqu'à une quarantaine de salariés : au cours de ces dernières années, elle réalisait un chiffre d'affaires de l'ordre de 2.312.233 € HT avec 25 salariés.

	Date de clôture	Chiffre d'affaires HT	Résultat net
Année N-1	31/12/2014	2.846.059 €	- 716.222 €
Année N-2	31/07/2013	2.063.451 €	90.819 €
Année N-3	31/07/2012	2.028.078 €	127.283 €

L'équipe de direction est réduite : le dirigeant salarié qui reçoit une rémunération en sa qualité de président de SAS à hauteur de 6.500 € est secondé par le cadre dont le salaire est de 8.525 € brut et par une secrétaire de direction qui assume également le rôle de comptable dont le salaire est de 2.597 € brut. Les autres salariés de l'entreprise sont des compagnons charpentiers couvreur, dont l'ancienneté moyenne est de l'ordre de 13 ans et 7 mois, avec des pointes pour certains salariés, et non des moindres, à 31 ans ou 21 ans pour le directeur technique.

Si l'entreprise parvient à surmonter la crise de 2008 et ses conséquences, en revanche, elle se trouve confrontée à la fin de l'année 2014 à une difficulté majeure qui résulte de deux éléments principaux : d'une part les grands groupes qui font habituellement appel à la société CCY ont diversifié leur sous-traitance pour conserver leur marge -et si possible d'ailleurs l'augmenter- face aux contraintes imposées par les promoteurs et les offices d'HLM qui tendent tous à réduire les prix offerts. En effet, l'ouverture du marché à la concurrence européenne et en particulier à des entreprises italiennes -dont notre dirigeant est originaire-, mais également espagnoles, voire issues des pays de l'Est -qui recourent massivement aux travailleurs détachés-, permet aux entreprises générales et aux donneurs d'ordres d'obtenir des réponses à leurs offres de marché de 10 à 30 % inférieures aux prix pratiqués par la société CCY. Même en contractant au maximum le prix de ses achats, la société CCY ne parvient plus, à compter du début de

l'année 2014, à obtenir les marchés que le simple relationnel du dirigeant permettait de signer au cours des 25 années précédentes. Le résultat net qui était toujours de l'ordre de 100.000 € tombe à -716.222 € à la fin de l'exercice 2014 : l'entreprise est exsangue.

1.2. Les difficultés

En raison d'une confiance exagérée envers des donneurs d'ordres qu'il a servi à la totale satisfaction des deux parties depuis un quart de siècle, sous sa propre direction, et depuis plus de 40 ans sous la direction successive de son beau-père et de lui-même, le président de la société Charpentiers Couvreurs des Yvelines qui voit la réduction de son carnet de commandes dans le premier semestre de l'année 2014, ne s'inquiète pas. Imprégné d'une forte tradition catholique, il gère le sous-emploi devenu chronique de ses équipes en les affectant à des tâches d'atelier ou des tâches de seconde main qui n'ont aucune rentabilité pour l'entreprise, voire qui ne sont pas facturables. Il espère la reprise des commandes.

Mais sur la base d'un salaire net moyen de 2.410 € pratiqué dans cette société, la gestion du sous-emploi chronique des équipes va consommer en l'espace de quelques mois non seulement la trésorerie de l'entreprise, mais également les autorisations de découvert qui sont consenties au dirigeant.

Liste des salariés

	Nom	Prénom	Date naissance	Type contrat	Date embauche	Emploi	Qualification	Salaire brut
1	Bxxx	J.	oct.-74	CDI	05/08/2002	Ouvrier professionnel	Ouvrier Prof. N2 Coef 185	1 560,00 €
2	Bxxx	A.	févr.-68	CDI	21/04/1999	Chef d'équipe couvreur	Chef d'équipe P1 N4 Coef 250	1 959,00 €
3	Cxxx	P.	juil.-59	CDI	10/04/2000	Compagnon Professionnel	Compag. Prof P1 N3 Coef 210	1 720,00 €
4	Cxxx	J.	avr.-59	CDI	02/06/1997	Secrétaire comptable	ETAM Niveau F	2 597,65 €
5	Dxxx	R.	avr.-58	CDI	05/01/1994	Compagnon Couvreur	Compag. Prof P2 N3 Coef 230	1 843,00 €
6	DSxx	G.	janv.-57		01/06/1989	Président		6 509,99 €
7	Kxxx	A.	oct.-58	CDI	01/09/1986	Chef d'équipe charpentier	Chef d'équipe P2 N4 Coef 270	2 203,77 €
8	Kxxx	J.	août-77	CDI	01/09/2013	Compagnon Professionnel Charpentier	Compag. Prof P1 N3 Coef 210	1 720,00 €
9	Kxxx	K.	janv.-94	CDI	25/07/2013	Ouvrier d'Exécution	Ouvrier Exécut P1 N1 Coef 150	1 457,55 €
10	Lxxx	A.	févr.-87	CDI	18/09/2006	Compagnon Couvreur	Compag. Prof P1 N3 Coef 210	1 720,00 €
11	Mxxx	G.	avr.-69	CDI	02/10/1990	Chef d'équipe Charpentier	Chef d'équipe P1 N4 Coef 250	1 959,00 €
12	Mxxx	N.	févr.-83	CDI	24/01/2011	Chef d'équipe Couvreur	Chef d'équipe P2 N4 Coef 270	2 135,00 €
13	Mxxx	P.	août-73	CDI	22/02/2011	Compagnon Couvreur	Compag. Prof P2 N3 Coef 230	1 927,40 €
14	Mxxx	P.	juil.-55	CDI	01/06/1994	Directeur Technique	Cadre Position C – 1 ^{er} échelon Coef 330	8 525,05 €
15	Rxxx	N.	avr.-84	CDI	03/11/2003	Chef d'équipe couvreur	Chef d'équipe P1 N4 Coef 250	2 083,49 €
16	Rxxx	F.	mars-65	CDI	06/09/1989	Compagnon Couvreur	Compag. Prof P2 N3 Coef 230	1 956,32 €
17	Rxxx	J.	mai-87	CDI	13/01/2014	Couvreur	Ouvrier Exécut. P1 N1 Coef 150	1 457,55 €
18	Gxxx	A.	mai-65	CDI	17/11/1986	Chef d'équipe couvreur	Chef d'équipe P2 N4 Coef 270	2 203,77 €
19	Sxxx	A.	nov.-75	CDI	05/03/2007	Couvreur	Ouvrier Prof N2 Coef 185	1 560,00 €

Il est évident que l'ensemble des charges fixes de l'entreprise restent constantes, à l'exception évidemment des frais de déplacement, des primes de panier ou des achats. Sans le savoir, le dirigeant de la société CCY applique donc la méthode qui est revendiquée par certaines centrales syndicales : la conservation des emplois en dépit d'une conjoncture défavorable.

Il convient de souligner que le dirigeant n'a aucun intérêt personnel à pratiquer de cette façon. D'une part, il n'est pas propriétaire des locaux de la société qui appartiennent à sa belle-famille engagée dans un lourd contentieux suite au décès du créateur de l'entreprise. D'autre part, il a considérablement réduit sa rémunération qui est passée de 6.500 €, puis à 5.000 €, puis à 3.000 € et qui, pendant la dernière année d'activité de l'entreprise sera égale à 0.

1.3 La déclaration de cessation des paiements

L'entreprise est en état de cessation des paiements caractérisée depuis la fin du mois de septembre 2014, après déjà un semestre entier sans contrat qui a séparé la date du constat de l'état de cessation des paiements de l'entreprise. Les dettes fiscales et sociales atteignent 238.000 € (échues ou à échoir à court terme), les dettes chirographaires plus de 576.000 €. Les dettes à échoir à l'égard des établissements financiers sont de l'ordre de 355.000 €.

La société se résigne à déclarer la cessation de ses paiements 10 mois plus tard, le 9 juin 2015. Le tribunal examine la situation et constate rapidement qu'une solution par voie de redressement, dans la perspective d'un plan de continuation est à exclure. Le coût financier d'une réforme en profondeur de l'entreprise passant naturellement par le licenciement d'un nombre important de compagnons est désormais impossible, le poids des indemnités de préavis et de licenciement étant discriminant. Le tribunal fera remarquer au dirigeant qu'il aurait dû réduire régulièrement le nombre de ses compagnons et qu'il aurait dû anticiper la déclaration de cessation des paiements qui doit être réalisée dans le délai de 45 jours du constat selon lequel le passif exigible ne peut être payé avec l'actif disponible.

Le redressement par voie de cession n'est pas davantage envisageable pour deux raisons. La première résulte évidemment du nombre de salariés qu'il conviendrait de reprendre. En imaginant même que le tribunal accepte de la part d'un repreneur potentiel une reprise seulement partielle des salariés de la société CCY, le nombre de ceux-ci serait encore excessif

au regard du second élément qui pose problème : l'état néant du carnet de commandes et objectivement la disparition de la clientèle.

C'est dans ces conditions que l'entreprise est liquidée.

1.4. Le comportement du dirigeant et l'erreur de management

Par fierté ou par honte, Monsieur Di Salvatore a préféré dissimuler à son conseil habituel la réalité de cette situation, comme il l'a d'ailleurs tu à l'ensemble de ses salariés, à l'exception du directeur technique, dont on aura noté que le salaire était supérieur de près de 2.000 € à celui du chef d'entreprise, et auprès de la secrétaire constituant le staff de la société. Les chefs d'équipe et les ouvriers ne pouvaient pas se méprendre sur la réalité d'une situation qui était caractérisée par un sous-emploi chronique. Cela étant, tant qu'ils percevaient leur rémunération, ils ne se sont en rien inquiétés de la situation.

C'est à ce niveau que l'ensemble des théories développées par l'école française du droit du travail et ses suiveurs démontre leur faiblesse au regard des quatre éléments essentiels qui marquent l'activité de l'entreprise : le pouvoir de direction de son chef, l'idée dominante -en l'occurrence constituée par un relationnel spécifique avec des donneurs d'ordres d'importance nationale ayant un besoin identifié en matière de sous-traitance charpente couverture-, un besoin en capital et bien entendu la notion de risque. Les institutions représentatives du personnel, en l'occurrence les délégués du personnel, ne vont être d'aucun secours dans cette occurrence. En imaginant qu'ils aient été consultés dans la perspective d'un licenciement économique massif -au regard bien entendu de l'effectif de cette entreprise-, ils s'y seraient sans doute opposés. Leur intérêt bien compris était de percevoir la totalité de leur rémunération jusqu'au dernier jour et de surseoir le plus longtemps possible à la décision ultime, en particulier, pour tous ceux qui ont été proches de l'âge de la retraite. On notera en effet que 5 d'entre eux sont nés en 1955 et 1959, soit un quart des effectifs. Ils savent qu'ils ne retrouveront pas d'emploi et ont donc intérêt à rester le plus longtemps possible dans les effectifs de l'entreprise sans favoriser une solution alternative. Sept d'entre eux, soit plus d'un tiers des effectifs, ont entre 20 et 31 ans de présence dans l'entreprise et peuvent être tentés de prendre un chèque important au titre de l'indemnité de préavis et de l'indemnité de licenciement, dont ils savent qu'ils seront naturellement dispensés dans l'hypothèse d'une liquidation directe. Le directeur technique a la perspective de recevoir une indemnisation de 100.000 €, alors que, né

en 1955, il est âgé de 60 ans et a déjà réalisé une carrière longue. En fait, neuf salariés sur dix-neuf ont un intérêt objectif à la liquidation de l'entreprise.

Deuxième élément : le dirigeant n'a pu recapitaliser l'entreprise ou se relancer dans une opération similaire puisque l'ensemble de son capital personnel a été consommé dans la déconfiture de sa société et que son épouse, avec laquelle il était par ailleurs en instance de divorce, s'est opposée à la mise à disposition de toute autre somme pour tenter une aventure entrepreneuriale.

D'aucuns pourraient penser qu'il a bénéficié jusqu'au dernier jour des loyers ou de rémunérations diverses. En fait, les loyers payés par l'entreprise au propriétaire des locaux ne bénéficiaient qu'à sa belle-famille et il n'était pas membre de cette société civile immobilière. Quant à sa rémunération, nous avons dit qu'il l'avait réduite dès l'infléchissement du chiffre d'affaires de l'entreprise, perdant ainsi non seulement son revenu, mais également la couverture sociale correspondante -au titre du RSI- et les trimestres de cotisations sur la période considérée.

1.5. Conclusion sur cet exemple

Le comportement de Monsieur Di Salvatore pose problème dans ce dossier. Il est possible de lui reprocher une confiance de toute évidence excessive envers des partenaires qui ont certes été fidèles pendant un quart de siècle, mais privilégient d'autres relations contractuelles dans les conditions que nous avons évoquées pour s'assurer du meilleur profit. Quant à sa tendance naturelle, humainement remarquable mais économiquement mortifère, à vouloir protéger les salariés du risque du chômage, elle conduit à une aberration économique et à une destruction non seulement de l'outil de travail, mais également de l'ensemble des emplois des salariés concernés.

Nous avons remarqué que le seul qui aurait pu alerter le cabinet d'avocats sur le comportement objectivement suicidaire du chef d'entreprise était le directeur technique avec lequel nous étions en relation depuis de longues années. Mais celui-ci, qui était intéressé par la perspective de sa retraite, comme étant né le 25 juillet 1955 (il avait donc presque 60 ans à la date de la DCP) avait tout intérêt à la liquidation de l'entreprise, puisqu'il savait qu'il percevrait trois mois de préavis, pour un montant relativement confortable de 25.575 € + 2.557 € de congés payés sur préavis, soit au total 28.132 €, outre une indemnité de licenciement calculée sur ses 21 ans de présence dans l'entreprise. Il était entré le 1^{er} juin 1994 : à la date de la DCP, il avait donc 21 ans de présence au sein de la société. La concomitance entre sa date de naissance et le passage au

tribunal de commerce huit jours plus tard de la société CCY nous conduit à penser aujourd'hui qu'il a dû convaincre son patron de tenir le plus longtemps possible dans la seule perspective de maximiser son intérêt personnel. C'est également pour cette raison qu'il a tu à l'avocat et à l'expert-comptable de la société, expert-comptable en position depuis plusieurs années, la réalité de la situation qu'il maîtrisait aussi bien, sinon mieux, que le chef d'entreprise.

C'est dans l'accompagnement de ces entreprises dans les derniers jours de leur existence, et dans le soutien aux dirigeants qui n'ont plus nécessairement l'ensemble de la lucidité suffisante pour affronter ces moments, que l'on prend conscience de la légèreté des propos de l'école française du droit du travail et de ses suiveurs. Il est constant que la collectivité imaginée par Paul Durand et rêvée par nombre de théoriciens se dissout face à la violence des épreuves telles que la rupture ou la perte de contrat et plus globalement l'affaiblissement de la situation économique de l'entreprise.

Au-delà du dirigeant et de la collectivité des associés, il n'existe plus d'individu ou de collectif capable de rassembler un capital de substitution, de faire émerger une idée novatrice pouvant elle aussi se substituer aux conceptions en l'occurrence surannées des associés et des dirigeants. Nous constaterons également un recul tout à fait compréhensible -il ne s'agit en rien d'une critique portée contre les individus et les collectifs face au risque⁵⁶⁹.

Nous noterons une observation complémentaire pour en terminer avec cette analyse : le chef d'entreprise a été sanctionné par le tribunal de commerce de Versailles dans un jugement qui a été rendu le 13 mars 2018 et qui a prononcé à son encontre une interdiction de gérer de 5 ans en raison du délai trop important qui a séparé la date du constat de l'état de cessation des paiements de l'entreprise (30 septembre 2014) et la date de la déclaration de cessation des paiements (9 juin 2015), le délai prévu étant de 45 jours. Il a quitté la France, ruiné, et s'est fait embaucher en Amérique du Sud comme chaudronnier dans une entreprise qui fabrique des engins blindés, dans l'attente de la liquidation de sa retraite.

⁵⁶⁹ Nous n'excluons pas de notre analyse les rares exemples qui ont permis à une SCOP ou à un collectif plus classique dans le cadre d'un actionariat de salariés de sauver une entreprise à la dérive. L'exemple des salariés de la société L'Éléphant vient naturellement à l'esprit : lors de la fermeture de l'usine Fralib de Gémenos, dont les capitaux étaient ceux de la société Unilever par filiale interposée, des salariés ont monté une SCOP après plusieurs mois d'occupation. La société SCOP-TI est toujours en activité. Nous avons deux fois accompagné une reprise d'entreprise en difficulté : société Métafer et société Dynamique Emballages.

2. Le cas de la société Précis Plastic

2.1. Présentation de la société Précis Plastic et de Monsieur Duroure

En août 1988, Monsieur Philippe Duroure reprend une société dénommée Précis Plastic auprès du tribunal de commerce de Thiers. Il est alors associé avec son frère et son père. La société a pour objet social la gestion d'un fonds de commerce de production de produits en plastique à destination de l'industrie. Il y a 4 employés.

En 1992, ils s'installent dans une usine relais à Celles-sur-Durolle et passent à 12 employés. En 1994, les associés décident de racheter un outil de production : la société Pradel, pour la somme de 500.000 F, soit 76.000 € environ, pour accroître le chiffre d'affaires.

En 1998, Philippe Duroure rachète les parts de son frère et de son père et développe sa société dans des conditions telles que sur les 3 derniers exercices, clôturés au 31 août 2010, 2011 et 2012, la société réalise un **chiffre d'affaires moyen de 2.600.000 €**. Elle emploie en 2011 une vingtaine de salariés, outre le dirigeant social. Ainsi, au courant de l'année 2012, on peut estimer la valeur totale de l'entreprise à hauteur d'environ 3.200.000 € comprenant :

- la valeur du fonds de commerce industriel (l'entreprise réalise un chiffre d'affaires moyen de 2.6 millions d'euros, sans compter le chiffre d'affaires réalisé par la salle blanche, de 220.000 €) ;
- et la valeur de l'immobilier.

2.2. Les difficultés rencontrées par la société Précis Plastic au cours de l'exercice 2012

Suite à la situation comptable du mois de février 2012, Monsieur Duroure prend conscience d'un fléchissement et de la perte de rentabilité de la société Précis Plastic et au mois de juin 2012, il s'adjoint un directeur technique de 30 ans d'expérience. Au mois de septembre 2012, le chiffre d'affaires de la société qui avoisine d'ordinaire les 200.000 € mensuels est réduit à quasiment 0, ce qui génère des difficultés de trésorerie, d'autant plus qu'il n'y a pas de chiffre d'affaires au mois d'août. L'un des clients de l'entreprise, la société Siroco, qui travaille depuis près de 25 ans avec Précis Plastic et lui passe des commandes avoisinant 35 % de son chiffre d'affaires, a procédé à une sérieuse réduction des commandes.

Monsieur Duroure se rapproche alors de son avocat habituel, et une réunion a lieu avec les banques et l'expert-comptable, au cabinet d'avocats. À l'époque chacune des trois banques (la banque Nuger, la Société Générale et le CIC) font bénéficier Précis Plastic d'un découvert autorisé de 40.000 € chacune, découvert globalement constant depuis environ trois années. Interrogées par l'avocat et par Monsieur Duroure, les banques indiquent qu'elles n'entendent pas procéder à une augmentation du découvert bancaire. De plus, la banque Nuger, dans les 15 jours qui ont suivi, ne renouvelle pas le découvert et en demande le remboursement intégral courant janvier 2013.

Le diagnostic, qui ne sera produit par l'avocat de la société mais que les banquiers avaient de toute évidence envisagé, ce qui les dissuadait de réinvestir dans l'entreprise, est relatif à la tardivité de cette réunion au regard de la situation de l'entreprise. En effet, à la date du mois de septembre, alors même que le carnet de commande est en chute libre depuis près de 6 mois, il est déjà nécessaire de licencier 5 à 6 salariés. Cependant, non seulement la société n'a plus de trésorerie et n'est plus en capacité de procéder à ce licenciement en raison du coût différé obligatoire qu'elle va devoir exposer, mais en outre, elle sait qu'elle devra attendre plusieurs mois l'effet positif de cette mesure, c'est à dire de la réduction de ses charges, c'est-à-dire :

- deux mois pour mettre en œuvre la procédure de rupture ;
- trois mois pour apurer les effets du licenciement, c'est-à-dire en particulier arriver à la fin du paiement du préavis et des CP sur préavis.

Le dirigeant se résigne à demander le bénéfice du redressement judiciaire, espérant engager un plan de reprise.

2.3. La déclaration de cessation des paiements et le jugement d'ouverture du 30 novembre 2012

La société Précis Plastic est placée en redressement judiciaire par le tribunal de commerce de Clermont Ferrand le 3 décembre 2012.

À cette date, le tribunal de commerce remarque que les mesures de restructuration qui ont été nécessaires à l'allègement des charges de l'entreprise n'ont pas été décidées en temps utile et que la situation de celle-ci est déjà singulièrement obérée.

Le rapport du mandataire de justice est sans appel. Le chiffre d'affaires moyen est tombé de 224.973 € sur l'exercice antérieur à 148.648 €, soit une diminution de 76.000 € mensuelle, soit

34 %. Les charges externes et la masse salariale n'ont pas été réduites en conséquence et le résultat d'exploitation sur les mois de septembre à novembre 2013 inclus, c'est à dire sur trois mois, a diminué de 140.000 €. Le résultat d'exploitation sur l'exercice précédent qui était clos au 31 août 2012 était déjà négatif à hauteur de 178.826 €.

Le tribunal déplore donc que le dirigeant, le gérant de cette SARL de 23 salariés de la plasturgie n'ait pas pris de mesure pour sauvegarder l'activité de l'entreprise et ne les ait même pas anticipées avant l'engagement de la procédure, ce à quoi le dirigeant répondra qu'en raison de la situation financière de son entreprise, de l'abandon des banques qui comme à leur habitude ont cessé tout soutien à la société dès qu'elles ont vu que celle-ci était en difficulté, au lieu de l'accompagner dans un processus de restructuration qui nécessitait effectivement un apport de fonds pour permettre le licenciement d'un certain nombre de salariés, il n'a pu donc faire face à cette charge spécifique. Le mandataire de justice va donc se charger de cette opération, mais lui-même va accumuler un retard important puisqu'au lieu de la lancer au lendemain du jugement, soit entre le 3 et le 15 décembre 2012, il va attendre le 29 janvier 2013, date à laquelle il réunit l'institution représentative du personnel de la société Précis Plastic. Il a donc déjà perdu près de deux mois, deux mois durant lesquels les 5 salariés qui sont finalement visés par le licenciement économique continuent à être rémunérés pleinement alors que la société n'a pas de travail à leur fournir.

Une fois consultée la représentation du personnel à cette réunion du 29 janvier 2013, le rétroplanning est fixé de manière assez rigoureuse :

- 30 janvier : notification du projet de licenciement à la Direccte,
- 7 février : convocation aux entretiens préalables au licenciement avec proposition du contrat de sécurisation professionnelle,
- 13 janvier : tenue des entretiens préalables avec proposition du CSP et information de la Direccte : dans le même temps, envoi de la requête au juge commissaire chargé d'avaliser le projet de licenciement économique,
- 15 ou 17 janvier : notification du licenciement des salariés non protégés et manifestation d'intention de licencier les salariés protégés s'il y en a,
- 4 à 7 mars : fin du délai légal de réflexion du CSP.

En imaginant, ce qui sera d'ailleurs le cas, que l'ensemble des salariés concernés soient licenciés entre le 15 et le 17 février, cela signifie que le préavis commence à courir à cette date

qui est celle de réception de la lettre de licenciement économique. Dans cette situation, l'entreprise a deux solutions :

- Soit elle a reconstitué une trésorerie et elle peut effectivement régler les salaires au mois le mois, c'est-à-dire au 17 mars et au 17 avril. Puis, à compter du 17 avril, elle devrait verser théoriquement la totalité de l'indemnité de licenciement, ce qui aura pour conséquence, pour le moins, d'obérer encore au moins un mois entier (17 mai), étant souligné que tous les salariés visés ont plus de deux ans de présence dans l'entreprise, et qu'en conséquence ils ont naturellement droit au paiement d'une indemnité de licenciement correspondant à un cinquième de mois par année d'ancienneté. En l'occurrence, ces 10 salariés ont 10 ans d'ancienneté révolus, et en conséquence l'entreprise leur doit 2 mois d'indemnité de licenciement. Cela reporte donc la fin des effets et la mesure de licenciement au 17 juin.

En conséquence, entre la date de consultation des IRP, soit le 29 janvier et la fin des effets mécaniques de nature financière de la loi sur la protection de l'emploi sur l'entreprise, il se déroule au minimum dans un cas de figure comme celui-ci 4 mois et 20 jours.

Ce délai est réduit en raison des spécificités de la loi du 25 janvier 1985 concernant les procédures collectives qui autorisent le mandataire de justice, sous le contrôle du juge commissaire, à accélérer les procédures de licenciement.

- Soit l'entreprise n'a pas reconstitué sa trésorerie, et elle est incapable de payer les deux mois du préavis (outre les congés payés sur le préavis à hauteur de 5 jours francs). Dans ce cas, la question de la poursuite d'activité hors du périmètre de la procédure collective ne se pose pas : l'entreprise est dans l'obligation de déclarer la cessation de ses paiements. Ce sont alors les organes de la procédure (l'administrateur judiciaire, le représentant des créanciers et le juge commissaire, sous le contrôle de la chambre des procédures collectives du tribunal de commerce) qui vont prendre le relais. S'ils estiment que l'entreprise est viable sous la condition du licenciement immédiat d'un certain nombre de salariés, ils décideront de ce licenciement et feront prendre en charge par le régime de garantie des salaires (l'AGS) l'ensemble des dépenses résultant des licenciements. Sur le moment, la charge sera donc épargnée à l'entreprise. Mais elle se retrouve dans le passif déclaré, parmi les créances privilégiées. Si l'entreprise souhaite présenter un plan de continuation, elle devra donc prendre en charge la totalité du paiement des sommes avancées par les AGS. Elle n'échappera à ce paiement qu'en cas de liquidation judiciaire, en raison de sa disparition. Et les AGS conserveront contre l'entreprise disparue une créance désormais irrécouvrable.

Dans un certain nombre de circonstances, l'entreprise peut obtenir l'intervention du fonds de garantie des salaires qui va donc payer par avance l'ensemble des créances salariales, mais elle va le transférer dans le passif, de telle façon qu'elles soient payées par privilège et dans les premières années du plan de continuation de l'entreprise si celui-ci est décidé, ou qu'elles soient payées par privilège à toutes les autres créances si la société est liquidée et si un certain actif est finalement recouvré.

En l'occurrence la société Précis Plastic ne sera pas sauvée ; son fonds de commerce sera vendu à un de ses concurrents, un certain nombre de salariés restant affectés au fonds. Le chef d'entreprise perdra l'ensemble des sommes investies dans sa société, laquelle est destinée à la liquidation pure et simple.

La critique qui a été effectuée à ce dirigeant était pour partie fondée, pour partie artificielle à partir de l'instant où il apparaissait que la société était dans l'incapacité de consacrer une somme conséquente à la mise en œuvre d'un plan de licenciement compte tenu des dispositions de la législation sur la protection de l'emploi.

En effet, l'entreprise Précis Plastic clôture son bilan de l'exercice 2010-2011 à la date du 31 août 2011 dans des conditions de marge brute et de résultat d'exploitation qui restent satisfaisantes, même si le résultat financier ne l'est pas.

Le résultat global de l'exercice pour 2.635.638 € de chiffre d'affaires HT et une marge brute sur production de 1.865.954 € est encore de 18.873 €.

Mais sur l'année 2012, pour un chiffre d'affaires en légère augmentation de quelque 2,4 % à hauteur de 2.699.674 €, la marge brute de production chute de près de 200.000 € à 1.683.451 €. Le résultat d'exploitation est négatif à 178.826 €, le résultat financier l'est tout autant, de même que le résultat courant avant impôt. Quant aux résultats de l'exercice, il est à hauteur de 184.926 €. Les comptes sont clos rapidement parce que le chef d'entreprise a évidemment l'intuition que sa situation s'est notablement dégradée et qu'il veut en avoir le cœur net. Mais à l'instant où le bilan lui est communiqué, à savoir au 30 septembre 2012, il est déjà trop tard pour que le chef d'entreprise puisse décider le licenciement des 5 salariés sur 23 qui se révèle nécessaire.

Quel est le coût de ce licenciement ?

Il est objectivement relativement modeste. Quatre des salariés ont une rémunération de 2.000 € nette, soit un salaire brut chargé de 2.900 €. Mais comme nous l'avons vu, l'un des cadres qui fera l'objet d'un licenciement a une rémunération de 4.000 €, soit un revenu chargé de 5.800 €.

Pour des salariés qui ont en moyenne 10 ans de présence dans l'entreprise, la conséquence mécanique de leur licenciement est la suivante :

- deux mois de préavis chargé pour 4 salariés, soit $2.900 \times 2 = 5.800 \text{ €} \times 4 = 23.200 \text{ €}$,
- pour le cadre payé 5.800 € chargé, le préavis de 3 mois est égal à : 17.400 €,
- la charge totale de ces préavis est donc de 40.600 €, à laquelle on ajoute bien entendu les congés payés sur préavis à hauteur de 4.060 €, soit un total de salaires et accessoires de salaire de 44.660 €.

Mais, pour l'ensemble de ces salariés, on doit également tenir compte de l'indemnité de licenciement d'un cinquième de mois par année de présence sur 10 ans de présence dans l'entreprise. Cela aboutit pour chaque salarié payé à hauteur de 2.000 € nette à une somme de 5.800 €, soit à nouveau 23.200 €.

Pour le cadre, cela aboutit à une somme de 11.600 €.

C'est donc une somme totale de 39.200 € qui doit être versée aux salariés au titre du préavis et qui s'ajoute à la somme de 44.660 €. On aboutit donc à une somme totale de 83.800 €. C'est le calcul auquel parvient l'administrateur judiciaire.

Si nous reprenons le calendrier de l'année 2012, il apparaît que la date limite au-delà de laquelle l'entreprise n'était plus capable d'autofinancer le licenciement de ses salariés est au plus tard celle du 1^{er} janvier 2012. Cela signifie que c'est à cette date que les lettres de licenciement devaient être reçues par les salariés, de telle façon que les préavis commencent à courir, qu'ils se terminent pour les ouvriers et les employés au 28 février 2012 et pour le cadre au 30 mars 2012.

Compte tenu des effets complémentaires des indemnités de licenciement, cela signifie également que l'entreprise était totalement déchargée des conséquences du licenciement économique des 5 salariés concernés à la date du 30 juin 2012.

Pour ce faire, il fallait que la réflexion économique et que la consultation des IRP soit effectuée antérieurement à la date de réception de la lettre de licenciement que nous avons fixée au

1^{er} janvier 2012. En conséquence, c'est à la fin de l'exercice 2011 clos le 30 août 2011, c'est-à-dire entre le 1^{er} septembre 2011 et le 30 octobre 2011, que le chef d'entreprise devait prendre sa décision. Cela étant, comme nous l'avons dit précédemment, le résultat de l'année 2011 est loin d'être catastrophique pour la société Précis Plastic. Mais il est vrai qu'au début de l'exercice 2011-2012, et en particulier dans la fin de cette année 2011, deux clients importants ont dénoncé leurs contrats, dont l'un, un embouteilleur qui commandait des bouchons en plastique pour un montant correspondant à 15 % du chiffre d'affaires de la société.

En conséquence, le chef d'entreprise aurait dû dès l'annonce de la fin de ces contrats, voire même dès qu'il a senti que ces contrats allaient être dénoncés, procéder au licenciement des 5 salariés dont la charge va être excessive au cours de la deuxième période de l'exercice 2011-2012 et va définitivement faire sombrer la société au cours de la première période de l'exercice 2012-2013.

Mais c'est précisément à ce niveau que l'on voit réapparaître deux facteurs qui entravent totalement la décision du chef d'entreprise. Le premier est un facteur psychologique lié à l'attachement naturel qu'un dirigeant de PME éprouve à l'égard de salariés qu'il emploie et qu'il a formés, qu'il hésite donc à sacrifier à la première alerte.

La seconde est évidemment la rigueur de la législation sur la protection de l'emploi, dont nous venons de démontrer, à travers ce cas concret, qu'elle imposait à l'entreprise un délai d'exécution de la procédure qui, dans le meilleur des cas, celui de la procédure collective, était de l'ordre de 4 à 5 mois et qui dans le cas classique, qui est celui d'une entreprise encore en bonis qui dispose de la trésorerie suffisante pour mener cette opération à son terme, est de l'ordre de 6 à 7 mois.

Or, il se trouve qu'au cours de ces 6 à 7 mois, l'entreprise va continuer à exposer des sommes, à titre de salaire, totalement excessives au regard de la réalité de ses besoins.

Si nous reprenons l'exemple de la société Précis Plastic, cela signifierait qu'elle aurait au cours de ces 7 mois dépensé au titre des salaires chargés une somme de 81.200 € pour ses salariés non cadres et au titre du salaire chargé de son salarié cadre, elle aurait dépensé une somme de 40.600 €.

Mais à ces 121.800 € s'ajoutent naturellement les congés payés acquis par les salariés, soit une somme complémentaire de 12.180 €. Le montant total est donc de 133.380 € pour les salaires

sur cette période de 7 mois qui va séparer la date de la prise de décision de la date de l'encaissement par le salarié du dernier chèque qui lui est versé au titre de son solde.

Concernant la société Précis Plastic, l'examen que nous avons pratiqué se montre éclairant à plus d'un titre au regard de notre réflexion.

En effet, la somme de 133.980 € que nous venons de calculer est très proche du résultat d'exploitation au 31 août 2012 négatif à hauteur de 178.826 € et au résultat de l'exercice égal à 184.926 €. Les puristes de la comptabilité nous exposeront avec raison que ce type de comparaison est approximatif et que tant le résultat d'exploitation que le résultat de l'exercice, pour négatifs qu'ils soient, ne s'expliquent pas uniquement par le fait qu'au cours de ces 7 mois (en réalité 8 puisque l'exercice se clôture à la date du 31 août 2012), la société a versé sans contrepartie, en gérant un sous-emploi latent et constant de 5 salariés, qui était évidemment réparti sur l'ensemble des 23 salariés de l'entreprise.

Il est vrai qu'à défaut d'une surveillance tayloriste du travail, il est aisé, sur une période de 8 mois, à une équipe d'une vingtaine de salariés de dissimuler son sous-emploi chronique à un dirigeant qui est absorbé par d'autres priorités que la surveillance précise de ses salariés.

Ce fut précisément le cas du dirigeant de l'entreprise Précis Plastic qui d'une part a tenté de préserver l'emploi de ses salariés et a hésité à procéder à des mesures de licenciement qu'il considérait par nature trop violentes et qui, d'autre part, s'est lancé dans l'ensemble des tâches qui sont celles du chef d'entreprise : rechercher les concours financiers, rechercher les nouveaux clients, rechercher des conseils auprès de différents intervenants...

La leçon de cette expérience est claire : le chef d'entreprise aurait dû, dès qu'il a pressenti la dénonciation de l'un au moins de ses contrats principaux, dont celui qui lui générait 15 % du chiffre d'affaires global de l'entreprise, procéder immédiatement à des licenciements économiques après avoir réalisé éventuellement un appel au volontariat dans la perspective d'un départ spontané et accepté.

CONCLUSION DE LA QUATRIEME PARTIE

Dammann, Goodyear, Linea BTP, les entreprises Concorde, l'entreprise Philippe. Nous avons sélectionné ces cinq cas, dont quatre correspondent exactement à la cible de notre étude, à savoir la PME, car ils permettent d'approcher empiriquement la réalité des conséquences de la LPE sur les entreprises françaises. Le cinquième cas, qui est celui d'un établissement d'une TGE, permet de confirmer l'analyse quant à la capacité des syndicats d'instrumentaliser la LPE jusqu'à provoquer la disparition de l'outil de production et celle de la collectivité des salariés.

Ces cinq cas comportent des différences et des similitudes. Les différences concernent évidemment l'objet même des sociétés : production et commercialisation de thés, production et commercialisation en gros de pneumatiques, gros œuvre dans le bâtiment, et second œuvre dans le bâtiment. Les différences concernent également les modes de gestion, qui vont de l'approche totalement managériale pour les trois premières, à une approche individualiste et égoïste pour la quatrième et celle que nous qualifierons de classique du fonctionnement de la PME française pour la dernière. De telle façon que nos lecteurs ne pensent pas que notre propos viserait à absoudre les dirigeants malfaisants, nous avons abordé frontalement cet aspect avec le cas des entreprises « Concorde », étant souligné que nous avons d'autres cas de même nature à proposer à l'étude. Mais celui-ci nous semblait le plus emblématique en raison du nombre de salariés concernés⁵⁷⁰. Des différences doivent également être relevées au niveau du capital mobilisé, celui des PME étant évidemment notablement inférieur à celui de la TGE Goodyear.

Nous devons désormais aborder les similitudes de ces cas et vérifier l'opportunité de notre démarche.

Premier élément : dans chacun de ces cas, la législation sur la protection de l'emploi joue un rôle important qui se manifeste systématiquement par une entrave à l'exercice du pouvoir de

⁵⁷⁰ Plus de 50 salariés dans ces entreprises.

direction, ou du moins, à l'exercice sans contrepartie financière du pouvoir de direction étant souligné que ces contreparties sont telles qu'elles peuvent menacer la vie de l'entreprise. La LPE empêche la société Dammann d'organiser logiquement sa délocalisation. Elle la contraint à se séparer d'un personnel formé et performant qui se fonde sur la loi pour refuser la délocalisation et percevoir les indemnités légales et supra-légales. Elle empêche les sociétés Linéa BTP et Philippe de s'adapter aux évolutions du marché en raison du coût de rupture des contrats de travail dont la suppression serait nécessaire. Son effet psychologique sur la personne du manager est aussi problématique que l'effet économique direct. Cette situation conduit Linéa BTP à la liquidation judiciaire. Quant à l'entreprise Philippe, il est probable qu'elle la conduira à une lente destruction de l'outil de production jusqu'à sa fermeture, puisque la menace que constitue l'application de la LPE, en dépit même des précautions prises par l'actuel dirigeant, dissuade objectivement les repreneurs potentiels. Pour Goodyear, la situation est quelque peu différente puisque le seul établissement d'Amiens ne peut mettre en péril l'entreprise dans son ensemble. Mais la LPE et son utilisation par le syndicat majoritaire dissuade les repreneurs potentiels dont le groupe Titan, et il finit par mettre à néant l'outil de production. Dans le cas des entreprises « Concorde », la LPE est évitée et contournée par des agissements illicites dont le bénéficiaire profite sans doute au dirigeant et associé majoritaire, mais également aux donneurs d'ordres qui bénéficient de prix en dessous de ceux du marché, ce qui n'est pas le cas des clients des quatre autres entreprises.

Nous devons enfin évoquer les effets sur le pouvoir de direction. Le gestionnaire indélicat des entreprises « Concorde » qui a choisi comme fondement de son action entrepreneuriale la violation de la loi, qu'il s'agisse de la loi sociale ou de la loi commerciale, parvient finalement à se sortir des situations complexes qu'il a créées. Certes, il finit par être cité devant le tribunal de commerce pour complément de passif et interdiction de gérer, mais ayant mis à l'abri son patrimoine, les sanctions resteront de pure forme. Habilement conseillé, il est parvenu à créer quatre entreprises avant de voir d'effondrer définitivement son système. Les quatre liquidations judiciaires successives n'ont atteint ni son entrain, ni sa bonne humeur. Il n'a jamais été poursuivi par le ministère public et a depuis lors quitté la France.

Les trois types de managers impliqués dans Dammann, Linéa BTP et l'entreprise Philippe sont particulièrement éprouvés par le fonctionnement de la LPE. Leur dynamisme personnel finit par être affecté sinon usé par le fonctionnement de la LPE, à tel point que le dirigeant de Linéa BTP choisit comme solution ultime de faire sombrer l'entreprise puisqu'il n'a plus ni le ressort

personnel ni les réserves financières pour travailler sur une autre solution, et qu'en tout état de cause, il comprend que ses salariés n'ont aucun attachement à l'entreprise (la *Gemeinschaft* chère à Pierre Durand) puisqu'ils savent qu'ils pourront aisément retrouver un emploi en raison de leur expérience et de leur réseau de relation. Au contraire même, la disparition de l'entreprise leur permet de solder leurs droits acquis (les indemnités légales et conventionnelles) et de les utiliser à des fins personnelles autre que l'indemnisation d'une éventuelle période de chômage ou la nécessité de conforter l'économie familiale dans une situation difficile. Mieux que cela : l'accord des IRP sur l'ensemble du processus de rupture n'emportant pas la fin des contentieux, ils tentent une action judiciaire sur la cause du licenciement après avoir pour la plupart, fait comprendre au mandataire de justice qu'ils acceptaient le processus et l'indemnisation proposée de même que les mesures d'accompagnement.

Si Dammann a survécu à la délocalisation de l'outil de production en dépit de son coût global, là encore l'ensemble du management a été particulièrement affecté par l'épreuve et le sentiment de l'instrumentalisation de la LPE par les salariés refusant de rejoindre leur nouveau poste, alors même que leur emploi leur était préservé. Quant à l'entreprise Philippe, si elle aussi parvient à surmonter le coût de la LPE par une absorption régulière de ce coût dans les conditions que nous avons analysées, elle considère que son avenir est menacé par l'absence de manifestation de repreneur. Il est difficile aujourd'hui de trouver un candidat à la reprise d'une entreprise qui est une entreprise de main d'œuvre avec de faibles marges, soumise à la contrainte de la LPE et à la concurrence sauvage d'entreprises de sous-traitants dont l'accès au marché est favorisé et par les « majors » du BTP et par les donneurs d'ordres, le tout sous l'œil relativement nonchalant de l'administration du travail.

Dernière observation concernant la problématique des coûts : elle est globalement absente de la réflexion de quatre de ces entreprises, tant dans sa forme globale que dans celle que nous préconisons et qui inclut le coût différé du travail. Nous pensons que la société Goodyear a parfaitement géré la problématique des coûts, que cette problématique même incomplète (elle ne prenait sans doute pas en compte notre nomenclature) a été l'un des éléments déterminants de sa réflexion sur l'avenir de l'usine pour déclencher la modification dans la conception de l'outil de travail. Puis en cours de conflit, cette problématique est devenue l'élément déterminant qui a conduit la direction de l'entreprise à sacrifier le site. Il a évidemment été complété par d'autres appréciations, telles que l'obsolescence de l'outil de travail, la dégradation de l'image de la marque liée à la dégradation de l'image-même du site et de sa

réputation, le comportement du personnel et la difficulté imaginée, qu'elle soit réelle ou non, à lui faire reprendre un processus de production rénové et différent, la réduction de l'employabilité des salariés. Nous rappelons que cette entreprise a refusé de communiquer des éléments précis et que de même, le syndicat CGT a refusé de répondre à nos demandes.

Concernant les quatre autres entreprises concernées par notre étude empirique, seule l'entreprise Philippe, sans doute parce que son dirigeant a bénéficié d'une formation d'expert-comptable, est dirigée avec la conscience et la surveillance permanente de la problématique de coût, objectivement réduite à sa conception classique et compte non tenu des apports de notre nomenclature. Son dirigeant est le seul dirigeant français de notre clientèle qui se comporte de cette façon, ce qui est en soi un indicateur puissant. C'est également le seul qui ait contracté une assurance sur les indemnités légales de telle façon à ce que l'image donnée par la comptabilité de son entreprise soit un fidèle reflet de sa réalité économique, en particulier au niveau du passif social.

Si nous mettons de côté la spécificité du comportement du dirigeant des entreprises « Concorde » qui n'a pas à s'inquiéter du coût du travail puisqu'en fait, il ne le paye pas en totalité, nous devons conclure que les deux autres entreprises de notre étude correspondent à la PME française type. Elle affronte les excès du coût du travail relatif à la législation sur la protection de l'emploi jusqu'à ce que les excès la conduisent à sa perte. Ces excès ne lui permettent pas d'éviter une issue fatale car en tant que tels, ils empêchent une réaction salvatrice, que cet empêchement soit psychologique ou mécanique et financier. Enfin, la comptabilité ne donne pas une image réelle de ces entreprises et elle dissimule la réalité de leur passif social virtuel.

PARTIE V

APPORTS

CHAPITRE PREMIER

LA NOMENCLATURE DES COÛTS OCCULTÉS

PREMIÈRE CATÉGORIE :

LES COÛTS DIFFÉRÉS OBLIGATOIRES

Notre recherche nous a conduits à interroger l'histoire de la pensée économique et du management, dans la perspective du dépassement de l'acception classique -et institutionnelle- du coût du travail français, sur la base d'un sentiment intuitif, fondé sur notre expérience professionnelle. Le rôle du praticien-chercheur est dès lors de vérifier si ce qui ressort de l'intuition ou d'un sentiment empirique, bien que résultant de l'examen de centaines de cas, serait de nature à modifier les visions et les acceptions institutionnelles et de la révélation des coûts du travail occultés.

Il apparaissait impossible de progresser dans cette voie en suivant les enseignements eux aussi classiques de l'école française de droit du travail. Seule l'inversion du paradigme (la considération à titre principal de l'intérêt de l'entreprise et de son chef et non pas de ceux des salariés) et le recours à la méthode des coûts de transaction permettait d'aborder différemment la notion de coût du travail et partant, de réfléchir à l'intérêt du maintien de la législation sur la protection de l'emploi née des lois de 1973 et 1975.

1. Présentation de la notion de « coûts occultés »

Nous sommes remontés à l'instant de la création de l'entreprise, où ne se pose pas encore le problème du contrat de travail et donc des coûts. Nous avons déterminé que le recours au contrat de travail apparaissait dans une seconde phase, en fonction d'un besoin dont la résolution implique une analyse de coût ou de prix, le prix de revient d'un produit ou d'un

service, dont l'un des éléments est le coût du travail. Si ce coût est compatible avec les autres éléments qui composent le prix de revient, l'entrepreneur procédera à l'embauche de salariés pour faciliter le processus de production et le développer s'il est face à une demande de bien ou de service favorable.

L'apport essentiel de la théorie de coûts de transaction nous a permis de révéler l'existence de coûts du travail spécifiquement français, résultant de la législation sur la protection de l'emploi et apparaissant après le terme de la relation de travail, c'est-à-dire après la rupture du contrat. Que ces coûts soient calculables pour partie au moment où la firme décide la rupture, ou au contraire qu'ils ne le soient aucunement et qu'ils dépendent entièrement d'un processus judiciaire, la problématique reste la même. Pendant les phases *ex-ante* et *ex post*, ainsi que les qualifie Oliver Williamson, ces coûts sont « *occultés* ». Ils n'existent pas, ils ne sont pas provisionnés, ils ne sont pas intégrés dans le coût du travail d'un salarié et le prix de revient d'un produit ou d'un service. Pourraient-ils être calculés que les règles comptables françaises, et en particulier le fameux compte 641, interdisent de les introduire dans le bilan de l'entreprise.

1.1. Pour quelles raisons ces coûts sont-ils occultés ?

Cela signifie-t-il pour autant que l'entreprise française n'est pas en capacité de prévoir et de calculer ces coûts ? À ce niveau, la réponse est difficile à apporter et nous devons distinguer trois cas de figure :

- celui des TPE et des PME dont les dirigeants n'ont pas la connaissance juridique et économique suffisante pour maîtriser l'élaboration des coûts et comprendre que la présence du salarié génère par elle-même des coûts qui ne sont pas intégrés dans le salaire qui lui est versé mensuellement. Ces coûts sont reportés sur la période *ad futurum*. Pour ces entreprises, ces coûts sont totalement « occultés ».
- celui des PME de 50 à 300 salariés (ce chiffre ne correspond pas à une mesure juridique, il s'agit d'une approximation), dans lesquels le niveau de connaissance du chef d'entreprise, la présence d'un service RH, le recours habituel à des conseils, permettent de comprendre qu'il existe des « *coûts occultés* », de les calculer approximativement, et de savoir qu'il est un jour où ils se révéleront :
 - jour du départ en retraite : il faudra payer l'indemnité de départ en retraite ;

- jour du licenciement du salarié : il faudra payer au moins le préavis et l'indemnité de licenciement outre les congés payés sur préavis ;
- jour du licenciement collectif : il faudra faire face à ces mêmes dépenses (préavis et l'indemnité de licenciement, outre les congés payés sur préavis), mais pour plusieurs salariés ;
- jour où les difficultés économiques sont telles que le BFR ne permet pas de procéder à la rupture des contrats de travail devenus inutiles dans le cadre du processus de production, avec deux conséquences :
 - le redressement judiciaire avec prise en charge par le FNGS⁵⁷¹ des indemnités de rupture des salariés qui doivent immédiatement quitter l'entreprise, et paiement sur une période future par l'entreprise sous plan de continuation de ces coûts occultés ;
 - la liquidation judiciaire, avec report des « *coûts occultés* » sur la collectivité par le même mécanisme de prise en charge.
- celui des ETI et des TGE, dans lesquelles les « *coûts occultés* » sont suivis, sont connus et respectent au quotidien des critères de gestion. Ces critères conduisent ces entreprises à externaliser les fonctions de production dont les emplois génèrent des « *coûts occultés* » considérés comme excessifs :
 - soit sur de la sous-traitance ;
 - soit à l'étranger, dans le cadre d'un processus de délocalisation.

1.2. Les appellations des principaux coûts occultés

Il nous sera alors objecté à juste titre que si ces coûts sont considérés comme excessifs, c'est qu'en fait ils sont calculés et donc prévisibles, au moins au niveau des ETI et des TGE. L'argument est de poids et effectivement, chaque chef d'entreprise peut mettre en œuvre un tableau Excel permettant de contrôler que chaque année, chaque salarié accumule des droits nouveaux au titre de l'indemnité de licenciement ou de l'indemnité de départ en retraite par exemple. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous avons qualifié la première catégorie de ces coûts « *coûts différés obligatoires* ». C'est précisément le fait qu'ils soient différés dans le temps, au regard du déroulement du contrat de travail du salarié et du paiement de ses

⁵⁷¹ Fonds national de garantie des salaires.

salaires et accessoires de salaires, qui les rend « occultés ». Ils sont occultés à deux points de vue :

- l'entreprise ne peut les affecter à la production d'un bien ou d'un service,
- et les règles comptables françaises ne les reconnaissent pas.

Quant aux « *coûts différés exceptionnels* », seconde catégorie des « *coûts occultés* », ils sont nécessairement occultés puisqu'ils sont *ad futurum* d'une part, et que d'autre part, ils échappent totalement à la décision du chef d'entreprise : nous y reviendrons.

Il est évident que les acteurs économiques et sociaux ne peuvent ignorer l'existence de ces « *coûts occultés* » puisqu'ils finissent par apparaître, au terme par exemple d'une procédure prudhomme. Ils obèrent alors gravement la situation de l'entreprise. Mais la révélation de leur existence met à mal nombre de théories juridiques, sociales ou économiques. Comment traiter par exemple la notion de « passif social virtuel », laquelle ressort de notre nomenclature et de notre présentation des « *coûts occultés* » ? Le passif social virtuel est précisément composé de l'ensemble du coût prévisible des indemnités de préavis et de licenciement, comme nous l'avons exposé dans le cas de l'entreprise Linea BTP. Accepter la révélation de ce passif, c'est accepter la révélation de coûts *ad futurum*, mais qui se constituent et s'accroissent chaque jour en fonction de la présence du salarié dans l'entreprise. C'est mettre à néant à la fois les théories de l'école de française de droit du travail concernant le caractère « indolore » ou économiquement neutre de la LPE pour les entreprises « qui ne licencient pas ».

C'est également mettre en cause les règles comptables et la notion « d'image fidèle de l'entreprise » que sont censés refléter les comptes annuels. Les experts comptables expliquent d'ailleurs que ces coûts finissent par réapparaître en frais généraux, voire même dans le compte 641. Notre argument semble incontournable en l'état actuel du droit et des règles du plan comptable : ces coûts n'ont pas été intégrés au moment de l'acte de production dans le coût de production en qualité de coût du travail immédiat.

1.3. La distinction entre les « *coûts cachés* » et les « *coûts occultés* »

L'approche de la problématique du coût du travail dans l'entreprise et la volonté d'extirper tous les coûts, connus ou inconnus, apparents ou cachés, nous ont conduits naturellement à revenir sur la notion de « coûts cachés », analysée par le professeur Henri Savall et son

équipe de l'université Lumière Lyon II dans le courant des années 1980. Nous développons cet aspect à cet instant de la recherche, afin de distinguer clairement la notion de « *coûts occultés* » que nous allons exposer, de la notion de « coûts cachés ».

1.3.1. La différence entre les deux notions

La notion de coût caché s'oppose par définition à celle de coût visible, c'est-à-dire des coûts qui sont enregistrés dans un document comptable, avalisés comme tels par l'administration fiscale. Henri Savall a expliqué que les coûts cachés n'étaient, par définition, ni quantifiés, ni surveillés par les entreprises, en dépit du fait qu'ils avaient, de façon certaine, une incidence sur le compte de résultat. Faute d'être identifiés, les coûts cachés ne sont pas soumis à un processus rationnel de décision et de gestion, en particulier dans la définition du prix de revient d'un produit ou d'un service. Mais ils existent, leur masse est intégrée dans le coût global de production, même si l'analyste ne parvient pas à discerner à quel niveau de la production ces coûts peuvent être affectés. Du fait même qu'ils sont cachés, ils expriment une faille dans le management de l'entreprise.

La démarche, la logique de travail du professeur Savall se rapproche de celle que nous avons utilisée pour établir une nomenclature des coûts du travail « occultés ». Cela étant, en approchant la définition qu'en donne le professeur de l'université Lumière Lyon II, nous avons procédé à la distinction des deux notions. Concernant les coûts cachés, il s'agit généralement non pas de coûts du travail, mais de coûts/matière ou de coûts/machine par exemple.

Il existe donc des différences entre les « coûts cachés » et les « *coûts occultés* ». Les premiers ne sont pas identifiés et affectés, mais ils sont intégrés dans le prix de revient d'un produit ou d'un service. Les « *coûts occultés* » sont essentiellement des coûts du travail ou des coûts liés à la présence du salarié dans les effectifs de l'entreprise, ils ne sont pas apparus à l'instant de la production d'un bien ou d'un service et ne sont donc pas intégrés dans le prix de revient. Ils apparaissent après la production, voire après le départ du salarié de l'entreprise.

1.3.2. La présentation des coûts cachés

Les coûts cachés sont essentiellement de deux natures : **les surcharges** au regard des polices ou des bonnes pratiques admises par l'entreprise, et **la non-production**.

Les surcharges sont constatées par rapport aux prescriptions du chef d'entreprise, aux polices ou aux nomenclatures d'utilisation du temps, des produits et des machines : ils se distinguent en trois éléments.

Le premier est le sursalaire : cette appellation concerne la rémunération de l'excès de temps consacré à une phase de production en dépit des instructions, des bonnes pratiques imposées par l'entreprise.

Le second est le surtemps : grâce à cette dénomination, il est possible de le distinguer du sursalaire, bien qu'il s'agisse là-encore d'un temps excessif au regard des entreprises performantes. Mais ce temps a été consacré à la résolution d'un dysfonctionnement, qu'il s'agisse de celui d'une machine, ou d'un dysfonctionnement lié au comportement d'une équipe.

Le troisième critère est celui de la surconsommation, critère classique et objet de l'attention des auditeurs et des *cost-killers*. Nous avons donné dans notre recherche l'exemple de la consommation excessive d'un produit spécifique chez un équipementier automobile pour la production de radiateurs de voitures : il s'agit typiquement du phénomène de surconsommation, dont le coût est d'autant plus caché qu'il a été habilement dissimulé par le directeur de production dans le cadre de la phase classique de production de ces produits. Ces méthodes et ces consommations étant, à partir d'un certain moment, considérées comme référentes, la surconsommation est validée. Il est donc le seul à avoir connaissance du coût caché et c'est la raison pour laquelle le coût est qualifié ; il est donc caché à la vue du reste de la chaîne hiérarchique dans l'entreprise. Il ne peut être décelé que par un événement fortuit ou un contrôle précis sur l'ensemble de l'atelier concerné qui permet de découvrir matériellement l'existence d'un excès de stock sur ce point de vue stratégique. À défaut de contrôle concret et sur place, il est quasiment impossible d'obtenir la connaissance du coût caché. Une comparaison avec la production d'un équipement identique chez un concurrent pourrait certes permettre l'abord de la problématique, mais cet abord ne correspondrait pas nécessairement avec sa résolution.

Les non-produits peuvent se distinguer en trois sous catégories :

- tout d'abord la non-production, à savoir la perte de production relative à un dysfonctionnement ;

- la non-création, qui se concrétise par un retard de performance ;
- enfin, l'émergence d'un risque en raison de l'absence de prévision ou de prise en compte de risque.   ce niveau, les développements récents en ingénierie du risque mettent l'accent sur ce dernier phénomène qui, dans des industries particulières comme celles du pétrole et du gaz, et plus globalement de l'industrie chimique, peuvent effectivement générer de graves difficultés.

1.4. Des conséquences différentes concernant le fonctionnement de l'entreprise

Au terme de cette analyse, nous constatons que la notion de coût caché a peu de relation avec la notion de coût du travail telle que nous l'entendons et telle que nous l'analysons dans notre recherche.

De même, les indicateurs qui permettent de révéler les « coûts cachés » n'ont rien à voir avec ceux qui permettent de révéler les « *coûts occultés* ». Les indicateurs des coûts cachés sont à la fois un absentéisme excessif et le *turn-over* du personnel, une sous-productivité ou une non-qualité, éventuellement des accidents du travail. Le coût caché peut également se révéler par ce que Williamson appellerait « l'atmosphère », c'est-à-dire globalement une perte de confiance du personnel à l'égard de l'équipe de la direction, étant souligné que cette perte de confiance peut également justifier un absentéisme et une excessive rotation.

Les autres critères sont les difficultés financières de l'entreprise ou l'excès global de coût qui vient gonfler le prix de revient d'un produit ou d'un service, en raison du sursalaire, du surtemps ou de la surconsommation. Les coûts cachés trouvent généralement leur origine dans des dysfonctionnements organisationnels résultant de comportements humains : de cette façon, ils excluent toute référence à la loi, à la convention collective ou au contrat de travail et ils ne visent que des éléments factuels qui résultent d'une insuffisante maîtrise et d'une insuffisante connaissance du processus de production. Ainsi, la découverte du coût caché va nécessiter un travail à la base de l'entreprise, au niveau des sites de production, des équipes de production, voire de l'agent de production lui-même pour pouvoir découvrir au mieux la réalité de ce coût, l'évaluer, et le combattre. De nombreuses études ont été réalisées sur le montant atteint par le coût caché, par personne ou par an, étant souligné que ces études le font varier de 5 à 46.000  . Dans l'industrie, qui reste notre objet de recherche essentiel,

ce coût peut aller jusqu'à 46.000 € par salarié et par an dans l'électronique, descendre à 38.000 € dans la verrerie, pour passer à 18 dans la métallurgie et 12 en électroménager.

Le remède à l'existence de ces coûts réside essentiellement dans le mode de management, de toute évidence inadapté à la réalité du processus de production, éventuellement à l'obsolescence d'un certain nombre de technologies employées et à la nécessité d'investir dans de nouvelles technologies tout en modifiant les savoir-faire. Il peut également imposer une modification des polices existant dans l'entreprise et des modes de contrôle de la performance.

Nous avons superposé le tableau qui révèle les coûts cachés au tableau qui révèle l'insuffisance de connaissance des coûts dans l'entreprise. Partant de la référence de base (coûts cachés - coûts occultés du travail), nous avons tenté de relever les indicateurs de l'existence d'un coût du travail mal ou insuffisamment cerné. À ce niveau, nous sommes confrontés à une réelle difficulté au niveau des indicateurs, puisque le seul indicateur qui permettrait un retour rapide pour l'entreprise serait l'échec de la commercialisation. Or, le produit dont le coût du travail, composant du prix de revient, est sous-estimé n'est pas confronté à cet échec puisque, précisément, il va sortir sur le marché à un prix très concurrentiel. La compression artificielle de son prix de revient par défaut d'intégration de la totalité du coût du travail permet cet avantage concurrentiel, si bien entendu l'entreprise n'accentue pas sa marge pour se placer au même niveau de prix que ses concurrents et si elle entend bénéficier de l'avantage concurrentiel que procure la différence apparente de coût de production. Comme nous l'avons dit, aucun des autres indicateurs qui sont repris par les travaux du professeur Savall ne sont opposables à notre problématique.

Le seul indicateur qui peut alerter le chef d'entreprise serait la diminution globale du résultat de l'entreprise, étant souligné que cette diminution est peut-être occasionnée par d'autres éléments et que ni l'expert-comptable, ni le commissaire aux comptes ne peuvent aisément déceler l'origine de la diminution globale du résultat final de l'entreprise.

De même, si nous descendons le tableau en détaillant les composants du coût du travail et des coûts occultés, nous n'avons là encore aucun indicateur pertinent. Les indicateurs du professeur Savall sont à la fois les surcharges et les non-produits. Or, nos composants sont les coûts différés obligatoires, les coûts différés exceptionnels, et le coût de fonctionnement

des institutions représentatives du personnel (IRP). Il s'agit à ce niveau des coûts qui doivent être réintégrés dans le coût du travail d'un salarié. L'autre composant est constitué par l'intéressement et la participation et ce que nous avons appelé les coûts de confort. Nous distinguons les deux types de coût, parce que leur nature, leur imputation, si elle est effectuée, et leur système de paiement d'attribution sont différents. Nous pourrions d'ailleurs distinguer le coût différé exceptionnel du coût différé obligatoire (et le coût de fonctionnement des IRP), puisque le fait générateur du coût différé exceptionnel n'est pas l'entreprise, mais le juge du contrat de travail.

En conclusion de ce rappel et cette comparaison avec les coûts cachés, si nous admettons sans difficulté que la notion de « coût caché » est particulièrement importante en matière de management et que la révélation de ces coûts est un devoir essentiel de tout manager, nous devons également conclure que ces coûts sont radicalement distincts de la notion de « *coûts occultés* » telle que nous l'envisageons et telle que nous la définissons dans cette recherche. Les premiers sont comptabilisés et introduits dans le prix de revient d'un produit ou d'un service à l'instant T de la production, mais non affectés. Les seconds ne sont pas comptabilisés à l'instant T de la production, ne sont pas connus précisément du manager, et ne sont évidemment pas affectés. **Notre recherche a pour but de les faire émerger et de permettre de les affecter et de les réintégrer à l'instant T dans le prix de revient d'un bien ou d'un service.**

2. Présentation de la nomenclature et des 5 catégories de coûts occultés qu'elle contient

Nous allons aborder successivement les cinq catégories de « *coûts occultés* »

La première catégorie est celle des coûts différés obligatoires, eux-mêmes composés de six éléments non cumulatifs en totalité.

La seconde catégorie est celle des coûts différés exceptionnels, résultant non pas de la décision du chef d'entreprise, mais d'une décision de justice, jugement ou arrêt de cour d'appel.

Cette catégorie se décompose **en cinq éléments** dont les deux premiers sont la conséquence directe de la décision de justice, et les deux autres la conséquence indirecte :

- les dommages et intérêts versés au salarié pour compenser le préjudice résultant de la rupture de son contrat de travail en raison de la faute de la firme, le licenciement étant considéré sans cause réelle et sérieuse. Ces montants sont indemnitaires. Ils sont appréciés en fonction du préjudice subi, si le salarié a moins de deux ans de présence dans l'entreprise ou si celle-ci comporte moins de 11 salariés. Ils sont d'au moins six mois de salaire si le salarié a plus de deux ans de présence dans une entreprise de plus de 11 salariés (avant la réforme des ordonnances de 2017 qui fixent un barème) ;
- les pénalités complémentaires de nature administrative (remboursement au bénéfice de Pôle Emploi à hauteur de six mois de salaire des indemnités versées par le Pôle Emploi au salarié injustement licencié) ;
- l'affectation à l'entreprise des frais de justice du salarié demandeur, dans le cadre de l'article 700 du CPC ;
- le coût interne de gestion, résultant de l'implication personnelle du chef d'entreprise ou de celle de son service des ressources humaines ;
- les coûts externes de gestion et de conseil, souvent importants, résultant de la phase judiciaire de la rupture du contrat de travail.

La troisième catégorie est celle des coûts de seuil. En droit du travail français, les coûts de seuil sont multiples. Ils imposent des obligations de gestion particulière, en matière d'hygiène et de sécurité au travail en particulier, qui se traduisent nécessairement par des coûts.

Ces coûts sont indiscutablement liés à la présence du salarié dans l'entreprise, mais ils sont aussi afférents au type d'activité de l'entreprise. Le fait générateur est le franchissement d'un seuil (11, 20, 50 salariés par exemple). Nous distinguons et sélectionnons **quatre éléments** :

- le coût de fonctionnement des institutions représentatives du personnel (IRP), au-delà de 10 salariés et au-delà de 50 salariés ;
- le coût de l'expression du salarié sur le lieu de travail ;
- le coût interne de gestion des IRP, avec l'ensemble de ses composantes ;
- les coûts externes de gestion et de conseil, souvent importants, résultant des phases de contestation judiciaire du fonctionnement des IRP, y compris le coût du recours aux experts comptables désignés par le comité d'entreprise dans le cadre de la loi telle qu'elle existait avant les réformes de septembre 2017.

La quatrième catégorie est celle des coûts de communauté, que l'on pourrait également appeler **coûts de participation**. Mais cette appellation, si elle correspond mieux à l'origine de la loi qui génère ces coûts, nous semble moins expressive au regard de l'objectif du déclenchement de ces coûts.

La cinquième catégorie est celle des coûts de confort que nous décomposons de la façon suivante, avec **deux éléments** :

- les coûts générés par le législateur ou par les traditions historiques, culturelles ou cultuelles,
- les coûts générés par les partenaires sociaux pour éviter de conférer au salarié, à un moment donné, un avantage autre qu'une augmentation de salaire, avec éventuellement le sentiment que cet avantage pèsera moins, ou pèsera différemment, sur les coûts de production.

Nous remarquons de prime abord que sur cinq catégories de coûts, les deux dernières ne résultent pas de la législation sur la protection de l'emploi. Nous avons considéré qu'il était cependant logique d'évoquer ces deux catégories complémentaires parce qu'elles participaient au renchérissement du coût du travail, même si elles ne s'appliquent pas exactement à notre situation.

COUTS DIFFERES OBLIGATOIRES			COUTS DIFFERES EXCEPTIONNELS résultant d'une décision de justice	COUTS DE SEUIL	COUTS DE COMMUNAUTE (coûts de participation)	COUTS DE CONFORT
Licenciement pour cause réelle et sérieuse	Décision unilatérale du salarié	Rupture conventionnelle	Licenciement considéré sans cause réelle et sérieuse par le juge prudhommal	Coût de fonctionnement des IRP		
COUTS DIRECTS						
Indemnité de préavis et congés payés sur préavis	Indemnité de départ en retraite		Indemnité de préavis et congés payés sur préavis	Coûts de travail du personnel en délégation		Coûts générés par le législateur ou par les traditions historiques
Charges sociales			Charges sociales	Budget du CE		
Indemnité légale de licenciement ou conventionnelle			Indemnité légale de licenciement ou conventionnelle	Budget des œuvres sociales		Coûts générés par les partenaires sociaux
Pénalités administratives (Delalande de 1986 à 2007)			Pénalités complémentaires de nature administrative	Coûts spéciaux de gestion du fonctionnement du CE et du remplacement des salariés en délégation		
			Dommages et intérêts			
COUTS COMPLEMENTAIRES						
Coût de la portabilité des frais de mutuelle et de prévoyance				Coût de l'expression du salarié sur le lieu de travail		
Coût gestion et conseil			Coûts internes et externes de gestion	Coût externe de gestion des IRP (avocats, etc.)		

3. La première catégorie des « *coûts occultés* » : les coûts différés obligatoires

3.1. La notion des coûts différés obligatoires

Le qualificatif de « *coûts différés obligatoires* » résulte de deux caractères de ces coûts occultés :

- ils n'apparaissent qu'à la fin du contrat de travail,
- ils résultent du caractère d'obligation instauré par les loi de 1973 et de 1975, en conséquence directe et prévisible d'une décision de licenciement prise par l'entreprise.

Le coût est qualifié de « *différé* », car il n'est payé par l'entreprise qu'au moment de la rupture du contrat de travail, soit en raison d'un aléa (un comportement du salarié qui emporte la décision de licenciement), soit en raison du terme naturel du contrat : le départ en retraite. Dans le premier cas, le coût ne peut pas être calculé *ex ante* : c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les professionnels de la comptabilité contestent notre analyse en indiquant qu'ils ne peuvent prendre en compte un élément incertain.

En dépit de cela, ces mêmes experts-comptables (en raison des principes du plan comptable) ne provisionnent pas pour autant dans les comptes de l'entreprise les indemnités de licenciement au fur et à mesure du déroulement du contrat de travail du salarié. Leur argument est le suivant :

- seule la base de calcul du coût (indemnité de départ en retraite ou de licenciement) est connue,
- son adaptation au fur et à mesure de la carrière du salarié est réalisable,
- mis le caractère certain du risque est manquant. La provision est donc impossible.

Cet argument est contestable car le terme du contrat est relativement certain (sous réserve des modifications législatives qui peuvent l'affecter : carrière longue, augmentation de la durée de cotisation, etc.). Deux cas de figure sont envisageables :

- le départ en retraite,
- la liquidation de l'entreprise, en fonction de la durée de vie moyenne des entreprises françaises.

En provisionnant les indemnités de départ en retraite qui atteignent parfois six mois de salaire, l'entreprise donnerait une image plus sérieuse de sa réalité financière.

Elle pourrait provisionner également et de cette façon une somme qui pourrait servir au paiement des indemnités de préavis et de licenciement. Mais dans ce cas, si ce système qui doit dépendre du strict pouvoir de direction de l'employeur venait à être connu de la collectivité des salariés et de leurs représentants, dans le contexte français, ce serait évidemment une arme contre l'entreprise dans le cadre d'un départ négocié ou d'un départ conflictuel : « *vous avez provisionné, donc vous me devez cette somme* ». Nous en revenons ici aux types de blocages sociologiques qui constituent une entrave au management. Il n'est pas possible de développer dans l'entreprise un management de confiance sur des éléments comme celui-ci, sans que le manager le subisse en retour de volée.

Ainsi, ce que le manager considère comme étant une disposition permettant de lisser le management ainsi que le fonctionnement micro-économique de l'entreprise se retourne contre lui. L'avantage potentiel devient un dû. Nous sommes ainsi au cœur du problème français. Une entreprise qui instaure un système d'assurances ne l'annonce pas à son

personnel : l'excellence de la gestion prévisionnelle sur le long terme deviendrait une arme contre l'entreprise elle-même.

3.1.1. Les faits générateurs de ces coûts

Ces coûts sont la conséquence de trois faits générateurs de rupture du contrat de travail. Ces faits sont alternativement les suivants :

- une décision unilatérale de l'entreprise (licenciement pour cause réelle et sérieuse, de nature personnelle ou économique),
- une décision conjointe et donc conventionnelle (rupture conventionnelle), qui décide de la fin du contrat de travail, sous le contrôle de l'administration, depuis la loi de 2008 sur la rupture conventionnelle,
- une décision unilatérale du salarié (demande de liquidation des droits à la retraite), la prise d'acte de la rupture du contrat de travail étant exclue de ce schéma de même que la démission. En effet, la prise d'acte renvoie à la saisine du tribunal (de même que la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail) et la démission n'entraîne pas le paiement de sommes diverses de la part de l'entreprise.

3.1.2. La qualification de la rupture par les parties emporte le paiement des indemnités qui caractérisent les coûts différés obligatoires

Nous allons reprendre les types de rupture en fonction des faits générateurs.

3.1.2.1. En cas de licenciement pour cause réelle et sérieuse

Ce licenciement entraîne le paiement par l'entreprise de :

- deux types de paiement reçus par le salarié,
- deux types de paiement reçus par les caisses sociales au sens large,
- et deux types de coûts spécifiques à l'entreprise, qui sont des coûts complémentaires.

3.1.2.1.1. Les paiements

- Les indemnités de préavis et les congés payés sur préavis, étant souligné que le préavis a un caractère de salaire, qu'il peut correspondre à une réelle prestation effectuée par le salarié s'il n'est pas dispensé de son exécution comme c'est souvent le cas dans le cadre des licenciements économiques. Le salarié est également dispensé de l'exécution lorsque le chef d'entreprise souhaite qu'il ne détériore pas l'ambiance de travail après l'annonce de son licenciement. Ces indemnités sont destinées au salarié.

- Les indemnités de licenciement, de nature légale ou conventionnelle, ou dépendant d'un accord d'entreprise, dont le montant est dépendant de l'ancienneté du salarié dans l'emploi. Elles présentent un caractère indemnitaire. Elles sont destinées au salarié. Elles ne sont pas chargées.
- Ces indemnités sont complétées par le paiement par l'entreprise des charges sociales classiques, à hauteur de 45 % environ des salaires (préavis et CP).
- Des pénalités de nature administrative, de 1986 à 2007, spécifiques, appelés « pénalités Delalande », versées par les entreprises lors du licenciement des seniors. Ces pénalités présentent un caractère de sanction administrative. Elles étaient destinées à l'époque aux Assedic.

3.1.2.1.2. Les coûts complémentaires

Ils sont de deux sortes :

- le coût de la portabilité des frais de mutuelle et de prévoyance ;
- les coûts de gestion et de conseil, modestes, afférents à la phase non-judiciaire de la rupture du contrat de travail, laquelle reste souvent assumée en interne.

3.1.2.2. *En cas de décision unilatérale du salarié*

L'indemnité de départ en retraite découle de la décision unilatérale du salarié, à savoir son départ en retraite, au terme normal du contrat. Ce coût se distingue notablement des autres, dans la logique de Williamson : en effet, sa base est connue *ex ante*, et peut être adaptée *ex post* en fonction de l'ancienneté du salarié.

3.1.2.3. *En cas de décision commune (rupture conventionnelle)*

Nous distinguons une seule catégorie de coûts. Nous l'incluons dans les coûts différés obligatoires puisqu'ils sont effectivement obligatoires dans le cadre de l'application de la loi de 2008, en cas de rupture protocolisée.

Ils sont en général inférieurs ou égaux au montant des indemnités de préavis et de licenciement cumulés. Ils peuvent cependant dépasser cette limite en fonction de l'accord des parties. Il s'agit de coûts imposés par l'architecture législative, mais consentie par l'entreprise.

3.2. Les trois étapes du contenu des coûts différés obligatoires

Nous avons distingué trois temps dans l'application du système des coûts différés obligatoires, correspondant à trois états de la législation. Ce constat nous permet de rappeler à cet égard la situation d'insécurité juridique et d'impossibilité pour l'entreprise de calculer et prévoir les coûts sur le moyen/long terme. En effet, les dispositions de la loi de 1973 ont été profondément modifiées à partir de 1986 et jusqu'en 2007 par ce que l'on a appelé le dispositif Delalande (troisième élément), instaurant une pénalité financière spécifique lors du licenciement d'un salarié ayant atteint un certain âge au moment de la rupture de son contrat.

Nous avons donc distingué :

- dans un premier temps, le coût différé obligatoire prévisible et calculable en application de la loi de 1973 (sur la période 1973-1986) ;
- dans un second temps, le coût différé obligatoire complété par la pénalité Delalande sur la période 1986-2007. Il se trouve qu'intervenant soudainement en 1986, il ne peut être considéré comme un coût prévisible et calculable. Il ne le devient que de 1986 à 2006, date de sa suppression, mais nous maintenons cette distinction ;
- puis, après la suppression de la pénalité Delalande, le coût différé obligatoire revient à son niveau de la période 1973-1986 pendant quelques mois ;
- dans un troisième temps, ce que nous appelons le coût différé potentiellement réductible grâce à l'application de la loi de 2008 sur la rupture conventionnelle. Si le coût ne peut être réduit conventionnellement, nous en revenons à la posture initiale de la période 1973-1986.

3.2.1. Les coûts différés obligatoires, prévisibles et calculables

Cette notion a évolué à travers le temps (1973-2018) et c'est la raison pour laquelle nous la présentons de façon chronologique, tout en distinguant la notion de coût différé obligatoire complété.

3.2.1.1. Les indemnités de licenciement et de préavis, et les congés payés sur préavis

Ce coût est obligatoire car prévu par les textes (la loi, le contrat ou la convention collective). En conséquence, il est calculable et prévisible et peut être anticipé par l'entreprise. Celle-ci sait que le licenciement intervenant pour cause réelle et sérieuse dans un cadre général, ou pour cause réelle et sérieuse sur un plan économique, entraîne le paiement des indemnités de préavis, des congés payés sur ce préavis, et des indemnités de licenciement, avec bien entendu les charges sur la partie du préavis et des CP sur préavis.

Le cas de figure qui retient notre attention est évidemment celui du licenciement qui intervient lorsque l'entreprise est encore *in boni* et qu'elle doit donc elle-même procéder au financement de ce coût. Nous savons que si l'entreprise est déjà liquidée au moment où le licenciement est déclenché, en l'occurrence par le mandataire liquidateur, ce sont les organes de substitution, à savoir le Fonds national de garantie des salaires⁵⁷² qui prendront en charge le paiement de ces indemnités avec le déclenchement du régime de carence qui est désormais applicable⁵⁷³.

Ce coût différé obligatoire n'est jamais pris en compte dans la détermination du coût du travail, en dépit du fait qu'il soit possible de l'approcher *ex-ante*, c'est-à-dire lors de la signature du contrat de travail. En effet, l'entreprise peut calculer chaque année la conséquence financière potentielle de ce coût. En fonction de l'ancienneté du salarié et des dispositions de la convention collective de branche ou de l'accord d'entreprise (nous prendrons celui du Crédit Agricole comme exemple), la firme peut déterminer précisément ce qu'elle devra verser en cas de rupture du contrat.

La législation sur la protection de l'emploi a généré ce coût. Son renforcement au fil du temps l'a sans cesse augmenté, alors qu'il n'apparaît qu'au moment de la rupture du contrat de travail dans le cas d'un licenciement. Certes, il est exclu si le contrat se termine par une

⁵⁷² Le régime de garantie des salaires est régi par les **articles L.3253-6 à L.3253-21** du code du travail. Ces dispositions sont issues de la **loi de sauvegarde des entreprises n°845-05 du 26 juillet 2005** modifiée par l'**ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008** applicable depuis le 15 février 2009.

⁵⁷³ Le régime de carence minimal est de sept jours après le licenciement. Mais il peut être complété par des délais complémentaires tels que prévus par la convention Unedic du 14 mai 2014, confirmée par le décret d'application du 29 juin 2016. Ainsi, le second délai de carence est celui des congés payés qui restent dus au salarié lors de son licenciement.

démission. Mais il réapparaît, parfois modéré au regard de l'obligation première, en cas de départ à la retraite, sous la forme de l'indemnité de départ en retraite.⁵⁷⁴

3.2.1.2. *Le coût de gestion des opérations*

Il s'agit du coût de gestion interne du processus de rupture par le chef d'entreprise, les services du personnel et éventuellement le coût des intervenants extérieurs tels que les avocats, voire les cabinets d'out-placement.

3.2.1.3. *L'indemnité de départ en retraite*

Il s'agit d'un coût qui se distingue notablement des autres, dans la logique de Williamson. En effet, il s'agit d'un coût qui peut être calculé ex-ante, à la différence de l'ensemble des autres coûts. Il est généralement la conséquence des conventions collectives et correspond à plusieurs mois de salaire en fonction de l'ancienneté du salarié. Il peut atteindre quatre à six mois de salaire pour un salarié dépassant les vingt ans de présence dans l'entreprise.

Il est donc établi et reconnu qu'il s'agit d'un coût notable, qui l'est d'autant plus que l'indemnité est évidemment calculée sur le montant des derniers salaires de l'employés et non pas de la moyenne des salaires versées pendant l'ensemble de la durée du contrat. Il s'agit pour l'entreprise d'un poids financier qui correspond au plancher des dommages et intérêts fixés par l'article L.122 14 4 de la loi de 1973, ce qui démontre d'ailleurs la parfaite cohérence du dispositif. Quelle que soit la situation (conservation de l'emploi jusqu'à sa fin naturelle demandée par le salarié ou décision unilatérale de rupture), l'entreprise paye. Et elle paye une somme importante qui vient compléter le coût du travail du salarié à hauteur d'une moyenne de six mois.

Nous revenons à cette occasion sur la polémique du compte 641 et le sempiternel argument des experts-comptables selon lequel un élément hypothétique ne peut faire l'objet d'un provisionnement, la problématique étant celle du risque. Ils estiment que le risque du

⁵⁷⁴ L'indemnité de mise à la retraite dans le cadre d'un processus initié par l'entreprise est assujettie à une cotisation sociale patronale de 50 % depuis le 1^{er} janvier 2009. Elle est exonérée pour le salarié d'autres cotisations et de l'impôt sur le revenu. En prenant comme exemple la convention collective de la métallurgie, on constate que cette indemnité varie entre un mois de salaire pour cinq ans d'ancienneté et plus, deux mois pour dix ans et plus, trois mois pour vingt ans et plus, quatre mois pour 30 ans et plus, cinq mois pour 35 ans et plus, six mois après 40 ans. C'est donc pour prendre ce dernier exemple sur la base de ces six mois que l'on ajoute les 50 % de cotisations sociales patronales.

licenciement n'est pas certain, et que le risque du départ en retraite ne l'est pas davantage... du moins avec un niveau certain d'indemnisation.

Ce raisonnement est inexact : nous savons en raison de la durée de vie moyenne des entreprises en France (14 à 18 ans) que le risque est certain sur le long terme. Nous savons également que le risque qui existe entre le licenciement pour cause économique pour le moins et départ en retraite est également certain, sans doute à 90 %. Dès lors, la seule issue contractuelle qui est difficilement estimable est celle de la rupture du contrat par démission, laquelle se situe dans les 10 % et en tout état de cause ne nécessite pas de provisionnement.

Nous rappelons que le régime social de l'indemnité de départ à la retraite est différent, selon qu'il s'agit d'un départ volontaire à l'initiative du salarié ou d'une mise à la retraite par l'employeur.

Dans le cadre du départ volontaire à l'initiative du salarié, les indemnités de départ à la retraite versées par l'entreprise au salarié sont soumises aux cotisations sociales et à CSG et CRDS.

Dans le cadre de la mise à la retraite par l'entreprise, suite à une décision unilatérale acceptée par le salarié, l'indemnité légale ou conventionnelle est exonérée de cotisations sociales dans la limite maximale de 2 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale (PASS), soit 81 048 € en 2019. L'indemnité contractuelle, ou prévue par un accord d'entreprise ou d'établissement, est exonérée dans la limite de 2 fois le PASS, à hauteur du plus élevé des 3 montants suivants :

- montant légal ou conventionnel de l'indemnité de mise à la retraite,
- double de la rémunération annuelle brute de l'année civile précédant la rupture,
- moitié de l'indemnité versée.

L'indemnité est exonérée de CSG et CRDS dans la limite du montant légal ou conventionnel de l'indemnité de mise à la retraite sans pouvoir dépasser le montant exonéré de cotisations sociales (si l'indemnité est supérieure à 10 PASS, elle est soumise à contribution dès le 1^{er} euro).

3.2.2. Le coût différé obligatoire prévisible et complété dans le cadre de la procédure de licenciement économique (1986-2006) : la pénalité Delalande

Le député RPR Jean-Pierre Delalande, à l'initiative de la loi votée par le Parlement dans le cadre de la nouvelle majorité élue en 1986, appartenait de toute évidence à cette catégorie de décideurs qui pensent que la loi peut contraindre l'économie. Se fondant sur la vision française classique telle qu'elle résulte de la loi de 1973, et surtout de la loi de 1975 sur le licenciement économique, il a proposé à l'Assemblée Nationale une disposition devant pénaliser les entreprises qui licencieraient les salariés âgés de 50 ans et plus, sous le prétexte humaniste et empreint de bons sentiments selon lequel ces salariés éprouveraient davantage de difficultés que des personnes moins âgées pour retrouver du travail. Ce texte devait survivre vingt ans, subir une modification importante en décembre 1999 avant d'être supprimé, en raison de ses effets catastrophiques et totalement contraires à l'idée de ses promoteurs, au 1^{er} janvier 2008⁵⁷⁵. À partir de 1987, l'entreprise doit donc payer aux Assedic trois mois de salaire brut complémentaires dans l'hypothèse du licenciement d'un salarié de plus de 50 ans : la pénalité va s'aggravant en fonction de l'âge du salarié.

Le mécanisme mis en place en 1987 et devenu l'article 321-13 ancien du code du travail⁵⁷⁶ prévoyait que toute rupture du contrat de travail d'un salarié de plus de 50 ans entraînait le

⁵⁷⁵ La loi Delalande est en effet modifiée le 8 janvier 1999 puis supprimée par la loi du 30 septembre 2006 avec effet retardé au 1^{er} janvier 2008 (loi n° 2006-1770 du 1^{er} janvier 2008).

⁵⁷⁶ Article 321-13 ancien du code du travail :

Toute rupture du contrat de travail d'un salarié d'un âge déterminé par décret ouvrant droit au versement de l'allocation d'assurance prévue à l'article L.351-3 entraîne l'obligation pour l'employeur de verser aux organismes visés à l'article L.351-21 une cotisation dont le montant est fixé par décret dans la limite de douze mois de salaire brut calculé sur la moyenne mensuelle des salaires versés au cours des douze derniers mois travaillés. Ce montant peut varier selon l'âge auquel intervient la rupture et la taille de l'entreprise concernée. Cette cotisation n'est pas due dans les cas suivants :

1°) Licenciement pour faute grave ou lourde ;

1°bis) Licenciement en cas de refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail consécutive à une réduction de la durée du travail organisée par une convention ou un accord collectif ;

2°) Licenciement résultant d'une cessation d'activité de l'employeur, pour raison de santé ou de départ en retraite, qui entraîne la fermeture définitive de l'entreprise ;

3°) Rupture du contrat de travail, par un particulier, d'un employé de maison ;

4°) Licenciement visé à l'article L.321-12 ;

5°) Démission trouvant son origine dans un déplacement de la résidence du conjoint, résultant d'un changement d'emploi de ce dernier ou de départ en retraite du conjoint ;

6°) Rupture du contrat de travail due à la force majeure ;

7°) Rupture du contrat de travail d'un salarié qui était lors de son embauche âgé de plus de 50 ans et inscrit depuis plus de trois mois comme demandeur d'emploi, lorsque l'embauche est intervenue après le 9 juin 1992 et avant le 28 mai 2003 ;

7°bis) Rupture du contrat de travail d'un salarié qui était lors de son embauche âgé de plus de 45 ans, lorsque l'embauche est intervenue au plus tôt le 28 mai 2003 ;

8°) Première rupture d'un contrat de travail intervenant au cours d'une même période de douze mois dans une entreprise employant habituellement moins de vingt salariés ;

paiement par l'entreprise d'une cotisation au bénéfice des Assedic, qui venait s'ajouter aux indemnités légales et conventionnelles. Certes, la pénalité Delalande n'était pas due lorsque le salarié adhère à la convention de conversion que l'employeur était dans l'obligation de lui proposer dans le cadre du licenciement économique. En effet, la convention de conversion entraînait un abandon par le salarié de ses indemnités de préavis au profit d'une meilleure indemnisation de sa période de chômage. Mais à partir de la réforme de 1999, ce cas a été exclu et le paiement de la contribution Delalande est devenu obligatoire pendant 9 ans.

3.2.3. Le coût différé obligatoire, prévisible et réductible : le coût de la rupture conventionnelle

Nous avons décidé de consacrer un paragraphe spécifique au coût de la rupture conventionnelle, en raison de la création en 2008 d'un mode de rupture spécifique qui vient modifier à la fois :

- le mécanisme de la législation sur la protection de l'emploi, tel que nous l'avons vu,
- la problématique des coûts objet de notre recherche.

Comme son nom l'indique, la rupture conventionnelle renvoie spécifiquement à la convention, c'est-à-dire au contrat, dans une logique civiliste qui est objectivement en rupture avec l'ensemble des dispositifs légaux mis en œuvre depuis le début du XX^e siècle. Elle brise le mécanisme impitoyable pour l'entreprise des lois de 1973 et 1975, tels que nous les avons décrits en permettant aux deux partenaires contractuels d'échapper aux garanties de procédure et de fondement.

9°) Licenciement pour inaptitude lorsque l'employeur justifie, par écrit, de l'impossibilité où il se trouve de donner suite aux propositions de reclassement du médecin du travail ou lorsque l'inaptitude à tout poste dans l'entreprise a été constatée par le médecin du travail ;

10°) Rupture du contrat de travail d'un salarié dont l'embauche est intervenue après la date de publication de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

Toutefois, lorsque l'un des salariés visés à l'alinéa précédent est reclassé sous contrat à durée indéterminée dans les trois mois suivant l'expiration du délai-congé prévu aux articles L.122-5 et suivants, l'employeur peut demander aux organismes visés à l'article L.351-21 le remboursement du versement prévu au premier alinéa du présent article. Cette cotisation n'est pas due dans le cas où le salarié bénéficie des allocations spéciales prévues par le 2° de l'article L.322-4.

Les dispositions de l'article L.352-3 sont applicables à la cotisation prévue au premier alinéa du présent article.

Pour cette raison, le texte nouveau contrarie les puristes des trois garanties. Ils estiment que la seule garantie d'indemnisation subsiste, en face d'une trop légère garantie de procédure (le respect d'un formalisme allégé et le contrôle superficiel et lointain de l'inspection du travail), et de la disparition totale de la garantie de fondement (le commun accord évacue la mention d'un motif spécifique qui serait soumis au contrôle d'une juge). Ils considèrent donc que la garantie d'indemnisation sera naturellement allégée puisque la pression des deux autres garanties est réduite à néant. L'argument est de poids, et dans le cadre de notre réflexion, il mérite naturellement que nous nous y arrêtons afin de vérifier si le coût du travail sera ou non impacté par ce texte, sur lequel nous bénéficions désormais de dix années de recul.

Première observation : le système a immédiatement obtenu un succès d'estime et des centaines de milliers de ruptures conventionnelles sont venues se substituer aux licenciements pour cause réelle et sérieuse ou pour faute grave. Le management a repris la main sur les processus de rupture, contre les structures externes que sont les syndicats (et leur système de ponction sur les DI des salariés qu'ils assistent), les avocats⁵⁷⁷ et les juridictions prudhommales et leur immixtion dans le fonctionnement de l'entreprise.

Seconde observation : la loi nouvelle se situe pleinement dans la logique de la réflexion de Williamson sur la dissymétrie de puissance entre les deux parties du contrat. Les néomarxistes, qui raisonnent encore en termes de lutte des classes, expliquent que la suprématie économique de l'entreprise est de nature à faire peser sur le salarié une pression telle qu'il est disposé à accepter n'importe quelle négociation. Nous en revenons ainsi aux discussions idéologiques sur les textes de 1973 et 1975, à la nécessité de l'intervention de dispositions d'ordre public et au rôle de l'État, médiateur ou policier, qui vient renforcer la partie la plus faible au contrat de travail par le biais de dispositifs contraignants.

En fait, la révolution technologique a profondément modifié les données de la situation qui préexistait aux textes de 1973 et 1975. Au XIX^e siècle et sur toute une partie du XX^e, il est certain que le salarié ne disposait pas des mêmes éléments que l'entreprise pour négocier le contrat de travail et le suivre au cours de son déroulement. Il est clair que la dissymétrie

⁵⁷⁷ Avec l'expression d'un désespoir profond au sein de la profession d'avocats, qui a vu se réduire une cause de contentieux vitale pour elle, et un effondrement des saisines prudhommales

d'information relevée par Williamson existait, et qu'en dépit de l'assistance des interfaces technologiquement séparables telles que les syndicats, elle pesait sur le fonctionnement contractuel en défaveur de l'ouvrier ou de l'employé. Mais la révolution numérique a bouleversé ces données. Au niveau de l'information, la dissymétrie est réduite, sinon abolie. Au niveau des armes de négociations dans le cadre de la rupture du contrat, le salarié dispose d'éléments, grâce au fonctionnement numérique dont il ne disposait pas hier, en particulier dans les services.

Il est certain que ces informations contre l'entreprise, qui vont de la simple utilisation optimale des données du postes de travail jusqu'à l'espionnage le plus poussé des données comptables et financières ou des données de production, en transformant le salarié en « donneur d'alerte », ou dans un cadre plus trivial en maître chanteur dans la seule perspective de la rupture avantageuse du contrat de travail, est de nature à modifier la donne classique. Aujourd'hui, les pires ennemis de l'entreprise qui veut protéger ses process de production ou quelques éléments comptables et économiques qui se situent à la limite de la fraude sont dans l'ordre le téléphone portable et son *bluetooth*, et la clef usb.

3.2.4. Les avantages de la rupture conventionnelle pour l'entreprise

Troisième observation : quelle est la portée de la réforme au niveau du coût du travail ?

Cette portée n'est pas encore clairement observable sur des éléments et une échelle satisfaisante. Nous reprenons les **4 éléments opposables à la rupture** (à l'exception évidemment de la pénalité Delalande et de l'indemnité de départ en retraite).

Nous observons tout d'abord que dans le cadre d'un processus de rupture conventionnelle dans lequel l'entreprise est davantage en demande que le salarié, elle est évidemment incitée (sinon contrainte) à verser classiquement les indemnités légales (préavis et CP sur préavis outre l'indemnité de licenciement) et une somme globale à titre de dommages et intérêts. La somme peut dépasser le plancher des six mois prévus par le code du travail avant les ordonnances Macron de septembre 2017⁵⁷⁸, sans difficulté. Nous avons donc réuni les éléments numéro 1 et 2 qui ressortent de la liste des coûts différés obligatoires. Nous conservons la portabilité, mais nous écartons les coûts de conseil et les coûts de gestion

⁵⁷⁸ Nous rappelons que ce travail est finalisé avant la parution des ordonnances Macron.

externe, et nous réduisons les coûts de gestion interne du processus de rupture (éléments 4 et 5).

Concernant les coûts différés exceptionnels, dont nous avons déjà mentionné un élément (les dommages et intérêts qui intègrent le protocole de rupture), nous devons souligner le caractère plus déterminant encore. L'entreprise échappe en effet au risque de pénalité administrative qui n'apparaît que dans le cadre de la procédure prudhomme et qui n'est donc qu'un effet d'une décision de justice (élément numéro 2). Elle réduit les frais de conseil externe et elle lisse les frais de gestion interne ou le temps du chef d'entreprise.

L'avantage de la loi de 2008 instaurant la rupture conventionnelle peut donc être évalué pour la firme avec les critères suivants :

- absence de risque sur le déroulement du processus de rupture et sa bonne fin ;
- évitement de l'ensemble des garanties de procédure de la loi de 1973 ;
- absence de risque sur le plafond de la somme consentie à titre global, comprenant à la fois les indemnités légales ou conventionnelles et les dommages et intérêts ;
- dans la même logique, minimisation des sommes versées à titre de salaires ou accessoires de salaire, donc soumises à cotisations et charges, par une transformation possible en dommages et intérêts et en échappant à la pénalité de 45 % des charges⁵⁷⁹. Ce type de négociation peut intervenir en particulier dans le cadre de rappel d'heures supplémentaires ou de discussion sur le niveau du salaire par exemple ;
- mise à néant des frais de conseil externe ;
- réduction des frais de gestion des processus et /ou procès de rupture en interne (temps du chef d'entreprise et temps du service RH).

En effet, l'entreprise doit exposer des frais de gestion interne des processus de rupture qui demandent à la fois du temps et de la compétence, si aucun recours n'est demandé auprès d'un cabinet extérieur. Sur une procédure simple en matière de rappel de salaires et de rupture pour un salarié d'une dizaine d'années d'ancienneté, l'économie en matière de coûts

⁵⁷⁹ Mais attention aux dispositions sur le CSG : la contribution sociale généralisée (CSG) est un prélèvement obligatoire -dit proportionnel- créé en 1991, qui participe au financement de la sécurité sociale, et, depuis 2018, de l'assurance chômage, à la place des cotisations prélevées sur les salaires.

pour l'entreprise et donc de coût du travail au regard de la situation du salarié qui déclenche le contentieux sera constitué de la façon suivante ;

- économie sur les charges sociales afférentes aux rappels de salaires transformés en dommages et intérêts (45 % en volume du montant négocié),
- économie en frais de conseil externe, de l'ordre de 4.000 € HT,
- éventuellement, un mois de salaire d'économie sur les six mois de DI.

Il ne s'agit donc pas d'un avantage exceptionnel. Mais au niveau de la rationalité micro-économique de l'entreprise, il existe un avantage certain dans la logique de notre perception qui tient à ce que la rupture du contrat soit immédiatement concrétisée par un coût qui peut être affecté en toute transparence à un salarié déterminé.

Nous avons donc révélé six avantages notables pour l'entreprise, même s'ils ne sont pas nécessairement déterminants sur l'aspect micro-économique du coût du travail.

Mais surtout, (septième avantage) l'entreprise gagne en fluidité de gestion de son personnel et en immédiateté de réponse à un phénomène de crise. Si elle parvient à protocoliser les ruptures dans le cadre d'une difficulté conjoncturelle ou structurelle qui devrait amener au processus de licenciement économique tel que nous l'avons décrit, son gain est alors notable.

Son gain en coût du travail est donc caractérisé par le fait qu'elle va économiser, en aval du processus de rupture conventionnelle, des sommes considérables par salariés concernés, non pas nécessairement sur le plan individuel : il est possible que le montant qu'elle accorde par protocole de transaction soit équivalent, voire supérieur à celui qu'elle aurait accordé dans le cadre d'un licenciement économique classique, validé par l'inspection du travail et le fonctionnement des IRP⁵⁸⁰, mais lorsque l'on sait que dans une PME de plus de 50 salariés qui dispose d'un comité d'entreprise, entre la date de la décision de recours à un licenciement économique collectif et la date de l'effet de ce licenciement (par le paiement du dernier mois de préavis au bénéfice du salarié licencié), il peut se passer 10 à 12 mois, l'avantage apparaît clairement.

⁵⁸⁰ Nous reviendrons sur la problématique des IRP.

Cette façon d'appliquer la loi sur la rupture conventionnelle permet de mettre à néant les 10 à 12 mois de période de latence pendant laquelle s'expriment les IRP, cette expression visant à obtenir une amélioration des conditions de départs, et surtout de maintenir au détriment de l'entreprise pendant une période de plusieurs mois des emplois qui ne sont plus utiles au processus de production, mais qui sont encore utiles, évidemment, au salarié concerné qui reçoit son salaire et augmente ses droits d'ancienneté.

Nous estimons le gain de l'entreprise à six mois de salaires (et charges) au moins, dans ce type de circonstances.

3.2.5. L'avantage de la rupture conventionnelle pour le salarié

Lorsque le salarié est demandeur à la rupture, la computation des avantages et intérêts est évidemment différente. L'ordre des postes est inversé et les sommes en jeu seront moindres, sous réserve bien entendu des armes qu'a pu préserver le salarié et qui sont de même nature que celles que recommandait de préserver tout au long du déroulement du contrat Tiennot Grumbach dans son traité.

L'avantage pour le salarié est donc principalement :

- la rapidité d'exécution du processus de rupture et de récupération de la somme en jeu ;
- la mise à néant des frais de conseil : mise à néant que nous déconseillons fortement, tant il est certain que l'assistance d'un avocat sera de nature dans le cadre de la discussion directe avec la firme de permettre au salarié de rester au même niveau de discussion et d'information concernant la pratique de ce droit. Mais l'expérience a démontré que le salarié s'autonomisait au regard des avocats et qu'il estimait (à tort) pouvoir discuter directement, à égalité de force et de compétence avec la firme ;
- un débat ouvert sur la somme demandée ;
- dans la même logique, la minimisation des sommes versées à titre d'honoraires au bénéfice des avocats et/ou des syndicats de salariés, et, pour le moins, une augmentation de 10 % HT sur la somme reçue ;
- objectivement, un risque faute de conseil, sur l'ampleur de l'enjeu.

3.2.6. Conclusion : La loi de 2008 réduit objectivement le coût du travail, mais dans des proportions difficilement estimables à ce jour

En conclusion, nous considérons que la loi de 2008 qui instaure la rupture conventionnelle constitue une modification essentielle du droit du travail, un retournement au regard de la législation sur la protection de l'emploi. Elle est certainement la conséquence des rapports de tendance libérale remis au gouvernement de 2002 (fin de la période Jospin et de 22 ans de conformisme législatif) à 2008, première année de l'expression pleine et entière, hors cohabitation, d'un gouvernement de tendance libérale... depuis 1981. Cependant cette loi n'a pas été pensée comme un retournement, comme le confirment les critiques que nous avons exposées sur un texte aussi déterminant que le rapport Blanchard et Tirole⁵⁸¹. La loi n'est pas présentée comme une façon de réduire le coût du travail, voire même comme un élément nouveau qui pourrait entraîner la réduction de ce coût, puisque le coût lui-même n'est pas pensé par les différents acteurs ! Nous revenons ici à l'une de spécificités de l'exemple français et aux limites d'un éventuel travail prospectif qui devrait être réalisé sur les fondements d'un existant lui-même borné et fermé.

Et cependant, la loi nouvelle induit une réduction du coût du travail, laquelle ne sera pas mesurée puisque les éléments d'appréciation antérieurs n'étaient pas pris en compte, voire se trouvaient contestés par des acteurs majeurs. Nous retenons quatre éléments essentiels :

- L'économie en coût de fonctionnement (frais de conseil et temps passé du chef d'entreprise ou du service RH) ;
- Dans la même idée, l'économie global de coût du travail qui correction à la réduction de la période de gestion du licenciement, pendant laquelle le salarié est toujours présent dans l'entreprise et pèse donc sur les coûts ;
- L'émergence d'une possibilité de flexibilité de la gestion du personnel, en termes de réactivité au regard d'une difficulté de nature économique ou d'un besoin d'adaptation technique de l'appareil de production qui nécessite le licenciement d'une partie de salarié et éventuellement l'embauche de salariés différents formés à une nouvelle technologie ;
- La possibilité de réduire le coût différé obligatoire -qui donc ne l'est plus- et d'éviter l'impact du coût différé extraordinaire.

⁵⁸¹ En raison de leur sous-estimation radicale du coût du travail, et en particulier du coût du licenciement

3.3. Le poids financier du coût différé obligatoire

Nous avons souligné que la logique de la législation sur la protection de l'emploi reposait sur la pénalisation financière de l'entreprise, étant souligné que les paiements qui étaient déclenchés automatiquement par la mesure de licenciement avaient un double aspect :

- attribution d'un revenu sur une période spécifique, qui est celle de la fin du contrat de travail alors que la décision de rupture est déjà intervenue,
- et paiement d'une indemnité proportionnelle à l'ancienneté du salarié dans l'entreprise.

La période de prévenance, celle du préavis, au cours de laquelle le salarié est toujours rémunéré, s'est vue peu à peu transformée en complément d'indemnité par la pratique des entreprises, qu'il s'agisse des négociations directes avec le salarié ou des décisions unilatérales des firmes : elles dispensent le salarié de l'exécution de son préavis. En effet, les autorisations d'absence pour recherche d'emploi délivrées au salarié pendant la période du préavis sont de nature à perturber la production. D'autre part, lorsque le salarié est démissionnaire et exécute son préavis, l'entreprise n'est jamais certaine de sa loyauté. Mais lorsqu'il est licencié, il en est de même : elles craignent sinon un sabotage, du moins l'emport de document ou la diffusion d'un mauvais esprit dans les équipes qui côtoient ce salarié. La pratique des copies pirates de données confidentielles par nature conduit les entreprises à brusquer les ruptures de telle façon que le salarié ne soit même pas en possibilité de revenir sur son lieu de travail et de procéder à ce genre de copie sur son poste informatique. En conséquence, les salariés se voient dispensés de l'exécution de leur préavis⁵⁸² ce qui revient ainsi à leur conférer une indemnisation complémentaire de deux mois.

L'indemnité de licenciement, prévue désormais par l'article L.1234-9 du code du travail, ne peut être inférieure à une somme calculée par année de service dans l'entreprise et tenant compte des mois de service accomplis au-delà des années pleines. Elle ne peut être inférieure à 1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent 2/15^{èmes} de mois au-delà de 10 ans d'ancienneté⁵⁸³. Le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule plus avantageuse pour le salarié, soit le

⁵⁸² C'est un conseil de prudence récurrent de la part des avocats.

⁵⁸³ Articles R.1234-1 à R.1234-4 du code du travail.

12^{ème} de la rémunération des 12 derniers mois précédant le licenciement, soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification exceptionnelle, versée au salarié pendant cette période de trois mois, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé au *prorata temporis*, c'est-à-dire sur trois mois.

Le droit à l'indemnité de licenciement est ouvert, hors bien entendu les cas de faute grave ou de faute lourde, après une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur depuis la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008. Le texte précédent prévoyait que l'indemnité de licenciement ne pouvait être versée avant deux ans d'ancienneté révolus et correspondait à un dixième de mois par année de présence.

L'indemnité de préavis, même si elle est versée en une seule fois à titre indemnitaire, est néanmoins traitée comme un salaire, c'est-à-dire soumis aux charges sociales et générant des congés payés, alors que l'indemnité de licenciement est exempte de charges de toute nature.

3.3.1. Premier élément, l'augmentation tendancielle du coût différé obligatoire

Nous soulignons tout d'abord l'augmentation tendancielle de l'indemnité de licenciement au cours de ces dix dernières années, dans le cadre d'un processus subreptice. Il s'agit donc du renforcement de la garantie d'indemnisation, en opposition totale au discours officiel⁵⁸⁴.

Élément essentiel de la garantie d'indemnisation dans le cadre de la loi de 1973, l'indemnité de licenciement n'était due au salarié qu'au terme de deux ans de présence dans l'entreprise. Au cours de ces dix dernières années, elle a été augmentée par deux effets conjoints :

- la réduction de l'amplitude du temps de présence du salarié nécessaire à son exigibilité (de deux ans à huit mois) ;
- et l'augmentation de son mode de calcul (de 10 % à 25 % du salaire de référence).

Il convient de rappeler brièvement les étapes de cette évolution afin de démontrer l'ambivalence de la politique des pouvoirs publics concernant la problématique des coûts du travail. Concernant les coûts différés obligatoires, d'un côté le discours officiel tend à démontrer la réduction du coût, par le vote et l'application de la loi de 2008 sur la rupture

⁵⁸⁴ Le phénomène ne sera pas démenti par les ordonnances Macron-Philippe de septembre 2017.

conventionnelle. De façon indiscutable, cette loi réduit le risque pour l'entreprise et en particulier le risque lié aux coûts différés exceptionnels résultant des procédures de contestation des causes de rupture.

Mais parallèlement, l'indemnité de licenciement croît en valeur et son droit à la perception pour le salarié s'ouvre de façon plus précoce. Ainsi, l'ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, art. 14, et la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 maintiennent la durée de deux ans nécessaires. Mais la loi 2008-596 du 25 juin 2008 dans son article 4 réduit la durée à un an et le texte du 24 septembre 2017 (9 ans plus tard) réduit la durée d'ancienneté au terme de laquelle l'indemnité devient exigible à huit mois.

L'article R.1234-2, tel qu'il résultait du décret n°2008-244 du 7 mars 2008, disposait que dans le cas d'un licenciement pour motif personnel, l'indemnité de licenciement ne pouvait être inférieure à un dixième de mois de salaire par année d'ancienneté. À partir de dix ans d'ancienneté, cette indemnité minimum s'élève à un dixième de mois de salaire plus un quinzième de mois par année d'ancienneté au-delà de dix ans, sauf bien entendu convention collective plus favorable et le florilège des conventions permettait d'apprécier les concessions réalisées au fil du temps par des syndicats patronaux peu soucieux des finances de leurs PME. Nous citons ainsi celles de l'industrie chimique ou de la métallurgie, des notaires ou encore des avocats.

La situation était relativement stable depuis 1973, mais au cours de ces dix dernières années, la base est passée de 10 % à 20 % du salaire de référence. Modifiée par décret n°2008-715 du 18 juillet 2008, l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté. À nouveau modifiée par le texte de 2017, elle passe à 25 % de la base, c'est-à-dire du salaire de référence.

En conséquence, le salarié qui bénéficiait d'un salaire de référence de 2.000 € et d'une ancienneté de 10 ans percevait au titre de l'indemnité de licenciement :

- 1/10^e de 2.000 € = 200 € x 10 ans, soit 2.000 € de 1973 à 2008,
- 1/20^e de 2.000 € = 400 € x 10 ans, soit 4.000 € de 2008 à 2017,
- 1/25^e de 2.000 € = 500 € x 10 ans, soit 5.000 € à partir de 2017.

L'indemnité légale de licenciement a donc été plus que doublée en 10 ans.

La dernière augmentation résulte des ordonnances Macron-Philippe et constitue une contrepartie aux autres dispositions de ces textes qui tendent à générer une plus grande flexibilité de l'emploi en France.

En dix ans, les conditions d'éligibilité à l'indemnité de licenciement passent donc de deux ans à huit mois, le montant de 10 à 25 % du salaire de référence ce qui accroît mécaniquement le coût du travail dans le cadre des processus de rupture.

3.3.2. Second élément : l'impact des conventions collectives

Pour donner corps à notre propos dans le cadre de la problématique du coût du travail, il nous semble indispensable d'aller au-delà de cette simple présentation et nous avons présenté un calcul de l'indemnité légale de licenciement sur la base du texte applicable depuis le 18 juillet 2008⁵⁸⁵.

Nous avons effectué une première approche sur la base du simple régime légal et une seconde en choisissant un régime conventionnel concernant un nombre important de salariés, en l'occurrence la convention de la métallurgie. Ces exemples sont chiffrés et adaptés à un salarié-type, ouvrier.

Nous avons considéré que ce salarié payé 2.000 € nets par mois, soit 2.840 € brut, est licencié pour cause réelle et sérieuse, licenciement fondé sur un motif personnel. Nous estimons que notre salarié a dix ans, jour pour jour, de présence dans l'entreprise, laquelle le dispense de l'exécution de son préavis.

Au titre du préavis, l'entreprise devra payer la somme de 5.680 €, correspondant à deux mois de salaire, outre une somme de 568 € au titre des congés payés sur le préavis, soit 6.248 € chargés.

Son indemnité de licenciement correspondant au régime légal impose un calcul correspondant à 1/5^{ème} d'année de salaire par année d'ancienneté, le calcul est le suivant : $2.840/5 = 568 \times 10 = \mathbf{5.680 \text{ €}}$.

⁵⁸⁵ Il est à préciser que les avantages conventionnels qui vont être présentés étaient plus notables encore alors que la base était non pas de 20 % mais de 10 %, c'est-à-dire dans la situation antérieure au 18 juin 2008, qui a perduré de juillet 1973 à juillet 2008, soit pendant 35 ans.

Si notre salarié avait 15 ans d'ancienneté, il conviendrait d'ajouter $2/15^{\text{èmes}}$ de mois par année au-delà des dix ans, soit $2.840/15=189,33 \times 2 = 378,66 \times 5$ ans d'ancienneté = 1.893 € ; l'indemnité serait de 5.680 + 1893 soit une somme totale de **7.573 €**.

Ainsi dans le premier cas, le licenciement pour cause réelle et sérieuse coûte à l'entreprise la somme de 6.248 + 5.680 soit **11.928 €**, ce qui correspond à six mois de salaire et un peu plus de trois mois de salaire brut chargé.

Dans le second cas, elle coûte le complément d'indemnité de licenciement sur cinq ans à hauteur de $2/15^{\text{èmes}}$ de mois par année de présence, soit une somme de 1.893 € complémentaire, soit **13.821 €**.

En fonction de l'ancienneté acquise par le salarié, cette somme augmentera régulièrement.

Si le salarié est cadre, la base du calcul est différente, et son salaire sera par exemple de 3.000 € nets soit 4.350 € chargés. Il bénéficiera d'un préavis de trois mois et d'une augmentation des congés payés sur préavis à due concurrence.

3.3.3. Le cas d'un cadre relevant de la convention collective de la chimie, à l'époque où l'indemnité légale de licenciement était limitée à un dixième du salaire de référence par année d'ancienneté

Nous avons choisi d'exposer le cas d'un cadre relevant de la convention collective de la chimie : le coût de l'opération devient plus conséquent si la convention collective fait bénéficier le salarié d'un avantage spécifique.

Ainsi, la Convention Collective de la Chimie, avenant Ingénieurs et Cadres, prévoit dans son article 14 un calcul spécifique de son indemnité de licenciement lorsque celle-ci était limitée par la loi à un dixième de mois par année de présence.

À partir de deux ans de présence dans l'entreprise, le cadre licencié perçoit $4/10^{\text{èmes}}$ de mois par année de présence, pour la tranche d'ancienneté allant de 0 à 10 ans. Au-delà, c'est-à-dire pour la tranche d'ancienneté de 10 à 15 ans, il perçoit $6/10^{\text{èmes}}$ de mois par année de présence. Puis, au-delà de 15 ans, il perçoit $8/10^{\text{èmes}}$ de mois.

Si le cadre concerné est âgé de plus de 45 ans et s'il a plus de 5 ans d'ancienneté, l'indemnité est systématiquement majorée d'un mois.

Elle est majorée de deux mois pour les cadres qui dépassent l'âge de 55 ans. Nous notons que le système mis en œuvre par la convention collective de la chimie a pour objectif d'indemniser fortement l'ancienneté du salarié dans la perspective d'un licenciement. Elle correspond pleinement à la logique de pénalisation financière de la législation sur la protection de l'emploi.

Nous prenons l'exemple d'un cadre de 46 ans, qui cumule une ancienneté de 20 ans dans l'entreprise lorsqu'il est licencié. Au titre de l'indemnité de licenciement, il perçoit 4/10^{èmes} de mois par année de présence, soit sur 10 ans, 4 mois. Viennent s'ajouter 6/10^{èmes} de mois par année de présence sur la période de 10 à 15 ans, soit trois mois complémentaires. Puis, sur la période de 15 à 20 ans de présence, il va recevoir 8/10^{èmes} de mois, soit 4 mois. En conséquence, son indemnité de licenciement sera composée de 11 mois de salaire, auxquels viendra s'ajouter, s'il a plus de 45 ans, et puisqu'il a bien entendu plus de 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise, un mois complémentaire.

Il percevra donc au moment de son départ 3 mois de préavis avec les congés payés y afférents, outre 12 mois au titre de l'indemnité de licenciement, soit 15 mois de salaire, outre 7 jours et demi complémentaires au titre des congés payés acquis en fonction du préavis.⁵⁸⁶

En considérant par convention que ce cadre perçoit un salaire de 4.000 € net, soit 5.680 € brut, son solde de tout compte sera établi de la façon suivante :

- l'indemnité de licenciement portant sur 12 mois de salaire entraînera le paiement de la somme de 68.160 € ;
- au titre du préavis, ce cadre percevra 3 mois soit 12.000 € net ou 1.200 € au titre des congés payés, mais l'entreprise versera la somme de 17.040 € - en raison des charges- outre 1.704 € au titre des congés payés sur le préavis, soit une somme totale de 18.744 €.

La firme versera donc au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement et du préavis **une somme totale de 86.904 €**. Rapporté au salaire mensuel chargé de ce cadre, cela

⁵⁸⁶ On imagine que dans cette circonstance, il est dispensé de l'exécution du préavis et perçoit l'ensemble de ces sommes dans le cadre de son solde de tous comptes.

correspond pour lui à 21,7 mois de salaire net et pour l'entreprise à 15,3 mois de salaire brut complémentaire. **À cela s'ajoutera le coût de la mutuelle et de la prévoyance.**

3.3.4. Les disparités entre les situations des salariés relevant de conventions collectives radicalement différentes, avant le 1^{er} septembre 2017

Nous allons opposer dans cette comparaison la situation des salariés et des cadres relevant dans un premier temps de la convention collective de la métallurgie et dans un second temps de celle du commerce de gros. Il s'agit de deux activités économiques radicalement différentes, l'une de nature industrielle et l'autre de nature évidemment commerciale.

3.3.4.1. La convention de la métallurgie distingue trois catégories : ouvriers, agents de maîtrise et cadres.

Concernant l'indemnité de licenciement, celle-ci est envisagée dans les conditions suivantes, avant le 1^{er} septembre 2017⁵⁸⁷ :

- à partir de 2 ans de présence jusqu'à 5 ans : 1/10^{ème} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise ;
- à partir de 5 ans : 1/5^{ème} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise ;
- pour les mensuels, ayant plus de 15 ans d'ancienneté, il sera ajouté au chiffre précédent 1/10^{ème} de mois par année d'ancienneté au-delà de 15 ans ;
- l'indemnité de licenciement sera calculée sur la base de la moyenne des rémunérations des 12 derniers mois ;
- toutefois, pour les mensuels ayant moins de 5 ans d'ancienneté, ladite période sera limitée aux 3 derniers mois de présence.

CONVENTION DE LA MÉTALLURGIE ouvriers, agents de maîtrise et cadres		
ANCIENNETE	INDEMNITE DE LICENCIEMENT	BASE DE CALCUL
à partir de 2 ans de présence jusqu'à 5 ans	1/10 ^{ème} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise	3 derniers mois de présence
à partir de 5 ans	1/5 ^{ème} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise	Moyenne des rémunérations des 12 derniers mois
pour les mensuels, ayant plus de 15 ans d'ancienneté	Montant ci-dessus, plus 1/10 ^{ème} de mois par année d'ancienneté au-delà de 15 ans	

⁵⁸⁷ Nouvel article R.1234-2 du code du travail : ¼ de mois jusqu'à 10 ans par année de présence et ½ de mois à partir de 10 ans par année de présence.

Le préavis se déroule dans les conditions suivantes :

- 2 semaines pour les agents dont l'emploi est classé niveau I,
- 1 mois pour les niveaux II et III,
- 2 mois pour le niveau IV,
- 3 mois pour le niveau V.

Toutefois, la durée du préavis ne peut être inférieure à :

- 1 mois à partir de 6 mois dans l'entreprise,
- 2 mois à partir de 2 ans de présence.

PRÉAVIS AGENTS			
TEMPS DE PRESENCE	DUREE DE PRESENCE MINIMALE	CLASSEMENT EMPLOI AGENT	PREAVIS
Salarié : 6 mois au moins	1 mois	Niveau I	2 semaines
Salarié : à partir de 2 ans au moins	2 mois	Niveau II	1 mois
		Niveau III	1 mois
		Niveau IV	2 mois
		Niveau V	3 mois
		Niveau IV	2 mois
Ingénieur et cadre		Niveau V	3 mois

Mais c'est évidemment pour les cadres que le préavis revêt une importance particulière dans le cadre de cette convention car il va bien au-delà de la base légale en fonction de l'âge du cadre concerné.

- Position 1 et moins de 2 ans : 1 mois
- Position 1 et plus de 2 ans : 2 mois
- Tous les ingénieurs : 3 mois
- Âgé de 50 à 55 ans : 4 mois
- + de 55 ans : 6 mois

3.3.4.2. La convention collective du commerce de gros

Le préavis est classique : deux mois pour les salariés, trois mois pour les cadres. Mais concernant l'indemnité de licenciement, celle-ci est envisagée dans les conditions suivantes, avant le 1^{er} septembre 2017 :

Pour les ouvriers et agents de maîtrise :

- 1/5^{ème} pour moins de 10 ans d'ancienneté
- 1/5^{ème} + 2/15^{ème} pour les années au-delà de 10 ans.

Pour les cadres :

- Entre 1 et 5 ans de présence : 2/10^{ème} de mois ;
- Ayant + de 5 ans de présence : 3/10^{ème} dans la tranche 0 à 9 ans
4/10^{ème} dans la tranche 10 à 19 ans
5/10^{ème} à partir de 20 ans.

Lorsque le cadre est âgé de 50 ans révolus et compte au moins 15 ans d'ancienneté, l'indemnité est majorée de :

- 15 % entre 50 et 55 ans ;
- 20 % à partir de 55 ans.

CONVENTION COLLECTIVE COMMERCE DE GROS	
ANCIENNETE	INDEMNITE DE LICENCIEMENT
Entre 1 et 5 ans de présence	2/10 ^{èmes} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise
Plus de 5 ans de présence (0 à 9 ans)	3/10 ^{èmes} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise
Plus de 5 ans de présence (10 à 9 ans)	4/10 ^{èmes} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise
Plus de 20 ans de présence	5/10 ^{èmes} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise
Cadre âgé de plus de 55 ans révolus et 15 ans de présence	15 % en plus entre 50 et 55 ans
Cadre âgé de plus de 55 ans révolus et 15 ans de présence	20 % à partir de 55 ans

3.3.4.3. *La conclusion au regard de ces comparaisons*

Au regard de ces comparaisons, deux conclusions s'imposent :

- le régime conventionnel était, à l'époque de la limitation de l'indemnité légale à 10 %, un atout essentiel pour de nombreuses professions ;
- mais de grandes disparités existent entre les différentes professions et les différentes branches dans des conditions qui créent une notable différence de situation pour les salariés licenciés.

L'augmentation de l'indemnité légale de licenciement et son quasi doublement depuis 10 ans est de nature à limiter les avantages conventionnels, à condition bien entendu que les partenaires ne profitent pas de cette situation pour renégocier à la hausse des avantages conventionnels objectivement laminés par les effets de la loi. Ils tenteraient ainsi d'anéantir d'une part les effets de la loi (ordonnances Macron-Philippe de septembre 2017) qui visent

à aligner la situation de l'ensemble des salariés pour éviter les disparités entre les branches, et d'autre part de réduire le montant des dommages et intérêts dans le cadre de l'instauration d'un barème, de telle façon que ce qui serait perdu par l'effet du barème serait récupéré par les salariés dans le cadre de la négociation de nouveaux accords collectifs avec augmentation de l'indemnité de licenciement ou augmentation de la durée du préavis.

3.4. Les conséquences financières des coûts différés obligatoires pour l'entreprise

Ainsi, ce que nous avons qualifié de « *coûts différés obligatoires* » correspond à un complément du coût du travail de chaque salarié impliqué dans une tâche de production. Ils sont d'autant plus lourds pour l'entreprise que le salarié est ancien et âgé. La firme avait tendance à s'exonérer du coût en recourant à une gestion disciplinaire du contrat de travail.

3.4.1. Un coût différé obligatoire d'autant plus lourd à absorber que la situation économique est difficile et que le personnel à licencier est âgé et ancien dans l'entreprise

Ce « *coût différé obligatoire* » constitue un complément du coût du travail global du salarié relativement important. Il s'agit d'une augmentation dans la période postérieure à la fin du contrat de travail, d'autant plus sensible pour l'entreprise que celle-ci est une TPE ou une PME et qu'elle se trouve en situation économique difficile. Initialement, l'indemnité de licenciement avait pour objet de gratifier le salarié qui était resté un certain temps dans l'entreprise tout en l'incitant à la fidélité en dépit des propositions qui pouvaient lui être faites par ailleurs, sous-entendu par la concurrence. Elle était en quelque sorte un complément du salaire d'efficience. Au fil du temps et des crises, sous la pression des syndicats de salariés lors des négociations d'accords collectifs, l'indemnité de licenciement est devenue un élément du « statut » du salarié, dont l'objectif a changé.

Dans le cadre de la législation sur la protection de l'emploi, le nouvel objectif de la loi est de renchérir le coût de la rupture et de rigidifier l'emploi : l'indemnité de licenciement a dès lors une autre fonction sur la simple fidélisation du salarié. Elle est un des éléments de la garantie d'indemnisation. Elle doit renchérir le coût du licenciement : nous avons vu que ce renchérissement est constant depuis 2008. Elle doit permettre de déporter les ajustements en matière de main-d'œuvre sur les derniers entrants, quel que soit d'ailleurs le niveau de leur rémunération ou de leur productivité. Il s'agit du renforcement de la problématique *insiders/outsiders*. Les derniers arrivants des *insiders* sont en effet les moins coûteux en

matière de licenciement. Dans des branches telles que la chimie ou la métallurgie, l'indemnité de licenciement et le préavis ont toujours été des armes de dissuasion contre les ajustements de l'emploi, particulièrement efficaces dans la sphère des PME. Or l'augmentation de l'indemnité de licenciement dans son montant et l'avancement de sa date d'exigibilité est de nature à maintenir l'effet de coût en atténuant l'effet de déport des ajustements sur les entrants.

3.4.2. Un coût différé obligatoire dont les TGE tentent de s'exonérer par la gestion disciplinaire du contrat de travail

Concernant la très grande entreprise, il est toujours aisé de rétorquer que la masse financière représentée par les indemnités de préavis et de licenciement des quelque 15.000 salariés de l'usine de Flins de la société Renault qui ont quitté l'entreprise de 1984 à 2004 n'a finalement pas dissuadé la direction générale de procéder aux ajustements qu'elle estimait nécessaires. Dans le cadre d'une logique de production mondialisée, elle a transféré une partie de ses activités avec la sous-traitance corrélative en Europe de l'Est et au Maghreb.

L'argument est évidemment recevable : il n'en reste pas moins qu'à l'origine de ces décisions, comme aujourd'hui celle de la société Whirlpool⁵⁸⁸ qui décide de délocaliser son usine du Nord de la France vers la Pologne, l'existence d'un coût du travail, dans sa seule acception classique, sans l'adjonction des éléments dont nous nous prévalons dans cette recherche, constitue une charge telle, un risque tel en cas de difficulté économique compte tenu de la législation sur la protection de l'emploi, que les firmes préfèrent s'en débarrasser de façon définitive pour l'avenir.

Nous reprenons l'exemple de la société Renault et du site de Flins qui constitue l'une des références de cette recherche sur une longue période (1984-2014). Lorsque la marque au losange a décidé de réduire ses effectifs, elle a mené une politique résolue de gestion disciplinaire des contrats de travail parallèlement au montage de plans sociaux (1984-1990). Cette gestion disciplinaire visait à provoquer des licenciements pour faute grave, pour le moindre motif, afin d'éviter le paiement des indemnités de préavis et de licenciement au bénéfice des salariés ayant une forte ancienneté. Il existait donc bien une politique de la

⁵⁸⁸ Le siège de la société Whirlpool France Sas est situé au 11 Cours Valmy 92800 Puteaux. Elle a été créée le 06/07/1992 et elle est immatriculée sous le numéro 325041481 au greffe de Nanterre. Sa convention collective de référence est celle du commerce de gros des équipements électro-ménagers.

direction générale de l'entreprise qui visait à éluder le paiement du « coût différé obligatoire » : préavis et indemnité de licenciement. Car la firme avait parfaitement conscience que ce coût individuel, pour des salariés engagés dans les années 1960 à l'âge de 25 ans et licenciés dans les années 1984-1990 après 20 à 25 années d'ancienneté, était effectivement de nature à modifier sensiblement le coût réel du travail dans l'entreprise métallurgique.

C'est la raison pour laquelle, dans les années 1984-1990 en particulier, la section industrie du conseil de prudhommes de Poissy a été submergée de dossiers de licenciements disciplinaires concernant tant la société Renault que la société Talbot, devenue PSA. Chacun savait que la rigidité extrême des directions des ressources humaines de ces entreprises n'était que la contrepartie des adaptations de l'appareil de production. En outre, si Renault pouvait supporter, grâce à la puissance et à la technicité de son service juridique et de son service de ressources humaines, la lourde gestion de ces procédures, et grâce à sa puissance financière leurs conséquences pécuniaires éventuelles, il n'en était évidemment pas de même des entreprises sous-traitantes. Celles-ci devaient affronter les mêmes difficultés puisqu'elles étaient contraintes de réduire leurs effectifs, mais avec une technicité juridique et des ressources financières bien moindres. La convention collective de la métallurgie s'exerçait avec les mêmes rigueurs et les mêmes « *coûts différés obligatoires* », seuls *les coûts différés exceptionnels* pouvaient varier. Cette situation, conséquence directe des effets de seuil (plus ou moins de 11 salariés), n'est pas l'une des moindres anomalies de notre droit du travail actuel : la convention de la métallurgie s'applique dans les mêmes conditions à l'entreprise de plus de 11 salariés et à celle de plus de 1.000 ou de 20.000 salariés.

Il nous sera objecté qu'en raison de la législation sur les plans sociaux par exemple, il existe une différence juridique concernant la mise en œuvre de la législation sur la protection de l'emploi. Si cette remarque est exacte, il n'en reste pas moins que les conséquences financières au niveau des indemnités de licenciement et de préavis sont exactement les mêmes, alors que la puissance économique des entreprises est différente. Plusieurs de ces entreprises n'ont d'ailleurs pas survécu à cette période d'adaptation et ont été purement et simplement liquidées.

3.4.3. Le cumul des coûts différés obligatoires : illustration par un licenciement intervenu après 1998 et avant 2008, concernant un salarié de plus de 50 ans relevant de la convention collective de la métallurgie

Nous choisissons le cas d'un cadre de 55 ans et plus, ayant un salaire net de 3.000 € soit un salaire chargé de 4.350 €, licencié en 2001.

Concernant l'indemnité de licenciement sur la base du salaire brut de 3.500 €, celle-ci est envisagée dans les conditions suivantes, avant le 1er septembre 2017⁵⁸⁹ :

- À partir de 5 ans : 1/5^{ème} de mois à compter de la date d'entrée dans l'entreprise, soit $700 \text{ €} \times 15 = \mathbf{10.500 \text{ €}}$.
- Ayant plus de 15 ans d'ancienneté, il sera ajouté au chiffre précédent 1/10^{ème} de mois par année d'ancienneté au-delà de 15 ans soit :
 - De 15 à 25 ans : $700 \text{ €} \times 10 = \mathbf{7.000 \text{ €}}$
 - De 15 à 25 ans 1/10^{ème} supplémentaire soit $350 \times 10 = \mathbf{3.500 \text{ €}}$
 - Total de l'indemnité légale de licenciement : $10.500 \text{ €} + 7.000 \text{ €} + 3.500 \text{ €}$, soit **21.000 €**.

Concernant le préavis : 6 mois sur la base de 3.500 € soit une somme de 21.000 € à laquelle s'ajoute une somme de 2.100 € à titre des congés payés soit un total de 23.100 €.

Tableau du cumul des coûts différés obligatoires.			
Illustration par un licenciement intervenu après 1998 et avant 2008, concernant un salarié de plus de 50 ans relevant de la convention collective de la métallurgie, salaire brut 3 500 €, calcul avant le 1 ^{er} septembre 2017			
INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT			
TEMPS DE PRESENCE	PAIEMENT	MODE DE CALCUL	
À partir de 5 ans de présence	1/5 ^{ème} de mois	700 x 15	10 500
Plus de 15 ans d'ancienneté	plus 1/10 ^{ème} de mois		
De 15 à 25 ans		700 x 10	7 000
De 15 à 25	plus 1/10 ^{ème} supplémentaire	350 x 10	3 500
TOTAL		10 500 + 7 000 + 3 500	21 000
PRÉAVIS			
	6 mois	6 x 3 500	21 000
	congés payés 10 %	21 000 x 10 %	2 100
TOTAL			23 100

Au titre du coût différé obligatoire, le salarié perçoit une somme de 21.000 € plus 21.000 € plus 2.100 € au titre des congés payés sur préavis, soit une somme de 44.100 €.

⁵⁸⁹ Nouvel article R.1234-2 du code du travail : ¼ de mois jusqu'à 10 ans par année de présence et ½ de mois à partir de 10 ans par année de présence.

Mais l'entreprise règle une somme totale de :

- Indemnité de licenciement conventionnelle ...	21.000 €
- 23.100 € de préavis, plus CP sur préavis, le tout chargé ...	28.710 €
- <i>Sous-total N° 1 ...</i>	49.710 €
- Pénalité Delalande : 6 mois de salaire brut ...	21.000 €
- <i>Sous total N° 2 ...</i>	70.710 €
- Coûts de gestion forfaitisés ...	3.000 €
- Total des coûts différés obligatoires ...	73.710 €
- Rapport au salaire net du salarié ...	24,6 mois de salaire
- Rapport au salaire brut chargé ...	17 mois de salaire

CHAPITRE DEUXIÈME

LA NOMENCLATURE DES COÛTS OCCULTES

SECONDE CATÉGORIE :

LES COÛTS DIFFÉRÉS EXCEPTIONNELS

Les coûts différés exceptionnels se caractérisent principalement par le fait qu'ils résultent non pas de la décision du chef d'entreprise, mais d'une décision de justice au terme d'un procès : jugement de CPH ou arrêt de cour d'appel. Ils concrétisent l'impact du fonctionnement institutionnel contraignant sur l'entreprise. La loi donne pouvoir au juge de se substituer au chef d'entreprise pour qualifier l'une de ses décisions de gestion d'une part, et pour en apprécier le coût pour l'entreprise d'autre part, le tout sans considération pour les conséquences pouvant en résulter pour l'outil de travail et la collectivité des salariés restant dans l'entreprise ; le juge n'apprécie en effet que la situation individuelle du salarié qui est déferée à son contrôle.

1. Présentation de la notion de coûts différés exceptionnels

Cette catégorie se décompose elle-même en cinq sous-catégories, dont les trois premières sont la conséquence directe de la décision de justice. Les deux autres n'en sont que la conséquence indirecte, l'impact sur le fonctionnement de l'entreprise pendant la durée du procès :

- des dommages et intérêts, constitués par les sommes attribuées au salarié par la décision du juge pour compenser le préjudice résultant de la rupture de son contrat de travail en raison de la faute de la firme, le licenciement étant considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse. Il s'agit de la liaison entre la garantie de fondement (absence de cause)

et la garantie de procédure (montant important de l'indemnisation en raison de la gravité de la faute commise par l'entreprise à l'encontre du salarié). Ces montants sont indemnitaires. Ils sont appréciés en fonction de deux critères :

- le préjudice subi par le salarié, qui est censé être faible si celui-ci présente :
 - moins de deux ans de présence dans l'entreprise,
 - ou si celle-ci comporte moins de 11 salariés.
- le préjudice est fixé par la loi à un plancher sous lequel le juge ne peut descendre, d'au moins six mois de salaire :
 - si le salarié a plus de deux ans de présence,
 - dans une entreprise de plus de 11 salariés (avant la réforme des ordonnances de 2017 qui fixent un barème).
- des pénalités complémentaires de nature administrative (remboursement au bénéfice de Pôle Emploi à hauteur de six mois de salaire des indemnités versées par le Pôle Emploi au salarié injustement licencié), si le licenciement est déclaré sans cause réelle et sérieuse ;
- l'affectation à l'entreprise des frais de justice du salarié ;
- le coût interne de gestion, résultant de l'implication personnelle du chef d'entreprise ou de celle de son service des ressources humaines ;
- les coûts externes de gestion et de conseil - avocat- , souvent importants, résultant de la phase judiciaire de la rupture du contrat de travail.

2. Une sanction indemnitaire au bénéfice du salarié et une sanction administrative

Les « *coûts différés exceptionnels* » se caractérisent tout d'abord par leur origine. Ils ne résultent pas d'une décision de gestion du chef d'entreprise, telle que le licenciement d'un salarié pour cause réelle et sérieuse avec ses conséquences immédiates, l'obligation de régler les coûts différés obligatoires. Les « *coûts différés exceptionnels* » résultent d'une conjonction de deux circonstances :

- La décision du salarié de contester judiciairement la cause de la rupture de son contrat de travail,
- La décision du juge judiciaire de première instance ou d'appel.

Ils caractérisent l'impact d'un fonctionnement institutionnel organisé pour contraindre l'entreprise et marque une déviation, spécifique à la France par son ampleur, aux principes de l'économie libérale. En effet, la loi donne pouvoir au juge de se substituer au chef d'entreprise pour requalifier l'une de ses décisions de gestion. Elle lui confère en outre le droit de déterminer une indemnisation au bénéfice de l'ex-salarié qui l'a saisi d'une contestation sur la cause de la rupture et, partant, sur les conséquences financières de cette rupture.

La seconde particularité de ces coûts résulte dans le fait que le juge qui les décide ne statue que sur le cas particulier du salarié concerné et qu'il n'a aucune obligation de considération pour l'outil de travail, la collectivité des salariés restant dans l'entreprise et bien entendu les propriétaires du capital. Il n'apprécie que la situation individuelle déferée à son contrôle.

Cette seconde catégorie de coûts occultés se décompose elle-même en cinq sous-catégories dont les trois premières sont la conséquence directe de la décision de justice. Les deux autres n'en sont que la conséquence indirecte, résultant de l'impact du déroulement de la procédure et de sa gestion sur le fonctionnement de l'entreprise.

Les 5 catégories sont les suivantes :

- les dommages et intérêts prévus par la loi du 13 juillet 1973 et alloués aux salariés sur le fondement soit de l'article 122-14-5 du code du travail, si le salarié a moins de deux ans de présence ou si l'entreprise comporte moins de 11 salariés, sur le fondement de l'article 122-14-4 du code du travail si le salarié a plus de deux ans de présence dans une entreprise de plus de 11 salariés. Ces dommages et intérêts sont acquis lorsque le licenciement est requalifié par le juge et considéré sans cause réelle et sérieuse. Nous rappelons que nous considérons la législation antérieure aux ordonnances dites Macron du 22 septembre 2017.
- les pénalités complémentaires, de nature administrative, à savoir le remboursement au bénéfice de Pôle Emploi, à hauteur de 6 mois, des indemnités versées au bénéfice du salarié dont le licenciement a été déclaré sans cause ;

- l'affectation à l'entreprise des frais de justice exposés par le salarié, c'est-à-dire l'article 700 correspondant globalement à ses frais d'avocats.

Puis nous abordons les deux coûts complémentaires :

- le coût interne de gestion résultant de l'implication personnelle du chef d'entreprise ou de celle du service des ressources humaines,
- les coûts externes, qui sont essentiellement des coûts de conseil, c'est-à-dire les honoraires d'avocat, auquel l'entreprise a dû faire appel.

2.1. La notion de coût différé exceptionnel

2.1.1. La position de la doctrine dans les années qui suivent le vote de la loi

Tiennot Grumbach⁵⁹⁰ estime que l'indemnité plancher de six mois prévue par l'article L.122-114-4⁵⁹¹ est une sorte d'amende civile qui se situe dans le prolongement de la garantie que les entreprises vont licencier de manière de plus en plus fréquente, pour faute lourde ou pour faute grave afin d'éviter le paiement des indemnités de licenciement et de préavis,

⁵⁹⁰ Tiennot Grumbach, *La défense prud'homale*, éditions APIL 1978.

⁵⁹¹ Article L.122-14-4 Modifié par Loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 - art. 77 JORF 19 janvier 2005, Abrogé par Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 - art. 12 (VD) JORF 13 mars 2007 en vigueur au plus tard le 1^{er} mars 2008 Si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure requise à la présente section, mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ; si ce licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité. Cette indemnité, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité prévue à l'article L.122-9. Lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L.321-4-1, il peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié. Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le tribunal octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois.

Le tribunal ordonne également le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié licencié du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié concerné. Ce remboursement est ordonné d'office par le tribunal dans le cas où les organismes concernés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées. Une copie certifiée conforme du jugement est adressée par le secrétariat du tribunal à ces organismes. Sur le fondement de ce jugement et lorsque celui-ci est exécutoire, les institutions qui versent les allocations de chômage peuvent poursuivre le recouvrement des indemnités devant le tribunal d'instance du domicile de l'employeur et selon une procédure fixée par décret. Dans les mêmes conditions, lorsque le licenciement est jugé comme ne résultant pas d'une faute grave ou lourde, une copie du jugement est transmise à ces organismes.

Lorsque le salarié est inclus dans un licenciement collectif pour motif économique et que la procédure requise à l'article L.321-2 n'a pas été respectée par l'employeur, le tribunal doit accorder au salarié une indemnité calculée en fonction du préjudice subi. En cas de non-respect de la priorité de réembauchage prévue à l'article L.321-14, le tribunal octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à deux mois de salaire.

quitte, par la suite, à avoir l'air de transiger et de faire preuve de bonne volonté pour n'accorder en réalité au salarié que ce qui lui est légalement dû.

Grumbach évoque également la problématique du remboursement au bénéfice des Assedic qui constitue le second alinéa de l'article L.1222-14-4. Il rappelle qu'il s'agit d'une obligation à laquelle le juge ne peut déroger : « *le tribunal ordonne également le remboursement par l'employeur fautif, aux organismes concernés des indemnités de chômage payées au travailleur licencié du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal* ». L'ancien président du Syndicat des avocats de France souligne que c'est son organisation qui avait recommandé l'introduction de cette mesure dans la loi et qu'il a milité avec un certain nombre de ses confrères pour que les juridictions, et en particulier la cour d'appel de Paris, intègrent cette disposition dans ses arrêts, alors que souvent les conseils de prudhommes, en première instance, omettaient de mentionner ce point⁵⁹². En conclusion, Grumbach rappelle que les six mois d'indemnité plancher constituent bien, en 1973, une sorte d'amende civile, au sens de l'article 32-1 du Code de procédure « *parfaitement indépendante du préjudice subi. Le cumul de cette indemnité avec le remboursement effectué aux Assedic devrait offrir une garantie supplémentaire de prévention contre le licenciement des salariés ayant plus de deux ans dans l'entreprise.* »⁵⁹³

2.1.2. La volonté de double sanction

Cette notion de double sanction, qui apparaît clairement dans les écrits de Grumbach et qui depuis a été reprise, est donc bien une idée force des lois de 1973 et de 1975. Nous notons que la limitation à six mois du remboursement des indemnités Pôle Emploi versées aux salariés génère donc pour l'entreprise un coût qui correspond à un an de rémunération du salarié licencié. En revanche, le retour aux travaux préparatoires de la loi de 1973 ne permet pas de confirmer la notion d'amende civile, mais cependant, le fait que cette notion soit bien développée par Grumbach dans son ouvrage atteste de la volonté punitive de l'auteur.

D'autres juristes s'interrogent sur la qualification réelle de cette mesure : amende civile ou mesure indemnitaire ? Dans l'esprit du législateur de 1973 et de 1975, la mesure est

⁵⁹² Arrêt cour d'appel de Paris 21^{ème} chambre A, société Chouchot-Delaunay C/ Assedic et Dufour 15 juin 1977. Dans le même sens, 22^{ème} chambre C, société anonyme Auclair C/Menini et Assedic 22 juin 1977.

⁵⁹³ *Op. cit.*, p. 95.

considérée comme une menace devant prévenir le licenciement ou une sanction devant punir l'entreprise et l'empêcher de réitérer. Mais rapidement, l'article L.122-14-4 a été essentiellement vu comme un processus indemnitaire. Il permet au salarié de compenser ainsi la perte de chance de conserver son emploi à vie, ou du moins longuement jusqu'à la disparition physique et juridique de l'entreprise. Patrimonialement, il est également possible de considérer que le licenciement retire du patrimoine du salarié un contrat spécifique, son contrat de travail, et que l'amputation du patrimoine est ainsi compensée. La seconde partie de l'article L.122-14-4, c'est-à-dire le remboursement des Assedic, est considérée en revanche comme une pénalité qui se rapproche de la théorie du pollueur-payeur qui sera développée plusieurs années plus tard lors des discussions sur l'*experience rating*.

En tout état de cause, l'entreprise privilégie l'aspect pénalité de cette double sanction dont elle ne reconnaît pas la légitimité. Sa vocation n'est pas de concourir à la réussite d'un gouvernement ou de combler par des paiements fondés sur le fameux article L.122-14-4 des erreurs politiques. Elle n'a pas pour objet de concourir à l'amélioration ou au maintien de la situation financière globale des citoyens, fussent-ils ses anciens salariés. La nature de l'entreprise est de répondre à son objet social et de se perpétuer. En conséquence, pour ces raisons, l'entreprise récuse la légitimité de l'article L.122-14-4, dont les conséquences sont souvent mortifères pour les PME de 11 à 20 salariés, voire même au-delà.

2.2. L'indemnisation de la perte de l'élément de patrimoine

À partir de l'instant où l'indemnisation prévue au titre de l'article L.122-14-4 ancien du code du travail n'est plus limitée à une somme correspondant à 6 mois de salaire « plancher » -qui devait être également 6 mois de salaire plafond- , la qualification d'amende civile affectée par Etienne Grumbach n'est plus admissible sur le plan théorique.

Nous plongeons derechef dans les difficultés d'interprétation de ce versement, difficulté d'autant plus notable qu'au cours des 40 ans d'application des textes de 1973 et de 1975, les juges se sont autorisés à abandonner le concept de « plancher-plafond ». En effet, au fur et à mesure du temps, ils ont fait dériver la notion et ont admis que cette pénalité de six mois devienne en fait une compensation du préjudice subi par le salarié. Ainsi, au départ de façon insensible, pour sanctionner un abus caractérisé de l'entreprise dans le processus de rupture, les juridictions sont passées au-dessus du plancher, puis elles ont en fait appliqué la notion de préjudice subi qui était celle de l'article 122-14-5 et devait être limitée à l'appréciation

de la situation des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté, ou travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés, à celle des salariés travaillant dans une entreprise de plus de 11 salariés.

Le concept de patrimonialité du contrat de travail aurait pu se révéler à double tranchant si le juge était allé au bout de son raisonnement et avait investigué le patrimoine du salarié, afin de vérifier si ce patrimoine était réellement affecté par la perte de l'emploi. Or, nous avons vu qu'il n'en était rien puisque le juge ne contrôlait en fait ni la réalité du préjudice, ni les recherches actives d'emploi. S'il avait effectué ce contrôle, le juge aurait été placé devant une réelle difficulté. En effet, un salarié peut avoir immédiatement retrouvé un emploi et dans cette hypothèse, sur la base de la logique de la compensation de la perte d'un élément de patrimoine, il n'existe en fait aucun préjudice puisque le salarié a retrouvé un contrat de travail. Sa seule perte est celle de l'ancienneté composée par le versement de l'indemnité de licenciement.

Dès lors, la peine plancher de l'article L.122-14-4 ne s'impose même plus, et si l'on reste dans la logique du préjudice subi, l'indemnisation doit être égale à 0. Mais le juge aurait pu prendre également en considération, avant d'admettre les compensations indemnitaires, l'état global du patrimoine du salarié. Une telle ouverture de la problématique de l'indemnisation l'aurait conduit à réaliser des appréciations particulièrement fines. Dès lors, comment apprécierait-il la situation d'un salarié qui a, sa vie durant, bénéficié d'une rémunération importante puis s'est trouvé prodigue et, en conséquence, ne dispose pas d'un patrimoine sérieux alors qu'il est licencié à 50 ans... au regard d'un salarié qui a disposé d'une rémunération bien moindre, tout au long de sa vie de travail, mais qui a eu un comportement économe et qui dispose quant à lui d'un patrimoine raisonnable (propriété de l'appartement, compte sur livret...).

Cette trahison de l'esprit de la loi et de la qualification de la pénalité, n'a pas été relevée par la petite partie de la doctrine favorable aux entreprises et elle a été au fil du temps encouragée par l'école française de droit du travail. Celle-ci, qui s'était plutôt rangée à l'argumentaire juridique de Grumbach, a fini par le délaissé pour encourager une ponction économique sur l'entreprise à la fois patrimoniallement favorable aux salariés et ultra pénalisante pour la firme. C'est ce processus que nous qualifions de déviation de l'esprit de la loi de 1973, étant souligné que le patronat français étant totalement incapable d'organiser une riposte

rationnelle à cette évolution de la jurisprudence, fondée sur une analyse théorique puissante, il a autorisé par son laxisme, et celui des conseillers prudhommaux devant défendre l'intérêt des entreprises, ladite déviation.

Ce processus, qui s'est formé sur une période de dix ans environ, de 1980 à 1990, sans que ces limites soient très précises, a généré une explosion des indemnisations qui est venue lourdement pénaliser les entreprises et en particulier les PME de 11 à 50 salariés. En effet, lorsque l'entreprise subit trois ans après le licenciement d'un salarié, une pénalité de 40 ou 50 000 €, il est évident pour l'économiste ou le manager, mais certes pas pour le juriste, que cette somme peut déséquilibrer un bilan et elle peut conduire une PME fragilisée au dépôt de bilan.

À cet instant de la réflexion, qui constitue également une partie de nos apports, il convient de revenir sur l'avantage concédé au salarié par la juridiction et l'inconvénient procuré à l'entreprise. L'avantage concédé au salarié n'est donc plus la simple attribution au plaideur de cette amende civile que qualifiait Grumbach et qui, par dérogation ne profitait pas à l'État. Cet avantage est bien la compensation d'une perte patrimoniale, à savoir la perte du contrat de travail considéré comme un élément d'actif du patrimoine du salarié. Nous revenons ainsi à une conception civiliste des plus traditionnelles. Nous notons à cet égard que cette conception, en raison même de l'avantage qu'elle confère au salarié, éloigne de la notion de « statut ». Mais sans doute l'école française de droit du travail a-t-elle abandonné au fil du temps sa revendication au statut trop éloigné de l'origine et de la tradition civiliste du droit du travail. Elle s'est désormais évertuée à maximiser le gain économique du salarié avec la bienveillance des juridictions qui ne contrôlent jamais la réalité du préjudice subi, ou la réalité des recherches d'emploi du plaideur.

Notre lecteur pourrait considérer à ce niveau de la réflexion que nous sommes éloignés de la problématique du coût. En fait, nous sommes au centre de cette problématique et pour convaincre les contradicteurs potentiels, il nous a semblé nécessaire de revenir sur le processus de constitution de l'élément majeur des coûts différés exceptionnels. Nous avons d'ailleurs terminé cet aspect de l'analyse en relevant que le juge, s'il accepte d'apprécier dans le cadre de l'article L.122-14-4 ancien du Code de travail, le préjudice subi n'a pas, de par la loi elle-même, l'obligation de motiver la compensation de ce préjudice au-delà des six mois-plancher.

2.3. *La dérive dans les montants et l'ignorance de la problématique des coûts*

C'est la raison pour laquelle la dérive s'est accentuée au fil du temps, les organisations patronales se montrant là encore inefficaces dans la riposte. Non seulement le juge n'exige pas la démonstration du préjudice subi, mais il n'exige pas davantage que les recherches actives d'emploi qui s'imposent au salarié du fait de la loi soient effectives. Ainsi, si quelques dossiers prudhommaux comportent les dizaines de CV adressés aux entreprises par le salarié licencié et les réponses négatives, la grande majorité ne comprend pas ces pièces et la même dérive des juridictions, qui a admis le dépassement du plancher, a admis l'indigence des dossiers des plaideurs sur ce point.

Le monde du management s'était offusqué à la fois de la pénétration du juge dans le périmètre du pouvoir de direction, agression d'autant plus illégitime que le juge prudhommal de première instance ou d'appel n'est pas réputé pour sa connaissance de l'entreprise. Le management a également protesté contre le fait que le juge écartait de ses critères de raisonnement l'intérêt de l'entreprise, c'est à dire des associés, mais également de la collectivité de travail. Son jugement pouvait mettre à néant l'outil de travail lui-même, le juge n'en avait cure.

Le syndicat de la magistrature de la grande époque, reprenait des propos analogues, tels que nous les avons relevés dans la revue officielle du syndicat de cette organisation, *Justice*, ou dans les écrits qu'il publiait⁵⁹⁴. Il n'est pas anodin de souligner que la collection du syndicat est alors dirigée par Messieurs Charvin et Jammeaud, dont nous rappelons la déclaration de principe⁵⁹⁵.

Les magistrats considèrent qu'ils ne sont pas juges du quantum de la sanction prévue par la loi, à la situation de l'entreprise. Ils estiment qu'ils ne sont pas tenus d'examiner ni l'intérêt des associés, ni celui de la collectivité de travail et de les mettre en balance avec ceux du salarié licencié. Ils ne sont saisis que de l'intérêt particulier de l'individu, c'est-à-dire des

⁵⁹⁴ Syndicat de la magistrature, *Au nom du peuple français*, éditions Luttez, Stock 2, 1975. Dans le même sens, *Justice sous influence*, Cahier libre 363, François Maspero éditeur, 1981. Gérard de la Pradel, *L'Homme juridique*, collection Critique du droit, François Maspero, Presses Universitaires de Grenoble, 1979.

⁵⁹⁵ « Le droit est une donnée et un enjeu de l'action de la classe ouvrière contre l'ordre capitaliste, comme du combat de la classe dominante contre l'action des travailleurs. Le mouvement ouvrier s'attache à ne pas abandonner le terrain du droit au patronat et prend en compte (aujourd'hui plus qu'autrefois peut-être) la dimension juridique des conflits sociaux et de l'action syndicale. » Antoine Jammeaud, Proposition pour une compréhension matérialiste du droit du travail, *Dalloz* n° 11, novembre 1978

conséquences de la rupture qui le privent d'un revenu régulier et d'un élément de patrimoine. À cette date, nous en sommes revenus à une conception purement civiliste. Nous sommes dès lors loin des annonces des années 1973-1980 de la notion d'amende civile et de celle de sanction d'un comportement considéré comme répréhensible.

Nous notons à ce niveau une autre contradiction dans le discours dominant des juges du contrat de travail : ils ne s'estiment pas responsables de l'adéquation de la sanction à la situation de l'entreprise, mais en revanche, ils s'exonèrent de la notion de sanction fixe et déterminée qui correspondait aux six mois plancher pour atteindre des sommets d'indemnisation allant jusqu'à 20 et 30 mois de salaire. Ce sont ces déviations et ces excès au regard des textes initiaux qui ont conduit à la réflexion sur la notion de barème... près de 45 ans après le vote de la loi de 1975.

La présentation détaillée de cette réflexion a pour but de rappeler à notre lecteur la démarche qui a prévalu à la création de l'article L.122-14-4 du code du travail, tout en lui démontrant si besoin était encore que les évolutions jurisprudentielles qui se sont éloignées de la cause première du versement de ces indemnisations se sont effectuées dans l'ignorance totale de la problématique de l'entreprise et de son éventuelle résilience à la violence du choc économique provoqué par un coût *ad futurum* dont il est clairement établi qu'il ne peut être prévu ou programmé par l'entreprise. Nous ne reviendrons pas sur la problématique du caractère prévisible de ce coût : nous indiquerons simplement que le fait qu'il soit imprévisible nous a conduits effectivement à raisonner non seulement sur sa limitation, mais sur son encadrement qui a conduit naturellement à la fixation du barème Macron à l'occasion des ordonnances de septembre 2017.

Mais le chemin pour aboutir à un encadrement des indemnisations a été particulièrement long (45 ans) et ponctué de nombreuses défaillances d'entreprises totalement liées à l'imprévisibilité du coût *ad futurum*, d'une part, et l'importance de ce coût d'autre part.

Avant d'entrer dans la démonstration chiffrée de l'importance du coût, nous allons aborder rapidement la problématique des pénalités complémentaires.

2.4. Le remboursement de l'organisation paraétatique Pôle emploi, dans le cadre d'une pénalité complémentaire

Il s'agit de la seconde catégorie des coûts différés exceptionnels que nous avons relevés. En effet, une seconde sanction menace l'entreprise : le remboursement des indemnités de chômage versées au salarié licencié du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé dans la limite de six mois par salarié intéressé.

Nous l'avons indiqué : cette sanction était revendiquée par l'école française de droit du travail comme devant renforcer la sanction financière envisagée au départ comme une amende civile. Le texte était d'ailleurs particulièrement comminatoire puisqu'il indiquait ; « *Le juge ordonne le remboursement* », ce qui ôtait au juge tout pouvoir d'appréciation concernant cet aspect d'un dossier prudhommal. Le caractère comminatoire était d'ailleurs renforcé par le fait que « *ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance* ». Le juge prudhommal devenait donc le supplétif des Assedic et devait assurer dans le cadre de son *imperium* la réalité de la double sanction. Cette fois-ci, le caractère de pénalité, de sanction, n'est pas discutable, puisque le texte lui-même évoque la notion « *d'employeur fautif* ». Bien entendu, le texte limitait l'impact de cette mesure aux entreprises de plus de 11 salariés afin d'épargner les TPE.

Le troisième type de coût différé exceptionnel qui apparaît dans le cadre du contentieux judiciaire postérieur à la fin du contrat de travail est évidemment le coût de procédure et le coût de gestion de la procédure qui pèse sur l'entreprise. Le coût de la procédure correspond aux honoraires d'avocat. Le coût de gestion correspond au temps passé par le chef d'entreprise pour gérer ce contentieux, étant souligné bien entendu que ces coûts ne sont jamais considérés comme consubstantiels à la problématique du licenciement. En revanche, l'entreprise peut être condamnée quant à elle à prendre en charge les coûts de conseil qui ont été avancés par l'ex-salarié demandeur, dans le cadre de la condamnation au paiement de l'article 700 du CPC.

3. La reprise du calcul du coût total pour l'entreprise

Nous allons reprendre le cas du salarié payé 2.000 € et disposant de dix ans de présence dans le cadre de son entreprise. En application du plancher, il bénéficiera de six mois de salaire à titre de dommages et intérêts, soit 12.000 €. Cumulés avec son préavis et son indemnité de

licenciement, le coût pour l'entreprise sera donc de 21.780 €, soit 12 mois de rémunération nette⁵⁹⁶. Mais nous avons remarqué que les indemnités légales qui permettent au salarié de recevoir 12.400 € coûtaient en fait à l'entreprise 14.380 €, soit 7 mois de rémunération nette. En ajoutant aux indemnités légales chargées les six mois plancher déclenchés par le conseil de prudhommes, nous aboutissons à une somme de 26.380 €, soit 13 mois de rémunération nette. Et si nous ajoutons l'obligation qui est faite par le conseil de prudhommes à l'entreprise, en application de l'article L.1235-4, de rembourser les Assedic à hauteur de six mois au moins, nous aboutissons à une pénalité complémentaire calculée de la façon suivante :

- Calcul de l'indemnisation du chômage sur un mois : 57 % de 2.000 € soit 1.200 €
- Cumul des indemnités sur 6 mois : 1.200 € x 6 = 7.200 €
- Cumul aux indemnités légales et aux 6 mois de DI : 26.380 € + 7.200 € = 33.280 €
- Rapport à la rémunération nette : 33.280 €/2.000 € = 16,6 mois de rémunération nette
- Rapport à la rémunération brute : 33.280 €/2.900 € = 11,5 mois de rémunération brute (2.900 €)

Au terme de ce premier calcul, nous constatons que la réalité du coût occasionné par la présence de ce salarié dans l'entreprise est en fait **de 11,5 mois de salaire ou encore un an et 4 mois ½**, en fonction du rapport à la rémunération brute ou nette.

Cela signifie qu'il sera effectivement payé par l'entreprise non pas sur 10 ans, durée qui est celle qui va figurer sur son certificat de travail, **mais 10 ans et 11 mois et demi**, durée pendant laquelle l'entreprise l'aura effectivement rémunéré, étant souligné que cette rémunération est calculée pour les besoins de l'exemple sur la base de la somme nette. Le calcul est évidemment légèrement différent si nous prenons en compte les charges sociales qui ont été versées.

Nous notons que le différentiel est particulièrement important et que le fait d'occulter cette somme dans le cadre d'un processus de production semble aberrant sur le plan économique.

⁵⁹⁶ L'utilisation comme référence de la rémunération nette est choisie pour faciliter la compréhension de la démonstration et marquer l'avantage que cela constitue pour le salarié.

Dans un second temps, nous allons reprendre l'exemple du cadre qui percevait 81.864 € d'indemnité légale ou conventionnelle au regard de ses 4.000 € de rémunération mensuelle nette. Nous allons considérer que ce cadre se voit attribuer, par la juridiction prudhomale, une somme de 18 mois de salaire à titre de dommages et intérêts. Ce faisant, il perçoit donc 72.000 € au titre de l'article 1235-5 du code du travail. La somme de 72.000 € vient se cumuler avec celle de 81.864 € qu'il a perçue au titre des indemnités légales.

C'est donc un total de 153.864 € qu'il perçoit, et qui coûte à l'entreprise davantage, en raison des charges sociales sur le préavis et les congés payés sur préavis. Mais si l'on ajoute la sanction administrative des six mois de remboursement des indemnités Pôle Emploi versées, soit 57,4 % de 4.000 €, soit encore 2.996 €, si l'on multiplie cette somme par le plafond des six mois, on obtient une somme de 17.976 €.

Dès lors, la somme totale que le licenciement de ce salarié occasionne à l'entreprise, hors les honoraires d'avocat, atteint 152.916 €.

Mais l'entreprise règle une somme totale de :

- Indemnités légales ou conv. (préavis et indemnités de licenciement)	81.864 €
- Dommages et intérêts (18 mois)	72.000 €
Sous total N°1	153.864 €
- Remboursement Assedic	17.976 €
Sous total N° 2	171.840 €
- Coûts de gestion forfaitisés (1 ^{ère} instance et appel)	<u>8.000 €</u>
Total des coûts différés obligatoires et exceptionnels	179.840 €
- Rapport au salaire net du salarié	44,96 mois de salaire
- Rapport au salaire brut chargé	31 mois de salaire,

soit un peu plus de deux ans et demi de rémunération complémentaire !

3.1. La traduction en mois de rémunération complémentaire, au regard de la durée du contrat de travail du salarié

Si l'on effectue la même répartition que précédemment, sur la base de 4.000 € de rémunération nette par mois (nous appliquons une convention qui peut être discutée, mais le principe du calcul restera le même quel que soit le chiffre employé pour le répartir au mois le mois), cela signifie que l'entreprise va payer au salarié près de 43 mois (42,96 exactement)

de salaire net. Si l'on ajoute les frais de gestion RH d'un dossier qui va s'étendre sur au moins quatre années, les frais d'avocat que l'on forfaitisera dans une affaire de cette nature à 8.000 € HT pour la première instance et l'appel, nous pouvons dire que le coût différé exceptionnel de ce salarié atteint, chargé, 31 mois de salaire brut. Cela signifie que l'entreprise aura sous-estimé le coût de travail de son salarié très exactement de deux ans et 5 mois.

Certes, dans le cas de figure que nous avons retenu, notre cadre avait une ancienneté relativement importante puisque nous l'avions fixée à vingt ans. **Il n'en reste pas moins que l'entreprise a sous-estimé de plus de 10 % la réalité du coût du travail de ce salarié**, étant souligné que nous sommes simplement sur les coûts différés obligatoires et exceptionnels. Certes, il s'agit de la catégorie de coûts occultés la plus onéreuse, mais il conviendra par la suite de la garder en mémoire, afin de bien percevoir l'impact réel de ces coûts et l'erreur de management qui peut être commise en les évacuant totalement, ou encore, en pensant qu'il est possible de les retraiter *ex-post*, c'est-à-dire de les reporter sur une collectivité de salariés autrement constituée, éventuellement sur de nouveaux associés, et en tous cas en faisant courir à l'entreprise de nouveaux risques sur les années suivantes.

En application d'un principe de précaution qu'admettent la plupart des comptables, nous pensons qu'il est préférable de travailler sur des cas, c'est-à-dire sur la réalité des cas de licenciements intervenus dans l'entreprise, de les retraiter au niveau du coût et d'intégrer dans le coût du travail ces données afin d'approcher ce coût de la façon la plus précise.

3.2. Conclusions et propositions

La conclusion concernant les coûts différés -envisagés avant les ordonnances Macron de septembre 2017- doit prendre en compte plusieurs éléments.

3.2.1. Cinq éléments de conclusion

Tout d'abord, il est nécessaire de souligner que les espaces juridique et comptable français excluent la prise en compte des coûts différés du travail (1), et ce en dépit de la certitude dans le temps de leur concrétisation.

Les acteurs institutionnels ont décidé que la norme devait s'apprécier indépendamment de ses effets économiques : en conséquence, les lois de 1973 et de 1975 ne sont pas évaluées

dans leurs effets prévisibles avant leur publication, et aucun « retour d'expérience » n'est prévu ensuite. Les législateurs des années 1970-1980 n'ont pas encore cette culture. Ils participent de l'idée de l'infaillibilité de l'État. Quant aux juristes de l'école française du droit du travail, ils écartent l'idée même d'appréciation des effets économiques d'une loi puisque, de toute façon, le texte est présumé être favorable au salarié, donc à l'emploi. Le législateur d'inspiration socialiste qui produit ensuite le droit, sans discontinuité ou presque, pendant 30 ans (1981-2002), n'entend pas revenir sur la problématique des coûts. Les acteurs institutionnels protègent donc farouchement la législation sur la protection de l'emploi, sans aucune considération pour les coûts différés obligatoires et les coûts différés exceptionnels.

Mais une seconde catégorie d'acteurs, les comptables et les économistes, pouvaient prendre à bras-le corps cette problématique. En l'occurrence, les comptables n'entendent pas traiter ce type de coûts autrement que par provision, lorsque le risque de condamnation prudhomme apparaît, c'est-à-dire après l'émergence du fait générateur de la provision, en l'occurrence la citation prudhomme. Les normes comptables n'appellent pas la réintégration du coût final d'un salarié -coûts différés compris- dans le coût global de ce salarié, apprécié et reporté sur l'ensemble de la durée de sa présence dans l'entreprise, ce qui constitue la réalité du coût de son travail. Bien entendu, le coût des condamnations, ou le coût de la rupture conventionnelle, sera pris en compte l'année du versement. Mais il n'existe ni prévision, ni calcul *a posteriori* de la réalité de ce coût. L'entreprise n'est donc pas à la réalité de son prix de revient au moment où elle produit un bien et un service (2).

Cela peut constituer pour elle un avantage temporaire sur le marché puisque le prix de son produit ou de son service devrait être inférieur au prix des concurrents étrangers qui intègrent d'autant plus facilement la réalité du coût du travail dans leur prix de revient qu'ils ne sont pas confrontés à cette complexité. Mais d'une part, le fait de ne pas connaître et de ne pas se situer à la réalité du prix de revient ne constitue pas une situation satisfaisante pour un chef d'entreprise. D'autre part, l'entreprise encourt un risque d'effondrement brutal, sous un double effet. Celui du *feed-back* de la condamnation prudhomme qui vient perturber brutalement l'économie de l'entreprise -saisie sur les comptes, par exemple- et, au-delà, du poids de cette condamnation qui rattrape de toute façon l'entreprise par le biais du compte de charges -même sans affectation précise- et en dehors de toute prévision ou provision, l'art

comptable du provisionnement n'étant pas une science exacte. Les deux phénomènes peuvent être destructeurs⁵⁹⁷.

Troisième aspect de cette conclusion : le coût du travail a été notablement majoré de 1986 à 2007 par les effets de la pénalité Delalande (3), ce qui atteste de l'impéritie du législateur et de l'absence totale de la notion de coût dans le débat juridique, avec, nous l'avons vu, une totale incertitude sur l'efficacité de la mesure (au niveau du licenciement et du chômage des seniors), une grave perturbation de l'espace économique des entreprises françaises, et une absence radicale de retour d'expérience.

Les entreprises ne pouvaient pas calculer *ex-ante* la réalité du coût du travail de leurs salariés puisque la loi n'existait pas au moment de l'embauche. En effet, la loi française, sur le plan social ou sur le plan fiscal, modifie au cours du temps de façon souvent drastique les prévisions économiques des acteurs : pour la fiscalité immobilière, les prévisions des investisseurs ; pour les entreprises, les prévisions de coûts de la rupture du contrat donc de coût du travail. Nous nous trouvons dans un espace de récusation de l'économie. Nous soulignons qu'il existe encore aujourd'hui des acteurs qui tiennent fermement les positions presque cinquantenaires de l'école française de droit du travail en assurant que le législateur n'a pas à se préoccuper de la conséquence sur les coûts de production d'un bien ou d'un service d'une mesure législative qui est par nature favorable au salarié.

Or dans notre logique de raisonnement et de calcul de l'exhaustivité du coût, l'amendement Delalande modifie le coût global du travail d'un salarié. Les coûts différés obligatoires au sens strict, qu'il s'agisse des indemnités de préavis et de licenciement ou des indemnités de départ en retraite, ne sont pas en phase de réduction, bien au contraire⁵⁹⁸.

Le principe de la sanction financière de la rupture du contrat de travail (4) est donc maintenu, même si l'on doit observer que sa rigueur peut être réduite dans le cadre de la procédure de rupture conventionnelle.

⁵⁹⁷ D'où nos propositions sur le contrat d'assurance concernant les indemnités de préavis et de licenciement et le fait de privilégier la rupture conventionnelle qui assure la sécurité judiciaire. La troisième solution est évidemment le recours au barème tel qu'il est prévu par les ordonnances Macron.

⁵⁹⁸ Et ce en dépit des ordonnances Macron Philippe de septembre 2017.

Nous parvenons ainsi au cœur d'une problématique spécifiquement française. Le coût du travail est sous-évalué consciemment, de façon structurelle. Il doit rester sous-évalué et occulté jusqu'au jour de la mort de l'entreprise : à défaut, il impliquerait la remise en cause immédiate d'une partie du modèle social français (5). Dans cette logique, l'ensemble du fonctionnement institutionnel concourt à la sous-évaluation et à l'occultation, de façon parfaitement ordonnée et logique de 1973 à 2002, avec les réserves puis les évolutions législatives que nous avons soulignées depuis la publication du rapport Blanchard-Tirole.

3.2.2. Trois éléments de proposition

Nous ne pouvons rester sur un aspect essentiellement critique. Nous devons donc souligner trois aspects positifs dans la logique de notre réflexion, au-delà du simple souhait de voir réduit l'ensemble des indemnisations de la rupture du contrat de travail.

Premier élément : le processus de rupture conventionnel est un facteur essentiel de maîtrise et de réduction du coût du travail. Il permet aux partenaires à la convention de réduire volontairement une partie des coûts différés obligatoires, et surtout de réduire les coûts différés extraordinaires. Cette réduction résulte de la dérogation à la règle des trois garanties chère à Tiennot Grumbach. Le texte nouveau sécurise certes les deux parties dans le cadre d'une négociation sur une brève durée, mais essentiellement l'entreprise dans le cadre d'un processus qui se révélait chronophage, coûteux, et déstabilisant, pouvant mener à sa ruine dans l'indifférence totale du juge.

Notre proposition, lors de l'élaboration de ces études, avant les ordonnances Macron-Philippe, concernait la réduction des dommages et intérêts accordés par les juridictions sociales, et la constitution d'un barème. Il s'agit désormais d'un acquis législatif qu'il est nécessaire de conserver, en dépit des velléités de contestation par appel à la réglementation du bureau international du travail. Il nous semble que notre démonstration suffit à convaincre notre lecteur du bien fondé de notre position. Mais nous devons ajouter que l'orientation du juge par l'imposition du barème est nécessaire pour éviter les abus, liés aux vindictes personnelles et locales, telles qu'elles s'expriment dans certains CPH. Il est également nécessaire pour empêcher l'expression des abus syndicaux, tant dans les conseils des

prudhommes que dans les chambres sociales de cour d'appel⁵⁹⁹. Il a pour objet d'assurer la sécurité juridique de l'entreprise, la prévisibilité des conséquences de la fin du contrat dans le cadre d'une logique williamsonienne⁶⁰⁰. Ainsi, l'entreprise devient capable de déterminer le coût du travail de chaque salarié, en le réajustant annuellement, en fonction d'éléments prévisibles et calculables qu'elle peut intégrer au fur et à mesure dans le prix de revient d'un produit ou d'un service.

Second élément : nous devons nous interroger sur les moyens dont dispose l'entreprise pour contrer les effets brutaux de la révélation du coût, lors de la procédure de licenciement. Car nous savons par expérience que nombre de PME ne prévoient pas ces coûts, ne les conceptualisent pas. Elles se bornent à dégager une provision lors de l'apparition du risque, c'est-à-dire lors de la réception de la citation prudhommale. Nous l'avons expliqué : ce n'est pas le signe d'une bonne gestion car cela signifie que pendant l'ensemble de la période de la présence du salarié dans l'entreprise, le coût introduit dans le prix de revient d'un produit ou d'un service a été sous-évalué. La méthode a l'intérêt de réintroduire ce coût dans le prix de revient immédiatement, donc d'assurer la réalité de ce prix de revient, tout en évitant le choc psychologique et économique de la révélation du coût le jour du licenciement d'un salarié ou d'un groupe de salariés.

En effet, si les indemnités légales restent à un niveau important, niveau largement augmenté au cours de ces dix dernières années, il existe des moyens de lissage du coût, qui permettent de l'intégrer en temps réel dans le coût du travail du salarié et donc le prix de revient. Il s'agit du provisionnement des indemnités légales (indemnités de licenciement et de préavis), au mois le mois, salarié par salarié, en fonction de leur ancienneté, dans le cadre d'un contrat d'assurances géré par une société telle la SMABTP. Nous notons cependant que ce type d'initiative est rare, sinon rarissime. Elle constitue pourtant la seule méthode qui donne de l'entreprise une image fidèle et véritable, au sens de la déontologie comptable dont nous notons qu'elle ne peut être considérée comme respectée strictement à partir de l'instant où le passif social virtuel d'une entreprise n'est pas évalué au temps T.

⁵⁹⁹ Nous avons cité l'exemple de la 6^{ème} chambre de Versailles et de la chambre sociale de la cour d'appel de Paris dans les années 2000.

⁶⁰⁰ Oliver Williamson, *Les institutions de l'économie*, Interéditions, 1994. Titre original : *The economic institutions of capitalism*, Free Press, 1985.

La réponse de l'expert-comptable, pour justifier l'occultation du coût, repose sur le fait que le paiement de ces indemnités n'est pas à date certaine et que l'on ne peut raisonnablement provisionner une charge qu'en fonction de la date certaine de son paiement. Mais nous savons deux choses de façon certaine :

- lors de la signature du contrat de travail à durée indéterminée, l'entreprise connaît la date de fin de ce contrat, qui correspond à la date légale de départ en retraite. Donc le provisionnement des indemnités de départ en retraite semble possible même au regard des règles comptables existantes.
- second point : le passif social (indemnité de licenciement et de préavis) devient -de par la loi- immédiatement exigible contre l'entreprise -représentée par son mandataire de justice- lors d'une liquidation judiciaire. En l'espace d'un instant (le prononcé du jugement de liquidation judiciaire), ce passif virtuel qui n'est théoriquement exigible que pour partie à chaque licenciement, devient exigible en totalité. La virtualité qui constitue l'argument majeur des comptables français pour refuser sa prise en compte est donc anéantie. Et le choc est terrible.

Car la découverte réalisée par le mandataire de justice le jour de la liquidation -et souvent, dans le même temps par les représentants des salariés dans les IRP- constitue une réalité quotidienne tangible pour le chef d'entreprise et pour son repreneur éventuel, en cas de départ en retraite ou de difficulté. Le repreneur demande toujours, en ouverture de négociations, le montant des indemnités de préavis et de licenciement virtuelles, pour calculer son risque en cas de difficulté avec tout ou partie des salariés. En fonction du contexte, il peut parfaitement en pas vouloir assumer ce risque : il est alors enclin à demander une réduction du prix en fonction du montant du passif social virtuel, en tout ou partie. Le refus du cédant est l'un des cas les plus fréquents des échecs d'opérations de reprises, qui se terminent alors par l'auto-destruction de l'entreprise. Le cédant éconduit par le repreneur détruit l'outil de travail en liquidant amiablement les actifs, et en payant le passif social qui résulte du licenciement de l'ensemble du personnel avec le produit de cette vente. Ce faisant, il détruit une valeur certaine, mais il détruit également un potentiel de production donc de revenus salariaux et autres. La cause de cette destruction est essentiellement le passif social virtuel de l'entreprise-cible, lui-même conséquence de la LPE. Mais jusqu'à ces dernières années, il n'était pas « politiquement correct » d'évoquer ce type de situation, et seuls quelques présidents ou juges commissaires, attachés aux chambres des procédures

collectives des tribunaux de commerce, et quelques avocats spécialisés, avaient conscience de ce phénomène : pas de quoi constituer un groupe de pression susceptible d'être audible au sein de la société française. Certes, le Parquet de la République conserve un représentant au sein des tribunaux de commerce, lequel assiste à la chambre des procédures collectives, du moins en principe. Non seulement il n'a pas nécessairement reçu la formation qui lui permet de comprendre parfaitement le drame social et économique auquel il participe, mais encore il n'a jamais reçu pour mission de faire un rapport à son procureur général, dans la perspective d'une remontée au ministre par la voie hiérarchique, de la problématique du poids de la LPE sur le fonctionnement des entreprises.

Nous formulons deux propositions.

La première est constituée par la comptabilisation du passif virtuel constitué par les indemnités de préavis et de licenciement, ou de départ en retraite, dans les comptes de l'entreprise.

L'école française de droit du travail, suivie par le législateur socialiste pendant des années a refusé de faire émerger des comptes de l'entreprise la contrepartie chiffrée du modèle social français. Elle craignait évidemment les effets médiatiques de cette révélation sur le maintien du modèle. Elle craignait également les effets mécaniques de cette révélation sur la valorisation des entreprises privées, avec les conséquences en cascade que cela ne manquerait pas de produire :

- frilosité des banques ;
- placement en situation de risque, sinon en situation de cessation des paiements de différentes entreprises.

Ces deux raisons expliquent que la profession comptable française, qui rechigne globalement à la novation, n'ait jamais pesé en faveur de cette révélation. Elle sait que celle-ci provoquerait immédiatement un déséquilibre des comptes des entreprises et une mise en danger d'un grand nombre, au regard de leurs engagements bancaires et du contrôle des sociétés de cotations. En effet, une société dont la pyramide des âges est déséquilibrée et qui compte nombre de salariés proches de l'âge de la retraite, voit l'exigibilité des indemnités de départ en retraite devenir proche, en fonction des prévisions de départ des salariés. Et si plusieurs de ses salariés quittent l'entreprise la même année, elle peut se trouver en état de

cessation des paiements par le seul fait de devoir payer brutalement des indemnités dont on a vu qu'elles pouvaient atteindre six mois de rémunération. Dix salariés auxquels l'entreprise doit verser six mois de rémunération correspondent à l'embauche sur une seule année de cinq salariés à temps plein.

Notre troisième proposition, au regard de ce que nous avons indiqué concernant le déroulement des audiences de la chambre des procédures collectives, concerne le comportement du Parquet. Il nous semble nécessaire que le Parquet de chaque tribunal tienne un tableau entreprise par entreprise, dans le cadre des jugements de liquidations judiciaires, des éléments suivants :

- des salaires et accessoires de salaires dus au moment de la DCP,
- des charges et de la nature des charges dues,
- du montant du passif social virtuel, devenu exigible par le fait de la liquidation judiciaire de l'entreprise.

Ce tableau réalisé mensuellement devra remonter au Ministère de la Justice pour exploitation, et à la Dares.

La révélation des coûts occultés n'est donc pas simplement un enjeu managérial : elle est aussi un enjeu politique.

CHAPITRE TROISIÈME

LA NOMENCLATURE DES COÛTS OCCULTÉS TROISIÈME CATÉGORIE : LE COÛT DES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL

Une fois passé le cap dogmatique qui empêche un certain nombre d'auteurs d'admettre que l'existence des IRP génère un coût et que celui-ci doit être logiquement imputé⁶⁰¹, il est alors possible de distinguer ces coûts. Nous en avons cerné quatre :

- Le coût de fonctionnement qui est le plus connu et le plus évident, puisque c'est celui qui vient à l'esprit de façon spontanée. Il est lui-même composé de quatre éléments distincts :
 - 1) le budget prévu par la loi à hauteur de 0,2 % de la masse salariale ;
 - 2) le budget des aides sociales et culturelles, qui peut atteindre 4 % de la masse salariale, voire davantage dans les très grandes entreprises ;
 - 3) la rémunération des salariés en mandat et celle de leurs remplaçants, lorsqu'ils sont appelés à exercer ces mandats ;
 - 4) le coût de l'espace laissé à disposition des salariés pour le fonctionnement des IRP et de l'expression des salariés dans l'entreprise.

Mais nous devons aborder, au-delà de ces deux types de coût qui recueillent éventuellement l'assentiment des plus rétifs à cette logique, trois autres coûts à savoir :

⁶⁰¹ Imputé au prorata, à chacun des salariés de l'entreprise, de telle façon à ce que soit recalculé précisément le coût du travail de chaque salarié, afin d'affiner le prix de revient d'un produit ou d'un service.

- Les coûts de gestion : ils sont constitués par le temps passé par le chef d'entreprise, à gérer les IRP ou, lorsqu'il en a les moyens, puisque la taille de la firme rend cette option possible, le coût de fonctionnement du service RH, qui assume cette fonction. À ce premier coût est ajouté le coût de mise à disposition pour les équipes RH des locaux nécessaires à leur activité.
- Les coûts de contentieux, qui comprennent les coûts de conseil, c'est-à-dire les honoraires des avocats qui viennent assister le chef d'entreprise, en particulier lorsque le fonctionnement est conflictuel et que les tribunaux sont saisis, les coûts reportés sur l'entreprise, comme les coûts d'expertise comptable quand ils doivent être assumés par la firme, les coûts de procédure (dépens, article 700 du CPC, etc.).
- Quatrièmement, nous aborderons le coût de l'expression du salarié dans l'entreprise.

1. Les coûts de fonctionnement

1.1. Les budgets classiques : fonctionnement, social et culturel (1 et 2)

Au-delà des principes que nous venons d'énoncer, nous avons considéré qu'il était plus évocateur de prendre comme référence une PME de plus de 50 salariés et de vérifier, au regard de sa masse salariale, quel pouvait être l'impact des dispositions légales obligatoires, concernant le fonctionnement de ces IRP.

Nous débutons avec l'appréciation de l'impact des 0,2 % minimum de la masse salariale. La masse salariale de référence de cette entreprise spécialisée dans la peinture et la miroiterie, qui compte 53 salariés et génère un chiffre d'affaires de 5.000.000,00 € environ, atteint en 2013 : 2.446.000,00 €, en 2014 : 2.463.000,00 € et en 2015 : 2.322.000,00 €.

Nous avons établi une moyenne à hauteur de 2.410.333,00 € et nous constatons que la somme de 0,2 % aboutit à un total de 4.820,00 €, soit 105,55 € par salarié et par an. En conséquence, il apparaît clairement que le budget de fonctionnement n'est pas discriminant pour une PME de cette nature.

Les choses évoluent différemment lorsque nous abordons le budget de l'aide sociale et culturelle. Il est constitué par l'ensemble des dépenses consacrées par l'employeur à ces activités : cantine, chèques vacances, crèche, cadeaux de Noël, etc., qu'elles soient directement gérées ou déléguées à un organisme extérieur. Si, par le passé, le comité

d'entreprise a largement délégué la gestion de l'aide sociale et culturelle à l'entreprise (par exemple, la cantine), les sommes devaient cependant être incluses dans l'assiette du calcul de la subvention, désormais due par l'entreprise au comité⁶⁰².

Dans notre entreprise de référence, ce budget est de 30.000,00 €, soit environ 638,29 € par salarié et par an. Le montant commence à devenir sensible : il peut, en effet, être égal au montant du résultat fiscal de l'entreprise sur un exercice.

Nous n'évoquerons pas la problématique du fonctionnement des comités des très grandes entreprises, du CAC 40 par exemple. Nous soulignerons simplement que dans ces firmes, le comité qui est une sorte d'entreprise à part entière, avec ses propres salariés, etc., devient véritablement un pôle référent pour la collectivité des salariés. La puissance financière d'un établissement de cette nature, par exemple au sein de France Telecom ou d'EDF, lui permet d'organiser et de soutenir des actions d'importance contre la direction de l'entreprise pour contrer l'expression du pouvoir de direction.

1.2. Le paiement de la rémunération des salariés en délégation (3)

L'attribution des crédits d'heures, ou heures de délégation, constitue un coût du travail complémentaire, au même titre que le remboursement de Pôle emploi dans le cadre des licenciements déclarés sans cause réelle et sérieuse. Il est rappelé qu'en fonction des seuils, la firme doit accorder les heures de délégation légalement prévues aux six catégories d'élus du personnel ou de représentants syndicaux suivants :

- délégués du personnel (DP) titulaires (art. L.2315-1) ;
- membres titulaires du comité d'entreprise (CE) (art. L.2325-6) ;
- représentants du personnel au CHSCT (art. L.4614-4) ;
- délégués syndicaux (DS) (art. L.2143-13) ;
- représentants de la section syndicale (art. L.2142-1-1) ;
- représentants syndicaux du C.E. ou du comité central d'entreprise (art. L.2325-6).

⁶⁰² Dans ce sens, Chambre Sociale de la cour de cassation 30 mars 2010 n° 09-12.074 : Le comité réclame à l'entreprise dans le cadre du budget des aides sociales et culturelles, les économies réalisées sur la restauration collective.

Une fois posée la demande du crédit d'heures par le salarié en mandat qui est payé pendant l'exercice dudit mandat, il revient à sa hiérarchie de pallier les conséquences de son absence. Elle doit adapter la chaîne ou le service auquel le salarié en mandat va faire défaut. En fait, soit elle parvient à répartir le travail sur les équipes existantes et l'acte de production se poursuit à éléments constants, avec l'intensification du travail des salariés en poste, c'est-à-dire une augmentation temporaire de leur productivité -sans contrepartie au niveau salarial-, soit cela se révèle impossible et la maîtrise doit procéder à un remplacement, en appelant au poste un autre salarié. Ce remplacement va générer un coût complémentaire qui sera aisément déterminé. Il correspondra à la rémunération du salarié par un intérimaire, un salarié en CDD ou un salarié « glissant ». Dans les deux premiers cas, le coût horaire du remplacement est supérieur au coût horaire du salarié remplacé, en raison du surcoût de l'intérim et de la prime de précarité payée au salarié en CDD par exemple.

En conséquence, le calcul de coût du salarié en mandat nécessite d'additionner les éléments suivants :

- salaire, accessoires de salaire et charges sociales tel que nous les avons déterminés ;
- les coûts émanant de notre nomenclature concernant les coûts différés obligatoires et les coûts différés exceptionnels, étant souligné qu'en cas de conflit, le risque d'une supra pénalité est rapidement réalisé ;
- les coûts de fonctionnement du comité au prorata du taux de remplacement ;
- puis les coûts de gestion, c'est-à-dire l'intervention nécessaire du management direct du service auquel appartient le salarié, auquel s'ajoutent évidemment les coûts de la DRH qui doit intervenir pour procéder à l'embauche du personnel complémentaire ;
- le surcoût lié au remplacement (surcoût du contrat de travail temporaire, surcoût de l'indemnité de précarité par exemple).

Il est démontré que le salarié en mandat représente un surcoût pour l'entreprise, surcoût qu'ont totalement écarté les responsables politiques qui ont décidé leur mise en œuvre, en 1936, en 1945 et en 1982, pour ne citer que ces trois dates.

1.3. Le coût de neutralisation (pour l'activité productive) des espaces immobiliers loués, ou appartenant à la firme (4)

Le dernier élément du coût de fonctionnement des institutions représentatives du personnel est constitué par l'obligation légale de réserver l'usage d'une partie de la propriété

immobilière de la firme -(ou de l'espace loué à des fins de production), à l'exercice de ce que Alain Supiot appelle « *les libertés publiques dans l'entreprise* ». En effet, la firme doit mettre des locaux à la disposition des IRP. Ainsi, la loi prévoit l'obligation de laisser des murs libres pour l'exercice de l'affichage, en dépit des faits que ce contenu des textes affichés aborde une thématique qui peut être en opposition totale aux intérêts de la firme. Second élément concernant la mise à disposition de l'espace privé : l'affectation de locaux spécifiques au fonctionnement des institutions, voire au fonctionnement des syndicats, obligation révélée par les articles 412-9 ancien (section syndicale), 424-2 ancien (délégué du personnel) et L.431-7 ancien (comité d'entreprise et CHSCT).

Il nous sera rétorqué que cette contrainte ne constitue pas un coût particulièrement important, et qu'en tout état de cause, les entreprises qui doivent respecter cette obligation comptent généralement plus de 50 salariés. Cela signifie qu'elles auraient les moyens financiers d'affecter un espace dépendant de leur propriété à l'exercice de ces libertés syndicales. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une atteinte à la libre disposition de la propriété immobilière, quitte à tomber sous le coup du délit d'entrave.

2. Le coûts de gestion des IRP

Les coûts de gestion des IRP sont constitués essentiellement par le temps passé par le chef d'entreprise -ou les équipes RH- à gérer les IRP. À ce premier coût, est ajouté celui de la mise à disposition pour les équipes RH des locaux nécessaires à leur activité. Nous avons décidé de présenter ces coûts en fonction du nombre de salariés dans l'entreprise.

2.1. Les coûts de gestion dans une entreprise de moins de 50 salariés

La gestion des IRP est sans doute plus problématique dans le cadre d'une TPE ou d'une petite PME que dans une entreprise de 50 salariés ou plus, en raison de la méconnaissance par le chef d'entreprise du droit applicable. Sans que notre appréciation soit considérée comme dénigrante, il convient de souligner que le dirigeant de TPE est souvent culturellement éloigné de cette problématique, et financièrement démuné pour l'appréhender. Lorsque nous indiquons qu'il est culturellement éloigné, cela signifie qu'il est encore dans la pleine application de l'ancienne théorie de « l'employeur seul juge », ou bien qu'il est trop impliqué dans les fonctions de production et de commercialisation pour pouvoir s'investir en temps et en acquisition de connaissance dans le droit social et le droit

syndical. Il s'agit d'une réalité que nous avons entendu cent fois démentie par les universitaires ou les syndicalistes, ou encore leurs avocats, en fonction du principe selon lequel, lorsque l'on est patron, on doit en assumer l'ensemble des responsabilités.

Énoncer des axiomes de perfection ne permet cependant pas de transformer la réalité matérielle du monde entrepreneurial. Renforcer les dispositifs de sanction comme l'a fait l'État au cours des années 1981-2002, et comme s'en vante Jean Michel⁶⁰³ dans son ouvrage, n'est pas davantage un apport à la problématique de « *l'expression des libertés publiques dans l'entreprise* ». En revanche, la complexité de la loi, l'instabilité jurisprudentielle, le régime de « l'employeur suspect » conduisent à ce que nous avons appelé les comportements d'évitement, plus que des comportements de confrontation. Ils conduisent aussi à la novation du fonctionnement capitalistique de l'entreprise. Ce que nous indiquons pour la TPE est d'ailleurs exact pour la PME d'importance moyenne, jusqu'à 25 salariés environ. Le dirigeant opte pour une sous-capitalisation de l'entreprise au risque de la fragiliser et de réduire notablement son espérance de vie⁶⁰⁴. Il souhaite éviter de subir une perte frontale en cas de difficultés -liée en particulier à l'application du droit social et du droit syndical. Ce constat est absent de la plupart des ouvrages référents, comme si la réalité du fonctionnement économique ne devait pas interagir avec l'affirmation de principes qui seraient, dès lors, immuables. Une nouvelle génération d'entrepreneurs, dans le bâtiment ou les activités de services -nettoyage, surveillance, service à la personne- crée délibérément des entreprises sous capitalisées, même avec de nombreux salariés -souvent en CDD ou en CDI à temps partiel- pour pouvoir mieux se débarrasser de la forme sociale (SARL par exemple) à la moindre alerte. Cette situation emporte d'autres conséquences telles que la tentation de la fraude massive aux organismes sociaux ou à l'État (Trésor public). Nous l'avons résumé par l'appellation « d'entreprise jetable ».

Il nous sera rétorqué que cette situation n'a pas sa source unique dans la complexité du droit social ou le fonctionnement des IRP, ou encore les risques de nature pénale qui pèsent sur le dirigeant et le management en cas de la violation de la loi sociale. Elle est aussi causée par l'inadaptation du système bancaire français aux besoins spécifiques des PME, la

⁶⁰³ Jean Michel, *Le droit pénal du travail*, Editions de la Documentation française, 2004.

⁶⁰⁴ De l'ordre 14 à 18 ans en France.

méconnaissance des cadres bancaires de ce tissu économique spécifique, la recherche endémique des garanties maximales pour la délivrance d'un crédit insigne, etc. Ces objections sont recevables, mais nous avons remarqué que si le dirigeant de TPE est encore en mesure d'affronter un banquier pour demander un crédit et discuter de garantie, il est véritablement désarmé face à la complexité du droit social et à l'intervention du bras armé de l'État en la matière : l'inspection du travail et au-delà, le parquet de la République.

Dans une TPE ou une petite PME, c'est directement le chef d'entreprise, aidé de son avocat et de son expert-comptable qui va devoir gérer les IRP. Une PME plus importante, de l'ordre de 50 à 100 salariés, n'aura pas davantage les moyens de recourir à une équipe spécifique d'une ou plusieurs personnes. Le coût de gestion dépend donc du coût horaire du chef d'entreprise ou de son délégataire et des honoraires d'avocats, d'expert-comptable.

Auparavant, l'élection des DP devait se produire tous les deux ans. Désormais, elle se produit tous les 4 ans ce qui réduit le coût. Il en est de même des élections des membres du comité d'entreprise. Le vote électronique est également une source de réduction du coût.

Nous l'avons estimé pour une PME de moins de 50 salariés à 12.000 € par an en estimant :

- que le coût horaire chargé (qu'il soit salarié ou au RSI) du chef d'entreprise pouvait être valorisé à 300 € ;
- qu'il devait consacrer une quarantaine d'heure par an, modulées sur les 4 ans du mandat à la gestion des délégués du personnel ;
- que le chiffre de 12.000 € ainsi obtenu devait être augmenté de 3.000 € HT d'honoraires d'avocats de consultation et de vérification des processus ;
- assistance de l'expert-comptable : 3.000 €
- le coût global annuel de gestion pour cette entreprise est donc de 18.000 €, ce qui rapporté à 47 salariés (exemple retenu) donne un coût par salarié de 319.14 € annuels.

Le coût total par salarié est donc de 1.049.98 €, toutes dépenses confondues, soit pour l'ensemble de l'entreprise, une somme de 52.349 €.

Il ne s'agit donc pas d'un coût rédhibitoire en lui-même, mais il constitue cependant une dépense sérieuse. Sur la base du smic brut de 1.498.47 €, soit une somme annuelle de 17.981.64 € brut, ou encore 26.073.37 € chargés, cette dépense correspond environ à l'emploi de deux salariés sur la base du smic (52.146.75 €).

Il s'agit très classiquement d'un coût occulté, en raison du centrage de la réflexion classique, outre le caractère « politiquement incorrect » de la remarque. Nous allons distinguer à ce niveau le coût afférent à la TPE et la PME du coût afférent à la très grande entreprise.

2.2. Le coût de gestion des IRP dans une entreprise de plus de 50 salariés

Là encore, c'est directement le chef d'entreprise qui devra procéder à cette gestion, aidé d'une assistante spécialisée éventuellement, de son avocat et de son expert-comptable. Une telle PME ne peut recourir à une équipe spécifique d'une ou plusieurs personnes. Nous considérons que le coût de gestion dépend du coût horaire du chef d'entreprise ou de son délégataire, et des honoraires d'avocats et d'expert-comptable.

Nous avons validé les éléments suivants :

- six réunions obligatoires du CE d'une durée de trois heures chacune, avec trois heures de préparation, soit 36 heures sur une base horaire de 300 €, soit un total de 10.800 € ;
- sept obligations de communication soit : gestion stratégique, situation économique et financière, politique sociale et conditions de travail, rapport sur la réserve de participation, rapport sur le mode d'expression des salariés, présentation du bilan et élection. Nous avons compté 5 heures de préparation de chaque communication en tenant compte du fait que plusieurs de ces éléments sont préparés avec l'expert-comptable. Nous y avons ajouté deux heures de communication soit en tout 7 heures par sujet référence, soit 49 heures en tout, forfaitisé à 50 heures. Sur la même base de 300 €, le montant atteint un total de 18.000 € ;
- des obligations d'information : nous avons forfaitisé le travail de présentation de ces informations à 15 heures sur la même base soit 4.500 € ;
- les honoraires de l'expert comptable pour ces démarches spécifiques : 3.000 € ;
- des honoraires de conseil pour 5.000 €.

Le total de la charge en équivalent/travail du chef d'entreprise **est donc de 33.300 €.**

Au-delà même du coût, c'est le temps passé par le chef d'entreprise qui est discriminant, puisque l'on atteint sur cette base une centaine d'heure. Nous devons y ajouter les honoraires de conseil extérieur forfaitisés à 5.000 € HT et un demi mois du salaire d'une assistante payée sur une base de 2.000 € bruts mensuels.

Le montant total atteint donc la somme **de 43.300 € environ**.

Cela signifie que le coût de fonctionnement peut pratiquement être doublé, dans l'hypothèse évidemment où il n'existe pas de conflit social au cours de l'année. **Dans ce cas, le cumul des deux budgets (fonctionnement et gestion) correspondra environ à quatre postes de travail payés au smic, à plein temps.**

Le coût devient problématique puisqu'il correspond à l'emploi de 8,5 % environ des effectifs de l'entreprise sur la base du smic.

2.3. La situation dans les TGE : la délégation de la fonction de gestion à une équipe spécialisée

À la différence du coût de fonctionnement des institutions, le coût de gestion est aisément quantifiable dans la très grande entreprise pour une raison simple. La rationalisation de la gestion permet de distinguer clairement les personnes qui sont affectées à celle-ci. Dans une entreprise de 5.000 salariés, nous avons observé que cette gestion était assurée par un cadre de direction de très haut niveau, à forte rémunération, assisté par trois cadres en équivalent temps plein, en tout quatre cadres spécialisés RH et une assistante. Le budget total de leur rémunération et des charges sociales y afférents atteint pour cette entreprise 600.000 € annuels bruts chargés.

La somme est importante. Cela étant, si nous répartissons ce budget global de 600.000 € sur les 5.000 salariés, nous aboutissons à un montant de 120 € par salarié et par an. C'est le surcoût que constitue, pour la très grande entreprise, la gestion du fonctionnement des institutions représentatives. Le coût est parfaitement admissible au regard des masses financières qui sont en jeu. Certes, lors de périodes de crise, le nombre d'équivalent temps plein pourrait être doublé sur un laps de temps qui serait de trois à six mois. Mais cela ne modifierait pas sensiblement le schéma que nous présentons.

Dans le cadre de cette gestion, ce service va organiser les élections des représentants du personnel. Mais toute l'année, il participe au fonctionnement de ces organes : présence au comité d'entreprise et au CHSCT, suivi des entretiens avec les représentants élus, suivi éventuel des contentieux judiciaires de nature syndicale avec la charge considérable des expertises décidées par le comité, organisation de la riposte de l'entreprise, entretien avec les avocats, etc. Plus l'effectif de l'entreprise est important, plus ces organes disposent de

compétence, plus le suivi technique et administratif de la part de l'entreprise est coûteux et le coût de gestion des IRP important.

Pour l'ensemble de cette entreprise, le budget de fonctionnement correspond comme nous l'avons dit à une somme de 600.000 €. Il ne s'agit donc pas d'un coût rédhibitoire en lui-même au regard du CA de l'entreprise.

Sur la base du smic brut de 1.498.47 € soit une somme annuelle de 17.981.64 € brut, ou encore 26.073.37 € chargés, cette dépense correspond environ à l'emploi de trente salariés sur la base du smic.

3. Les coûts de contentieux

Il s'agit des coûts de conseil, c'est-à-dire les honoraires des avocats qui viennent assister le chef d'entreprise, en particulier lorsque le fonctionnement est conflictuel et que les tribunaux sont saisis, les coûts reportés sur l'entreprise, comme les coûts d'expertise comptable quand ils doivent être assumés par la firme, les coûts de procédure (dépens, article 700 du CPC, etc.).

4. Le coût de l'expression du salarié dans l'entreprise, dans la logique des lois Auroux de 1982

Le texte de 1982 (lois Auroux) prévoit que ce droit d'expression peut se produire sur les lieux mêmes du travail et que « *le temps consacré à l'expression est payé comme le temps de travail* ». Cette disposition est complétée par l'obligation de mettre à disposition les salariés pour l'exercice du droit syndical ou du droit d'expression des espaces muraux et des locaux, c'est-à-dire d'affecter la propriété privée de l'entreprise à d'autres buts que ceux de la production. Nous avons noté que dans nombre d'articles ou de contributions d'auteurs qui ont travaillé sur cette problématique, le sujet n'était pas abordé, comme s'il était considéré comme véniel. Nous soulignons cette importance, puisqu'il s'agit là aussi d'une intervention du législateur pour détourner de son usage principal et naturel l'investissement de l'entreprise dans des espaces qui ne sont originellement conçus qu'afin de produire.

Nous entendons déjà les remarques des observateurs ou auteurs critiqués qui considèrent comme insignifiante la concession obligée faite par l'entreprise et qui soulignent qu'en réalité la problématique du coût, à ce niveau, est sans influence particulière.

En fait, nous touchons là deux problèmes de fond : d'une part, ce droit, nouveau en 1982, porte directement atteinte au pouvoir de direction et d'organisation du chef d'entreprise. C'est d'ailleurs son objectif annoncé. Mais il s'attaque également au droit de propriété, tel qu'il est prévu et protégé par la déclaration des droits de l'homme de 1789 et l'article 544 du code civil, lorsque l'entreprise est propriétaire de son local commercial. Et lorsqu'elle n'est que locataire de ses locaux industriels ou commerciaux, l'atteinte au droit de jouissance plein et entier des locaux loués est également caractérisée. Dans ce domaine, la démarche du législateur est toujours la même :

- il octroie des droits nouveaux aux salariés,
- sans se soucier des conséquences micro économiques de cette mesure,
- en dédaignant à la fois l'état de droit antérieur et le fonctionnement économique de l'entreprise qui résulte de cette situation de droit,
- en dédaignant la problématique du coût,
- et en imposant à l'entreprise d'adapter ses coûts et donc ses prix en fonction de ces mesures.

Le Parlement légifère en ignorant les conséquences managériales de ses décisions.

En 1982, les salariés acquièrent donc le droit d'utiliser à temps partiel la propriété immobilière de la firme et d'affecter une partie de leur temps de travail, hors de tout mandat électif ou spécifique (de conseiller prudhommal par exemple) à une activité autre que celle de la production. Dans ce cadre, ils acquièrent aussi la possibilité de critiquer l'exercice du pouvoir de direction, c'est-à-dire la politique même de l'entreprise qui les emploie, de l'intérieur. Ce droit renforce l'effet de fortin.

5. Le coût global des IRP est-il utile à l'entreprise ?

La notion d'utilité et de coût est conçue au sens strict, relativement au seul objet social de l'entreprise : c'est un coût qui doit créer de la valeur. Elle ne concerne donc que la réalisation de cet objet social, dans une perspective de maximisation du profit. Nous ne sommes donc pas dans la logique d'une notion d'entreprise élargie, qui représenterait ou serait porteuse

d'un « *intérêt général* » et dont l'activité viserait à satisfaire les acteurs extérieurs à elle-même, ou encore à partager ses profits avec les salariés au-delà des obligations résultant de la loi (salaire minimum, intéressement et participation) et résultant bien entendu du contrat.

Le contrat de travail est, à titre premier, un accord de sujétion passé entre la firme et un salarié pour l'exécution de tâches contre le versement d'une rémunération. Le salarié accepte de subordonner sa liberté d'agir, son corps et son esprit aux instructions du chef d'entreprise. Le partage du profit réalisé n'est pas davantage envisageable avec des tiers à l'entreprise que peuvent être les clients, les fournisseurs, l'environnement, etc. Si l'entreprise accepte de se soumettre aux contraintes légales de l'État (nous restons évidemment dans le cadre français), son acceptation reste limitée à ces contraintes légales et ne saurait aller, spontanément, au-delà. Nous avons eu l'occasion d'écrire, par ailleurs, que l'excès de contraintes, qu'elles agissent d'ailleurs sur le coût du travail ou sur tout autre coût, était de nature à la conduire à choisir d'autres implantations géographiques, c'est-à-dire à délocaliser.

Les IRP génèrent un coût identifiable et reportable. Ce fait est désormais démontré. Ce coût n'est pas considéré par la firme comme un coût utile, contribuant de façon positive à l'acte de production à l'unique condition qu'il crée de la valeur. Cette création de valeur peut être active (le fonctionnement des IRP contribue alors à l'amélioration de la fonction de production ou à la réduction du coût du travail). Elle peut être passive : l'existence des IRP n'améliore pas le fonctionnement de l'entreprise, mais elle ne contribue pas à une augmentation sensible du coût du travail. Elle stabilise certains éléments, en évitant le *turn-over* par exemple et donc les coûts du contrat de travail, *ex ante* ou *ex post*⁶⁰⁵. Elle peut éviter par leur simple existence des coûts de grève, des coûts des actions inorganisées qui seraient lancées contre l'entreprise et qui interrompraient le processus de production normé, voire entraîneraient la destruction totale ou partielle de l'outil de travail.

Quelle peut être la position de principe des dirigeants face à ce coût complémentaire, imposé par le législateur avec l'indifférence qu'il affecte habituellement à l'égard du fonctionnement micro-économiques des entreprises ? Ils peuvent considérer qu'il s'agit, au-delà de la signature du contrat de travail, d'un coût complémentaire relatif au consentement des salariés

⁶⁰⁵ Dans ce sens, Ferrai et Guyot, *Dialogue social et performance économique, Sécuriser l'emploi*, Presses de Sciences Po, janvier 2015.

à leur sujétion à la firme. Dans la pure logique de Williamson, il doit être additionné aux autres coûts puisque, de cette façon, il contribue effectivement à la fonction de production. Cette vision est minimaliste et il est nécessaire de développer l'argumentaire de l'utilité des IRP au regard d'un management actif de la firme, dans l'optique de réalisation de l'objet social et de la facilitation des actes de production. Nous considérerons alors les IRP comme participant, dans une mesure qu'il conviendra de souligner, au processus de production. Il est naturel que leurs coûts de fonctionnement et de gestion soient intégrés dans le coût du travail.

Parallèlement, nous évoquerons le soupçon de stricte inutilité qui pèse sur les IRP, non seulement au regard de leurs coûts désormais mieux cernés, mais également du surcoût qu'elles peuvent provoquer en facilitant la mobilisation des salariés contre les projets du chef d'entreprise et, plus globalement, contre l'expression du pouvoir de direction.

5.1. *L'inutilité radicale des IRP pour la firme : l'effet de fortin*

La problématique de l'utilité des coûts ne peut être envisagée dans le seul espace de la coopération. Le général De Gaulle soutenait dans le préambule de l'ordonnance de 1945 qu'en dépit de la création des comités, « *l'autorité de la direction sera maintenue intacte et, en même temps par l'intermédiaire de ses représentants, le personnel pourra être étroitement associé à la marche générale de l'entreprise dans laquelle il travaille* ».

Puis il évoquait la notion de « *coopération nécessaire* » entre la direction et les représentants du personnel en espérant que les discussions entre le dirigeant et les salariés « *seront dominées par le souci de l'œuvre commune* ».

Dans les contextes de confrontation dure, passée la phase de négociation qui peut se dérouler au sein des IRP, celles-ci -et le comité d'entreprise en particulier-, ne sont plus un atout pour la firme. Elles ne sont même pas un acteur neutre, censé ne pas préjudicier au pouvoir de direction : elles deviennent un acteur négatif. Les salariés bénéficient de ce fortin, construit à l'intérieur-même de l'entreprise, qui se trouve protégé par des dispositions extraordinaires du droit commun de la propriété et du commerce⁶⁰⁶. Ils peuvent ainsi contrecarrer les

⁶⁰⁶ Au regard de la déclaration des droits de 1789 et des grands textes tels que la loi Le Chapelier ou le décret d'Allarde.

décisions du dirigeant et du management et perturber le fonctionnement de la firme, voire la conduire à sa perte. L'entreprise est donc menacée de l'intérieur alors qu'elle est déjà cernée par une adversité naturelle (concurrence) ou de circonstance (jeu des institutions, insécurité juridique, instabilité des règles fiscales, etc.). C'est ce vécu qui nous a été exprimé à de nombreuses reprises par les dirigeants d'entreprise, sans qu'il soit besoin d'aller rechercher ceux de Dunlop ou de Goodyear.

5.1.1. L'affirmation de principe des chefs d'entreprise

Nous l'avons écrit : les dirigeants de PME voient rarement dans le fonctionnement syndical et celui des IRP un atout pour la firme. Ceux des TGE sont tenus par le discours institutionnel et les contraintes de leur code d'éthique. Ces dirigeants peuvent en revanche longuement dissenter (en *off*) sur les effets négatifs qui peuvent aller jusqu'à la perte de crédit d'une entreprise à l'égard de ses actionnaires dans l'hypothèse d'une action revendicative qui serait de nature à impacter, par médias interposés, le cours de Bourse, ou encore, influencer négativement sur l'image de marque de la société à l'égard de ses clients, soit par la détérioration des délais de livraison, ou tout simplement par la dégradation de la production, qu'elle soit volontaire dans le cadre d'un véritable sabotage, ou involontaire. Dans ce dernier cas, la désorganisation du processus de production peut résulter simplement d'une succession de journées de grève, du remplacement des salariés grévistes par des intérimaires moins performants sur les chaînes.

Dans les PME, les dirigeants n'hésitent pas à proclamer haut et fort que la syndicalisation et le fonctionnement des IRP sont à la fois coûteux et inutiles pour l'entreprise. Imposés par un *corpus* législatif et réglementaire imposant, ils n'apportent pas de plus-value à la firme. C'est la raison pour laquelle ils tentent de maintenir les effectifs de leur entreprise à un seuil inférieur à 50 salariés⁶⁰⁷. Nous notons cependant que cette résistance, qui s'est formalisée pendant plus de 50 ans, reste la seule expression publique de l'opposition des patrons d'entreprise aux IRP. Les contributions officielles aux débats théoriques sur l'utilité des IRP pour la fonction de production sont en effet relativement rares.

⁶⁰⁷ Notre analyse est antérieure à la publication des textes Macron Philippe de septembre 2017, sur lesquels nous n'avons pas encore de retours suffisants.

Nous allons détailler deux types d'effets négatifs.

5.1.2. Un facteur de coûts, au-delà même des coûts de fonctionnement et de gestion

Les coûts contraints (fonctionnement, gestion, conseil, etc.) génèrent eux-mêmes des coûts et non pas des avantages pour la firme. En effet, le fonctionnement des IRP vise à porter atteinte à l'effectivité du pouvoir de direction en en réduisant l'ampleur, en s'opposant à ses effets. Il augmente les coûts, et les coûts du travail en particulier. La firme est donc engagée à son corps défendant dans un processus qu'elle considère comme éminemment pervers, où des facteurs de coûts (les IRP) sont eux-mêmes facteurs de coûts par le développement des processus suivants :

- augmentations de salaire revendiquées dans le cadre des IRP,
- augmentations des minimums légaux de la LPE, facilitées par les revendications syndicales relayées par les IRP au sein de l'entreprise ;
- lancement de mouvements sociaux, grèves avec perte de production.

Deux auteurs, Marc Ferracci et Florian Guyot, ont tenté d'analyser l'effet du taux de syndicalisation des salariés sur le fonctionnement de la firme. Ils dégagent dans un premier temps les effets positifs (pour le processus de production, les associés et les salariés eux-mêmes) et les effets négatifs. Ils soulignent que la seule constante dans l'un et l'autre cas résulte dans le fait que ces effets sont favorables aux salariés.

En revanche, ces effets peuvent être négatifs pour l'emploi ou pour la durabilité de la firme, sans que cette observation soit contradictoire avec la précédente, les bénéficiaires finaux n'étant pas les mêmes. D'un côté, c'est l'aspect individuel qui est privilégié, alors que de l'autre c'est l'aspect collectif. Cette présentation est conforme à la problématique que nous développons puisque nous opposons les avantages que retire le salarié du processus de rupture du contrat de travail, aux intérêts des autres parties impliquées dans l'acte de production : la firme, la collectivité des salariés restant dans l'entreprise après les licenciements économiques, les associés. Et nous déplorons que le juge prudhommal ne soit que le juge d'une affaire individuelle. Dans le cadre de limité du conflit qu'il examine, il

dédaigne les intérêts de la firme⁶⁰⁸ (dirigeants et associés compris) de la collectivité de travail restante, et des autres acteurs locaux.

Certes, les travaux de Ferracci et Guyot ne recourent pas totalement nos axes d'analyse, puisqu'ils se fondent sur la syndicalisation des salariés, et non sur le seul fonctionnement des IRP. Mais il se trouve que les IRP (et en particulier les comités d'entreprise) de toutes les firmes importantes sont aux mains des syndicats, et souvent des 5 syndicats anciennement dits représentatifs. L'action syndicale dans ces entreprises se déroule donc par le truchement des IRP qui restent dans ce fortin, devenu indispensable à la contestation par les salariés du pouvoir de direction de la firme, qu'elle s'exprime ou non par les syndicats représentatifs.

5.1.3. Le fonctionnement des IRP est bloquant pour le management et nécessairement coûteux pour la firme

Nous avons fait le point sur cet aspect : il est clair que pour la PME, le fonctionnement est complexe et coûteux. Il détourne le dirigeant de l'essentiel de ses missions ; au mieux il ralentit, au pire il bloque les nécessaires restructurations de l'entreprise lorsqu'elle aborde des phases de difficultés économiques.

À l'instant même où elle aurait besoin d'un soutien ou d'une liberté de manœuvre particulière, elle est contrainte de respecter un lourd processus institutionnel particulièrement invasif, qui ne lui apporte aucune plus-value. Ce processus, comme nous l'avons vu, ne vise qu'à permettre le fonctionnement optimal de la LPE, de retarder la rupture des contrats de travail tout en optimisant les avantages économiques -de nature patrimoniale- pour les salariés menacés par ces ruptures. Par voie de conséquence, ces dirigeants considèrent que le coût des IRP est lui-même inutile sur le plan micro-économique, et au-delà, préjudiciable. Le prélèvement qui est effectué sur la firme permet aux salariés de financer la résistance ou la contestation au pouvoir de direction. Nous sommes très loin de la pureté du droit ouvrier d'origine, tel qu'il existait en Grande-Bretagne à l'époque des *Trade Unions*, où l'action syndicale était financée sur les fonds des *Unions*, provenant des cotisations des salariés. Désormais, c'est la ponction imposée par l'État au détriment de l'entreprise qui finance en grande partie l'action revendicative organisée par les syndicats. Nombre d'accords

⁶⁰⁸ Béatrice Brenneur, *Stress et souffrance au travail, un juge témoigne*, l'Harmattan, 2010.

d'entreprises (SFR par exemple) prévoient ainsi que l'entreprise abonde le syndicat par des versements annuels.

Le fonctionnement des IRP est bloquant quand il empêche l'entreprise de procéder aux restructurations qu'elle considère comme nécessaires, par la suppression des différents emplois. Nous avons exposé que la LPE était elle-même une législation bloquante, de nature à impressionner le dirigeant pour l'empêcher de licencier et en cas de rupture, sanctionner financièrement l'entreprise par le phénomène de compensation partielle de la perte de revenus puis de compensation patrimoniale, auquel s'ajoute le remboursement de Pole Emploi. La seule LPE est bloquante et pénalisante financièrement pour l'entreprise, puisqu'elle maintient pendant la durée de la procédure de licenciement des emplois inutiles pour le processus de production dont l'intensité est réduite : mais désormais, que dire des Institutions Représentatives du Personnel, qui sont à la fois une atteinte légale à la liberté de direction et au droit de propriété, et un « fortin » pour permettre aux salariés et à leurs représentants de contester de l'intérieur de la firme le pouvoir de direction ? Nous avons déjà analysé les conséquences ne serait-ce que de l'obligation de consultation du comité, sur le coût final du licenciement. Notre lecteur imaginera aisément les conséquences de la résistance jusqu'au-boutiste des IRP face à une entreprise qui doit licencier économiquement. Demande de désignation de l'expert-comptable, contestation en première instance puis en appel, déroulement de la consultation, demande de délai, contestation du rapport etc. : les recours sont multiples et ils le sont plus encore dans le cadre de l'adoption d'un plan de sauvegarde de l'emploi qui peut être lui aussi contesté. La société a le choix entre trois solutions : le versement d'une indemnité supra-légale qui augmente le coût du travail par salarié ; la résistance, qui augmente le coût du travail par salarié ; la demande de redressement judiciaire qui est la seule issue pour raccourcir les délais de la procédure de licenciement ou de mise en œuvre du PSE avec en outre des garanties supplémentaires pour l'entreprise, offertes par le fonctionnement des organes de la procédure (administrateur judiciaire, juge commissaire, tribunal de commerce dans son ensemble).

Nous avons été confrontés à d'autres situations telles que le redressement judiciaire d'un établissement privé de soins, qui se révélait impossible, en dépit de la demande des personnes publiques intéressées dans la commune de rattachement, les médecins et évidemment les propriétaires du capital de l'établissement. La centaine d'infirmières refusait d'adhérer au projet de continuation. Ce refus d'adhésion était fondé purement et simplement

sur un calcul d'opportunité résultant de ce que dans un marché de la santé où ce métier est rare, les infirmières étaient certaines de retrouver un emploi après un licenciement économique. En conséquence, compte tenu de leur ancienneté, elles avaient tout intérêt à obtenir le paiement d'indemnités de préavis et de licenciement, grâce à l'activité du comité d'entreprise, qui les soutenait : action illégitime au regard des dispositions de l'ordonnance du 22 février 1945, même modifiée, de l'objectif de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives au regard du maintien de l'emploi qui suppose le maintien de l'outil de travail. L'actualité préfère centrer ses sujets sur des affaires telles que Cellatex en 2000 où des destructions massives d'emplois étaient en cours du fait de décisions de la direction, que sur des affaires différentes, qui contraignent à modifier la perception classique. Dans le cadre de cet établissement d'hospitalisation privé, les avantages tirés par ces salariés de la législation sur la protection de l'emploi étaient tels qu'ils n'avaient plus intérêt à rester liés par un contrat de travail. Les indemnités légales de licenciement pouvaient leur apporter des sommes de 30.000,00 € à 60.000,00 €, en fonction de leur ancienneté, et le lendemain, ils étaient certains de retrouver du travail dans un autre établissement de santé. Ainsi, l'effet économique déstabilisant de la LPE, était renforcé par « l'effet de fortin » du comité d'entreprise. La destruction de l'outil de travail était inévitable.

Cet exemple explique que l'existence même des IRP est souvent récusée par les chefs d'entreprise et qu'en tout état de cause, leur coût apparaît excessif, quel que soit l'impact de ce coût au niveau du coût du travail moyen. Et encore, rare sont les chefs d'entreprise à considérer que les coûts des IRP sont des éléments constitutifs du coût du travail. Naturellement, ils ont plutôt tendance à les intégrer dans les frais généraux. Pour ces dirigeants, ces coûts ne sont jamais corroborés par un intérêt de la firme, au sens propre du terme, c'est-à-dire augmentation du profit.

5.2. Le coût des IRP peut-il être utile à l'entreprise ?

Certains dirigeants reconnaissent que le fonctionnement des IRP en période de paix sociale présente un intérêt, même s'ils ne parviennent pas à qualifier financièrement les avantages recueillis. De la part du management, nous recevons des observations réfléchies, mesurées à l'aune de plusieurs années d'expérience. Mais ils ne souhaitent pas voir leur nom cité comme contributeur dans le cadre de cette recherche.

5.2.1. Des remontées originales sur la problématique des coûts cachés ou des pratiques managériales déviantes

Selon eux, l'intérêt principal des IRP réside dans une sorte d'assistance au management. Les délégués syndicaux, les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise font remonter à la direction générale, par l'intermédiaire des cadres RH, des informations sur les dysfonctionnements de ces services, à leur base, ou au niveau de la maîtrise intermédiaire, voire de la direction de ces unités. Ces cadres expliquent que pour des raisons qui leur sont propres, et qui expriment une volonté de ne pas être tancés ou sanctionnés par leur hiérarchie, les cadres intermédiaires, voire les cadres chefs de service, évitent de faire remonter un certain nombre d'informations sur les dysfonctionnements qu'ils rencontrent. D'ailleurs, ils parviennent parfois à les surmonter sans que cela occasionne de difficulté. De même, ils n'osent contester d'autres problématiques résultant du comportement du management. Ils tentent de juguler l'information à ce niveau. Il est constant que la direction générale peut considérer de son côté qu'elle doit être systématiquement informée de toute difficulté, même bénigne, ne serait-ce que pour tenir des statistiques...

Nous revenons à ce niveau sur la problématique des coûts cachés, chère au professeur Savall, que nous distinguons nettement celle qui nous préoccupe qui est celle des coûts occultés. Les coûts cachés sont des coûts connus de l'entreprise et affectés au processus de production. Ils sont anormaux. Ils excèdent les coûts admis par la norme professionnelle ou les « polices » de l'entreprise, sans que celle-ci en ait conscience. Ils sont parfois habilement dissimulés par le management intermédiaire. Nous nous rappelons ainsi un exemple relevé chez un équipementier automobile et découvert à l'occasion d'un audit. Un cadre dirigeant un atelier de fabrication de radiateurs commandait systématiquement depuis des années le double de la quantité d'une poudre nécessaire à la fabrication. En fait, cette poudre était le seul élément onéreux qui entrait dans le processus de fabrication. Si toute une série de radiateurs devait être mise au rebus, il s'agissait de la seule matière première qui pouvait laisser apparaître l'existence d'une erreur et la reprise d'un cycle de fabrication. Pour contourner le contrôle qui était aisé à réaliser sur la base de la consommation de ce produit, ce cadre avait depuis des années décidé de réaliser des commandes excédentaires, dont personne ne s'était jamais rendu compte jusqu'au jour d'un contrôle de gestion. En fait, l'information aurait pu remonter par le biais des salariés sous mandat, qui auraient pu

s'interroger par exemple sur l'existence d'un stock tampon très important de cette seule matière première, au regard de l'ensemble des autres⁶⁰⁹.

De même, les délégués font remonter des informations sur les pratiques de management qui dévient des autres « polices » de la société, ou de son code d'éthique : harcèlement sexuel ou managérial, concurrence déloyale, voire plus prosaïquement, vol de matériel ou de produits finis organisé à l'échelle d'un service.

5.2.2. La signature d'accords d'entreprise favorables à la firme : l'exemple de la semaine de quatre jours

Nous n'insistons pas sur la critique classique des chefs d'entreprises, au-delà bien entendu d'une part de l'aspect chronophage et, dans une moindre mesure, de la réalité d'un coût qui pourrait, alternativement, être investi dans une activité productive. La troisième critique réside en général dans le fait que la discussion avec les représentants membres des IRP vise toujours à obtenir de l'entreprise une concession supplémentaire, c'est-à-dire un avantage nouveau pour les salariés. Or le second intérêt des IRP, aux yeux du management, résulte de la possibilité par leur intermédiaire de conclure des accords favorables à la firme, accords qu'il ne serait pas possible de signer hors l'existence des IRP.

5.2.2.1. L'affirmation de principe :

Dans l'ouvrage qu'il co-écrit avec Dominique Méda sur la réduction du temps de travail, Pierre Larrourou⁶¹⁰ fournit une série d'exemples intéressants aux termes desquels les IRP permettent la négociation d'accords sur la réduction du temps de travail et le passage à la semaine de 4 jours. Nous faisons à cet égard deux remarques préliminaires :

- le nombre d'accord qu'il cite est infinitésimal par rapport au nombre d'entreprises,
- ces accords existent parce que les entreprises ont encore « quelque chose à négocier », selon l'expression classique des chefs d'entreprise.

En l'occurrence les entreprises objets de l'étude avaient, en raison du fonctionnement de leur appareil de production ou des spécificités de leur organisation productive, un intérêt à réduire

⁶⁰⁹ Le stock était physiquement visible, dans un hangar spécifique.

⁶¹⁰ Pierre Larrourou et Dominique Méda, *Einstein avait raison, il faut réduire le temps de travail*, Les éditions de l'Atelier, 2016.

le temps de travail ou la semaine de travail, ou au contraire, un effet neutre. Dans les deux cas, elles pouvaient satisfaire les salariés demandeurs. Mais le phénomène mérite d'être analysé parce qu'il apparaît comme un avantage lié à l'existence des IRP et parce que les auteurs... sous estiment totalement l'aspect du coût du travail.

Pierre Larroutouru et Dominique Meda expliquent que les accords de réduction du temps de travail dans le cadre du passage à la semaine de 4 jours sont généralement équilibrés en ce qu'ils permettent aux salariés de réduire effectivement leur temps de travail, tout en donnant à l'entreprise une certaine flexibilité. Le fonctionnement harmonieux des IRP et la négociation n'existent qu'en raison du fait que les entreprises qui entrent dans ce processus sont en bonne santé économique. Aucun des exemples cités ne visent la réduction du temps de travail comme le remède salvateur d'une entreprise en difficulté, conjoncturelle ou structurelle.

Le processus débute naturellement par un choc de coût : l'entreprise accepte d'adapter son système de production -c'est un coût- et elle accepte un maintien des salaires en dépit de la réduction du temps effectif de travail : c'est un second coût. Mais les auteurs précisent que, dans nombre de cas, il n'y a effectivement pas de réduction du salaire allant de pair avec la réduction du temps de travail. En revanche, il peut y avoir un accord de modération salariale qui bloque les salaires sur une certaine durée, de l'ordre de deux ans par exemple. L'entreprise rattraperait donc sur la durée le coût éprouvé sur l'instant et non compensé par un gain de productivité.

Pour les auteurs, l'entreprise ne concéderait pas simplement un nouvel avantage dans le cadre de cette négociation, elle y rechercherait -et potentiellement, elle y trouverait- un triple intérêt :

- la flexibilité de l'organisation du travail ;
- un blocage des rémunérations sur une période de deux ans, ce qui induit une économie réalisée sur les salaires sur la période à venir. Elle viendrait, comme nous venons de le souligner, compenser le surcoût immédiat lié au maintien des salaires au niveau antérieur, celui de la semaine de 5 jours ;
- enfin, une augmentation de sa productivité qui viendrait elle aussi compenser en tout ou partie des effets de coûts liés à la mise en œuvre de la mesure.

Les auteurs démontrent ainsi que le fonctionnement des IRP est favorable à la firme et qu'il l'est aussi pour les salariés qui passent à la semaine des quatre jours, et globalement pour l'emploi. En effet, en contrepartie, la firme engagerait des salariés supplémentaires pour prendre la place des emplois libérés par la réduction du temps de travail. À ce niveau, l'analyse déborde notre cadre de réflexion qui est centré sur le coût et elle propose d'ailleurs une augmentation du coût du travail pour la firme, étant entendu qu'elle devrait être compensée par une augmentation de la production et que dans ce cas, le raisonnement n'est pas effectué en termes constants. Nous avons re-traité la problématique des coûts envisagée quelque peu sommairement par les auteurs.

5.2.2.2. *Les avantages du fonctionnement des IRP : la maîtrise des problématiques du principe et du coût à l'intérieur de la firme*

Le processus de réduction du temps de travail et de passage de la semaine de 4 jours, préconisé par Dominique Méda et Pierre Larrouturou, présente un avantage au regard de la méthode autoritaire qui a été privilégiée par la gauche du gouvernement de 1997 à 2002, avec les lois Aubry. Elle utilise les IRP et les place au centre du dispositif. Elle concourt à la démonstration de l'utilité des IRP -et secondairement, de la syndicalisation des employés- pour la firme.

La réduction autoritaire du temps de travail, décidée par le ministre du travail de l'époque, Martine Aubry, avait totalement sous-estimé l'impact économique de la mesure sur les PME. La gauche en était restée à la logique de 1936, permettant à un gouvernement messianique d'apporter aux masses un message de bien-être : temps de travail, congés payés, augmentation du pouvoir d'achat, le tout sans questionnement sur la réalité micro-économique des entreprises, que ce soit sur le plan organisationnel ou sur celui du coût, au moment où le messianisme de l'État aurait dû s'interroger sur la nécessaire concentration des efforts dans la conception des appareils de production de matériel de guerre, (aviation par exemple) et dans la standardisation des productions et des outillages⁶¹¹.

La réduction du temps de travail (lois Aubry 1 et Aubry 2) entraînait souvent au sein des PME une réduction obligée de l'amplitude du service offert par les entreprises du secteur

⁶¹¹ La France développe en même temps plusieurs chasseurs et plusieurs bombardiers. Elle produit en petites séries ces appareils, alors que l'Allemagne nazie adopte une politique résolument contraire.

tertiaire à leurs clients. Dans l'industrie, elle impactait l'amplitude de l'utilisation des moyens de production pour les entreprises qui ne travaillaient pas en équipes postées : celles-ci devaient réduire les temps de travail et donc les temps de production, sauf si elles embauchaient. Mais la problématique de coût et la problématique de seuil empêchaient alors les dirigeants de PME d'embaucher, le gouvernement se bornant à répondre « *qu'une entreprise, lorsqu'elle a besoin d'embaucher, elle le fait* ». Cela est inexact si le coût du travail est discriminant, ou si l'entreprise est proche d'un seuil lui-même discriminant par les obligations que son franchissement implique : 11 salariés, 50 salariés par exemple.

Les deux lois augmentaient frontalement le coût du travail pour les entreprises qui fonctionnaient en équipes postées (2 x 8 ou 3 x 8) et qui devaient donc embaucher du personnel. Ce faisant, elles les mettaient en grande difficulté puisque les firmes d'une part devaient affronter la réduction du temps de travail sans compensation salariale et, d'autre part, elles devaient affronter une autre réduction : celle de l'amplitude de l'utilisation des moyens de production. Concrètement, cela signifiait qu'une machine qui avait été acquise pour être amortie sur un délai de sept ans devait l'être en réalité sur un délai largement supérieur. En effet, si l'entreprise qui est confrontée à la réduction du temps de travail, n'embauche pas à due proportion parce qu'elle considère que le coût du travail résultant de l'embauche est excessif, elle est obligée de réduire l'amplitude d'utilisation des machines et des équipements de 4 heures par semaine ($169 - 151 = 18$ heures de réduction. 18 heures sur 4 semaines mensuelles = 4 heures 30 minutes de réduction par semaine⁶¹²).

En conséquence, le cumul des heures perdues se répercutait sur le financement des investissements en machines et en équipements, calculé sur une durée d'amortissement classique de 7 ans. Mais cette durée n'est pas modifiée suite à la réduction de la durée du temps de travail, alors même qu'elle est mathématiquement augmentée en raison de la

⁶¹² Or 4 heures 30 minutes de réduction du temps d'usage d'une machine, par semaine génère dans une entreprise travaillant en une seule équipe, le calcul suivant :

- $4 \times 4 \text{ h } 30 = 18$ heures ;
- 18 heures sur 11 mois de production (on suppose un mois de fermeture annuelle) ;
- Total : $16 \times 11 = 198$ heures par an ;
- Soit encore un mois sur base 151 heures 67 mensuelles ;
- Soit encore un mois, une semaine et 12 heures annuelle de sous-utilisation des équipements ;
- Soit sur 7 ans, une augmentation de la durée de financement du matériel au regard de son utilisation, sur la base des ratios économiques et comptables, qui eux, ne changent pas de 7 mois, 7 semaines, et 84 heures (12 x 7) ;
- Soit 8 mois, 3 semaines et 84 heures.

réduction de la durée d'utilisation des équipements et donc du profit permettant de payer les remboursements des prêts consentis pour ces acquisitions. Le coût économique global du cycle de production est donc augmenté, au-delà même de l'augmentation du coût du travail direct. La durée d'amortissement du matériel ou des équipements est donc désormais de 8 mois, 3 semaines et 84 heures, en sus des sept ans maintenus par les banques⁶¹³.

Cette analyse, objectivement peu fréquente dans les années 1997-2002, conduit à deux observations. La première : le coût du travail est augmenté. La seconde : le coût de financement de l'outil de production, c'est-à-dire du matériel et des équipements s'accroît puisque le financement devrait être calculé sur 7 ans et huit mois au moins, alors qu'il reste figé sur 7 ans. En conséquence, c'est bien l'ensemble des coûts qui progresse par l'effet mécanique de la loi sur la réduction du temps de travail. Nous devons reporter cette analyse sur la réduction du temps du travail telle qu'elle est envisagée par Dominique Méda et Pierre Larrouturou.

Nous n'omettons dans notre raisonnement ni les gains de productivité qui ont pu être réalisés et qui ont pu compenser en tout ou partie les effets micro-économiques de la réduction du temps de travail en dépit du maintien des salaires, ni les compensations accordées par l'État. Mais nous rappelons que dans un certain nombre de circonstances, la réduction du temps de travail a également eu un effet sur la clientèle. Nous reprendrons l'exemple des brasseries, déjà cité en Partie I. La réduction du temps de travail permet aux clients de disposer de 4 heures de liberté par semaine. Ces heures entraînent la perte pour l'exploitant d'une brasserie d'un repas par semaine et par habitué. Soit le salarié décide de revenir plus tard le lundi : il supprime le repas du lundi midi ; soit il décide de partir plus tôt le vendredi en week-end, et il supprime le repas du vendredi. Soit il estime qu'il devait consacrer son mercredi après-midi à ses enfants et il sacrifie le repas du mercredi midi sur le lieu de travail avec les collègues. En conséquence, pour nombre de brasseries parisiennes, les lois Aubry ont produit trois effets : un effet de coût salarial direct, un effet d'allongement de dix mois de la durée d'amortissement des équipements, et un effet de réduction de la fréquentation des établissements.

⁶¹³ Voir dans ce sens le rapport de la commission Rouilleault, publié sous l'égide du Commissariat général au plan en juin 2001.

Les lois Aubry n'ont pas généré de conséquence comptable au bénéfice des entreprises, à savoir par exemple une augmentation à due proportion de la réduction du temps de travail, de la durée de financement des matériels, des agencements et des équipements. Il aurait fallu imposer aux banques l'accroissement à due concurrence de la durée de financement des équipements, restée bloquée sur les sept ans. Il en est de même pour le financement des achats de fonds de commerce par exemple. Les banques n'ont fait preuve d'aucune sensibilité à cet égard⁶¹⁴. Elles n'ont pas modifié la durée de financement standard des équipements. Lorsque la durée d'utilisation des équipements a été réduite, faute de personnel ou faute de clientèle, cette amplitude est restée la même. Elle l'est toujours aujourd'hui et Dominique Méda ou Pierre Larouturrou ne réalisent aucune proposition de ce chef.

5.2.2.3. *Le retraitement de la problématique des coûts au regard de cet exemple*

Les auteurs replacent donc les institutions représentatives du personnel au centre d'un dispositif qui devient utile à la firme si elle est dans une situation économique et comptable qui lui permet de bénéficier du passage à la semaine de 4 jours et si elle espère en tirer un avantage et, pour reprendre un terme plus classique, un profit. Cela ne signifie pas pour autant que la formule proposée par les auteurs s'exécute à coût nul pour l'entreprise. Nous l'avons donc reprise et nous avons tenté non pas de la chiffrer, car chacun de ces cas est évidemment spécifique, mais nous avons pour le moins établi un tableau des coûts.

Bien entendu, nous avons en tête de ce tableau le coût de fonctionnement des institutions représentatives du personnel, qui reprend l'ensemble des catégories que nous avons déjà précisées. De même, nous avons également le coût de gestion, c'est-à-dire le coût du temps passé par le chef d'entreprise ou son délégataire et par l'équipe des ressources humaines chargée de mettre en place ce dispositif. Nous devons y ajouter le coût de conseil qui lui-même se décompose en deux catégories :

- le coût des experts financiers et comptables qu'il convient d'associer soit en interne, soit en recourant aux services d'un expert-comptable extérieur.

⁶¹⁴ Il convient de rappeler dans le même temps les « erreurs » de la Société Générale par exemple, les amendes-records administrées ou la perte réalisée dans l'affaire Kerviel, en l'occurrence 1,2 milliard d'euros pour la violation de l'embargo sur Cuba, le Soudan et l'Iran. La BNP quant à elle paye 7,35 milliards d'euros d'amendes aux États Unis en 2016.

- le coût des avocats qui doivent s'assurer de la sécurité juridique du dispositif afin d'éviter une contestation ultérieure par un syndicat minoritaire, voire un salarié contestataire.

Ces coûts résultent directement de la mise en œuvre de l'accord de réduction du temps de la semaine de travail et son passage à 4 jours. Nous devons évidemment y ajouter des coûts complémentaires que Pierre Larrouturou et Dominique Meda ignorent. Or, ces coûts sont notables : pour reprendre l'analyse de Williamson, nous dirons qu'il s'agit des coûts *ex-ante*, des coûts *ex-post*, et des coûts *ad-futurum*.

Nous devons donc évoquer la seconde partie des coûts qui est générée par cette initiative. Les auteurs sont clairs : l'objectif du processus est de permettre un partage du travail, donc l'embauche de nouveaux salariés. Mais ils omettent les spécificités de ces coûts. Au regard de notre position et de la nomenclature que nous avons exposée, nous devons réaliser quelques adaptations et quelques précisions. Nous devons ainsi reprendre l'ensemble des coûts que nous avons relevés, afférents au contrat de travail :

- Les coûts de recherche et de signature du contrat de travail : dans le cas du passage à la semaine de 4 jours, la recherche de nouveaux salariés est la conséquence d'une option qui vise à favoriser la situation des salariés déjà en poste ; nous incluons les coûts de recherche des nouveaux salariés dans le coût du travail dans les coûts *ex ante*.
- L'ensemble des coûts de notre nomenclature va naturellement s'agréger aux coûts existants par le simple effet de l'embauche de ces nouveaux salariés. L'entreprise aura à intégrer les coûts différés obligatoires, les coûts différés exceptionnels...

En conséquence et contrairement à ce qu'affirment trop péremptoirement Pierre Larrouturou et Dominique Meda, on ne peut affirmer que la réduction du temps de travail à la semaine de 4 jours avec maintien des rémunérations, même contrebalancé en partie par le blocage desdites rémunérations sur un espace-temps de l'ordre de 2 années, ne constitue pas un coût pour l'entreprise. Mais à la différence de la réduction brutale du temps de travail qui avait été imposée par les lois Aubry, cette nouvelle réduction interviendra dans des conditions qui

seront validées par la firme, ce qui signifie que l'adaptation de son appareil de production sera pensée, préparée, et qu'en conséquence, elle ne constituera pas un surcoût⁶¹⁵.

5.3. Conclusion : la syndicalisation et le fonctionnement des IRP constituent un coût du travail. Mais créent-ils de la valeur ?

Au-delà du cas de l'établissement Goodyear d'Amiens, il convient de vérifier si l'intensité de la syndicalisation -et le fonctionnement bloquant des IRP- a un rapport direct ou non avec la finitude de la firme, en l'occurrence de l'établissement. Il convient donc de distinguer les effets micro-économiques et macro-économiques de la syndicalisation et des IRP. Dans le cadre de notre recherche qui concerne spécifiquement le coût du travail dans les PME, ce sont les effets micro-économiques qui nous intéressent. Mais dans ce domaine, les études sont principalement anglo-saxonnes. Marc Ferracci et Florent Guyot⁶¹⁶ qui ont longuement travaillé sur ce sujet exposent la difficulté d'évaluation de ce phénomène⁶¹⁷. Nous avons pris comme point de départ leur constat, et nous l'avons complété par les conclusions tirées de notre analyse des coûts, et au-delà, de notre expérience professionnelle d'accompagnement des entreprises.

Les deux auteurs relèvent trois types d'effets qu'ils considèrent comme positifs.

5.3.1. Des gains de productivité réalisés en interne pour contrer les effets de prime salariale

Une syndicalisation importante, renforcée par « l'effet de fortin » génère sur la firme une pression constante à l'augmentation des salaires et des avantages salariaux, donc à une

⁶¹⁵ Il le constituera en effet en raison du fait que l'embauche d'un nouveau personnel permettra de poursuivre l'utilisation des équipements dans les conditions identiques, voire supérieures à celles qui existaient avant la réduction du temps de travail. Mais il n'est pas discutable que le recours à de nouveaux salariés entraîne l'augmentation globale du coût du travail, davantage qu'à due proportion de ces embauches. Troisièmement, l'entreprise peut effectivement tirer globalement un avantage de cette nouvelle organisation du travail, par une meilleure flexibilité. Il est possible également qu'elle puisse compenser les coûts supplémentaires que nous avons détaillés, dans leur ensemble, par une augmentation de la productivité. Cela étant, nous devons considérer que l'augmentation de la productivité du travail ne peut se pratiquer de manière constante en accumulant la réduction du temps unitaire et ce, d'autant plus que quelles que soient la bonne foi et l'implication des salariés concernés, il est évident que certaines habitudes reprennent place dans l'entreprise, telles que les pauses cigarettes, les consultations des sites internet ou des messageries personnelles sur le temps de travail... Nous concluons cependant sur ce point précis par le constat d'une utilité des IRP pour l'entreprise (Pierre Larrourou et Dominique Meda affirment que toutes les entreprises qu'ils ont examinées, et qui ont admis le passage à la semaine de 4 jours, ont admis une réelle utilité économique du processus ou pour le moins une neutralité de celui-ci).

⁶¹⁶ Marc Ferracci et Florent Guyot, *Dialogue social et performance économique*, Sciences Po les presses, janvier 2015.

⁶¹⁷ Ils admettent que, globalement, aucune des études qu'ils ont consultées ne décèle un effet majeur sur les augmentations de salaire ou sur l'emploi, qu'il s'agisse d'ailleurs du maintien ou de l'augmentation de l'emploi.

majoration du coût du travail. Mais en compensation de la hausse des coûts classiques, il se trouve que la syndicalisation et l'aval donné par le syndicat (dans le cadre du fonctionnement des IRP et nous pensions ici à l'accord d'entreprise) est de nature à générer par la suite, en « remerciement » en quelque sorte, des gains de productivité, en tout état de cause jusqu'à la prochaine confrontation qui se produira sur le même sujet.

5.3.2. Les effets sur la survie de l'entreprise à travers le temps

Seconde observation concernant la présence du syndicat dans une entreprise et dans les IRP, comparée à leur absence : sont-elles de nature à avantager la continuité de la firme ? Marc Ferracci et Florent Guyot estiment que les effets sur la survie de l'entreprise, étudiés sur une période de l'ordre de 18 années, ne sont pas significatifs, dans un sens ou dans l'autre. La présence et l'action du syndicat ne serait donc pas de nature à anticiper la disparition de l'entreprise. Mais elle n'est pas davantage de nature à accroître sa longévité. Nous remarquons que les auteurs n'approchent pas les hypothèses de conflits importants, tel que celui de l'établissement Goodyear. Ils n'évoquent pas davantage l'effet de « lâchage » de l'entreprise qui se produit lorsque les salariés décident de se désinvestir de leur travail et dans un second temps de leur emploi. Les causes peuvent être diverses : soit ils ne croient plus à la poursuite de l'activité et de la firme, soit la maîtrise de leur profession, couplée à sa rareté, les assurent de retrouver directement un emploi après un licenciement. Dans ce cas, les IRP ne sont d'aucune utilité pour la firme. Elles sont totalement incapables de contenir le départ massif des salariés, soit par démission dans certains cas⁶¹⁸, soit dans l'attente astucieuse de la liquidation de l'entreprise, facilitée par un recours massif à l'absentéisme ou plus simplement au « coulage ». Nous constatons ainsi que même si les IRP sont contrôlées par des syndicats collaboratifs qui veulent maintenir l'outil de production, elles seront incapables d'avoir un effet positif sur le maintien en poste des salariés qui souhaitent quitter l'entreprise d'une façon ou d'une autre. Nous en revenons donc au fait que les IRP fonctionnent essentiellement dans l'intérêt des salariés, pour améliorer leur confort et non dans celui de la firme.

⁶¹⁸ Nous avons ainsi affronté le départ massif de la centaine d'infirmières de la clinique de Pantin, il y a quelques années, contraignant irrémédiablement celle-ci à la liquidation judiciaire.

Nous évoquons deux exemples à l'occasion desquels la pression des syndicats et des IRP a été positive dans la perspective du maintien de l'entreprise, en l'occurrence de sa continuation. L'administrateur judiciaire et le mandataire concluaient dans des conditions fort discutables, mais qui auraient pu être admises par le tribunal de commerce, à la liquidation d'une entreprise qui avait encore de la ressource. Présents massivement à toutes les audiences du tribunal de commerce en ayant posé pour ce faire des jours ou des demi-journées de congés, les salariés emmenés par leurs représentants du personnel ont réalisé une véritable pression sur les mandataires et une pression psychologique sur le tribunal. Nous avons souvenir en particulier d'un administrateur judiciaire de Versailles modifiant sur le champ, entouré par une vingtaine d'ouvriers militants syndicaux, ses conclusions qui demandaient la liquidation immédiate de l'entreprise. Le représentant des créanciers a maintenu ses conclusions, mais la continuation de la période d'observation a été consentie par le tribunal et plus tard, un plan de continuation.

5.3.3. La réduction du *turn-over*

La syndicalisation (et le fonctionnement harmonieux des IRP) permettent une certaine stabilité des effectifs, en particulier sur les emplois de faible qualification. Ces emplois sont soumis à un *turn-over* important. Or plusieurs études ont montré que le taux de *turn-over* est de l'ordre de 34 % dans les entreprises fortement syndiquées où les IRP fonctionnent, au regard des autres entreprises. L'instabilité du personnel de production et un *turn-over* important sont de nature à augmenter les coûts de transaction, en particulier les coûts *ex-ante*. Le départ des salariés mécontents doit être compensé par de nouveaux recrutements, c'est-à-dire de nouveaux frais, outre ceux relatifs à la formation et la mise en œuvre de ces nouveaux acteurs, dont on sait qu'ils ne seront pas pleinement rentables à leur poste avant un certain délai. Mais ce chiffre ne peut être hissé comme un drapeau. En effet, d'autres facteurs, tels que la taille du groupe et l'ensemble des avantages qui sont conférés aux salariés par l'effet de taille ou par la convention collective spécifique, voire l'accord d'entreprise qui est appliqué, peuvent également expliquer cette situation. En outre, si le *turn-over* peut poser un problème de formation des employés et de cohérence des équipes, ces difficultés ont été contournées de longue date par des recours dans des formes

scientifiques⁶¹⁹ à l'intérim, aux CDD et à la sous-traitance. L'argument n'est donc pas déterminant.

5.3.4. Le maintien de la paix sociale dans l'entreprise

Les modèles et les exemples examinés tendent à prouver que la présence syndicale dans l'entreprise renchérirait le coût relatif du travail par rapport au capital et aurait un impact négatif sur l'investissement et l'innovation. En modifiant l'organisation du travail dans les usines et en en confiant le contrôle aux ingénieurs, le taylorisme et le fordisme ont surmonté cet obstacle à l'innovation. Ce mouvement de fonds a été couplé à une intense action antisyndicale pour briser les résistances à cette évolution technologique et managériale. Dans les années 1960-1980, un phénomène similaire se rencontre en Grande Bretagne, pays où les ouvriers d'industrie sont massivement adhérents des syndicats, eux-mêmes regroupés au sein du TUC. L'explosion du système de la *closed shop* sous la période Thatcher entraîne la fin de la prédominance des syndicats britanniques dans l'industrie... sans doute trop tardive pour contrer un certain nombre d'évolutions nécessaires à l'industrie mais suffisante pour permettre à la Grande-Bretagne de conserver un secteur industriel.

Nous avons bien cerné le cadre de notre réflexion. Nous avons souligné que le syndicalisme, par le jeu des IRP, constituait une pression sur les firmes pour obtenir des avantages salariaux et qu'ils contribuaient au maintien et au développement de la LPE. Ils participent donc d'un meilleur confort économique du salarié. Mais notre lecteur doit conserver à l'esprit le fait que notre périmètre d'observation reste celui de l'intérêt de la firme et du contrôle des coûts. Les travaux de Ferracci et Guyot ne sont pas centrés sur la problématique du coût. Pour eux, au-delà de cette problématique et au regard de la syndicalisation des salariés, aucun des éléments de l'observation n'est concluant concernant l'intérêt global de la firme, à l'exception de la réduction du turn-over et de l'effet d'image au regard des investisseurs et des autorités publiques⁶²⁰. Le maintien de la paix sociale dans l'entreprise (qui permet d'éviter les journées de grève mais ne constitue pas un avantage au regard de la gestion classique), la dégradation de l'image de marque de la firme à l'égard des tiers, le

⁶¹⁹ Le terme scientifique vise l'optimisation de l'ensemble des avantages juridiques et économiques au recours à l'emploi précaire.

⁶²⁰ Mais également des salariés en recherche d'emploi. Veolia ou LVMH présentent des images et des notoriétés qui attirent les salariés les plus compétents.

développement de la productivité, la réduction de l'absentéisme, aucun de ces critères ne permet de souligner un avantage précis pour l'entreprise en contrepartie de la syndicalisation et au fonctionnement optimal des IRP.

Le coût global qui résulte de ce fonctionnement est donc un coût sans contrepartie qui explique, au-delà des présupposés idéologiques des dirigeants de PME, l'ensemble du phénomène de rejet ou de contournement des IRP, et de critique du phénomène de la syndicalisation « à la française », que nous prenons soin de distinguer de la syndicalisation allemande par exemple.

Mais nous avons également remarqué dans les PME importantes, les ETI, voire certaines TGE dont la RH est insuffisante sur le plan technique ou non soutenue par la direction générale, que les IRP se jouaient assez aisément de la direction de l'entreprise, sans doute parce que le management n'a pas une implication ou une connaissance suffisante du fonctionnement des IRP, parce qu'il les craint -en raison de cette méconnaissance- et n'ose pas la confrontation. Il peut alors conduire à une situation de blocage qui est conçue par les représentants syndicaux comme une faiblesse et non comme une force. En fait, la direction générale qui « ne veut pas faire de bruit » et donne pour consigne de ne pas affronter la contradiction donne un mauvais signal qui peut conduire au désengagement managérial.

6. Conclusion sur la problématique du coût des IRP

Lorsque nous avons engagé la réflexion sur les coûts occultés du travail, nous avons essentiellement en ligne de mire les coûts différés obligatoires et les coûts différés exceptionnels, dont nous savions qu'ils étaient globalement récusés par l'espace institutionnel. L'étude de ces deux catégories de coûts était facilitée par l'aisance de leur approche. En revanche, face au coût des IRP, nous avons été confrontés à une situation plus délicate qui explique que notre travail ne puisse bénéficier d'une multitude d'exemples qui viendraient confirmer la réflexion théorique⁶²¹. Mais nous sommes obligés dans cette conclusion de revenir sur la difficulté que nous affrontons pour obtenir des informations certaines. Nous avons pris des exemples relatifs à des entreprises que nous connaissions et

⁶²¹ Grâce à cet ouvrage, le chef d'entreprise, les membres des IRP, les avocats, pourront aisément calculer le coût en se fondant sur la grille d'analyse.

dont le dirigeant et les membres des IRP ont bien voulu nous ouvrir les comptes. En revanche, force est de reconnaître que la quasi-totalité des entreprises non seulement ne sont pas spontanément transparentes, mais qu'en outre elles sont objectivement incapables de réaliser un calcul exact du coût de fonctionnement et de gestion des IRP, non pas tant parce que leur dirigeant n'aurait pas la volonté d'aller au terme de cette analyse, mais parce qu'il craint que soit le management intermédiaire, soit la base des salariés, ne voient dans cette investigation une volonté de contrôle policier.

C'est en découvrant concrètement cette situation que nous pouvons expliquer la raison pour laquelle la problématique des coûts de fonctionnement des IRP n'est jamais évoquée dans la littérature classique de nature sociale, syndicale, voire même commerciale. Aucun manuel ne l'évoque. Rares sont les articles qui se lancent dans l'investigation et très rares sont les ouvrages qui s'y consacrent. Une chape de plomb bien française pèse donc sur cette problématique, chape constituée par la sédimentation des actions syndicales depuis la fin du XIX^e siècle, qui tend à considérer que tout ce qui permettrait soit au chef d'entreprise, soit à un tiers, d'avoir une connaissance exacte de ces coûts serait en quelque sorte, pour simplifier le propos, quasiment constitutif d'un délit d'entrave.

La plupart des avancées législatives ou réglementaires concernant les IRP se sont produites sous des gouvernements de gauche ou orientés à gauche dans le cadre d'un bouleversement politique majeur. Il en est ainsi en 1936, en 1945, en 1968 et en 1982. Si nous reprenons les trois dates essentielles que sont 1936 avec les délégués du personnel, 1945 avec les comités d'entreprise, 1982 avec les lois Auroux et l'élargissement de l'ensemble des règles relatives aux IRP, nous devons remarquer que les gouvernements en place à cet instant sont plutôt orientés à gauche -y compris le premier gouvernement de Gaulle de 1944-1945. La problématique des coûts n'est jamais première dans ce type de décision. Le législateur de gauche reste sur une certitude bien ancrée que l'entreprise est une sorte de corne d'abondance qui pourra toujours répondre aux demandes du pouvoir politique, même si ces demandes sont de nature à accroître le coût du travail et en conséquence à bouleverser le fonctionnement économique de la firme. En tout état de cause, il ne conceptualise pas le coût du travail.

Troisième observation : non seulement le coût de fonctionnement et de gestion des IRP est bien un coût distinct qu'il est possible d'isoler, d'identifier et de calculer si le dirigeant en a

la volonté, mais il est également un coût qui vient peser sur le coût global du travail et s'y intègre. C'est d'ailleurs sans doute pour cette raison que la partie salariale et les syndicats qui la représentent refusent de s'attarder sur ce thème et restent dans une position de déni.

Quatrième observation : le coût de fonctionnement des IRP et le coût de gestion ne sont pas nécessairement prohibitif à partir de l'instant où le budget social et culturel est maîtrisé. Et il ne part pas nécessairement à la dérive, comme c'est le cas dans un certain nombre d'entreprises anciennement publiques. En fait, seul « l'effet de fortin » est coûteux pour la firme. Comme nous l'avons dit, le texte original de l'ordonnance du 22 février 1945 n'envisage pas cet effet et c'est bien la liaison entre l'ordonnance créant le comité d'entreprise et les lois de 1973 et 1975 créant l'ANPE qui font de l'ensemble un facteur de coût pour l'entreprise. Nous avons démontré que la LPE était un facteur de coûts occultés et qu'il pouvait atteindre, dans certaines circonstances, deux ans de rémunération d'un salarié. Mais c'est à compter du moment où les IRP, comme elles en ont le pouvoir, décident de s'immiscer dans la sphère de direction du chef d'entreprise et non pas de prendre à sa place une décision, mais de peser sur celles-ci de telle sorte qu'elles vont pour le moins retarder ses effets, voire les amoindrir, que le coût devient disproportionné et constitue une atteinte grave au fonctionnement de l'entreprise.

Nous renvoyons ceux qui en douteraient encore au conflit Goodyear d'Amiens et à la fermeture finale de l'établissement, épuisé après des années de contentieux, étant souligné que la longueur des procédures était la conséquence directe de l'effet de fortin, de ces îlots de résistance dans lesquels se retranchaient les salariés pour rester le plus longtemps en activité -laquelle était évidemment réduite en amplitude-, et allonger de cette façon les indemnités légales, voire l'indemnité supra légale que nombre d'entre eux réclamaient. Nous sommes bien loin des dispositions du préambule de l'ordonnance de 1945 et de la logique des premiers droits qu'elle accordait au comité d'entreprise. Celui-ci s'érige en ralentisseur, sinon en bloqueur des évolutions nécessaires de la firme édictées par le dirigeant. Il empêche l'adaptation de l'outil de production aux nouvelles technologies ou aux évolutions de la conjoncture ou, du moins, il les retarde tellement qu'il peut mettre en cause de ce fait l'emploi des autres salariés, voire l'outil de travail.

Il nous sera objecté que tel n'est pas l'objectif des salariés et de leurs représentants qui espèrent toujours dans le maintien de l'emploi. Qu'il nous soit permis de répondre par la

négative au-delà même des exemples que nous avons donnés, d'une volonté concertée des salariés d'obtenir la destruction de l'outil de travail pour récupérer leur liberté et les indemnités de licenciement et de préavis qui allaient avec. Nous notons en effet que même sans contestation, l'entreprise peut être menacée dans sa survie par l'existence même des IRP. Nous l'avons déjà souligné, il convient de reprendre ici cette antienne : le dirigeant d'entreprise n'est pas malfaisant par nature et ne licencie pas pour le plaisir des équipes de salariés coopératifs, formés et diligents. En revanche, il anticipe la résistance des IRP dès l'instant où il estime nécessaire de prononcer un licenciement et leur existence même le fait hésiter, et retarder la prise de décision. Lorsque nous parlons de l'effet psychologique de la loi -concernant en particulier l'effet du seuil de 50 salariés qui était constant en France depuis plusieurs décennies- nous pensons évidemment à cette double réaction qui bloquait la décision du chef d'entreprise et menaçait l'avenir de la firme et de ses salariés. Il est à espérer qu'en dépit des inconvénients du nouveau texte Macron Philippe, qui abaisse la hauteur à compter de laquelle une entreprise doit constituer un conseil économique et social, il sera encore possible d'apporter des éléments novateurs à la réflexion. Objectivement rien n'est moins sûr.

CHAPITRE QUATRIÈME

NOMENCLATURE DES COÛTS OCCULTÉS QUATRIÈME ET CINQUIÈME CATÉGORIES : LE COÛT DE LA PARTICIPATION AUX RÉSULTATS DE L'ENTREPRISE ET LES COÛTS DE CONFORT

1. Le coût de la participation aux résultats de l'entreprise

Le 7 janvier 1959, quelques mois après son retour au pouvoir, le général De Gaulle promulgue par ordonnance le premier texte qui organise un système facultatif de participation des salariés au capital de leur entreprise. Puis le 12 juillet 1965, le Parlement vote une loi qui marque une étape nouvelle vers la généralisation du procédé, qui sera aboutie par les ordonnances 67-693 du 17 août 1967. Si c'est le gouvernement Valls qui a fait promulguer la loi Hamon sur l'économie sociale, il n'est pas indifférent de rappeler que le premier président de la V^e République exposait en 1967 les objectifs de ce texte nouveau : *« une telle réforme sociale doit concourir à la marche et aux progrès de l'économie et en particulier accroître les capacités d'investissement des entreprises. En outre, un régime de participation, sans diminuer en rien l'autorité de la direction, peut favoriser l'établissement de rapports nouveaux entre les salariés, représentés par leurs syndicats, et les patrons »*.

Désormais, les entreprises qui emploient habituellement plus de 100 salariés doivent faire participer ceux-ci aux fruits de leur expansion. Au-dessous de ce seuil, le texte est facultatif. Il convient de rappeler qu'à cette date, le projet français choisit un seuil inférieur à celui déterminé par les Allemands pour la cogestion simple (500 salariés) ou pour la cogestion paritaire (2.000). Si le Danemark et la Norvège prévoient une cogestion minoritaire à partir

de 50 salariés seulement, en revanche elle n'a rien d'automatique et elle doit faire l'objet d'un vote⁶²².

Les quatre principes du texte sont simples : il est obligatoire au-delà de 100 salariés, il doit organiser le partage du bénéfice entre les propriétaires du capital et les salariés, il doit permettre ainsi d'associer le progrès économique et le progrès social tout en faisant participer le salarié à l'élaboration même du processus. Le plan d'épargne-entreprise de 1986 est plus dynamique dans son organisation puisque le salarié peut de son propre chef augmenter le montant de l'épargne et que le chef d'entreprise de son côté peut l'abonder volontairement en sus des dispositions légales.

Pour l'année 2009, le montant brut distribué au titre de la participation est de 6.439.000.000 € pour 4.666.000 salariés soit un montant de l'ordre de 1.380 € par salarié concerné. Quant au plan d'épargne-entreprise, le montant brut distribué est de 1.350.000.000 €, pour 2.358.000 salariés et un montant moyen de 573 €.

Les chiffres sont significatifs, même si rapportés à la collectivité des salariés du privé, ils désignent un avantage consacré essentiellement aux salariés des grandes entreprises, excluant en cela totalement les TPE et les PME dont l'effectif est inférieur à 100 salariés (et ce, en dépit des possibilités, voire des obligations des textes).

Il n'en reste pas moins que le versement de l'entreprise à la réserve spéciale de participation, ou encore le versement dans le cadre du plan d'épargne d'entreprise constitue bien un avantage en matière de rémunération directement lié au contrat de travail et qu'il s'agit donc d'un coût qu'il convient de réinsérer dans le coût global du travail. Certes, la masse de manœuvre économique constituée par la réserve de participation ne constitue pas immédiatement pour le salarié un revenu, et elle ne constitue pas immédiatement pour l'entreprise un coût net, puisque le montant reste à sa disposition, intégré dans les comptes, jusqu'au moment de sa distribution au salarié. Ce n'est qu'à cet instant que la somme, placée en réserve pendant cinq ans au moins, sort des comptes de l'entreprise et devient donc pour le salarié un avantage de rémunération parfaitement identifiable. Il est cependant nécessaire

⁶²² En 1974, 9.553 entreprises concernant 3.813.107 salariés auront établi des accords de participation. Le texte de 1967 sera complété par l'ordonnance du 21 octobre 1986 concernant le plan d'épargne entreprise et le décret d'application du 17 juillet 1987. Le 7 novembre 1990, le nombre de salariés est ramené à 50.

de considérer les sommes tirées de l'intéressement, de la participation et du plan d'épargne comme de véritables éléments de rémunération au moment où ils sont perçus par le salarié et de réintégrer ces éléments dans le coût global de la prestation de travail de l'acteur économique.

2. Les coûts de confort

Dans la foulée des lois sociales de 1982 et de quelques conventions collectives concernant des secteurs particulièrement protégés de la sphère économique, une succession de loi va faire bénéficier le salarié d'éléments de confort qui vont lourdement peser sur le coût du travail sans que cela semble inquiéter d'une quelconque façon le législateur. Et cependant, l'année de travail de la société anciennement chrétienne et catholique française n'est pas exempte de trêves dans le temps de travail. À Noël et au jour de l'An, à la Toussaint et au 15 Août, le temps s'arrête. On peut ajouter le lundi de Pâques et celui de la Pentecôte⁶²³, le jeudi de l'Ascension et le jour du Premier mai qui n'est pas une fête religieuse, mais un jour chômé. Et voilà huit jours de passés. N'oublions pas les jours des fêtes patriotiques : le 8 mai, le 14 juillet et le 11 novembre. Complétons par la Saint-Nicolas dans l'Alsace-Moselle, et ce sont donc deux semaines de travail qui doivent être financés par l'entreprise et qui pèsent naturellement sur le coût du travail hexagonal qu'il faut donc compenser d'une façon ou d'une autre. Nous ne tenons pas compte de ces coûts dans notre réflexion parce nous considérons qu'il s'agit d'éléments établis de longue date et donc intégrés dans le fonctionnement de l'entreprise française. Il est cependant nécessaire de relever que d'autres pays européens et concurrents ne sont pas aussi prolifiques. Comme il est nécessaire de remarquer le caractère fondamentalement hypocrite de ces jours de repos qui reposent sur une tradition catholique, farouchement défendus par des syndicats laïcs alors même que la pratique est en régression constante depuis la guerre et qu'il n'existe plus de justification strictement religieuse à ces jours de repos.

Le droit aux « congés spéciaux » est donc largement ouvert, à condition bien entendu que le postulant justifie des conditions de base. Il en est ainsi du congé maternité ou du congé d'adoption de l'article L.122-26 du code du travail, du congé post natal de l'article

⁶²³ Sous réserve de l'application de la réforme Raffarin

L.122-28⁶²⁴. À ces congés liés aux naissances ou aux adoptions, doivent être ajoutés les congés parentaux d'éducation de l'article L.122-28-1 du code, étant précisé que ces congés ne coûtent pas à proprement parler à l'entreprise dans le cadre quotidien de son fonctionnement puisque le salarié est absent et qu'il n'est pas rémunéré par l'entreprise. En revanche, le salarié concerné accumule un demi-droit à l'ancienneté pendant la durée de ce congé, et ce droit viendra bien entendu accroître le coût du licenciement puisqu'il entre dans le calcul des indemnités légales. Quant à l'absence du salarié par elle-même, elle est également facteur de coût puisque d'une part, il convient de veiller à son remplacement dans le cadre d'un CDD adapté, ce qui génère des charges complémentaires au niveau du fonctionnement du service RH, sans compter le fait que le salarié qui adopte ce congé parental auquel il a droit de par la loi peut sortir d'une période de formation spécifique payée par l'entreprise. Celle-ci ne bénéficiera pas de l'effet de la formation et pendant la durée du congé parental, l'employabilité du salarié se réduit. La rupture objective avec la collectivité de travail pose également une difficulté.

Précisément, pour favoriser l'employabilité du salarié sa vie durant, le gouvernement de Jacques Chaban-Delmas, sur l'initiative de son conseiller de l'époque, Jacques Delors, a lancé la grande réforme du droit à la formation par la loi du 16 juillet 1971 devenue l'article 931-1 du code du travail. Cette loi est modifiée par celle du 12 juillet 1990 et l'accord national interprofessionnel du 3 juillet 1991, lui aussi relatif à la formation et au perfectionnement professionnel. Il est nécessaire de citer également le vieux texte de l'article L.451-1 qui date de 1957 mais qui a été modifié à de nombreuses reprises pour permettre la formation, au frais de l'entreprise (car décomptée du temps de travail rémunéré) des élus au comité d'entreprise⁶²⁵, puis au CHSCT⁶²⁶ puis désireux de devenir conseiller prudhommaux⁶²⁷. L'ensemble de ces formations est décidé par le salarié sans que l'entreprise puisse raisonnablement s'y soustraire alors même qu'elle ne retirera pas un avantage de ces trois dernières formations qui ne visent pas l'activité productrice et l'amélioration de l'employabilité du salarié.

⁶²⁴ Loi du 12 juillet 1977, modifiée.

⁶²⁵ Article L.434-10 du code du travail, issu de la loi du 28 octobre 1982.

⁶²⁶ Article L.236-10, loi du 23 décembre 1982.

⁶²⁷ Article 513-4, loi du 18 janvier 1979.

Poursuivons la liste de ces congés de confort au rang desquels celui de l'article 225-7 et -8 du code du travail concernant les congés pour représentation des associations familiales⁶²⁸. Il convient de citer également les textes spécifiques aux élus, locaux ou nationaux (qui n'ont d'ailleurs pas leur réciprocité pour les membres de professions libérales ou les chefs d'entreprise), ou plus simplement pour les administrateurs des caisses de sécurité sociale⁶²⁹. Parmi ces congés spéciaux générant ce que nous avons qualifié de « coûts de confort », qui ne sont pas décidés par l'entreprise dans son intérêt mais qui sont imposés par la loi (ou améliorés par les conventions collectives) pour permettre au salarié d'échapper temporairement à sa situation de salarié, il en existe quelques autres qu'il convient de lister dans l'idée d'être exhaustif. Nous citerons les congés d'enseignement et de recherches⁶³⁰, de formation pour les cadres des organisations de jeunesse ou la composition des jurys d'examens.

Il convient de citer enfin les congés nécessaires à la formation des juges qui composent les membres des formations paritaires ou des tribunaux qui pratiquent l'échevinage, à savoir les conseillers prudhommaux et les membres des tribunaux des affaires de sécurité sociale⁶³¹.

2.1. La portabilité

Nous allons enfin aborder la problématique de la portabilité qui consiste à maintenir les droits des salariés au titre des frais de santé et de la prévoyance (maladie, décès ou invalidité) alors que le contrat de travail est rompu avec l'entreprise, hors les cas de démission, de départ à la retraite ou de licenciement pour faute lourde.

La loi dite de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a modifié les règles de la portabilité et étendu son champ d'application :

- la portabilité devient une obligation légale pour toutes les entreprises privées ;
- la durée de la portabilité passe de 9 mois à 12 mois maximum ;
- le financement de cette portabilité est mutualisé. Il repose donc sur les salariés de l'entreprise encore en activité et n'est plus cofinancé par le salarié sur le départ.

⁶²⁸ Loi du 25 juillet 1985 et du 7 août 1991.

⁶²⁹ Article L.122-24 -1 du code du travail, L.121-24 du code des communes, L.231-9 du code de la sécurité sociale.

⁶³⁰ Article 931-1 du code du travail, article L.225-1 pour les formateurs des cadres des organisations de jeunesse, ou encore les congés de l'article 991-8 du code du travail pour les participations aux jurys d'examen.

⁶³¹ Article L.514-1 du code du travail et L.142-5 du code de la sécurité sociale.

Cette disposition s'applique aux frais de santé depuis le 1^{er} juin 2014 et à la prévoyance depuis le 1^{er} juin 2015. Désormais, l'ancien salarié conserve automatiquement ses droits pendant un an maximum après la rupture de son contrat. De plus, depuis le 1^{er} janvier 2016, toutes les entreprises doivent proposer une couverture complémentaire santé à leurs salariés n'en disposant pas, ce qui augmente encore le nombre de salariés concernés par la portabilité⁶³².

Nous notons que notre choix de présenter cette disposition dans ce chapitre et en l'occurrence dans la catégorie des coûts occultés peut être discuté. En effet, il peut nous être objecté que ces coûts résultant de la loi, ils ne peuvent être occultés.

Nous répondons à cela en deux temps. D'une part, nous ne sommes pas certains à l'heure où ces lignes sont rédigées que les nomenclatures officielles considèrent ces coûts comme des coûts apparents du travail. Seconde observation : la création presque subreptice d'une nouvelle règle et d'une nouvelle catégorie de coût pour l'entreprise est de nature à bouleverser l'économie des prix de revient telle qu'elle est réalisée, au moment où la loi s'applique. L'argument classique en France selon lequel l'impact « n'est pas significatif » n'est pas recevable. La création d'une nouvelle catégorie de coût qui vient se superposer et aggraver ceux qui existent déjà, qu'ils soient révélés ou occultés, est de nature à modifier l'économie des prix de revient. Et nous considérons qu'au moins pendant les deux années qui suivent sa survenance, ces coûts doivent être considérés comme des coûts occultés, jusqu'à ce que l'entreprise puisse les intégrer et trouver un nouvel équilibre micro-économique.

2.2. Les obligations de l'entreprise

L'entreprise est soumise à des obligations administratives supplémentaires facteurs de coût de gestion puisque la portabilité doit être mentionnée lors de la mise en place du régime de prévoyance et frais de santé (notice d'information, contrats d'assurance, etc.)

Au moment de la rupture du contrat de travail, la lettre de licenciement doit mentionner la portabilité santé et prévoyance, ainsi que sa durée. Ces précisions doivent figurer dans toute

⁶³² Pour les entreprises du bâtiment, la portabilité de la prévoyance peut aller jusqu'à 36 mois.

convention ou notification de rupture, telle que la convention de rupture conventionnelle. Si l'ex-salarié n'est pas au courant et paie une mutuelle à sa sortie de l'entreprise, il pourra engager une procédure spécifique et demander des dommages et intérêts.

L'entreprise doit informer les caisses de santé et de prévoyance de la cessation du contrat de travail. Le salarié fournit à l'assureur la justification de sa prise en charge par Pôle emploi. Pour le salarié, la couverture est donc maintenue gratuitement.

2.3. Le coût pour l'entreprise : une augmentation du coût du travail

La mesure peut aussi être qualifiée de subreptice car son coût n'a pas été immédiatement évalué par les entreprises. La plupart des PME n'ont donc pas programmé la répercussion de ce coût nouveau sur leurs prix de revient car elles n'en connaissaient pas la réalité. Or la mutualisation des cotisations a naturellement conduit à une augmentation des taux de l'ordre de 2 %.

CHAPITRE CINQUIÈME

JUSTIFICATION DE L'OPPORTUNITÉ DE LA RECHERCHE : LES ORDONNANCES DE SEPTEMBRE 2017

Il n'est pas commun que l'opportunité d'une recherche soit confortée au cours de la démarche par une loi. Or c'est précisément ce qui s'est produit alors que nous terminions ces études, sur lesquels nous travaillions depuis près de dix ans, hors même la phase de thèse. Il était donc difficile de conclure sans préciser les points communs entre nos apports et les textes nouveaux.

Nous l'avons signalé : le rapport Blanchard-Tirole de 2003 a été le signal de la libération de la pensée, tant sur le plan managérial que sur celui du droit social et de l'organisation du travail en France. Il marque la fin de la domination de l'école française de droit du travail. Les libéraux ont de nouveau le droit de cité, dans la presse et l'édition spécialisée et, peu à peu, au sein des universités. Mais l'évolution nécessaire de la législation sur la protection de l'emploi et partant, des effets concrets sur le coût du travail, va encore demander dix longues années. Elle se produit en trois temps :

- 2006 : l'amendement Delalande est aboli mais la réforme du CPE échoue. Cet échec constitue l'ultime victoire de cette ancienne école, obtenue dans une absence totale de réflexion sur les coûts.
- 2008 : le parlement vote la loi sur la rupture conventionnelle.
- 2016 : la loi El-Khomri tend à desserrer l'étau de la LPE.
- 2017 : le nouveau président de la République promulgue par ordonnances plusieurs réformes du droit du travail qui tendent à réformer les spécificités françaises en réduisant le coût de la rupture du contrat de travail, ce que nous appelons dans cette recherche « les

coûts différés », qu'il s'agisse d'ailleurs des coûts obligatoires ou des coûts exceptionnels, sous réserve de ce que nous avons développé concernant l'indemnité de licenciement.

1. Les réformes du Président Macron, le nouveau regard des médias et globalement, de la société civile

En cas de victoire, les promesses effectuées par Emmanuel Macron constituaient à la fois un engagement à l'égard de son électorat et une protection à l'égard des velléités contestataires dont il pouvait déjà prévoir l'émergence. À la différence de la pratique de ses prédécesseurs, le candidat à la présidence de la République avait osé annoncer clairement ses intentions dans des conditions qui pouvaient objectivement le desservir. Il devait en effet réunir sur son nom une partie des électeurs de gauche, objectivement défavorables à toute remise en cause du fameux « modèle social » français. Les péripéties de la campagne électorale lui permettent de remporter l'élection : il peut dès lors se prévaloir de la validation par le corps électoral de son programme et balayer d'un revers de main les contestations... même si les détails dudit programme n'étaient pas dénoncés. C'est la raison pour laquelle le président met en œuvre dès le mois de mai 2017 la réforme de dispositions importantes du code du travail.

Dans la logique de nos travaux de recherche, nous avons établi une revue de presse systématique, comme nous l'avons fait pour les deux réformes précédentes : celle du CNE-CPE de 2005-2006, celle de la loi El Khomri de 2016. Cette méthode nous permet de relever les évolutions sociologiques et politiques de la société française, dont nous savons qu'elles influencent le contexte juridique et, partant, le contexte économique surtout dans le cadre de la LPE. L'analyse parallèle des trois phénomènes nous permet de relever quelques novations dans le processus de contestation. Elles ne sont pas majeures, mais elles sont la résultante de la légitimité du nouveau président, à la différence de celle du tandem Chirac-de Villepin en 2005-2006, ou de François Hollande en 2016. La période de la fin de mandat n'est pas propice aux réformes importantes, lorsque la légitimité du chef de l'État se trouve entamée par le déroulement d'une présidence chaotique ou par l'opprobre de la majorité parlementaire (c'était le cas pour le gouvernement de Manuel Valls), ou de de l'opinion (situation de Dominique de Villepin).

Emmanuel Macron bénéficie d'un effet d'annonce positif dès les mois de mai-juin : il dispose alors de 4 mois pour lancer dans le calme et la sérénité de la période des congés pour tenter de convaincre les partenaires sociaux du bien-fondé de sa réforme.

La modification de la représentation traditionnelle de la société française est essentielle pour comprendre le déroulement du processus. Un seul élément reste constant : la discrétion des représentants du monde de l'entreprise. À l'instar de ce qui s'est passé en 2005-2006 et en 2016, ces représentants se montrent discrets, en tous cas aux yeux du grand public et des médias. *Le Monde* décide de réaliser une large consultation des professionnels, des universitaires et des partenaires sociaux au cours du mois de septembre 2017. Nous notons que pour la première fois, le quotidien du soir élargit le panel de ses contributeurs habituels et l'ouvre à des penseurs différents. Certes, l'école française du droit du travail telle que nous l'avons définie est toujours présente en force, de même que les dirigeants des syndicats de salariés (Philippe Martinez, Laurent Berger et Jean-Claude Mailly), enfin les représentants de la gauche. Mais nous voyons apparaître dans les colonnes du *Monde* des noms nouveaux : Rousseau, professeur de droit, Losiek, professeur d'économie, plutôt situé à gauche dans la contribution et souvent sollicité, Pierre Cahuc, professeur à l'école polytechnique, membre du comité d'analyse économique qui représente la pensée managériale et objectivement incarne celle du nouveau président⁶³³. Les contributions qui apparaissent au cours de ce mois de septembre et que nous allons brièvement détailler, sont donc plus ouvertes que celles que présentait antérieurement le journal à ses lecteurs.

Il n'en reste pas moins que l'influence du management reste ténue et que la problématique du coût du travail n'est jamais présentée comme un élément déterminant de la réforme en cours. Nous prendrons soin, comme nous l'avons fait pour les précédents de 2006 et de 2007, de souligner les mentions sur le coût du travail et les préoccupations du management. Sur le premier thème, nous n'avons relevé qu'à deux reprises une référence à l'impact des mesures proposées dans les ordonnances sur le coût du travail. Le phénomène surprend, tout élément relatif au centrage principal de nos préoccupations sur cette thématique étant bien entendu

⁶³³ *Le Marché du travail*, avec André Zylberberg, De Boeck Universités, 2001 ; *La Microéconomie du marché du travail*, avec André Zylberberg, La Découverte, Paris, 2003 ; *Le Chômage, fatalité ou nécessité ?* (en coll. avec André Zylberberg), Flammarion, 2004 ; *La Société de défiance. Comment le modèle social français s'autodétruit*, avec Yann Algan, Éditions de l'École normale supérieure, rue d'Ulm, 2007.

écarté. En effet, depuis 2016, plusieurs éléments factuels et de réputation, pour employer un terme qui n'est pas très élégant mais qui a le mérite de signifier la réalité d'un phénomène, ont recentré l'intérêt des analystes et des acteurs⁶³⁴ ont semblé accentuer l'intérêt pour les problématiques relatives au coût du travail.

Le premier est évidemment la récompense attribuée à Jean Tirole, le prix Nobel dont l'éclat rejaillit sur son collègue Blanchard. Il souligne la qualité et l'importance des travaux réalisés par ce chercheur peu connu du grand public, sur le monde de l'entreprise et la problématique du coût. Il draine lui-même cet effet de réputation favorable à l'examen de cette problématique. Il encourage l'ensemble de ses suiveurs. Le second aspect est évidemment celui de la continuité de la progression du chômage, en dépit des annonces de fin de mandat du président Hollande : elle martèle quotidiennement l'échec du processus ancien et de la législation sur la protection de l'emploi. Troisième phénomène : dans l'intervalle, les pays européens ont adopté des réformes notables et ont vu le chômage structurel se réduire. Le fait que cette réduction aille de pair avec le maintien d'une proportion de travailleurs pauvres ne doit évidemment pas être négligé. Il pose la question fondamentale de la cohérence sociale⁶³⁵ : le corps social est-il disposé à faire peser sur les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée l'ensemble du poids que représentent les inactifs qui bénéficient des revenus de substitution, ou bien préfère-t-il contraindre ces inactifs à accepter des emplois dans une autre ambiance et un autre contexte que celui du modèle social français classique (contrat à durée déterminée, intérim...) ?

2. Les critiques et les apports

Le suivi médiatique à partir de la presse écrite non spécialisée du lancement des ordonnances Macron mérite une attention en raison de la rupture qu'elle marque à l'égard des périodes précédentes. Nous voyons intervenir au cours de ce mois de septembre 2017 deux types d'intervenants : les journalistes généralistes et les acteurs spécialisés.

⁶³⁴ Nous noterons à cet égard l'existence d'une association de journalistes spécialisés dans le domaine social, qui elle-même ne semble pas très impliquée dans la problématique globale du coût du travail. Il s'agit de l'association des journalistes de l'information sociale.

⁶³⁵ Jean Tirole, *L'économie du bien commun*, Fayard, 2016.

Dans *Le Figaro* du 3 septembre, Natacha Polony met en exergue le statut d'autoentrepreneur pour lequel Bruno Lemaire, nouveau ministre de l'économie, vient d'annoncer un doublement du chiffre d'affaires légal pour les activités commerciales (de 82.800 € à 165.600 €) et pour les activités de service (33.100 à 66.200 €). Elle calcule que, sur la première de ces activités, la réforme permet à n'importe quel actif travaillant éventuellement dans le cadre d'un second emploi, d'obtenir un revenu de 51.172 € par an, soit 4.274 € par mois, sans comptabilité, en payant simplement 22,7 % de charges. Cette offre alternative à l'artisanat classique inquiète la journaliste sans qu'elle s'interroge d'ailleurs sur le phénomène d'alternative à l'emploi salarié et la relation avec le coût du travail.

Dans le cadre de notre recherche, nous devons évidemment souligner que ce type de dispositif constitue objectivement une alternative légale à l'intervention d'entreprises classiques. La contrepartie évidente est la mise en danger des entreprises classiques, en particulier des TPE, soumises à des obligations qui pèsent sur leurs prix de revient, obligations auxquelles échappent les autoentrepreneurs⁶³⁶. *Le Figaro* constate que l'ambiance globale de ce mois de septembre est favorable à l'initiative du président de la République et qu'aucune force de gauche n'est en capacité de résister. Il note⁶³⁷ que le PS ne participera pas aux mouvements de contestation sociale et que les invectives de Jean-Luc Mélenchon évoquant le « coup d'état social » dissimulent mal une absence d'analyse de fond. Nous l'avons d'ailleurs éprouvé puisqu'à la demande de communication d'un élément de réflexion sur les ordonnances Macron avec une incidence sur le coût du travail, la France Insoumise ne nous a pas répondu.

À partir du mois de septembre, les pages saumon du *Figaro*, et *Le Monde* dans son édition classique et dans son supplément économique, présentent des articles consacrés aux ordonnances Macron. *Le Monde* reste assez dubitatif : le 16 septembre, c'est un ancien syndicaliste devenu député européen socialiste, Édouard Martin, qui relève sa crainte quant à la possibilité de négocier dans l'entreprise la suppression du treizième mois ou de la prime d'ancienneté qui était jusque-là couverte par les accords de branche et les conventions collectives. Il en appelle au maintien des corps intermédiaires, c'est-à-dire des syndicats qui

⁶³⁶ En particulier dans le secteur du bâtiment : incertitude sur la qualité, les prestations et les prix, absence d'assurance décennale...

⁶³⁷ *Le Figaro* du 2-3 septembre 2017

sont pour lui des acteurs essentiels de la démocratie en général et de la démocratie sociale en particulier. Toujours le 16 septembre, *Le Monde* consacre deux pages entières à l'évolution fondamentale du droit qui se profile avec la question suivante : des règles du jeu définies au plus près du terrain n'exposent-elles pas les salariés à des rapports de force déséquilibrés avec leur employeur ? Ariane Chemin établit un long commémoratif des évolutions qui se sont produites depuis le début des années 1970 pour tenter de situer les ordonnances en préparation dans une trame plus large qui vient bouleverser l'équilibre traditionnel illustré par la fameuse pyramide Kelsen⁶³⁸ et conforté par le principe de faveur. Nous rappelons que le principe de faveur illustre la hiérarchie des normes partant de la Constitution pour descendre jusqu'au contrat de travail.

Cet article d'Ariane Chemin est caractéristique de la posture d'un certain nombre d'intellectuels ou de journalistes qui sont confrontés à une évolution dont ils ne semblent pas avoir assimilé les causes profondes. En conséquence, ils se réfèrent au schéma classique auquel ils sont habitués et aux notions de l'École française de droit du travail. Ils s'arc-boutent sur les référents marqués à gauche qu'ils ont admis de longue date et qu'ils véhiculaient jusqu'alors sans crainte d'être contestés ou démentis par leur lectorat. Le comportement du lectorat et le résultat des élections de l'année 2017 leur posent un problème sans qu'ils admettent frontalement la remise en cause de leurs présupposés. Pour en venir au cœur de notre recherche, ils récusent encore les éléments éprouvés par Jean Tirole, Pierre Cahuc ou Michel Godet : le sort de l'entreprise et le coût du travail. C'est la raison pour laquelle Ariane Chemin repart de l'analyse traditionnelle de la gauche française, mettant en balance le rôle de l'État, en espérant qu'il va accompagner le progrès social par la loi, et l'autre gauche, la « *deuxième gauche autour de Michel Rocard et de la CFDT* » qui renvoie davantage aux acteurs sociaux et à la négociation collective afin de définir le nouveau compromis⁶³⁹. Dans la seconde partie de son article, Ariane Chemin présente une sorte de rétro-planning qui va aboutir aux ordonnances Macron. Ce rétro-planning aurait une logique : partant des lois Auroux qui « *célèbrent certes la négociation sociale mais (...) permettent aussi pour la première fois de conclure des conventions collectives qui dérogent*

⁶³⁸ Hans Kelsen (1881-1973). Auteur de la *Théorie pure du droit*, créateur de la hiérarchie des normes qui exige en outre un juge pouvant statuer sur son application par voie d'action ou d'exception.

⁶³⁹ *Le Monde* 16 septembre 2017, article d'Ariane Chemin citant le rapport CFDT signé par Moreau en 1978 et les propos de Jérôme Pélisse, professeur de sociologie à Sciences Po Paris.

à la loi », il aboutissait à la loi El Khomri de 2016, en passant par les lois Aubry de 1998 et 2000 et la loi Fillon de 2004.

Le raccourci est suspect. S'il est exact que ces textes permettent aux partenaires sociaux de négocier, en mettant de côté le principe de faveur sur le temps de travail par exemple, s'il est constant que la loi Larcher de 2008 permet « *de passer outre le veto de la branche sur le contingent des heures supplémentaires, l'aménagement du temps de travail ou le compte épargne-temps* »⁶⁴⁰, en revanche, l'auteur n'évoque nullement dans le cadre de sa réflexion la finalité de cette évolution du droit. La formule même de « coût du travail » n'est pas utilisée. Celle d'« intérêt de l'entreprise » n'apparaît pas davantage. Ariane Chemin appelle à la rescousse le professeur Pascal Lokiec, professeur à l'école de droit de la Sorbonne Paris I, qui bénéficie d'ailleurs d'une écoute particulière au sein du journal *Le Monde* et représente l'école classique du droit du travail français. De même, elle appelle pour soutenir son raisonnement la haute figure d'Edmond Maire et celle plus contemporaine de Véronique Descacq, secrétaire générale adjointe de la CFDT.

La troisième partie de l'article reste dans la même logique, évoquant le rôle des syndicats suite à la réforme de 2008 qui fait que toute organisation qui obtient plus de 10 % aux élections professionnelles est considérée désormais comme représentative (la règle de priorité reconnue aux cinq centrales reconnues à la Libération étant désormais écartée). L'auteur semble d'ailleurs déplorer le règne de ce syndicalisme sans suffrage, l'émergence de la notion d'accord majoritaire dans la foulée du rapport de Jean-Denis Combrexelle⁶⁴¹. Arrivant au terme de sa réflexion, sans jamais évoquer le rôle du management, le but de l'entreprise, la notion de coût du travail, voire même la notion de rémunération des salariés, Ariane Chemin conclut : « *Dans les entreprises, le lien de subordination qui est au cœur de la relation de travail fait indiscutablement pencher la balance du pouvoir du côté des employeurs* ». De son côté, Pascal Lokiec⁶⁴² renchérit : « *On peut bien sûr faire le pari de la confiance et du compromis en décentralisant le dialogue social (...) Mais c'est précisément*

⁶⁴⁰ Op. cit. *Le Monde* p. 4 et 5.

⁶⁴¹ Rapport Combrexelle, France Stratégie 2015. Jean Denis Combrexelle est haut fonctionnaire, membre du conseil d'État. Il a assuré les fonctions de directeur général du travail pendant 13 ans ce qui constitue une longévité hors norme. Il s'était montré favorable au CPE en 2006. Mais il est le type même du haut fonctionnaire rédacteur de textes impliquant l'ensemble de l'économie du pays qui n'a jamais mis les pieds dans une entreprise, ayant passé l'ensemble de sa carrière dans la fonction publique.

⁶⁴² Professeur de droit du travail à la Sorbonne.

parce qu'on s'est aperçu qu'il y avait des accords injustes qu'on a construit le droit du travail. Même au niveau collectif où les rapports sont moins déséquilibrés que dans la relation individuelle de travail, la confiance n'est pas toujours un bon régulateur des rapports sociaux, surtout en période de crise. Il y a des moments où la loi doit s'imposer ». Et c'est toujours à Pascal Lokiec qu'Ariane Chemin donne le mot de la fin : « *Dans une société complexe, l'intérêt collectif est de plus en plus difficile à définir.* »

Nous avons consacré ce long commentaire au développement d'Ariane Chemin en raison du caractère emblématique de son article. Il nous semble parfaitement exprimer cette réflexion « hors sol » que nous avons souvent critiquée au fil de cette recherche.

2.1. Présentation critique de l'ordonnance 2017/1387 du 22 septembre 2017

Cette ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail est composée de deux titres principaux. Le premier vise à renforcer la prévisibilité de la relation de travail et à la sécuriser, en sécurisant également les effets de la rupture pour les employeurs et les salariés. Le second concerne spécifiquement le licenciement pour motif économique. Nous allons examiner les dispositions de ces textes à travers le prisme de notre recherche : l'impact éventuel sur la législation sur la protection de l'emploi et l'influence sur le coût du travail. Puis nous examinerons l'impact global sur l'entreprise afin de vérifier si les textes constituent ou non une « révolution » dans le droit existant et de vérifier s'ils tiennent compte de la réflexion sur le coût du travail.

2.1.1. L'impact des textes sur l'amplitude de la garantie d'indemnisation

2.1.1.1. Dans les entreprises de plus de 11 salariés, cette garantie n'est réduite qu'à la marge : le juge conserve un large pouvoir d'appréciation

L'annonce était claire : les textes nouveaux allaient marquer la rupture avec les principes instaurés par la loi de 1973 et la jurisprudence qui en résulte. Il est exact que l'ordonnance instaure à la fois un plancher et un plafond de l'indemnisation du licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse par le juge du contrat de travail. Ainsi, il encadre la liberté du juge et le contraint à rester dans une limite légale, alors qu'il avait pris l'habitude de s'affranchir de tout fondement factuel du montant de l'indemnisation. Le juge ne vérifiait en général -les cas particuliers restent possibles, même en première instance- ni la recherche active d'emploi ni la réalité du préjudice ni même, dans de nombreux cas, l'ampleur du préjudice.

Le texte nouveau impose deux tableaux. Le premier concerne les entreprises de plus de 11 salariés, ce qui signifie que le problème du seuil des 11 salariés, que nous avons dénoncé, n'est en aucune façon modifié par l'ordonnance. Le second s'applique évidemment aux entreprises de moins de 11 salariés : le cadre des anciens articles L.122-14-4 et L.122-14-6⁶⁴³ tels qu'ils résultaient de la loi de 1973 subsiste donc.

L'ancien barème fixait le plancher des dommages et intérêts à 6 mois de salaire brut mais le juge pouvait aller bien au-delà, dépasser même les deux ans de salaire brut. Au cours de ces 45 ans, la jurisprudence avait notablement débordé le cadre minimum de la loi, le fameux plancher. L'ordonnance présente donc deux novations essentielles. La première est la fixation d'un minimum qui, sur l'ensemble de la durée de l'ancienneté requise par le tableau, est calculé de 1 à 29 ans de carrière (et plus) dans la même entreprise. Il est toujours fixé à trois mois. Le juge qui décide que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse ne peut descendre en dessous de cette limite de trois mois alors que sous le régime de l'ancien article 1235-1 (le nouveau texte constituant l'article 1235-3) ce minimum était de six mois... depuis 1973.

Seconde innovation : le texte institue un plafond et celui-ci dépend de l'ancienneté du salarié dans cette entreprise de plus de 11 personnes. Ainsi, il faudra avoir au moins 5 ans d'ancienneté pour obtenir une indemnité de licenciement égale à l'ancien plancher de six mois. En revanche, le texte nouveau n'apporte pas une novation fondamentale au niveau de l'indemnité maximale. Au contraire, nous devons souligner qu'il légalise en quelque sorte les dépassements les plus forcenés que s'autorisaient les juges sans considération pour le sort de l'entreprise. Ainsi, la polémique qui a été orchestrée par les syndicats au cours des discussions préalables à l'émergence des ordonnances s'est terminée par la fixation de ce tableau. Au-delà des 5 ans d'ancienneté, le juge qui décide que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse peut fixer le plafond de l'indemnisation entre 7 mois de salaire brut (si le salarié présente 6 ans au moins d'ancienneté) et 20 mois de salaire brut si le salarié a plus de 28 ans d'ancienneté. Les 28 ans lui permettent d'obtenir déjà 19,5 mois d'indemnité.

⁶⁴³ Les dispositions de l'article L.122-14-4 ne sont pas applicables aux salariés qui ont moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, et celles des articles L.122-14 et L.122-14-2 ne le sont pas à ceux qui ont moins d'un an d'ancienneté.

Les salariés visés aux alinéas précédents peuvent prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi.

La lecture de ce premier tableau rend perplexe. Nous l'avons souligné, mais il convient de le répéter : les ordonnances du 22 septembre n'ont en aucune façon modifié les effets de seuil et la PME de 11 à 20 salariés va se trouver impactée par les effets de l'article 2 de l'ordonnance à l'instar de la PME de 20 à 50 salariés, voire de la très grande entreprise de plus de 1.000 salariés.

La disproportion que nous dénonçons dans les dispositions anciennes est donc malheureusement maintenue. Le rédacteur des ordonnances fait confiance au juge pour appliquer avec modération le nouveau tableau et lui conseille implicitement de limiter cette indemnisation aux trois mois-plancher pour les entreprises qui n'auraient pas la capacité économique de résister à une sanction plus forte. Cela étant, l'expérience a prouvé que ce type d'incitation était totalement vain, que les combats juridiques et idéologiques qui se déroulent au sein du conseil de prudhommes passent souvent outre la logique économique interne d'une entreprise, voire la préservation de l'outil de production. Or celui-ci peut être effectivement affecté par une condamnation à 16 mois de dommages et intérêts pour un salarié ayant plus de 21 ans de présence dans l'entreprise de 11 à 20 salariés. En conséquence, l'objectif de la sécurisation de la relation de travail ou des effets de la rupture qui est annoncé dans le titre I n'est pas atteint pour les entreprises de 11 à 50 salariés par l'effet du barème imposé par ce tableau. Le coût du travail ne sera pas réduit derechef par le simple effet de ces ordonnances.

2.1.1.2. *Le second aspect : le barème applicable aux entreprises de moins de 11 salariés*⁶⁴⁴

Pour les TPE, l'ordonnance concrétise en revanche un progrès notable, puisque l'indemnité minimale va évoluer entre 0,5 mois pour un an ou deux ans de présence à 2,5 mois pour 10 ans de présence. Mais il s'agit bien de l'indemnité minimale car ce second tableau ne fixe pas d'indemnité maximale. En revanche, le texte mentionne que, pour les entreprises de moins de 11 salariés, « *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.* » Mais il souligne également que cette indemnité-plancher est cumulable avec « *les indemnités*

⁶⁴⁴ Les tableaux produits constituent une citation de la revue RF Social.

prévues aux articles L.1235-12, L.1235-13 et L.1235-15 du code du travail⁶⁴⁵». Il s'agit de la pénalité d'un mois de salaire.

MONTANT DE L'INDEMNITE POUR LICENCIEMENT SANS CAUSE REELLE ET SERIEUSE		
Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

⁶⁴⁵ **Article L.1235-12** En cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative, le juge accorde au salarié compris dans un licenciement collectif pour motif économique une indemnité à la charge de l'employeur calculée en fonction du préjudice subi.
Article L.1235-13 En cas de non-respect de la priorité de réembauche prévue à l'article L.1233-45, le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire.
Article L.1235-15 Est irrégulière toute procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité d'entreprise ou les délégués du personnel n'ont pas été mis en place alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi. Le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis.

MONTANT DE L'INDEMNITE POUR LICENCIEMENT SANS CAUSE REELLE ET SERIEUSE (montant plancher spécifique aux entreprises de moins de 11 salariés)	
Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

2.1.2. Le maintien de la complexité dans le cadre de la garantie de fondement

2.1.2.1. *La motivation du licenciement postérieurement à l'envoi de la lettre de rupture du contrat de travail*

Les garanties de procédure sont allégées dans le cadre de la modification des conditions d'énonciation du motif de licenciement lui-même. Ainsi l'article L.1235-2 nouveau dispose que « *Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement prévue aux articles L.1232-6, L.1233-16 et L.1233-42 peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés par l'employeur, soit à son initiative, soit à la demande du salarié, dans des délais et conditions fixées par décret en Conseil d'État* ».

À la date où nous écrivons ces lignes, le décret en Conseil d'État n'est pas encore sorti et il est possible qu'il réduise à néant cette novation d'importance. Cela étant, la situation anormale que nous avons dénoncée dans le cadre de cette recherche se trouve objectivement modifiée par ce texte nouveau. En effet, nous avons critiqué le fait que l'employeur qui découvrirait postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement des faits hautement fautifs tels que des vols, ou les conséquences aggravantes d'un fait fautif qu'il avait observé et qui fondait la décision de rupture, mais dont il n'avait pas apprécié la portée, ne puisse en raison de l'état de la réglementation actuelle venir compléter sa décision, préciser le trait en aggravant objectivement la portée de celle-ci.

Il nous semble, à la lecture de l'ordonnance, que cette disposition-couperet, qui préservait de nombreux salariés fautifs des conséquences d'un comportement déviant, soit désormais inversée. L'entreprise pourrait désormais se protéger des agissements malveillants en les

interrompant immédiatement et elle pourrait également rapporter la preuve de ces agissements et de leurs conséquences au-delà du simple jour de la rupture du contrat de travail. De même, la rupture pourra être décidée sur la base d'une information incomplète : elle pourrait être motivée plus précisément de façon ultérieure.

Nous rappellerons et développerons à cet égard le cas déjà cité en Partie I d'une salariée comptable dans une entreprise qui, étant remplacée à l'occasion d'un arrêt maladie, génère une suspicion quant à sa gestion de la caisse. Sa remplaçante, particulièrement attentive à la situation, fait remarquer à son employeur que, pendant la période durant laquelle elle a géré la caisse, les rentrées d'espèce ont été notables alors que, pendant la période durant laquelle la salariée absente gérait la caisse, il n'y avait quasiment pas d'espèces. Cette suspicion de détournement, confirmée par la découverte de quelques factures falsifiées, conduit au licenciement pour faute grave de la salariée avec des éléments de preuve portant sur quelques centaines d'euros. Il est nécessaire d'arrêter l'hémorragie plutôt que d'attendre encore plusieurs mois le rapport de la preuve complète, et cela, d'autant plus que l'employeur est tenu de licencier dans le cadre du délai de deux mois en raison de la théorie de la connaissance acquise.

Cela étant, postérieurement à son départ, une révision totale de la gestion de la caisse sur plusieurs années permet de découvrir que ce sont en fait plusieurs dizaines de milliers d'euros, en l'occurrence près de 100.000 €, qui ont été détournés par cette salariée, non seulement par des vols d'espèces entraînant *ipso facto* la destruction des factures et le non-passage en comptabilité des factures en question, mais également par le détournement de chèques. La salariée, particulièrement habile et maîtrisant parfaitement les processus de l'entreprise en raison de son ancienneté, ayant en outre, à tort de toute évidence, la confiance de ses chefs, émettait des factures au bénéfice des clients pour quelques dizaines, voire quelques centaines d'euros. Lorsque ces clients émettaient les chèques, elle leur suggérait de ne pas indiquer l'ordre, soulignant qu'elle le ferait elle-même avec le tampon de l'entreprise. Puis, lorsqu'elle avait le chèque en main, elle mettait tout simplement son nom sur le chèque et l'encaissait sur son compte personnel.

Cette manipulation a duré plusieurs années. Ni l'expert-comptable en charge de la surveillance des comptes, ni le commissaire aux comptes n'ont décelé la supercherie. Les deux banques de la salariée encaissaient les sommes détournées dans des conditions qui

auraient dû évidemment attirer leur attention. Ces encaissements multipliaient par deux, voire par trois, la rémunération potentielle de la salariée. En outre, des sommes complétées par de la TVA étaient ainsi encaissées. Mises en cause devant les juridictions civiles, les banques ont échappé à toute condamnation, le tribunal estimant qu'elles n'avaient pas pour vocation de surveiller les encaissements de leurs clients⁶⁴⁶.

Désormais, grâce aux dispositions de l'article 4 de l'ordonnance, cette salariée aurait vu ses motifs de licenciement précisés dans le cadre de lettres postérieures à la rupture mentionnant les découvertes réalisées. La réforme réduit indiscutablement l'ampleur des garanties de procédure -qui confinaient à une relative impunité pour les salariés fautifs et astucieux- en normalisant, comme nous l'avons indiqué, les conditions de la fixation des motifs de licenciement. L'entreprise peut désormais évoquer la totalité des éléments factuels du contentieux qui l'oppose au salarié lorsqu'elle découvre, postérieurement à la décision de licenciement, des faits complémentaires.

Nous soulignons un élément complémentaire qui marque de façon concrète la novation dans l'intention du législateur et dans la réalité du droit. Les super-garanties de procédure disparaissent. L'alinéa 2 de l'article L.1235-2 nouveau expose qu'à défaut, pour le salarié, d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa 1^{er}, l'irrégularité que constitue l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas à elle seule le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre le droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire. Il s'agit d'un véritablement renversement de la logique de procédure. Elle n'empêche pas le salarié d'obtenir la justification du motif de licenciement dans le cadre d'une motivation explicite. Mais elle inverse la charge de la procédure -et non pas la charge de la preuve des faits : il est essentiel de ne pas confondre les deux éléments-. Elle fait désormais peser sur le salarié le recollement du fait causal de la rupture au lieu de le faire bénéficier d'une présomption d'absence de motif en raison de la glissade sur une marche essentielle de la procédure ancienne datant de 1973 et sans cesse

⁶⁴⁶ Cette situation prouve que la PME française est véritablement désarmée face à ce type de comportement puisque d'un côté, elle ne peut pas compter sur ses conseils habituels, experts-comptables, commissaires aux comptes, qui se montrent défaillants, puisque d'un autre côté, elle ne peut pas davantage s'assurer que des tiers, qui devraient surveiller les flux financiers de leurs clients, soient vigilants et parce qu'enfin, sous le système de l'ancienne législation, il ne lui était pas possible d'aggraver la sanction portée à l'encontre du salarié fautif puisqu'elle était tenue strictement par la motivation de la lettre de licenciement réalisée le jour où la rupture était décidée.

complexifiée jusqu'alors. L'article se poursuit en indiquant qu'en l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, le préjudice qui résulte du vice de motivation de la lettre de rupture est réparé par l'indemnité allouée conformément aux dispositions de l'article L.1235-3⁶⁴⁷.

2.1.2.2. *Conclusion*

En conclusion de cette analyse, nous devons préciser que les ordonnances Macron réduisent la garantie de procédure des lois de 1973 et 1975 modifiées à travers ces quarante-cinq ans, réforment la garantie de fondement et réduisent notablement les garanties d'indemnisation⁶⁴⁸. Le déclenchement de milliers d'euros d'indemnisations pour une simple erreur dans la motivation ou une insuffisance de cette motivation en dépit même de faits caractérisant une faute grave, est désormais écartée. Le salarié peut demander la justification des fautes après le licenciement et l'employeur peut les préciser derechef. Le législateur issu des élections de 2017 a effectué ce revirement tant attendu par les PME en particulier dans des conditions que les organisations patronales avaient été incapables de préparer. Il reste une question : sauront-elles les soutenir par l'intermédiaire de leurs représentants dans le cadre des juridictions prudhommales et au sein de leurs fédérations professionnelles ? Rien n'est moins certain.

2.2. *Un risque nouveau : le critère tiré de la violation des libertés fondamentales*

L'ordonnance 2017-13 87 n'est cependant pas en rupture totale avec la complexité chère aux praticiens du droit du travail. Elle ajoute des éléments nouveaux dans le cadre des garanties de procédure qu'elle va effectivement alléger par ailleurs. Ainsi, elle prévoit une cause de nullité au licenciement pour motif personnel, lorsque celui-ci se situe dans le cadre de la violation d'une liberté fondamentale.

⁶⁴⁷ **Article L.1235-3** Modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 - art. 2

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.

⁶⁴⁸ Le juge reste en capacité d'apprécier la cause réelle et sérieuse et de statuer sur le seul fondement de l'article 1235-3.

Ces violations des libertés fondamentales sont définies par l'ordonnance et au nombre de huit, allant des faits de harcèlement moral ou sexuel à ceux de discrimination dans les conditions prévues aux articles L.1134-4 et L.1132-4 du code du travail⁶⁴⁹. Mais ces violations concernent l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, la dénonciation de crimes et de délit (il s'agit ici de la situation des lanceurs d'alerte, considérés comme traîtres à leur entreprise en raison de la violation de l'obligation de loyauté) ou de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé. Le texte de l'ordonnance instaure donc un climat de suspicion d'illégalité du licenciement dans 7 hypothèses qui sont radicalement nouvelles. La protection extraordinaire qui était relative au mandat de représentant du personnel est désormais étendue aux 8 cas que nous venons d'énoncer, dont objectivement 7 sont nouveaux.⁶⁵⁰

2.3. L'obligation pour le juge de se déterminer au regard de l'ensemble des motifs fondant le licenciement du salarié

Troisième observation toujours au niveau des garanties de procédure : nous avons souligné ci-dessus que les garanties de fondement avaient été notablement accrues par la mise en œuvre de 7 critères nouveaux qui pouvaient générer le prononcé de la nullité du licenciement. Cette novation n'est évidemment pas sans conséquence et nous devons nous attendre à ce qu'une nouvelle génération d'avocats ne se lance sur ces nouvelles dispositions pour évoquer de façon quasiment systématique la violation d'une liberté fondamentale au rang de ces 8 critères.

⁶⁴⁹ **Article L.1134-4** Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur, sur le fondement des dispositions du chapitre II, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice. Dans ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi.

Lorsque le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, les dispositions de l'article L.1235-3-1 sont applicables.

Article L.1132-4 Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul.

⁶⁵⁰ **Article L.1235-11** ancien du code du travail

Lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article L.1235-10, il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier, sauf si cette réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible.

Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois.

Le nouvel article 1235-2-1 a de toute évidence envisagé cette possibilité et elle incite le juge à examiner l'ensemble des griefs énoncés, de telle façon à ne pas faire prévaloir le seul grief que le salarié tirerait de l'atteinte à une liberté fondamentale pour justifier la rupture du contrat de travail. Le juge sera donc incité, en cas de pluralité de griefs, à réaliser une sorte de bilan en évoquant d'un côté, bien entendu si c'est le cas, la violation d'une liberté fondamentale telle qu'un harcèlement moral par exemple, au regard d'un motif tel que le vol ou une rixe sur le lieu de travail. De cette façon, les ordonnances maintiennent indiscutablement au juge son rôle dans le cadre de l'appréciation de la cause du licenciement et du contexte dans lequel il s'est produit.⁶⁵¹

2.4. *Le délai de recours contre un licenciement*

Le chapitre IV de l'ordonnance évoque le délai de recours en cas de rupture du contrat de travail. Notre approche du contexte juridique britannique ou allemand nous a permis de constater que les délais de contestation des procédures de licenciement étaient beaucoup plus réduits en Allemagne, par exemple, qu'ils ne l'étaient en France. Ainsi, le délai de contestation du salarié allemand est fixé à trois semaines, et au-delà de ce terme il ne peut plus saisir la juridiction du travail. Le nouvel article 1235-7 **réduit à douze mois** le délai de contestation pour le salarié, ce délai courant à compter de la dernière réunion du nouvel organe qu'est le comité social économique, soit dans le délai de 12 mois à compter de la notification du licenciement au salarié.

Plus globalement, l'ensemble des actions liées à la rupture du contrat de travail est désormais **enfermé dans un délai strict de 12 mois**⁶⁵², celles qui concernent l'exécution restant

⁶⁵¹ **Article L.1245-1** Modifié par Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 - art. 25 Modifié par Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 - art. 4 Est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des articles L.1242-1 à L.1242-4, L.1242-6, L.1242-7, L.1242-8-1, L.1242-12, alinéa premier, L.1243-11, alinéa premier, L.1243-13-1, L.1244-3-1 et L.1244-4-1, et des stipulations des conventions ou accords de branche conclus en application des articles L.1242-8, L.1243-13, L.1244-3 et L.1244-4.

La méconnaissance de l'obligation de transmission dans le délai fixé par l'article L.1242-13 ne saurait, à elle seule, entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée. Elle ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.

Nota : Conformément à l'article 40-I et 40-VIII de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés et aux contrats de travail conclus postérieurement à la publication de ladite ordonnance.

⁶⁵² **Article L.1471-1** Modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 - art. 10 (V)

Modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 - art. 6

Toute action portant sur l'exécution 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.

enfermées dans un délai de 24 mois. Avant d'aborder l'article son titre II - le licenciement économique, l'ordonnance traite plusieurs autres questions telles que les obligations de l'employeur en matière de reclassement pour inaptitude et le problème de la sécurisation des parcours professionnels. Nous n'insisterons pas sur ces éléments qui ne sont pas essentiels dans le cadre de notre recherche.

3. Le licenciement économique

Nous aborderons donc directement le titre II concernant les dispositions relatives au licenciement économique. Les entreprises et en particulier les PME attendaient une novation sensible pour favoriser leur adaptation au contexte de crise structurelle ou conjoncturelle, et en tout état de cause permettre de réduire le coût du travail dans un bref délai après l'émergence d'une cause nécessitant la modification du processus de production et la suppression d'une partie des effectifs salariés.

L'ordonnance modifie à la marge le dispositif existant et en particulier les garanties de fondement. Nous verrons qu'elle n'emporte aucune conséquence notable au niveau du délai qui est imposé par le fonctionnement des organes représentatifs du personnel et en particulier du comité d'entreprise devenu le comité économique et social, et que, partant, elle n'influe pas directement dans un sens positif sur le coût du travail.

3.1. L'obligation de reclassement et le périmètre d'application

Désormais, les difficultés économiques doivent être appréciées soit au niveau de l'entreprise soit, si celle-ci appartient à un groupe, au niveau du groupe mais seulement pour les structures se situant à l'intérieur du territoire national. Cela évitera que l'entreprise se trouve dans l'obligation de réaliser au profit des salariés une proposition d'emploi dans un

Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par douze mois à compter de la notification de la rupture.

Le deuxième alinéa n'est toutefois pas applicable aux actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, aux actions en paiement ou en répétition du salaire et aux actions exercées en application des articles L.1132-1, L.1152-1 et L.1153-1. Elles ne font obstacle ni aux délais de prescription plus courts prévus par le présent code et notamment ceux prévus aux articles L.1233-67, L.1234-20, L.1235-7, L.1237-14 et L.1237-19-10, ni à l'application du dernier alinéa de l'article L.1134-5.

Nota : Conformément à l'article 40-II de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de publication de ladite ordonnance, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure. Lorsqu'une instance a été introduite avant la publication de ladite ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne y compris en appel et en cassation.

établissement roumain où le salaire est 5 fois inférieur au salaire français... en se situant à juste distance entre le ridicule d'une telle proposition et l'affront que cela constitue pour la collectivité de travail, d'une part, et le risque de sanction déclenchée par le juge du contrat de travail dans l'hypothèse où cette obligation de proposition de reclassement n'est pas effectuée.

Les difficultés économiques d'une entreprise liées aux mutations technologiques, à la nécessité de sauvegarder la compétitivité, s'apprécient désormais au niveau du secteur d'activité commun. La notion de secteur d'activité est elle-même définie par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et les modes de distribution se rapportant au même marché.

Le chapitre V du titre II constitue en revanche une novation notable puisqu'il transforme le comité d'entreprise, existant depuis 1945 dans les entreprises d'au moins 50 salariés, en comité social et économique, lequel peut être désormais créé dans les entreprises d'au moins 11 salariés.

3.2. Le remplacement du comité d'entreprise par le comité social et économique (CSE)

Comme nous l'avons déjà souligné dans le corps de ce texte, la production des ordonnances a non seulement été précédée d'une réelle concertation avec les syndicats de salariés nonobstant la médiocrité de leur représentativité, mais elle a en outre généré des concessions qui vont à l'encontre d'un certain nombre d'annonces. Il en est ainsi du comité social économique qui peut désormais apparaître dans les entreprises d'au moins 11 salariés.

Dans la logique de notre travail de recherche, nous devons évidemment nous arrêter sur cette première disposition telle qu'elle résulte de l'article 1233-8 nouveau du code du travail.

En effet, alors que l'ensemble des analystes impliqués dans la recherche de la simplification du fonctionnement de l'entreprise évoquait à la fois la nécessité d'alléger les mécanismes de consultation des représentants du personnel et, au-delà, des contrôles administratifs qui venaient s'y superposer, et d'autre part préconisait le report de l'obligation de la création du comité d'entreprise au-delà du seuil des 50 salariés, vers un seuil de 75 voire 100 salariés, l'ordonnance du 22 septembre 2017 réduit ce seuil à 11 salariés et plus.

Le comité social économique récupère dans ces conditions une partie des compétences de l'ancien comité d'entreprise, avec une différence notable : il doit être consulté dès le franchissement du seuil de 11 salariés alors que l'ancienne obligation était fixée au seuil de 50 salariés.

Certes, une fois affirmé ce principe, il convient de vérifier si le comité social et économique nouvelle formule dispose des mêmes pouvoirs de l'ancien comité d'entreprise. Nous notons tout d'abord qu'il rend son avis dans le délai d'un mois à compter de sa première réunion. Si cet avis n'est pas rendu, il est réputé avoir été consulté.

Deuxièmement il peut recourir, comme le comité d'entreprise, à une expertise.

Troisièmement, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins 10 salariés sur une même période de trente jours, il peut là encore recourir à une expertise portant sur les domaines économiques et comptables, ainsi que sur les effets potentiels du projet sur les conditions de travail. Il peut mandater un expert afin qu'il apporte toute analyse aux organisations syndicales pour mener la négociation.

Désormais, toute contestation relative à l'expertise est adressée à l'autorité administrative qui se prononce dans le délai de cinq jours en application des articles L.1233-35-1 et L.1235-7-1⁶⁵³.

⁶⁵³ **Article L.1233-35-1** Créé par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 - art. 20
Toute contestation relative à l'expertise est adressée, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation prévue à l'article L.1233-57-4, à l'autorité administrative, qui se prononce dans un délai de cinq jours. Cette décision peut être contestée dans les conditions prévues à l'article L.1235-7-1.

Nota : Conformément à l'article 40-VI de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions sont applicables aux procédures de licenciement économique engagées dans les entreprises ayant mis en place un comité social et économique.

Article L.1235-7-1 Créé par LOI n°2013-504 du 14 juin 2013 - art. 18 (V)

L'accord collectif mentionné à l'article L.1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L.1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L.1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L.1233-57-4. Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

Le recours est présenté dans un délai de deux mois par l'employeur à compter de la notification de la décision de validation ou d'homologation, et par les organisations syndicales et les salariés à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance conformément à l'article L.1233-57-4.

Le tribunal administratif statue dans un délai de trois mois. Si, à l'issue de ce délai, il ne s'est pas prononcé ou en cas d'appel, le litige est porté devant la cour administrative d'appel, qui statue dans un délai de trois mois. Si, à l'issue de ce délai, elle ne s'est pas prononcée ou en cas de pourvoi en cassation, le litige est porté devant le Conseil d'État. Le livre V du code de justice administrative est applicable.

3.3. La modification des règles de recours à certaines formes particulières de travail

Le reste de l'ordonnance concerne en particulier le recours au contrat de travail à durée déterminée et au contrat de travail temporaire. Nous n'avons pas noté dans les nouvelles dispositions de modification essentielle au droit existant. Tout au plus s'agit-il d'une reformulation. Certes, l'alinéa 3 de l'article L.1242-8-1 nouveau vise la possibilité de survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation qui nécessiterait la mise en œuvre de moyens eux-mêmes exceptionnels. Dans ce cas, la durée initiale du contrat à durée déterminée ne peut être inférieure à six mois et l'employeur doit procéder, préalablement au recrutement envisagé, à la consultation du comité social et économique s'il existe.

Enfin, la durée du contrat de travail à durée déterminée mentionnée à l'alinéa 6 de l'article 1242-2⁶⁵⁴ peut être conclue pour une durée minimale de 18 mois et une durée maximale de 36 mois, mais sans renouvellement.

⁶⁵⁴ **Article L.1242-2** Modifié par Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 - art. 86 (V)

Sous réserve des dispositions de l'article L.1242-3, un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants :

1° Remplacement d'un salarié en cas :

- a) d'absence ;
- b) de passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur ;
- c) de suspension de son contrat de travail ;
- d) de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe ;
- e) d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer ;

2° Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ;

3° Emplois à caractère saisonnier, dont les tâches sont appelées à se répéter chaque année selon une périodicité à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs ou emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ;

4° Remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, d'une personne exerçant une profession libérale, de son conjoint participant effectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et habituel ou d'un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyens d'une société d'exercice libéral ou de toute autre personne morale exerçant une profession libérale ;

5° Remplacement du chef d'une exploitation agricole ou d'une entreprise mentionnée aux 1° à 4° de l'article-L.722-1 du code rural et de la pêche maritime, d'un aide familial, d'un associé d'exploitation, ou de leur conjoint mentionné à l'article L.722-10 du même code dès lors qu'il participe effectivement à l'activité de l'exploitation agricole ou de l'entreprise ;

6° Recrutement d'ingénieurs et de cadres, au sens des conventions collectives, en vue de la réalisation d'un objet défini lorsqu'un accord de branche étendu ou, à défaut, un accord d'entreprise le prévoit et qu'il définit :

- a) Les nécessités économiques auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse adaptée ;
- b) Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauche et à l'accès à la formation professionnelle continue et peuvent, au cours du délai de prévenance, mobiliser les moyens disponibles pour organiser la suite de leur parcours professionnel ;

L'article 24 de l'ordonnance modifie l'article 1244-3-1 du code du travail concernant la succession de contrats à durée déterminée. De toute évidence, l'idée du rédacteur des ordonnances est d'éviter la fraude à la loi et la succession de CDD.

C'est la raison pour laquelle le texte institue un délai de carence entre deux contrats, qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire. Il n'est donc pas possible de faire se succéder un contrat à durée déterminée et, le lendemain de l'échéance de ce contrat, de recourir à une agence de travail temporaire pour que le salarié qui est arrivé en fin de CDD poursuive sa tâche dans l'entreprise, mais dans le cadre d'une autre forme de contrat.

Le texte aborde la notion de carence qui est calculée en fonction de la durée du contrat incluant le cas échéant son ou ses renouvellements. Les jours pris en compte pour apprécier le délai devant séparer les deux contrats sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné. Cela signifie que le samedi et le dimanche, par exemple, ne peuvent pas être retenus comme étant des jours de carence au sens de ce texte nouveau.

-
- c) Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini ont priorité d'accès aux emplois en contrat à durée indéterminée dans l'entreprise.

CONCLUSION GENERALE

COMMENT METTRE EN ŒUVRE

LA NOMENCLATURE DES COUTS ?

1. L'émergence du débat sur les coûts du travail

Après 30 ans de prégnance de l'école française de droit du travail, les années 2000 voient éclore une nouvelle pensée. Elle émerge d'abord dans les domaines de l'économie et du management, puis elle atteint le droit social. Peu à peu, cette pensée se voit accorder un droit de cité qui lui était antérieurement dénié. Mais, pendant de longues années, en fait jusqu'à la publication des ordonnances Macron-Philippe de septembre 2017, elle ne parvient pas à contrer la pesanteur du bloc institutionnel qui reste fidèle aux préceptes des lois de 1973 et de 1975, à la législation sur la protection de l'emploi, rempart du modèle social français. Certains cénacles patronaux, avec une prudence qui en dit long sur la crainte d'une confrontation avec les institutions, interrogent alors ces auteurs en rupture. Nous ne pouvons les citer tous, mais il est désormais certain que les travaux de Messieurs Artus, Blanchard, Cette, Godet ou Tirole redonnent la parole aux économistes et aux managers. Elle permet, comme nous l'avons fait dans cette recherche, d'adopter derechef le point de vue du dirigeant ou de l'entreprise et procéder à cette analyse dans des conditions radicalement différentes de celles qui sont généralement proposées.

De 1973 aux années 2000, la problématique des coûts est globalement évacuée du débat public et de la réflexion scientifique. Elle reste une préoccupation managériale, vécue passivement dans l'entreprise. Quand nous écrivons « vécue passivement », cela ne signifie pas que l'entreprise ignore la problématique des coûts. Bien au contraire, c'est en fonction de son importance, de sa pesanteur, et des risques qu'elle fait courir à la firme, que celle-ci s'emploie à la maîtriser. Le coût de travail français pesant excessivement sur le prix de revient d'un produit ou d'un service, l'entreprise, et en particulier la PME, s'évertue à rechercher des solutions alternatives au travail humain dans le cadre de l'hexagone. Elle anticipe un certain nombre d'évolutions, telles que la mécanisation, la robotisation, la révolution numérique et bien entendu la mondialisation, par la voie de la délocalisation. Celle-ci est intra-européenne, au bénéfice des nouveaux pays entrants de l'Europe de l'Est ou du Nord, en particulier dans le cadre de la sous-traitance automobile. Puis, elle s'étend au grand marché mondial, à l'Asie du Sud-Est et à la Chine en particulier. Ces mesures sont prises au détriment de l'emploi national. Nous avons ainsi assisté à ce paradoxe surprenant : les coûts du travail en France augmentent, une partie de ces coûts sont rendus nécessaires

par le financement du soutien aux demandeurs d'emploi... Mais la réflexion sur le coût du travail et ses excès n'est pas abordée. Cela étant, que les universitaires, les syndicats de salariés, l'administration, voire la classe politique ignorent la problématique des coûts, cela peut se comprendre. Mais que dire du comportement du monde de l'entreprise qui a abandonné ce terrain de longue date ?

1.1. L'émergence du débat sur les coûts

Chronologiquement, le rapport Blanchard-Tirole de 2003⁶⁵⁵, apparaît comme la tête de pont de cette nouvelle façon d'aborder le monde de l'entreprise. La mise en cause du modèle social français et de la législation sur la protection de l'emploi en résulte naturellement. Jean Tirole, ses travaux, le prix Nobel qui lui a été décerné et la réputation attachée à cette distinction, marquent cette évolution d'une empreinte particulière : ils la légitiment. Le fait que ce chercheur et professeur d'économie soit un spécialiste de l'entreprise marque le renversement de la tendance ancienne.

Les effets positifs de la législation sur la protection de l'emploi ne doivent pas être sous-estimés. Elle présente des avantages au regard de la logique keynésienne du soutien de la demande intérieure dans un pays en situation de crise... où la production des biens de première nécessité est réalisée sur place. Elle est socialement et économiquement utile et concourt au maintien du pouvoir d'achat des ménages. Mais pour autant, est-elle efficiente dans la lutte contre le chômage, à compter de l'instant où elle renchérit à l'excès le coût du travail et conduit les entreprises à s'engager massivement et très rapidement (au regard de la réaction que l'on constate en d'autres états) dans la voie du remplacement des emplois par des machines, voire à s'engager dans la délocalisation massive et la sous-traitance vers des pays lointains ?

Intuitivement, ces constats conduisaient le praticien chercher à une réponse négative. Mais celle-ci contraignait à une approche plus scientifique de la problématique des coûts. Les définitions institutionnelles ne correspondant pas à la réalité micro-économique des entreprises, il était nécessaire de vérifier la réalité de ces coûts et leurs liens éventuels avec

⁶⁵⁵ Olivier Blanchard et Jean Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, rapport du Conseil d'analyses économiques, 2003.

la législation sur la protection de l'emploi : c'est l'objet de notre recherche. Elle permet de dégager différents coûts qui ne sont pas admis dans la définition institutionnelle classique.

1.2. L'approche des coûts occultés

L'approche de ce que nous qualifions de « coûts occultés » est déclinée en deux phases essentielles. La première met en évidence les coûts occultés afférents à la législation sur la protection de l'emploi. Elle décline les coûts différés obligatoires et les coûts différés exceptionnels. Elle démontre donc que la législation sur la protection de l'emploi a effectivement un coût et que celui-ci est frontalement dénié et dissimulé depuis des décennies. Il pèse cependant sur le coût global du travail tel qu'il doit être répercuté sur le prix de revient d'un produit ou d'un service. Cette approche, rendue possible grâce à l'utilisation de la théorie des coûts de transaction d'Oliver Williamson permet d'en terminer avec la récusation globale de la problématique des coûts, explicite ou implicite, telle que nous pouvions la constater dans les discours universitaires, syndicaux et politiques. Elle interroge enfin le modèle social français et sa légitimité.

La seconde approche des « coûts occultés » modifie la encore la vision trop classique des IRP. Constituées pour la plupart sur la base d'une revendication politique, sans aucune considération de la réalité micro-économique de l'entreprise, leur rôle a évolué à travers le temps et en particulier depuis 1936. Elles ont désormais pour fonction de permettre la contestation du pouvoir de direction du chef d'entreprise, de l'intérieur même de la firme. Face aux déclarations de principe quant à l'utilité du dialogue social, le dirigeant d'entreprise oppose l'aspect pragmatique et il renvoie naturellement à la problématique du coût.

Nous démontrons tout d'abord que les IRP constituent bien un coût spécifique et que celui-ci pèse sur le coût du travail. Variant de façon proportionnelle au nombre de salariés, en fonction des effets de seuil, ce coût doit également s'intégrer au prix de revient d'un produit ou d'un service. Les IRP constituent une originalité du modèle social français et elles jouent un rôle essentiel dans l'application de la LPE, dont elles sont devenues un élément indispensable par « l'effet de fortin ». Les IRP coûtent à l'entreprise en raison de leur existence (création, mise en œuvre, fonctionnement), mais elles lui coûtent également en ce qu'elles empêchent la mise en œuvre immédiate de décisions de gestion.

Nous espérons que nos apports principaux permettront d'en terminer avec la sous-estimation volontaire du coût du travail. Celle-ci a permis pendant de longues années de faire accroire aux citoyens que le modèle social français (et en particulier la LPE) ne pesaient pas sur l'entreprise, ou bien que celle-ci, telle la corne d'abondance d'Amalthée qui nourrissait Zeus, pouvait continuer à absorber des coûts qui lui étaient répercutés soit par le législateur, soit par le pouvoir exécutif, afin d'éviter une prise en charge des avantages concédés par la fiscalité. Cette sous-estimation des coûts permettait également d'assurer la suprématie du contrat de travail à durée indéterminée dans la perspective de l'émergence d'un statut de l'emploi privé qui serait aligné sur celui de l'emploi public.

Cette situation a perduré parce que la France est un pays dirigé par des responsables éloignés du monde de l'entreprise. Sur la période 1970-1981, le législateur produit la loi en regardant dans le rétroviseur des Trente Glorieuses plutôt que d'imaginer les risques des trente années suivantes. Les crises économiques à répétition, l'explosion d'un chômage structurel qui devient massif et la mondialisation, rien n'y fait. En 1981, la gauche parvient au pouvoir avec le projet de renforcer la protection du contrat indéterminé par la législation sur la protection de l'emploi, et d'assurer le développement des IRP. Elle parvient à se maintenir pendant près d'un quart de siècle et impose donc ses vues, nonobstant la progression régulière du chômage, un temps contrée par l'embellie économique des années 1998-2002.

Au cours de cette période, la problématique du coût du travail est exclue de la réflexion politique car ses responsables savent qu'une considération accrue remettrait fondamentalement en cause leurs présupposés et leur vision politique tant sur le plan social que sur le plan économique.

1.3. Les résistances qui persistent

Aujourd'hui, le débat sur les coûts est ouvert et nous y participons par la présentation de cette nomenclature. En revanche, passer de la présentation à la mise en œuvre nécessite de perturber un espace institutionnel encore trop rétif. Il conviendra de contraindre en quelque sorte le dirigeant et le management à devenir des acteurs d'une novation indispensable qui leur procurera indiscutablement un intérêt et de convaincre les salariés et l'espace institutionnel qu'il n'est plus possible d'ignorer les réalités économiques de l'entreprise et du marché.

Nous avons relevé à plusieurs reprises le fait que le patronat français et ses représentants n'étaient pas impliqués dans le débat sur la législation sur la protection de l'emploi par exemple, ou dans le débat sur les coûts, à la hauteur des enjeux. Nous avons donc parlé de « pusillanimité » en évoquant l'incapacité du patronat à organiser massivement une riposte aux initiatives prudhommales des syndicats ouvriers dans les années 1975-1990. Les représentants patronaux de cette époque se caractérisant par un excès de respect à l'égard des institutions, attitude qu'un marxiste bon teint qualifierait de « réflexe de classe ». Ainsi, en refusant de contrecarrer les offensives politiques et juridiques des syndicats de salariés fortement relayés par les institutions, le patronat français a affaibli sa position dans la société et globalement affaibli l'entreprise. Son refus d'aborder frontalement la problématique des seuils et en particulier celui des 50 salariés, de travailler en profondeur ces questions en s'appuyant sur l'examen des coûts, et en particulier des « coûts occultés », reste surprenant.

Au terme de cette analyse qui permet de révéler les « coûts occultés », nous réalisons quelques propositions pour tirer les conséquences de cette révélation sur le plan opérationnel.

2. Les méthodes de prise en compte de la nomenclature, à éléments juridiques, comptables et fiscaux constants

Une fois la nomenclature établie, les coûts occultés sont révélés. Il convient désormais de les répercuter mois par mois sur les coûts du travail de chaque salarié, en mettant ainsi à niveau le prix de revient d'un produit ou d'un service. Cela est possible dans le cadre de la mise en œuvre de processus internes. Mais il se trouve que les règles de la comptabilité telles qu'elles se présentent actuellement ne permettent pas d'intégrer les « coûts occultés ». Il n'est pas davantage possible de pratiquer une sorte de « *rétro-comptabilité* », qui, en outre, ne serait pas utile à l'entreprise puisque les productions seraient déjà effectuées et vendues sur la base de l'ancien prix de revient.

C'est la raison pour laquelle nous proposons d'identifier les « coûts occultés » pendant trois années successives qui constitueront la base de calcul des coûts occultés. La nomenclature permettant de révéler et d'identifier les coûts, puis de les fixer dans la comptabilité d'un exercice de l'entreprise, il va désormais être possible de les utiliser.

Nous proposons une approche comptable et une approche assurantielle.

2.1. Une approche comptable : compléter le coût du travail issu de la comptabilité classique, par la moyenne du complément de coût, reporté sur chacun des salariés

Nous prenons pour base le bilan des années N-3 à N-1. Puis nous ressortons les coûts occultés sur chacune de ces années, qu'il s'agisse des coûts obligatoires, ou des coûts exceptionnels, c'est-à-dire des coûts occultés différés. Nous cumulons ainsi l'ensemble des indemnités de préavis, de licenciement, les dommages et intérêts et l'ensemble des indemnités spécifiques versées aux salariés -ou plus globalement pour cause de rupture- au cours d'une même période de trois ans, qu'il s'agisse d'ailleurs des dossiers contentieux ou des dossiers ayant donné lieu à une rupture conventionnelle. Ces montants seront complétés par les pénalités spécifiques.

Les autres coûts occultés sont immédiats (les coûts de fonctionnement et de gestion des IRP et coûts de confort) et ils apparaissent en année N. Ils sont connus et peuvent être utilisés immédiatement en année N+1.

Concernant les coûts différés, nous procédons en cinq temps :

- Nous collectons l'ensemble des données sur trois ans (N-3 à N-1) ;
- Nous effectuons le cumul de ces coûts par années ;
- Nous divisons le chiffre obtenu par trois (correspondant aux trois années de référence) afin d'obtenir une moyenne ;
- Nous divisons cette moyenne par le nombre de salariés ;
- Nous affectons au coût du travail annuel de chaque salarié le surcoût ainsi déterminé.

Pour l'exemple, si l'ensemble ces coûts pour l'entreprise X atteint en moyenne sur trois ans la somme de 100.000 €, et qu'il existe dans l'entreprise 50 salariés, cela signifie que le coût annuel du travail de chacun des 50 salariés doit être augmenté annuellement de 2.000 €.

La base ainsi, bénéficie de la correction effectuée grâce à la collecte de données de l'année N. Elle sera réactualisée sur N+1, N+2 et ainsi de suite, avec chaque année, un ajustement en fonction du résultat de la dernière année connue. Ainsi, si le coût du travail des années N-3, N-2 et N-1 est inexact puisqu'il ne prend pas en compte le coût total tel qu'il sera recalculé au terme du procès prudhommal, lors de l'année N, l'ajustement peut être réalisé.

Le coût du travail des années N, N+1 et N+2 sera exact⁶⁵⁶. Nous allons détailler brièvement la méthode proposée pour la reprise des coûts.

L'année N sera donc la première année où le prix de revient de l'entreprise sera à la réalité du coût du travail en tenant compte de l'ensemble des coûts occultés, différés et immédiats.

Nous appliquons cette moyenne sur les années N+1, N+2 et N+3, en faisant glisser chaque année le résultat des années précédents (N-2, N-1 etc.)

Mais nous continuons de relever chaque année les coûts occultés (devenus des coûts révélés) et à partir de l'année N, l'entreprise est donc à la réalité de son coût. Cependant, en raison même des défaillances de l'environnement institutionnel qui ne retient pas les mêmes éléments de calcul, l'entreprise reste dans l'obligation de relever chaque année la réalité de ses coûts occultés et de réaliser ce calcul spécifique. À compter de l'année N+3, l'entreprise aura atteint son rythme de croisière en matière de réalité des coûts et elle aurait en fait quatre années d'expérience de révélation des coûts occultés.

Il nous sera objecté que le coût que nous imposons ainsi ne sera évidemment pas le coût réel des années N, N+1, N+2, au cours desquelles il est possible qu'aucun licenciement n'intervienne. Certes, mais il est techniquement impossible, de façon précise et détaillée, d'affecter différemment le surcoût qui provient de la fin du procès prudhommal ou de la signature du protocole transactionnel. C'est la raison pour laquelle il nous semble plus efficace d'utiliser une information réelle et certifiée et de s'en servir de base sur les trois années suivantes, en réactualisant ensuite éventuellement les taux, par l'adjonction de données nouvelles si par exemple de nouvelles embauches se produisent. Il est évident que si de nouveaux licenciements interviennent, les conséquences indemnitaires de ces licenciements devront être intégrées dans le calcul que nous préconisons.

Comme nous l'avons précisé ci-dessus, si aucun contentieux nouveau relatif à la rupture d'un contrat de travail n'apparaît, la base initiale doit être maintenue et reconduite. Certes, les coûts réels du travail seront alors surévalués à due concurrence de la base, rajoutée aux

⁶⁵⁶ L'année N est bien l'année au cours de laquelle le jugement ou l'arrêt prudhommal ou le protocole transactionnel sont devenus définitifs. Au terme de l'année, l'entreprise effectue le cumul des coûts différés, obligatoire et exceptionnel et des indemnités diverses qu'elle a dû assumer. C'est ce coût global qui va être réparti sur trois ans, par tiers, et affecté à chacun des salariés de l'entreprise.

coûts habituellement déclarés. Mais nous considérons que de cette façon, l'entreprise sera entrée dans un cercle vertueux. Elle pourra plus facilement réajuster ses prix de revient en tenant compte du fait que la base résultant des années N-3, N-2 et N-1, utilisée sur les années N, N+1 et N+2 est reconduite sur les années N+3, N+4 et N+5 alors que, par exemple, aucun contentieux ne s'est développé sur les années N, N+1 ou N+2.

Nous pourrions alors considérer que l'effet de coût différé -ces coûts ne sont plus occultés- a été épuisé. Il n'en reste pas moins que si un nouveau contentieux apparaît sur l'année N+5 par exemple, cette délicate opération devra être reprise. Nous considérons qu'il est plus facile de réajuster ces prix de revient en tenant compte du fait que la base de référence des coûts différés sur N+4 est excessive, si effectivement sur cette année aucun contentieux n'est venu alourdir réellement le coût du travail, plutôt que d'interrompre le processus et de le reprendre.

Nous considérons qu'il est préférable de maintenir le coût ainsi déterminé -qui deviendrait objectivement un surcoût sans fondement économique sur N+3 par exemple- pour deux raisons. Une raison pédagogique tout d'abord qui repose sur la nécessité d'ancrer dans l'esprit du chef d'entreprise et des partenaires sociaux l'importance du coût en général et du coût différé en particulier. Une raison pratique enfin, qui résulte du fait, comme nous l'avons dit, qu'il est plus pratique pour l'expert-comptable de corriger a posteriori ce surcoût injustifié sur N+3 que de relancer sur N+5 l'ensemble du mécanisme si, à la fin de décembre N+4 un licenciement intervient avec les effets que nous avons décrits sur N+5 ou sur N+6. Ainsi, le coût différé réapparaîtrait après un an ou 18 mois de quiétude sur le front prudhommal et nécessiterait une relance de l'ensemble de cette opération.

2.2. Une approche assurantielle

Quelques compagnies d'assurances, et parmi elles la SMABTP, proposent aux entreprises de ce secteur un contrat d'assurance qui prend en charge le paiement des indemnités de préavis et de licenciement en application de la convention collective du bâtiment. Le système est de plus classique et sa mise en œuvre permet à l'entreprise de prendre en charge une partie des coûts occultés, celle des coûts différés obligatoires.

En effet, la compagnie ne garantit le paiement que des indemnités légales (préavis et indemnité de licenciement) et elle exclut les dommages et intérêts. Néanmoins, la mise en

œuvre du contrat, en provoquant l'abondement régulier de la réserve qui est gérée par la compagnie d'assurance pour le compte de l'entreprise, permet à celle-ci d'intégrer sur la durée, dans le prix de revient de ses prestations, la réalité de cette portion des coûts différés. La logique williamsonienne des coûts est respectée. Le coût *ex post* ou plutôt *ad futurum*, aujourd'hui non provisionné, l'est désormais et ses conséquences sont introduites dans le prix de revient de l'entreprise. Elle s'approche mieux de la réalité de son coût, même si le reste des coûts occultés, à savoir les coûts différés exceptionnels, et les coûts des IRP ne sont pas pris en compte.

Ce provisionnement présente un autre avantage : il permet au chef d'entreprise de décider plus rapidement la rupture nécessaire d'un contrat, en passant soit par le licenciement soit par la rupture conventionnelle. Le contrat d'assurance apporte donc en outre une amélioration du management de la rupture et une meilleure efficacité de la décision.

Pour reprendre l'un des exemples analysés dans notre thèse, celui de la société Linéa BTP, il est clair que si cette entreprise avait bénéficié d'un tel contrat, elle aurait pu procéder sans retard aux licenciements économiques qui lui étaient nécessaires pour survivre, sans se poser le problème de financement des seules indemnités de licenciement. En effet, la société ayant vocation à survivre, il était possible de contraindre les salariés en voie de licenciement à exécuter leur préavis. La trésorerie de l'entreprise était donc moins impactée, en dépit d'une pyramide des âges et d'une ancienneté notable des salariés.

3. La proposition de réforme du plan comptable

Nous proposons également la mise à niveau des normes comptables afin qu'elles prennent en compte le passif social de l'entreprise et en donne enfin une image « fidèle et réelle » ce qu'il signifie qu'il convient de modifier le plan comptable.

Fondé en partie sur les travaux du colonel Rimaihlo, le plan comptable général est l'une des innovations du régime de Vichy (1942), maintenue en 1945. Il est révisé en 1947, 1957 et 1982 et par le règlement CRC 99.03 du 23 avril 1999, à nouveau modifié en 2007⁶⁵⁷. Les

⁶⁵⁷ Le plan comptable général annexé au règlement du Comité de la réglementation comptable (CRC) de ce jour est approuvé et se substitue au plan comptable général annexé à l'arrêté du 27 avril 1982, modifié et complété par l'article 2 de l'arrêté du 9 décembre 1986.

différentes révisions du plan comptable depuis 1945 occultent la question. En 1982, la révision doit intégrer la 4^{ème} directive européenne. Mais surtout, elle aurait dû intégrer la problématique du passif social de l'entreprise, alors même que les lois de 1973 et de 1975 ont quasiment 10 ans d'existence et que les coûts différés deviennent prohibitifs pour les TPE et les PME. Il n'en est rien, et il en sera de même en 1999 et en 2007.

Quelles sont les conséquences de cette situation ? Elles sont principalement de deux ordres. Tout d'abord, le fait que le « passif social virtuel » de l'entreprise ne soit pas apparent a pour conséquence de dissimuler la réalité du coût du travail en général et du coût de rupture en particulier. Cette dissimulation est anormale au regard de l'obligation de transparence, qui devrait s'imposer, et qui permettrait de mieux renseigner les salariés sur la réalité de la solidité financière de l'entreprise, ses cocontractants qui ne découvriront les potentialités du risque que le jour où il sera concrétisé, et les éventuels repreneurs, le jour où l'entreprise est à vendre. Elle autorise donc les salariés et leurs syndicats à continuer à ignorer superbement cette problématique. Elle encourage les décideurs politiques à prendre encore et encore des mesures de portée sociale dont le coût incombe uniquement à l'entreprise et qui augmentent objectivement le coût du travail. Puisque les conséquences de ces mesures qui augmentent les coûts ne sont pas apparentes immédiatement, elles sont considérées comme inexistantes. Nous en avons eu encore une preuve éclatante dans le cadre du rapport du *think-tank* Terra-Nova au sujet de la loi Pacte.

Second aspect sur lequel nous n'insisterons pas car nous l'avons déjà développé : l'ignorance des « coûts occultés » laisse flotter autour de l'entreprise une brume d'incertitude sur la réalité de sa situation économique, la brume se déchire au dernier instant, lorsque la firme est déjà au bord du précipice, c'est-à-dire du dépôt de bilan. C'est à cet instant que l'on se rend compte que le montant des indemnités de rupture des salariés dont il convient de se séparer rapidement si l'on veut sauver l'entreprise est colossal, et qu'il est en fait impossible d'y faire face avec la trésorerie de la firme. Après une tentative de prise en charge par le fond national de garantie des salaires, c'est la liquidation qui est au bout du chemin.

Le règlement et son annexe s'appliquent à toute personne physique ou morale soumise à l'obligation législative ou réglementaire d'établir des comptes, sous réserve des dispositions qui lui sont spécifiques.
En conséquence, l'arrêté du 27 avril 1982 et l'article 2 de l'arrêté du 9 décembre 1986 susvisé sont abrogés.

C'est la raison pour laquelle nous proposons deux solutions :

- soit que le droit impose à l'entreprise le système d'assurances que nous avons décrit ci-dessus, concernant au moins les indemnités de licenciement ou de préavis, tel celui qui est mis en œuvre depuis de longues années par la SMABTP et que nous avons conseillé à de nombreuses entreprises du bâtiment. Cette proposition se situe pleinement dans la logique du rapport Blanchard Tirole de 2003 et elle met en application (du moins en partie) cette responsabilité de l'entreprise qui licencie, sur la base du principe pollueur-payeur.
- soit que les normes comptables fassent désormais apparaître clairement :
 - o l'ensemble des coûts occultés et les détaillent plutôt que de les intégrer de façon globale dans un compte 67, *a posteriori*.
 - o et le passif social virtuel -composé des seules indemnités de préavis et de licenciement, éventuellement dans les annexes du bilan.

De telles prétentions ne sont pas révolutionnaires. Elles sont cependant porteuses de telles conséquences que l'ensemble de la société se refuse à les mettre en œuvre. Nous terminerons notre conclusion sur ce point, tant il est symptomatique des blocages français.

En effet, si le plan comptable distingue clairement :

- les coûts occultés,
- et le passif social virtuel,

il autorise derechef leur prise en compte dans le prix le revient d'un produit ou d'un service. À ce moment, et à ce moment seulement, il sera donné par la comptabilité une image fidèle de l'entreprise. Mais cela signifie très simplement qu'il marque, à la date de la publication du nouveau plan, une hausse généralisée du coût du travail en France. Or l'ensemble des institutions repousse ce choc de vérité depuis des années, qu'il s'agisse des décideurs politiques, des administrations (sociale et fiscale en particulier), bien entendu des syndicats de salariés, des commentateurs et des analyses, et enfin des universitaires spécialisés en droit social, le plus surprenant étant que le monde de l'entreprise, au risque de pervertir son fonctionnement micro économique, évite également le débat sur la réalité des coûts.

L'avantage de l'apparition de cette réalité dans les comptes ne s'apprécie pas seulement au sein de même de la firme, sur le plan micro économique. Il contraint les administrations et

les organismes spécialisés (Dares, Insee), les salariés et leurs syndicats à regarder les coûts en face, ce qui revient à récuser l'un des fondements du modèle social français, la législation sur la protection de l'emploi et ses 45 ans d'ancienneté. Cela induit en outre une remise en cause des présupposés fantaisistes sur lesquels sont fondés nombre de revendications syndicales, locales ou nationales.

Quant à l'opposition des dirigeants d'entreprise, elle s'explique d'une façon différente. Ils verraient ainsi la valeur objective de leurs entreprises réduite à due proportion du passif social.

Les experts-comptables, qui sont globalement défavorables à cette mesure, expliquent que, précisément, le passif social étant virtuel, il ne peut être provisionné et entrer dans les comptes d'une quelconque façon. Ce à quoi nous répondons que cette vision est inexacte. Sans qu'il soit nécessaire de revenir à Oliver Williamson et sa théorie des coûts, il est aisé de comprendre que les coûts occultés obligatoires se constituent mois par mois par sédimentation. À compter du huitième mois de présence du salarié dans l'entreprise, l'indemnité de licenciement est désormais décomptée, puis le préavis, etc. Il existe donc une certitude du paiement de compléments de salaire lorsque le contrat sera rompu.

Là-encore, l'expert-comptable objecte que la certitude de la rupture n'est pas absolue, et qu'en outre le licenciement peut intervenir pour faute grave, privative des indemnités, ou encore que le salarié peut démissionner, ce qui n'occasionne aucun coût pour la firme. Il lui sera répondu que la seule chose qui est certaine, c'est la durée de vie moyenne de l'entreprise française, de l'ordre de 14 à 18 ans, et que l'entreprise est donc mortelle.

Dans un bel ensemble, l'expert-comptable, le chef d'entreprise et les salariés indiqueront qu'en tout état de cause, en cas de mort de l'entreprise, ce n'est pas elle-même qui paiera les coûts occultés, mais la « société », c'est-à-dire le système de garantie des salaires. Le mandataire de justice demandera la prise en charge de ces indemnités de rupture qui n'ont donc pas à être provisionnées. Cet unanimité est révélateur de la protection dont bénéficie le modèle social français. Plutôt que d'approcher la réalité du coût du travail et de reconnaître qu'elle est excessive, ce qui oblige à revoir différents éléments de sa composition et, en conséquence de revoir le modèle, l'ensemble des partenaires sociaux et l'État, quels que soient les dirigeants politiques qui l'accompagnent, préfèrent rester sur cette organisation

institutionnelle. Tous savent que l'entreprise n'est pas à son prix de revient, que le coût du travail (déjà important au regard des pays concurrents de la communauté européenne) est inférieur à ce qu'il devrait être en incluant les coûts occultés, mais personne ne s'engage à remettre en cause le modèle social français.

C'est aussi la raison pour laquelle la réflexion sur les coûts n'a jamais été menée à son terme. Il reste à espérer que cette contribution, dont les premiers effets sont concrétisés par les ordonnances Macron-Philippe de septembre 2017, conduise à une révision fondamentale de l'approche du coût du travail français.



BIBLIOGRAPHIE

- Abécassis Céline, (1997) *Les coûts de transaction, état de la théorie*, revue Réseau n° 84, CNET
- Age Discrimination in Employment Act
- Aghion, Philippe, Algan, Yann et Cahuc, Pierre (2008) *Can policy interact with culture ? Minimum wage and the quality of labor relations* Nber Working Papers
- Alchian Armen A. et Demsetz Harold, (1972) *Production, coût des informations et organisation économique*, American economic review,
- Alexandre Philippe, de L'Aulnoit Béatrix, (2002) *La dame des 35 heures*, Robert Laffont
- Algan, Yann et Cahuc, Pierre (2017) *La société de défiance : comment le modèle social français s'autodétruit*, opuscule du Cepremap
- Americans with Disabilities Act de 1991
- Amossé Thomas, (octobre 2004), *Mythe et réalité de la syndicalisation en France*, Darès, n° 44
- Aristote (1988) *Éthique à Nicomaque*, Garnier Flammarion
- Arthus Patrick, Virard Marie-Paule, (2011), *La France sans ses usines*, Fayard
- Artuis, Jean, Sénateur (2006) *Délocalisations : rompre avec les modalités pour sauver le modèle français*, commission des finances, imprimé pour le Sénat
- Artuis, Jean, Sénateur (2006) *Délocalisations : rompre avec les modalités pour sauver le modèle français*, commission des finances, imprimé pour le Sénat
- Askenazy Philippe, (2014), *Le désordre du travail*, La République des Idées, Seuil
- Askenazy Philippe, (2014), *Les décennies aveugles : emploi et croissance, 1970-2014*
- Assemblée Nationale, *Compte rendu de la commission d'enquête relative aux causes du projet de fermeture de l'usine Goodyear d'Amiens nord et à ses conséquences économiques, sociales et environnementales et aux enseignements liés au caractère représentatif qu'on peut en tirer dans ce cas*, novembre 2013
- Assens Christophe, (2015), *Le management des réseaux*, Deboeck
- Assens Christophe, (2015), *Les réseaux de service public*, Presses de l'EHESP
- Assens Christophe, (2016), *Réseaux sociaux : tous égo ?*, Deboeck
- Attali Jacques (sous la direction de), (2007), *L'avenir du travail*, Fayard
- Attali Jacques, (2008), *La crise, et après ?*, Fayard, 2008
- Babin Mathieu (2011) *Santé et sécurité au travail*, Lamy

- Bachelot Denis, d'Ornano Pierre, (2009), *Survivre à la crise*, Jacques Bourin
- Badinter Robert, Lyon-Caen Antoine, (2015), *Le travail et la loi*, Fayard
- Barnard, Chester Irvin (1939) *The function of executive*, Cambridge, Massachusetts Harvard University Press, 1974
- Barthélémy Jacques, (2010) *Évolution du droit social*, Lamy Axe droit
- Barthélémy Jacques, Cette Gilbert, (2013), *Refonder le droit social*. La Documentation française
- Barthélémy, Jacques et Cette, Gilbert, (2011) *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Documentation Française
- Baudry Bernard, Charmettan Hervé, (2008) *L'analyste de la relation d'emploi par les économistes contractualistes et conventionnalistes*, presse de Sciences Po 2008/2, volume 59
- Baudry Bernard, Charmettan Hervé, (2007) *La relation d'autorité employeur-employé*, revue économique 2007/5, volume 58
- Baudry Bernard, Dubrion Benjamin, *L'influence des travaux de Chester I. Barnard sur la théorie économique contractualiste de la firme : une appréciation critique*
- Baudry, Bernard et Tinel, Bruno (2003) *Une analyse théorique des fondements et du fonctionnement de la relation d'autorité intrafirme*, Revue économique, volume 54
- Baverez Nicolas, (2003), *La France qui tombe*, Perrin
- Behaghel Luc, Crépon Bruno, Cédillot Béatrice, (2004), *contribution Delalande et transition sur le marché du travail*, Revue Économie et statistiques n° 372
- Belkacem, Rachid et Kornig, Cathel (août 2012) *La construction sociale du travail intérimaire : de ses origines aux États Unis à son institutionnalisation en France*, Socio-économie du travail, N° 33, Économie et société, tome XL, V 8
- Bellom, Maurice (1907) *Le rôle économique et social de l'ingénieur*. Le Génie Civil
- Ben Haddou Mousset, (18 juin 2015), *Le métier de la banque et des assurances*, ACPR Banque de Franc.
- Benoist, Henri de (2004) *Renforcer l'attractivité de l'économie française au service de la croissance et de l'emploi*, Rapport du Conseil Économique et Social
- Bentzmann Stanislas de, Lima Pascal de, (2014), *Les 35 heures, une loi maudite*

- Bertrand-Thompson Christian, (1922) *La réorganisation des usines suivant les méthodes Taylor-Thompson*, Librairie de la documentation commerciale et industrielle
- Billard Martine, (2011), *Le Medef l'a imaginé, Sarkozy l'a fait : 10 ans de casse du code du travail*, Préface de Jean-Luc Mélenchon
- Binet, Alfred (1901) *La suggestibilité*
- Blanchard, Olivier et Tirole, Jean (2004) *Protection de l'emploi et procédure de licenciement*, Conseil d'Analyses Économiques
- Boissard Pierre (2009), *Le nouvel âge du travail*, Tapage Hachette Littérature
- Bouloc, Pierre (1978) *Manuel de droit du travail et de droit social*, Éditions d'organisation
- Bourdieu Pierre, (2017), *La force du droit*, éditions La Sorbonne
- Bouzar Dounia, (2013), *Combattre le harcèlement au travail*, Albin Michel
- Brenneur Béatrice, (2010), *Stress et souffrance au travail : Un juge témoigne*, L'Harmattan
- Brizay Bernard, (1979), *Qu'est-ce qu'un chômeur*, Seuil
- Brochard Isabelle, (septembre 2012), *Les représentations du licenciement en France*, mémoire pour l'obtention du Master II droit social, université de Nantes,
- Brunhes, Bernard (1989) *La flexibilité, modèles européens*, Droit social
- Cahuc et Kramarz, (2 décembre 2005) *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité Sociale professionnelle*
- Cahuc Pierre, Carcillo Stéphane, (avril 2014), *Alléger le coût du travail pour augmenter l'emploi : les clefs de la réussite*, Institut Montaigne
- Cahuc Pierre, Zylberberg André, (2004), *Le chômage, fatalité ou nécessité*, Flammarion
- Cahuc Pierre, Zylberberg André, (2010), *Les réformes ratées du président Sarkozy*, Champs Actuel
- Cahuc, Cette et Zylberberg, (2008) *Salaire minimum et bas revenu. Comment concilier justice sociale et efficacité économique*, rapport du CAE n° 79, la Documentation Française
- Cahuc, Pierre et Zylberberg, André (1997) *Économie du travail, la formation des salaires et les déterminants du chômage*, De Boeck Université, Paris, Bruxelles

- Cahuc, Pierre et Algan, Yann, (2007) *La Société de défiance. Comment le modèle social français s'autodétruit*, Éditions de l'École normale supérieure, rue d'Ulm, 2007.
- Cahuc, Pierre et Zylberberg, André (2001) *Le Marché du travail*, De Boeck Universités
- Cahuc, Pierre et Zylberberg, André (2003) *La Microéconomie du marché du travail*, La Découverte, Paris
- Calvi Richard, (1998), *L'externalisation des activités d'achats, l'apport de la théorie des coûts de transaction*, 7^{ème} conférence internationale de management stratégique Louvain La-Neuve
- Candessus, Michel (9 octobre 2005) *Le sursaut vers une nouvelle croissance pour la France*
- Carby-Hall Jo, (4^{ème} trimestre 1991), *Essor et déclin du closed shop en Grande Bretagne*, RIDC
- Carmerlynck G.H. et Lyon-Caen Gérard, *Précis*, Dalloz, 10^{ème} édition
- Carmerlynck G.H. et Lyon-Caen Gérard, *Précis*, Dalloz, 5^{ème} édition
- Carmerlynck G.H. et Lyon-Caen Gérard, *Précis*, Dalloz, 7^{ème} édition
- Cassou, Huez, Mousel, Spitzer et Touranchet, (1985), *Les risques du travail*, La Découverte
- Castel Robert, *L'Insécurité sociale : Qu'est-ce qu'être protégé ?* La République des Idées, Seuil
- Cazelles, Raymond (1983) *Société politique, noblesse et couronne sous Jean Le Bon*, mémoires et documents de l'école des Chartes, Droz, Genève
- Cegos, (1937), *Une méthode uniforme de calcul des prix de revient*
- CFDT (février 2006) *Le coût du travail : La politique de baisse des cotisations sociales en France, effets attendus et conséquences*, rapport d'étude
- Charmasse Anatole de, (1877), *État des possessions des templiers et des hospitaliers en Mâconnais, Charollais, Lyonnais et Forez et partie de la Bourgogne*, Honoré Champion éditeur
- Chenu Damien, Chiss Romain, Dauxerre Lydie, Teyssié Bernard, (2013), *Guide de la rupture du contrat de travail*, LexisNexis
- Cheysson, Émile (1898) *le rôle social de l'ingénieur*, Presse des Mines, 2008.

- Coase RH, Gillis Xavier, Thiebault Cécile (1987) *La nature de la firme*, Revue française d'économie, volume 2 n° 1
- Coase Ronald, (2004), *L'entreprise, le marché et le droit*, Éditions d'Organisations,
- Coeuret Alain et Fortis Elisabeth (2012), *Droit pénal du travail*, Lexis Nexis
- Cohen Daniel, (2006), *Trois leçons sur la société post-industrielle*, La République des Idées, Seuil
- Cohen Yves, (2013), *Le siècle des chefs*, Éditions Amsterdam
- Cohen, Elie et Buigues, Pierre André (2015) *Le décrochage industriel*, Fayard
- Commission des comptes de la Sécurité Sociale, rapport 2009, paragraphe 7.2., *Le coût du travail en France depuis 1980*
- Conseil Économique et Social, (15 mai 2003) *Le droit du travail, les dangers de son ignorance*
- Conseil Supérieur de l'Emploi, des Revenus et des Coûts, (29 mai 1996) *L'allègement des charges sociales sur les bas salaires*, rapport au Premier Ministre
- Coquet Bruno, (2017), *Un avenir pour l'emploi, sortir de l'économie administrée*, Odile Jacob économie
- Cordonnier Laurent, (2009), *Pas de pitié pour les gueux : sur les théories économiques du chômage*, Raisons d'agir
- Cordonnier Laurent, Dallery Thomas, Duwicquet Vincent, Melmies Jordan, Vandavelde Franck, (janvier 2013) *Le coût du capital et son surcoût, sens de la notion, mesure et évolution, conséquences économiques*, Clersé université Lille I
- Cordonnier, Laurent (juillet 2014) article du *Monde diplomatique*
- Cotta Jacques, (2006) *Sept millions de travailleurs pauvres*, Fayard
- Cour des Comptes, (janvier 2013) *Le marché du travail : face à un chômage élevé mieux cibler les politiques*, rapport public thématique, la Documentation française
- Cour des Comptes, (juillet 2015), *Pôle Emploi et preuve du chômage de masse*, rapport public thématique, la Documentation française
- Cour des Comptes, (mai 2014) *Le recours par Pôle Emploi aux opérateurs privés pour l'accompagnement et le placement des demandeurs d'emploi*, communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale,
- Crozier Michel, (1979), *On ne change pas la société par décret*, Édition revue et augmentée,
- Crozier, Michel (1971) *La société bloquée*, Seuil

- Cyrulnik, Boris (2013) *Résilience, connaissances de base*, Odile Jacob
- Da Costa Isabelle, *L'institutionnalisme de John Connors et les origines de l'état de providence aux États-Unis*, Revue intervention économique 2010/42
- Debouzy Marianne, (1984), *Travail et travailleurs aux États-Unis*, la Découverte
- Debü-Bridel Jacques, (1978), *L'actualité de Fourier*, édition France Empire
- Denis Olivennes, *La préférence française pour le chômage*, revue Le Débat 1995
- Denys Jean, (2015), *Travail intérimaire*, manuel 360°, Lanno éditeur
- Desjardins Thierry, (2004), *Laissez-nous travailler*, Plon
- Desmars Bernard, (2014), *Travailler chez les fouriéristes : du travail « attrayant » à la participation aux bénéfices*, Cahier d'histoire, revue d'histoire critique
- Desrosières Alain, (2014), *Prouver et gouverner*, La Découverte
- Didry Claude, (2010), *Du vrai louage d'ouvrage au marchandage, retour sur l'héritage révolutionnaire*
- Diehl Bruno, Doublet Gérard, (2010), *Orange : le déchirement*, Gallimard,
- Dieng Safikhou, (2010), *Cotisations, coût du travail et emploi : les leçons de l'expérience française à la lumière de la théorie économique de la parafiscalité*, Université des Sciences et technologies de Lille
- Dubet François, (2014), *La Préférence pour l'inégalité*, La République des Idées, Seuil
- Dubost Nicolas, (2007), *Comités d'entreprise, syndicats, patrons. Le grand remue-ménage*, Éditions de l'Atelier
- Duchange Grégoire, (2014), *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis
- Duhautois Richard, Petit Héloïse, Remillon Delphine, (2012), *La mobilité professionnelle*, La Découverte
- Dujardin Philippe, (1979), *1946, le droit mis en scène*, La Découverte
- Dupuis, Tarrade, Gagnière, (1968), *Manuel de droit du travail et sécurité sociale*, éditions Lavauzelle
- Dupuis, Tarrade et Gagnière, (1969) *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, éditions Lavauzelle
- Dupuy François, (2006), *La fatigue des élites*, La République des Idées, Seuil
- Durand, Pierre (1946) *Traité de droit du travail*
- Durand, P. (1948) *Traité Dalloz de droit du travail*
- Durand, Paul et Rouast, André (1953) *Précis de législation industrielle*, Dalloz

- Duval Frédéric, (2017), *Dettes, fiscalité, chômage, le scandale français*, Mareuil Éditions
- Esprit (2009), *Travail et protection sociale, un droit malmené*
- Euzéby Alain et Chantal, (1995), *Coût du travail, plus de doutes que de certitudes*, Futurible avril
- Fana Martha, (Libération 11 janvier 2016), *Jobs Act, les mensonges du ministère du travail italien*, Libération
- Fantasia Rick, Voss Kim, (2003), *Des syndicats domestiqués, répression patronale et résistance syndicale aux États-Unis*, Raisons d'Agir
- Fares M'hand et Saussier Stéphane : *Incomplétude et fonction du contrat*, Revue française d'économie n° 3, volume 16
- Fares M'hand, *Quel fondement à l'incomplétude des contrats*, l'actualité économique, volume 81, n° 3, 2005
- Favennec-Heri Françoise, (2014), *La sécurité juridique en droit du travail*
- Fayard Jean, (2006), *Éloge de la mobilité*, Aube essai
- Fayol Henri, (1916), *Administration industrielle et générale*, Dunod édition 1962
- Ferrières, Claude Julien de, *Dictionnaire du droit et de la pratique*, 1762
- Filoche Gérard, (2004), *Carnet d'un inspecteur du travail*, Ramsay
- Flacher Bruno, (2002), *Travail et intégration sociale*, Bréal
- Ford, Henri, *My life and Work*, Garden city, New York
- Fournière Eugène, (1904), *La Législation du travail*, conférences faites à l'École Polytechnique, Charles-Lavauzelle Éditeur
- Franc, Régis (1984) *Tonton Marcel capitaine d'industrie*, Casterman
- France stratégie (octobre 2017), *Le suivi du CICE en 2017*, rapport
- Frémaux Jean, (1988), *Dossier OPA*, Le Télémechanicien
- Frémaux Sandrine, Baudry Bernard, *L'incomplétude et l'incertitude dans la relation de travail*, revue des sciences de gestion 2006/4 n° 220-221
- Frémeaux, Sandrine et Noel, Christine (2012) *Qu'est-ce qu'une juste rémunération ?* Management et avenir
- Fréry, Frédéric (2011) *Le management 2.0 ou la fin de l'entreprise ?* L'Expansion Management Review, vol. 2010/2, n° 137
- Fréry, Frédéric (2004) *Benetton, l'entreprise virtuelle*, Vuibert

- Fréry, Frédéric (2008) *Le contrôle de l'opportunisme dans les entreprises virtuelles*, Revue Française de Gestion, vol. 34, no 185
- Fumagalli, Andréa (juillet 2017) *Jobs acts, le grand bluff de Mateo Renzi*, le Monde Diplomatique
- Gallois, rapport au Président de la République.
- Gautié Jérôme et Caroli Eve, (2009), *Bas salaire et qualité de l'emploi : l'exception française ?* Éditions Rue d'Ulm
- Gautié Jérôme, (1998), *Coût du travail et emploi*, La Découverte
- Gazier Bernard, Auer Peter, (2008), *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Champs Actuel
- Gelinier Octave, (1965), *Morale de l'entreprise et destin de la nation*, Plon
- Gelinier Octave, (1976), *Stratégie sociale de l'entreprise*, Éditions Hommes et Techniques
- Généreux Jacques, (2014), *Introduction à l'économie*
- Ghertman Michel, (1995), *Application pratique de la théorie des coûts de transaction*, département stratégies et politiques d'entreprises, groupe HEC
- Ginsbourger Francis, (2010), *Ce qui tue le travail*, Michalon
- Giraud Pierre-Noël, Weil Thierry, (2013), *L'industrie française décroche-t-elle ?* La Documentation Française,
- Godet Michel, (2007), *Le courage du bon sens*, Odile Jacob
- Godet Michel, (2013), *Libérer l'emploi pour sauver les retraites*, Odile Jacob
- Godet Michel, (septembre 2004), *Le choc de 2006 pour une société de projets*, Odile Jacob,
- Gomez Pierre-Yves, (2002), *La théorie des coûts de transaction*, E.M. Lyon
- Gomez Pierre-Yves, (2013), *Le travail invisible, enquête sur une disparition*, François Bourin éditeur
- Gorz André, (1988), *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*, Folio Essais
- Grenier, Jean-Yves *Temps de travail et fêtes religieuses au XVIII^e siècle*, Revue historique 2012/3 (n° 663)
- Groupe Revue financière, (2015 à 2017) *Dictionnaire social*
- Grumbach Tiennot, (1978), *La Défense prudhommale*, Tomes 1 et 2, APIL

- Guiomard Frédéric, (9 mai 2003), *Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, communication au séminaire sur les droits fondamentaux, université Paris X Nanterre (37 pages)
- Guyot Florian, Ferracci Marc, (2015), *Dialogue social et performance économique*, Sciences Po, Les Presses
- Hamon, Hervé et Rotman, Patrick, (1986) *Les Années de rêve*, Seuil
- Hamon, Hervé et Rotman, Patrick, (1987) *Génération, Années de rêves* tome I, (1988) *Années de poudre* tome II, Seuil.
- Harris de Sédouy, André, (1977) *Les patrons*, Seuil
- Hart, Oliver et Moore, John Hardman, (1988) Article intitulé *Incomplete Contracts and Renegotiation*, *Econometrica*
- Hart, Oliver & Moore, John (Dec.1990) Article *Property Rights and the Nature of the Firm* *Journal of Political Economy*, Vol. 98, n° 6, The University of Chicago Press
- Hart, Oliver (1995) *Firms, Contracts, and Financial Structure*, Oxford University Press
- Hazera Jean-Claude, de Rochebrune Renaud, (2013), *Les patrons sous l'occupation*, Odile Jacob
- Hiez David, Lavillumière Eric, (2013), *Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire*, Larcier
- Hochard, Jacques (1978) *Nouveau manuel de droit social*, Nérét
- Husson Michel, *Créer des emplois en baissant les salaires*, (2015), Éditions du Croquant
- Insee, *L'économie française : rupture et continuité de 1959 à 2006*, (15 mai 2007), Insee Première n° 1136,
- Insee, *Le coût horaire de la main-d'œuvre en France*, (29 septembre 2015), Insee Première n° 1567
- Iribarne Philippe, (1989), *La logique de l'honneur, gestion des entreprises et tradition nationale*, Seuil
- Jacoud Gilles, (2016), *L'esclavage colonial : une comparaison des approches de Say Sismondi et des Saint Simoniens*, *Oeconomia History, methodology, philosophy*, 6-3
- Jacquemont Henri, Vabres Régis, (2015), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis 9^{ème} édition

- Javillier Jean-Claude, (1987), *Manuel de droit du travail*
- Javillier, Jean-Claude, *Étude offerte à G.H. Camerlynck : une nouvelle illustration du conflit idéologique*
- Javillier, Jean-Claude (1978), *Droit du Travail LGDJ*
- Jeammaud, Lyon-Caen et autres, (1980) *le droit capitaliste du travail*, Presses universitaires de Grenoble
- Jeammaud, Antoine (novembre 1978), *Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail*, Dalloz, n°12
- Jensen, Michael et Meckling, William (1976) *Les coûts de l'agence et la théorie de la firme*
- Jestaz David, Passet Olivier, (1997) *La flexibilité comparée des marchés du travail américains et japonais*, revue de Hollow FCE N° 63
- Jorion, Paul (2008) *Vers la crise du capitalisme américain*, La découverte
- Josserand Emmanuel, *Institution et mode d'organisation*, (2016), Mémoire de Master I, Université Paris Dauphine
- Jost Samy, (décembre 2004), *La théorie des coûts de transaction de Williamson et la surveillance des banques dans l'Union européenne*, publication Eury Opa. Institut européen de l'université de Genève
- Jouvenel, Hugues de, *Coût du travail et emploi, Diagnostic et propositions*, Futurible, analyse et prospective, avril 1995, n° 1997
- Joxe Pierre, (2014) *Soif de justice*, Fayard, 2014
- Keynes JM, (1933), *Essais de persuasion*, Gallimard, 1933
- Krugman Paul, (2012), *Sortez-nous de cette crise... maintenant !*, Flammarion
- Landier Augustin, Thesmar David, (2013) *Des idées qui coulent la France*, Flammarion
- Landier Hubert, Labbé Daniel, (2005), *Le management du risque social*, édition d'organisation
- Lapradelle Géraud de, (1979), *L'homme juridique*, Presses Universitaires de Grenoble - François Maspero,
- Lasserre René, *Regard sur l'économie allemande*, (mars 2006) bulletin économique du Cirac, n° 75,
- Lavastre Olivier, *Les coûts de transaction et Williamson, Oliver E. Retours sur les fondements*, dixième conférence de l'Association internationale de management

stratégique du 13 au 15 juin 2001, faculté des sciences de l'administration, université de Laval, Québec

- *Le droit capitaliste du travail*, (1981) Collection de Critiques de Droit 5, Presses Universitaires de Grenoble, 1981
- Le Roux Thomas, Letté Michel, (2013), *Débordements industriels. Environnement, territoire et conflit*, Pièce universitaire de Rennes
- Lebègue, Court et Dedieu, (1953) *Manuel pratique de législation du travail*, éditions Foucher à Paris
- Lefèbvre Alain, Méda Dominique, (2006), *Faut-il brûler le modèle social français ?* Seuil
- Legendre François, Lemaître Patricia, (2001), *La sensibilité de l'emploi au coût du travail, une exploration à partir des données de panel*, économie et prévisions n° 150-151
- Lesourne Jacques, (1995), *De la rétrospective à la prospective, le chômage en France*, Colloque Changement technique mondialisation emploi : où allons-nous, organisé à l'occasion du bicentenaire du CNAM
- Lesourne Jacques, (1998), *Le modèle français, grandeur et décadence*, Odile Jacob
- Llewellyn, Karl (1941) *What price contract? An essay in perspective*, Yale Law Journal
- Lucioni, Antoine (septembre 2015) *Le coût horaire de la main-d'œuvre en France*, Insee n° 1568
- Lyon-Caen Antoine, Urban Quentin, (2012), *La crise de l'entreprise et sa représentation*, Dalloz
- Lyon-Caen, Gérard (1985) *la bataille truquée de la flexibilité droit social*
- Mahieu Ronan, *Avant et après les chocs pétroliers, l'économie française de 1949 à 2009*
- Maillefert Muriel, (2004), *L'économie du travail : Concepts, débats et analyses*, Studyrama
- Mangematin Vincent, *La confiance, un mode de coordination dont l'utilisation dépend des conditions de production*, Université Pierre Mendès France Inra/Serd, 38040 Grenoble cedex, 2009, article de 21 pages
- Marchand Olivier, (2002), *Plein emploi, l'improbable retour*, Folio Actuel

- Margot Eleonor, (2005), *Les DRH face au choc démographique*, édition L'organisation
- Maritain Jacques, (1944) *Principes d'une politique humaniste*, Paul Hartmann Editeur
- Marseille Jacques (2006), *Du bon usage de la guerre civile en France*
- Marseille Jacques, (2004), *La guerre des deux Frances*, Plon
- Marshall, Alfred (1892) *Elements of economics of industry*
- Marshall, Alfred (2015) *Principes d'économie politique*, Hachette Livre
- Martinon Arnaud, (2012), *Le licenciement pour motif économique*, LexisNexis
- Martinot Bertrand, (2013), *Chômage : inverser la courbe*, Manitoba, Les belles lettres
- Martinot Bertrand, (2015), *Pour en finir avec le chômage*, Pluriel
- Martinot Bertrand, Morel Franck, (2016), *Un autre droit du travail est possible*, Fayard
- Maruani, Margaret (2004) *Les mécomptes du chômage*, Bayard
- Marx Karl, (2010), *Qu'est-ce que le capitalisme : Volume 1 : Les mystères de la plus-value*, Demopolis
- Marx Karl, *Travail salarié et capital*, 1847, l'Altiplano, 2008
- Maurin Eric, (2004), *Le ghetto français*, La République des Idées, Seuil
- Maurin Pierre, (2007), *Petites entreprises, améliorez votre rentabilité*, AFNOR
- Maurin, Éric (2009) *La peur du déclassement*, La République des Idées, Seuil
- Mazuyer Emmanuelle, *Le corps et le droit au cœur d'un paradoxe*, revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 8/215
- Mc Carthy (1964) *The closed shop in Britain*, Blackwell
- Merai Nathalie, (2008-2012) *Fusion entreprises publiques françaises, entreprises internationales : une approche ethnographique des transformations de la gestion des ressources humaines*, thèse de sociologie, école des hautes études en sciences sociales
- Michel, Jean (2005) *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, tome 2, La Documentation Française
- Milanese Julien, *Éthique et évaluation de la terre de l'environnement : la nature est-elle soluble dans l'utilité ?*

- Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, (septembre 2010) lettre Trésor Eco N° 77. *Le recul de l'emploi industriel en France de 1980 à 2007, quelle est la réalité ?*
- Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, (janvier 2012), lettre Trésor Eco n° 92, *les allègements de cotisations sur les bas salaires en France de 1993 à 2009*
- Mongin Olivier (sous la direction de), (1997), *Le travail, quel avenir ?* Gallimard Essais
- Montana Wrongful Discharge From Employment
- Montferrand Bernard de, Thiériot Jean-Louis, (2011), *L'Allemagne : l'heure de vérité*, Tallandier
- Montoussé M., Deubel P., Erhel C., (2008), *Cinquante débats sur le travail*, Bréal
- Morsa Denis, *Salaires et salariat dans les économies préindustrielles (16^e-18^e siècles) quelques considérations techniques*
- Moulier Boutang, (2015) *L'automation intellectuelle, la mort de l'emploi et le revenu de pollinisation*, multitude, 2015/1 n° 58
- Ngalla Aimée, (2013-2014), *L'impact des dimensions culturelles dans le processus d'appropriation d'un outil de gestion*, mémoire de recherche pour l'obtention du Master II évolution technologique organisationnelle et stratégique, université de Versailles Saint Quentin sous la direction de Françoise Chevalier
- North Douglas, (2005), *Le processus du développement économique*, Éditions d'Organisations
- Olivennes, Denis (1994) *La préférence française pour le chômage*, revue Le Débat
- Parent, G., Sautory, O. et Desplatz, R. (décembre 2013) *Conseil d'analyse économique, plein emploi, annexe accompagnement des chômeurs et sanctions, leurs effets sur le retour à l'emploi-2000 et L'accompagnement des demandeurs d'emploi : enseignement des évaluations*, document d'étude de la DARES, n° 178
- Parizot Laurence, (2007), *Besoin d'air*, Seuil
- Peaucelle Jean-Louis, (1998.09), *La baisse du coût de transaction par le commerce électronique : le moindre temps perdu pour les contacts commerciaux*, IAE PARIS, université Paris I Panthéon Sorbonne, Gregor,
- Pedler Sophie, (2012), *Le déni français*, Jean-Claude Lattès

- Pélissier, Jean (1986) *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ?* Éditions législatives et administratives
- Pélissier, Jean, Supiot, Alain, Jeammaud, Antoine, (septembre 2003) *Précis de droit du travail*, Dalloz Éditeur, 21^{ème} édition
- Pellaton Alexandre, (2006-2007), *Théorie de la firme*, IAE Montpellier, mémoire pour le Master I commun, année universitaire
- Pénard Thierry, (2016), *Benetton, un exemple d'entreprise en réseau*, université de Rennes I
- Périn Evelyne, (2004) *Chômeurs et précaires au cœur de la question sociale*, La dispute
- Peyrefitte Alain, (2005), *La société de confiance*, Odile Jacob Poche
- Philippon Thomas, (2007) *Le capitalisme d'héritiers*, La République des Idées, Seuil
- Pierru Emmanuel, (2004), *Guerre aux chômeurs ou guerre au chômage*, éditions du Croquant, savoir-agir
- Pignoni, Maria Theresa et Raynaud, Étienne (2013) *Les relations professionnelles au début des années 2010, entre changement institutionnel, crises et évolution sectorielle*, Dares analyse
- Pisani-Ferry (2000) *Les chemins du plein emploi*, Rapport du conseil d'analyse économique, n°30
- Plociniczak Sébastien, (2014), *Au-delà de la forme hybride : les réseaux*, Institut du développement et de la prospective, document de travail
- Premier Ministre, (13 novembre 2014), *Projet de loi pour la croissance et l'activité, étude d'impact*, document de travail, 35 pages
- Quinet Catherine, *Herbert Simon et la rationalité*, Revue française d'économie 1984, volume 9 n° 1
- Ramaut Dorothée, (2006), *Journal d'un médecin du travail*, Le Cherche Midi
- Rapport au Président de la République, la Documentation Française 1981.
- Rapport du Conseil d'Analyses Économiques au Premier Ministre, *Réduction du chômage et réussite en Europe* contenant deux textes principaux : Jean-Paul Fitoussi et Olivier Passet, *Réformes structurelles et politiques macro-économiques : les enseignements des « modèles » de pays* ; Jacques Freyssinet, *Les réductions du taux de chômage : les enseignements des expériences européennes.*

- Rapport du Conseil Économique et Social (2003) *Smic et réductions du temps de travail : des divergences à la convergence*
- Rapport Malinvaud de 1998
- Rasselet Maoëlla, (2010), *Les ruptures du contrat de travail mises en perspective*, thèse de l'université de Nantes, faculté de droit et des sciences politiques sous la direction de Patrick Chaumette
- Rehabilitation Act de 1973
- Revues Droit social et Droit ouvrier, 1973-1977
- Richard Gilles, Claude Joseph Gignoux, (2009), *Une biographie exemplaire ?* Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest, tome 109 N° 3
- Rifkin Jérémy, (1997), *La fin du travail*
- Rifkin Jérémy, (2016), *La nouvelle société du coût marginal zéro*
- Ripert, G. (1946) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. L'entreprise capitaliste, LGDJ, Paris 2^{ème} édition
- Ripert, Georges (1947) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*
- Riquetti de Mirabeau, Victor, *L'ami des hommes*
- Rou Victoria, (19 septembre 2013) *Le motif économique de licenciement - comparaison France-Allemagne*, université Paris X Nanterre
- Rospide-Katchadourian, (2014), *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ
- Sachs-Durand, Corine, (1985) *Les seuils d'effectifs en droit du travail*, Bibliothèque d'ouvrage en droit social, LGDJ
- Sainsaulieu Renaud, (1992), *L'entreprise, une affaire de société*, Presse de la FNSP
- Say Jean-Baptiste, (1996), *Cours d'économie politique*, Flammarion
- Say, Jean-Baptiste (1828) *Cours complet* - édition 1910
- Schueller Eugène, (1941), *La révolution de l'économie*, édition SEMP Paris
- Schumpeter, Joseph A., (2004), *Histoire de l'analyse économique*, Gallimard
- Schusterman, Noah, *Religion and the Politics of Time*
- Séguy Georges, (1972), *Le mai de la CGT. Témoignage*, Julliard
- Simon Herbert, (1980), *Le nouveau management : la décision par les ordinateurs*, Economica
- Simon Herbert, (2004) *Les Sciences de l'artificiel*, Folio Essais

- SNU-ANPE, (2004) *Politiques de l'emploi - Face aux menaces libérales*, Nouveaux Regards
- Soto Hernando de, (2010), *Le mystère du capital*, Champ Essai
- Standing Guy, (2011), *The Precariat : the new dangerous class*
- Stofskopf Nicolas, Vonau Pierre, (2004), *L'Alsace du 20^e siècle : la grande mutation industrielle*, revue d'Alsace, Fédération des sociétés d'histoire et d'archéologie d'Alsace
- Supiot Alain, (2004), *Au-delà de l'emploi*, rapport pour la commission européenne, Flammarion
- Supiot Alain, (2007 et 2016), *Critique du droit du travail*, PUF
- Supiot Alain, (mars 1992) *La réglementation patronale de l'entreprise*, droit social
- Supiot Alain, Cam Pierre, (1986), *Les dédales du droit social*, Presse de la FNSP
- Supiot, Alain (1989) *Déréglementation ou autoréglementation de l'entreprise*, droit social
- Syndicat de la Magistrature, (1975), *Au nom du peuple français*, Stock
- Syndicat de la Magistrature, (1981), *Justice sous influence*, Cahiers Libres 363 / François Maspero
- Tarde, Gabriel (1891) *Les lois de l'imitation*
- Taylor, Frederick Winslow (1911) *The principles of scientific management*
- Taylor, Frederik Winslow, (1911) *La Direction des Ateliers*
- Terra Nova, (mars 2017), *L'entreprise contributive, 21 propositions pour une gouvernance responsable*, rapport
- Testart Alain, Lewennyn, Karl L. et E. Adamson Hoebel, (2001) *La voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*. Article l'homme édition ER Article Revue française d'anthropologie
- Thomas d'Aquin, *De regno*
- Thomas d'Aquin, *Question*
- Thomas d'Aquin, *Somme théologique*
- Thomas d'Aquin, *Somme contre les gentils*, éditions Gautier Flammarion
- Thomson Bertrand, (1920) *La réorganisation des usines*, librairie française de documentation commerciale et industrielle, tomes 1 et 2
- Tinel Bruno, (2004), *Que reste-t-il de la contribution d'Alchian et Demsetz à la théorie de l'entreprise*, Cahier d'économie politique 1 n° 46

- Tirole Jean, (2016), *Économie du bien commun*, Presses Universitaires de France
- Tirole, Jean (2015) *Théorie de l'organisation industrielle*, Economica,
- Todd Emmanuel, Le Bras Hervé, (2013), *Le mystère français*, La République des Idées, Seuil
- Trainar Philippe, (premier trimestre 2002), *Akerlof un explorateur du marché*, Sociétal n° 35
- Uchitelle Louis, (2008), *Le salarié jetable. Enquête sur les licenciements aux États-Unis*, Demopolis
- Université Paris XIII Sorbonne, Paris Cité, UFR des Sciences économiques de gestion, *L'héritage de F.W. Taylor : 100 ans de management*, acte du colloque avril 2015
- Verdier-Molinié Agnès, (2015), *On va dans le mur...*, Albin Michel
- Vincent Julien, *Industrialisation et libéralisme au XIX^e siècle, nouvelles approches de l'histoire économique britannique*, revue d'histoire du XIX^e siècle, 37-2008
- Virville, Michel de (15 janvier 2005) *Pour un droit du travail plus efficace*
- Wacquant Loïc, (2016), *Paria urbain : ghetto, banlieue, État, La découverte*
- Waquet Philippe, (2013), *13 paradoxes en droit du travail*, Lamy Axe droit
- Weber Henri, (1986), *Le Parti des patrons : Le CNPF (1946-1986)*, Seuil
- Weber Max, (2013), *Sociologie de la religion*, Champs Classiques, Flammarion, réédition
- Weinstein Olivier et Coriat Benjamin, (1^{er} et 2^{ème} trimestres 2010), *Les théories de la firme entre « contrat » et « compétence »*, Revue d'économie industrielle
- Weinstein Olivier, (2000), *Quelques controverses théoriques, l'entreprise dans la théorie économique*, comprendre l'économie volume 1, Cahiers français n° 345
- Weinstein Olivier, (2012), *Les théories de la firme*, Idées économiques et sociales 4 n° 170
- Weulersse Georges, (1910), *Les manuscrits économiques de François Quesnay et du Marquis de Mirabeau*, Librairie Paul Geuthner
- Williamson Oliver, (1994), *Les institutions de l'économie*
- Williamson, O.E. (1985) *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press - traduction française (1994) *Les institutions de l'économie*, Inter-éditions

- Williamson, Oliver E. (1975) *Markets and hierarchies, analysis and antitrust implications*. Traduction française de 1995
- Zola, *Germinal*, Le livre de poche





ANNEXES

TABLEAUX DES COUTS OCCULTES

1. Les coûts différés obligatoires – décision de l’entreprise ou du juge

	Licenciement déclaré sans CRS par la juridiction	Licenciement pour cause réelle et sérieuse	Licenciement pour faute grave	Licenciement pour faute lourde	Rupture conventionnelle	Départ en retraite
Coûts différés prévisibles						
Sommes bénéficiant au salarié, avec mention des charges						
Préavis (plus charges)						
Congés payés sur préavis (plus charges)						
Indemnités de licenciement (hors charges)						
Coût de la portabilité des frais de santé et de prévoyance						
Coût de gestion des opérations						
Coût du temps du chef d’entreprise						
Coûts de conseil						
Coûts différés obligatoires prévisibles et complétés (1986-2006)						
Pénalité Delalande (applicable à toutes les entreprises à compter de 1999)						
Coûts différés obligatoires prévisibles et réductibles						
Coûts réductibles						
Rupture conventionnelle (depuis 2008)						
Indemnités légales						
Coût de gestion des opérations de rupture						
Coûts non réductibles						
Départ en retraite (selon conv. collectives)						

2. Coûts différés exceptionnels : décision de l'entreprise (dans le cadre d'une rupture transactionnelle) ou du juge

	Licenciement déclaré sans CRS par la juridiction	Licenciement pour cause réelle et sérieuse	Licenciement pour faute grave	Licenciement pour faute lourde	Rupture conventionnelle	Départ en retraite
Conséquences de la décision judiciaire						
Sommes bénéficiant au salarié						
Dommages & intérêts						
Préjudice subi si moins de 11 salariés (Art. 1235-14 du Code du Travail)						
6 mois et + si + de 11 salariés avant ordonnances Macron (Art. 1235-3 du Code du Travail)						
Pénalités complémentaires						
Pénalité en faveur de Pôle Emploi (Art. 1235-4 du Code du Travail)						
Coûts de gestion						
Coûts de conseil						
Coût du temps du chef d'entreprise						
Coûts complémentaires (outplacement, etc. plus de 50 sal.)						
Conséquences de la décision judiciaire						
Sommes bénéficiant au salarié, avec mention des charges						
Préavis avec charges						
Indemnité de licenciement hors charges						
Dommages et intérêts consentis						
Coûts complémentaires						
Coûts de gestion						
Coûts de conseil						
Coût du temps du chef d'entreprise						
Coûts complémentaires (outplacement, etc. plus de 50 sal.)						

3. Coûts occultés complémentaires afférents aux IRP

	Licenciement déclaré sans CRS par la juridiction	Licenciement pour cause réelle et sérieuse	Licenciement pour faute grave	Licenciement pour faute lourde	Rupture conventionnelle	Départ en retraite
<i>Coût des effets de seuil et de fonctionnement des IRP, variables en fonction de leur nature</i>						
Coût lié au fonctionnement du Comité d'Entreprise et du CHST						
Budget de fonctionnement (0,2% de la masse salariale)						
Budget de l'aide sociale et culturelle						
Salaires et charges sociales des élus du personnel pendant les heures de délégation						
Coût de gestion des IRP (CE, CHSCT, délégués du personnel, en fonction de la taille de l'entreprise)						
Coût du personnel affecté à la gestion						
Coût du temps du chef d'entreprise ou de son représentant						
Coût de neutralisation d'espace						
Honoraires de conseil et frais de justice en cas de procédure devant le juge des référés du TGI						
Frais et honoraires d'expert comptable						
Coût de l'expression du salarié dans l'entreprise (Loi Auroux de 1982)						
Salaires et charges des salariés pendant le temps de l'expression						
Neutralisation de l'espace appartenant à l'entreprise						
Coûts du temps du dirigeant						
Coûts de conseil						
Intéressement et participation						
Coûts de confort						

Titre : Le management des coûts de transaction dans le contrat de travail en droit français

Mots clés : Coût du travail – Prix de revient – Coûts occultes – Coûts de transaction – Contrat de travail – Dirigeant chef d'entreprise.

Résumé : La législation sur la protection de l'emploi créée par les lois (1973 et 1975) n'a pas produit l'ensemble des effets escomptés. Fondée sur le système des 3 garanties (procédure, fondement et indemnisation), elle a bridé l'initiative et le développement de ces entreprises tant par ses effets sur la psychologie des managers que par ceux produits sur l'économie de l'entreprise. Nous avons résolu d'inverser le paradigme classique en prenant comme point de départ l'équation de base de l'entreprise : un individu, une idée, un capital, une acceptation du risque. En dégageant de notre expérience de

praticien chercheur et des exemples empiriques développés une approche nouvelle, nous établissons une nomenclature des coûts éludés. La présence du salarié se manifeste par le coût de fonctionnement et de gestion des institutions représentatives du personnel, le coût de l'intéressement et de la participation, les coûts de confort et surtout, les coûts différés, résultant de la rupture du contrat de travail. Nous proposons une méthodologie pour prendre en considération des coûts occultés et les réintégrer dans le coût du travail immédiat d'un salarié.

Title : Transaction cost management in the employment contract under French law

Keywords : Labour Cost – Cost Price – Hidden Costs – Transactional Costs – Employment Contract - Business Leader

Abstract: The 1973 and 1975 legislation relating to the protection of employment has failed to bring about all of the expected results. It has failed to reverse unemployment which continued to rise. Based on the three guarantees system (procedure, legal base and compensation) and strengthened by threshold considerations, it has curbed both the initiatives and expansion of the said businesses due to the psychological effects thereof on managers as well as to the effects thereof on the businesses' economy. We recall the involvement of almost all of the legal professionals and of the political and union representatives, as well as the inability of the business world to evaluate and challenge a phenomenon despite it being ineffectual as regards reducing unemployment as well as other detrimental effects upon business. We recall that the classic paradigm involves a consideration of the employee's situation and an optimization of the latter by means of laws which protect *insiders* (via OEEC, Open-Ended Employment contracts) to the detriment of *outsiders* on fixed term contracts, temporary employees or job seekers. Of course, we have differentiated uncovered costs from the notion of hidden costs, which latter are usually linked to the underperformance of a business. We came to carry out this research via Williamson's transactional costs theory, and we have applied it to French

legislation (the complexity of which still remains to be addressed by the Anglo-Saxons). It allows us to go beyond those employment costs which are generally acknowledged, in order to uncover other costs which have not been included in any French legal, fiscal or accounting regulations. Sometimes they are even ignored by managers. By drawing a new approach from our experience as practitioner and researcher and from our use of empirical examples, we have established a classification of uncovered costs. It has enabled us to redefine the reality of employment costs, related to a cause, namely to the presence of the employee in the business. Whether the said breach occurs in the context of a dismissal or it is another type of contractual breach, whether or not the causes are admitted or rejected by the parties (resulting in proceedings and the related imposition by the court of compensation, wages or supplements to wages) the said costs are not included in employment costs resulting from the provision by the employee of services in the context and at the time of his employment. Thus we are proposing a methodology which will take into account the uncovered costs of employment and which will seek to relocate them in the generally acknowledged immediate costs of the employee's work.