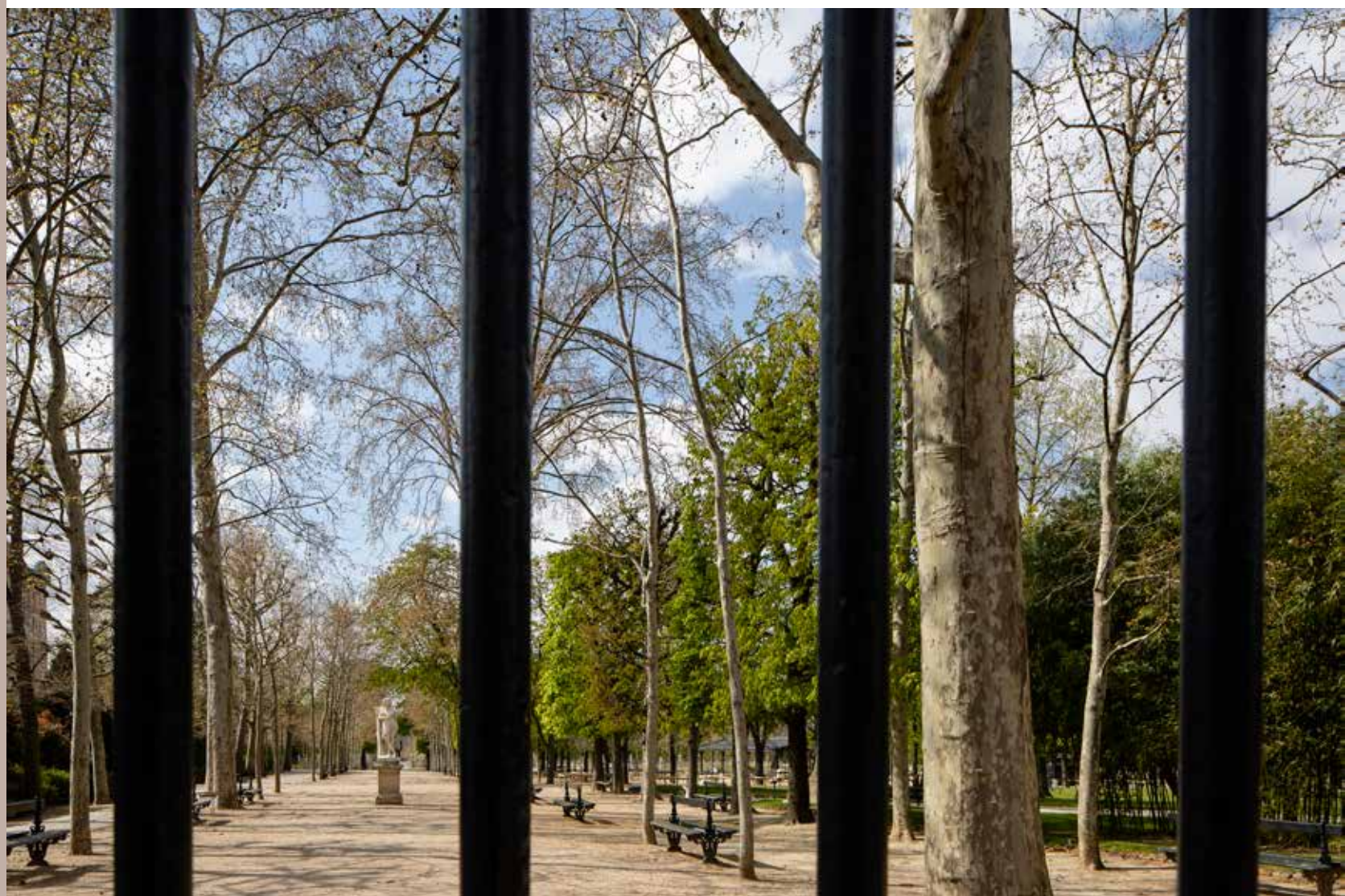


CORONACRISE ET GESTION DES RH

# CONTAMINATION

## des relations employeurs-salariés

---



**C'est l'histoire d'un chamboulement mondial qui impacte l'équilibre social de chaque entreprise. Celle-ci et ses salariés en sortiront grandis ou fragilisés, pour l'essentiel en fonction de la nature des relations qu'ils vont consolider entre eux. Ces choix vont peser durablement sur notre économie nationale. Sans aucun besoin de réforme de circonstance, le droit du travail donne les orientations à suivre pour renforcer ou retrouver la profitabilité.**



Nous sommes en guerre ». Ces mots sont prononcés à six reprises. Ils sont choisis. Ils suscitent émotion et inquiétude. Ils marquent les esprits. Un peu après 20 h, le 16 mars 2020, le Président de la République, chef des armées, annonce ainsi le confinement qui commencera le lendemain à 12 h. Il nomme le danger, installe la peur, promet la protection, attend la soumission à l'autorité qui protège. Cette soumission est totale. Toutes les personnes présentes sur le territoire respectent très rapidement ce qui relève habituellement d'une sanction pénale : l'assignation à résidence. C'est le degré de privation de liberté le plus élevé avant l'incarcération. Cette soumission a été acceptée, à preuve le nombre infime de contraventions aux règles imposées pendant huit semaines. Il s'agit pourtant de ne se déplacer qu'en cas d'extrême nécessité, seul, ou pour faire un peu de sport, seul.

Une promenade est autorisée entre confinés dans un même habitat, une fois par jour, moins d'une heure. Tout le reste est interdit, famille, amis, voisins, spectacles, loisirs, shopping, voyages, salles de sport, restaurants, bars, école, travail sauf exception, réunions politiques, syndicales, professionnelles, culturelles, sociales, de partage, manifestations, rencontres, jardins partagés, actions citoyennes, même l'accompagnement des proches mourants. Ces restrictions extrêmes des libertés individuelles et collectives sont la réaction des pouvoirs publics, de l'autorité publique, à la montée d'une crise inédite, radicale et mondiale. Cette réaction a un impact sans précédent sur tous les aspects de notre société. Elle stoppe en moins de 24 heures l'activité de milliers d'entreprises et renvoie à leur domicile des millions de salariés.

La brutalité engendre la confusion et des entreprises qui ne se sont pas reconnues nécessaires à la continuité de la nation ferment à tort leurs ateliers ou arrêtent les chantiers ; puis rappellent les salariés. Ces salariés auxquels il est demandé de continuer à travailler s'inquiètent du risque de contamination. Certains font recours au droit de retrait. Leurs syndicats les soutiennent et les employeurs, contraints par ordonnance de maintenir l'activité, sont désemparés. Des salariés ne savent pas s'ils peuvent retourner sur leur lieu de travail pour récupérer des éléments physiques des dossiers qu'ils ont à traiter à leur domicile. Des employeurs hésitent à obliger des salariés à rester chez eux.

La confusion dure une semaine au cours de laquelle, progressivement, chacun comprend s'il fait ou non partie des activités qui doivent se poursuivre. Dès le premier jour est imposé un télétravail massif. Les entreprises identifient dans l'urgence les ressources nécessaires et les mettent à disposition. Le télétravail s'organise, en famille, sans processus partagé et, pour la très grande majorité, sans expérience sur laquelle s'appuyer. La deuxième semaine est celle du début de la résilience. Salariés et employeurs ne sont plus noyés dans l'urgence de la gestion du changement. La plupart a compris que la privation de liberté durerait plus que les deux semaines annoncées initialement. L'heure est à organiser au mieux le travail dans cette nouvelle configuration. S'amplifie, alors, l'interrogation sur le risque de contamination des salariés qui doivent se rendre sur site.

Très vite se pose la question des masques. L'autorité publique, qui avait promis protection, tergiverse. L'information est contradictoire. L'autorité publique ne protège pas. Les entreprises et les salariés cherchent des solutions alternatives. Certaines entreprises improvisent des ateliers de fabrication de masques. Les collaborateurs, la ligne managériale et les dirigeants vivent les doutes et la peur ensemble.

### **Il n'est pas envisageable, en matière de relations professionnelles, d'effacer ce qui a été vécu.**

Les relations entre employeur et salarié sont une fuite en avant qui capitalise sur les expériences passées. Elles prennent en compte, dès aujourd'hui, cette expérience humaine inédite de l'urgence de la mise en confinement, du désordre qui s'en est suivi et de la peur commune. Au-delà, le redémarrage de l'activité sur notre territoire, interdépendant de celui de l'économie mondiale, va être nécessairement chaotique. Les entreprises vont avoir besoin de souplesse pour adapter leurs coûts et leur potentiel de production, sur une longue période. Les directions peuvent revenir à une politique de *stop and go*, en licenciant pour motif économique aujourd'hui pour recruter, le moment venu, d'abord en contrat précaire puis en CDI, par contrainte du marché de l'emploi. Certains sont tentés et des plans de licenciement comme variable majeure d'ajustement sont à l'étude.

Ces décideurs jouent contre leur camp. L'amplification de la précarité et l'insécurité économique qui en résulteraient, ne peuvent que renforcer la régression de la consommation et du financement des biens dont

---

Jardin du Luxembourg,  
mardi 31 mars,  
15h10



la production tire traditionnellement notre économie, comme l'habitat ou l'automobile. Ce serait aggraver le risque de récession lié à une crise économique résultant d'un choc à la fois sur l'offre et la demande.

Suivre ces orientations amplifie aussi la défiance des salariés, à l'opposé de la confiance nécessaire à leur engagement. Cette confiance est d'autant plus indispensable que salariés comme employeurs vont être soumis à une exigence de créativité sociale et juridique. Cette autre politique vise à maintenir, voire développer, la sécurité de l'emploi, tout en ajustant les frais (masse salariale comprise) aux capacités de l'entreprise. Il ne s'agit pas là d'une position dogmatique comme celle exprimée par certaines organisations patronales ou think tank qui voient, dans la crise actuelle, une opportunité de faire légiférer pour obtenir une nouvelle réduction du coût horaire du travail.

**Ces positions sont du même niveau que celle d'une organisation syndicale qui met en cause le redémarrage d'une usine pour des questions de pure forme.** Il s'agit de l'obligation de sortir des antagonismes historiques pour rendre effective une souplesse indispensable à la pérennité de l'entreprise et compatible avec les attentes légitimes des salariés. Nul besoin de réforme du droit social. Les solutions techniques sont en place. Elles supposent toutes une réelle négociation entre direction et représentants du personnel. C'est peut-être ce qui gêne certains acteurs, campant sur une vision passéiste des relations professionnelles.

Une première solution, évidente, est de s'appuyer sur la loi Cherpion (code du travail, art. L. 8241-2) : pour réduire ses effectifs, l'entreprise peut développer une politique de mobilité temporaire de ses salariés vers des entreprises en manque de personnel. Ce dispositif repose sur une convention entre les entreprises concernées et la signature d'un avenant au contrat de travail. L'employeur refacture le coût de son salarié à l'entreprise utilisatrice et l'entreprise d'accueil n'est pas soumise aux contraintes de motivation, de durée et de nombre de renouvellement, attachées au CDD.

L'intérêt pour la santé de notre économie est manifeste. Les salariés conservent leur emploi, leur rémunération et leurs avantages sociaux ; les entreprises gèrent au plus près leur masse salariale, et n'ont pas à investir dans le recrutement ou la formation en phase de reprise ; elles peuvent ajuster leurs effectifs en fonction des soubresauts de l'économie mondiale ; les finances publiques sont préservées par une réduction du volume de chômage partiel et du chômage frictionnel. Enfin, peuvent être évités des licenciements économiques qui initieraient l'effet domino catastrophique.

Le congé de mobilité volontaire sécurisée (code du travail, art. L. 1222-12) s'inscrit dans la même logique mais est réservé aux entreprises et groupes de plus de 300 salariés. Il s'articule autour d'une suspension du contrat de travail et organise la possibilité pour le salarié de ne pas réintégrer l'entreprise à l'issue de la mobilité. L'intérêt de ces dispositifs est réel : la Banque Publique

d'Investissements en a fait la promotion pendant le confinement ; le gouvernement a mis en ligne des formulaires simplifiés. Les professions ne sont pas en reste et certains syndicats professionnels ont rapidement mis à disposition de leurs adhérents des plateformes de mise en relation entre entreprises en sureffectif et entreprises en manque de compétences.

Pour autant, le prêt ou la mise à disposition de main d'œuvre ou de salarié restent confidentiels au regard de l'ampleur des besoins. Les formulations utilisées pour désigner le dispositif illustrent, d'ailleurs, la difficulté majeure de mise en œuvre. *Prêt* et *mise à disposition* véhiculent le message d'un acte unilatéral, en contradiction avec la réglementation qui exige un avenant au contrat de travail, et faisant fi de l'indispensable implication du salarié qui doit s'adapter à un nouvel environnement et faire confiance à son employeur pour garantir les bonnes conditions de son retour. Une formulation comme « Mobilité Temporaire Interentreprises » serait plus pertinente. Plus conforme au texte, elle ne crée pas de hiérarchie entre l'employeur et le salarié dans une décision qui doit être commune et dont l'initiative peut venir de l'un comme à l'autre. Une négociation avec les représentants du personnel peut faire de ce dispositif un élément majeur de la politique de l'emploi, en levant les doutes des salariés et en fixant un cadre en accord avec les besoins de l'entreprise.

**Un deuxième dispositif permet de maîtriser la masse salariale sans avoir à notifier des licenciements pour motif économique.** En application de l'article L. 2254-2 du code du travail (loi du 5 septembre 2018), un accord de performance collective peut être signé « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi ». Cet accord peut aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition et aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques. Les dispositions de ces accords s'imposent aux contrats de travail.

Il n'est prévu ni garantie de rémunération, excepté le minima conventionnel, ni encadrement de leur baisse éventuelle. Il n'est pas non plus prévu de maintien de la qualification professionnelle ni de limites imposées à la mobilité géographique. Le salarié qui refuse fait l'objet d'un licenciement pour motif personnel. Il est par conséquent possible de réduire le temps de travail et les rémunérations, d'augmenter le temps de travail sans augmenter les rémunérations, de réduire les rémunérations sans modifier le temps de travail, de modifier l'aménagement

**Les décideurs qui penchent pour un plan de licenciement comme principale variable d'ajustement jouent contre leur camp**

du temps de travail en modifiant ou non les rémunérations. Un accord de performance collective peut ainsi être un puissant levier d'ajustement de la capacité de production et de la masse salariale. Sa durée d'application de cinq années est suffisante, a priori, pour couvrir toute la phase de redémarrage, aussi chaotique soit-il. Rien n'interdit, en effet, de signer un accord dynamique prévoyant des modalités d'application variables selon les ondes de choc que reçoit l'entreprise et les retours à meilleure fortune, même temporaires.

### **Un troisième mécanisme peut être mis en place dans les entreprises pour réduire le nombre de licenciements pour motifs économiques.**

En effet, le télétravail sans discontinuité pendant près de deux mois et la remise en cause de certitudes par la découverte d'un risque sanitaire brutal et généralisé, ont amené des salariés à souhaiter expérimenter de nouveaux équilibres. Le temps partiel (code du travail art. L. 3123-6), ou forfait réduit pour les personnes en forfait annuel en jours, peut être une réponse à la fois aux questionnements des salariés et aux besoins de l'entreprise. La mise en place nécessite la signature d'un avenant au contrat de travail, pouvant être à durée déterminée. Un accord d'entreprise peut aussi déterminer les critères d'accès au temps partiel (qu'ils soient personnels ou liés au bon fonctionnement de l'entreprise), son cadre général et les conditions d'un renouvellement. Le temps partiel organisé au niveau de l'entreprise, et non en réponse à une demande individuelle, peut ainsi contribuer pleinement à une politique de maintien dans l'emploi et de redéploiement économique.

Pourraient être ajoutées la gestion des salariés en fin de carrière ou la redéfinition, définitive ou temporaire, de tout ou partie du statut collectif des salariés rendu possible par la nouvelle hiérarchie des normes. En effet, au terme d'une évolution législative initiée en 1982, mais dont la première grande étape se situe en 2004, les entreprises peuvent, aujourd'hui, s'affranchir de l'essentiel des dispositions prévues aux conventions collectives. Le premier changement réellement important dans ce domaine date de la loi du 4 août 2004 qui permet, sous certaines conditions encore limitées, à l'accord de rang inférieur de déroger à un accord de rang supérieur. Dans le prolongement, les articles L. 2253-1 et 2253-3 du code du travail posent pour principe qu'un accord d'entreprise peut déroger à des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels dans un sens moins favorable au salarié. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 précise

que l'accord d'entreprise est prioritaire sur l'accord de branche, pour la plupart des dispositions relatives à l'aménagement plurihebdomadaire du temps de travail et aux heures supplémentaires.

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

### **Représentants du personnel et directions ont donc entre les mains les leviers juridiques**

pour ajuster, en permanence et tant que durera la crise, la capacité de production et la masse salariale, tout en privilégiant le maintien dans l'emploi durable. La responsabilité est lourde et les choix vont être complexes, notamment pour les représentants du personnel dont la vocation est d'améliorer les conditions d'emploi et de vie des salariés. C'est un bouleversement profond de leur rôle qui a été initié de longue date et qui prend toute son ampleur dans la gestion de la crise actuelle.

L'étude d'impact des ordonnances de septembre 2017 relevait que « le succès de cette évolution structurelle majeure, qui s'inscrit dans le long terme, est conditionné à un basculement rapide et massif dans la nouvelle logique, de sorte que le code du travail soit rapidement et résolument rédigé dans des termes affichant la primauté de l'accord d'entreprise et que les années à venir soient consacrées à la mise en œuvre de toutes les initiatives de nature à généraliser le recours à la négociation locale et loyale ».

Nous y sommes, probablement plus rapidement que ne l'avaient imaginé les rédacteurs de ces textes. Seules des relations loyales entre la direction, soutenue par les actionnaires, et les représentants du personnel, permettront la fréquence et la précision des ajustements à réaliser. Les entreprises qui y parviendront se créeront un avantage concurrentiel indéniable. L'enjeu est majeur, pour les directions, les actionnaires, les salariés et l'économie nationale. Le succès nécessite que cessent les procès d'intention historiques : les représentants du personnel ne sont pas des irresponsables économiques et les employeurs ne sont pas des irresponsables sociaux. Ils peuvent trouver et ajuster ensemble, sans recours au rapport de force et de manière fluide, les équilibres qui protègent leur bien commun. Certaines entreprises, profitables, le font de longue date.

Pour faciliter la fluidité des ajustements, deux points de vigilance sont à observer particulièrement côté direction

**Les représentants du personnel ne sont pas des irresponsables économiques et les employeurs ne sont pas des irresponsables sociaux**

et un, côté personnel. La formation et l'information des représentants du personnel vont devenir primordiales. Les textes prévoient certes une formation minimale de cinq jours à l'économie d'entreprise pour les élus, mais il est rare qu'ils aient bénéficié d'une formation initiale dans ces domaines. Des compléments de formation seraient des investissements utiles qui peuvent rendre les élus moins dépendants d'experts et faciliter le dialogue direct. Dans la même veine, la présentation de la base de données économiques et sociales (BDES) de l'entreprise va prendre toute son importance. Il ne s'agit pas du volume des informations, la réglementation étant, à cet égard, copieuse. Il s'agit de clarté, de pédagogie et surtout de la volonté de rendre l'information accessible, compréhensible et utile. Ceci suppose, et c'est le point de vigilance particulier côté représentants du personnel, que les élus et délégués syndicaux rassurent les directions sur l'utilisation de ces informations, leur confidentialité et la sincérité de leurs propositions.

Ces sujets peuvent être utilement traités dans le cadre d'accords sur le dialogue social qui précisent le rôle et moyens des représentants du personnel, comme c'est certes usuel, mais aussi leurs obligations et sanctions attachées (qui ne sont pas nécessairement disciplinaires mais peuvent l'être), la finalité du dialogue social, les valeurs partagées, les engagements communs. Nous avons pu observer, à maintes reprises, que la négociation loyale d'un accord de cette nature contribue fortement à ce que direction et représentants du personnel deviennent réellement des partenaires sociaux.

### **Dans les relations sociales, la confiance était déjà souhaitable ; elle est maintenant**

**nécessaire.** L'actualité illustre toutefois qu'il reste, pour certains, un long chemin à parcourir. Dans la célèbre pyramide de Maslow, la sécurité apparaît comme l'un des fondamentaux sans lesquels l'engagement n'est pas envisageable. La responsabilité pénale des dirigeants d'entreprise, puis des maires, a fait l'objet d'un débat récent en raison du contexte. Certains ont évoqué une loi spécifique pour exonérer les chefs d'entreprises de responsabilité pénale en lien avec les mesures de prévention de contamination du coronavirus. La rédaction de l'article retenue par le Sénat, le 5 mai, est modérée et prévoit que « nul ne peut voir sa responsabilité pénale engagée du fait d'avoir, pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire [...] pour faire face à l'épidémie de Covid 19, soit exposé autrui à un risque de contamination par le coronavirus SARS-CoV-2, soit causé ou contribué à causer une telle contamination », précisant que la responsabilité pourra être engagée en cas de « faute intentionnelle », de « faute par imprudence ou négligence » et de « violation manifestement délibérée des mesures ».

Au final, ce texte de circonstance apporte très peu aux mesures actuelles et il ressort que si la peur des chefs d'entreprises est légitime, la solution est maladroite. Le contexte suscite la peur. Celle d'être sanctionné pénalement, celle d'être contaminé, celle de perdre son emploi, celle de perdre son entreprise, ses biens personnels, de gérer des difficultés insurmontables. Elle est commune et

partagée. Cette tentative de déresponsabilisation oppose la sécurité à la profitabilité économique, les salariés à l'employeur. C'est une régression considérable, alors que depuis des décennies les industries, y compris celles qui étaient les plus dangereuses, démontrent que les entreprises profitables savent assurer la sécurité de leurs salariés en l'intégrant dans leur processus et leur organisation. Sécurité et profitabilité vont de pair. La solution n'est pas dans l'opposition mais dans la négociation. La mise en place, l'animation et l'ajustement régulier d'un dispositif partagé avec le CSE, voire formalisé dans le cadre d'un accord, atténueront sensiblement le risque pénal pour la direction. Au-delà, cette construction commune diminuera le risque indemnitaire lié à la reconnaissance d'une faute inexcusable. Enfin, et c'est l'essentiel, le risque de contamination sera contenu, ce qui contribuera à créer de la confiance avec les salariés qui seront plus libres de s'engager. Les mêmes observations peuvent être faites pour la gestion du risque de burn out lié aux mauvaises conditions du télétravail et au retour sur les sites suite à l'angoisse du confinement.

### **Le Canada héberge les sièges sociaux et actionnaires d'industries locales et internationales profitables.**

Pour autant, à l'occasion de deux jugements, l'un en 2004 (Magasins à rayons Peoples Inc. c. Wise), l'autre en 2009 (BCE Inc. c. Détenteurs de débentures), la Cour suprême du Canada a rappelé que « le Conseil, dans sa démarche de prise de décision, ne doit accorder aucun traitement préférentiel aux intérêts des actionnaires ni à ceux de toute autre partie prenante ». La récente loi PACTE s'inscrit dans cette logique. Elle a modifié le code civil et le code du commerce français pour contraindre les sociétés à prendre « en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » et les inviter à définir leur raison d'être, voire leur mission, prenant en compte l'ensemble des parties prenantes de leur activité, dont les salariés. En effet, le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail n'est pas un lien de soumission. Les textes et la jurisprudence sanctionnent les tentatives de soumission du salarié aussi bien par les exigences liées aux risques psychosociaux, dont le harcèlement moral, le délit de soumission, ou d'une manière plus large en s'appuyant sur l'article L. 1121-1 du code du travail qui pose le principe de proportionnalité selon lequel « 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 », c'est-à-dire à l'intérêt économique dont l'employeur supporte le risque. Le salarié est un citoyen libre qui accepte l'autorité de son employeur dans un cadre contractuel, si elle est légitime et crédible. Il est une partie prenante majeure de l'entreprise. Les nouveaux textes sur l'objet social des sociétés éclairent la voie à suivre pour assurer à l'avenir la profitabilité de nos entreprises, par une prise en compte harmonieuse de l'intérêt de chacun, au bénéfice de tous.

**Jacques Uso** ■

[j.uso@lawsen.avocats.com](mailto:j.uso@lawsen.avocats.com)