

À LA UNE MANAGEMENT INTERNATIONAL ET DROIT DU TRAVAIL FRANÇAIS : LA « RECONCILIATION » ?

Depuis les années 1950, de nombreux auteurs et théoriciens, de toutes nationalités, ont développé des concepts de management plaçant les salariés au cœur des réflexions. Longtemps, le droit du travail français a véhiculé une image d'obstacle majeur à la mise en œuvre de ces idées organisationnelles sur notre territoire.

Les réformes conduites ces dernières années en France ont toutefois largement contribué à faire évoluer les mentalités, renforçant notamment l'attractivité de notre droit du travail au niveau international.

Dès lors, les questions suivantes méritent d'être posées. **Dans quelle mesure les modèles managériaux développés à l'étranger sont-ils solubles dans le droit du travail français (et vice versa) ? Comment notre droit s'est-il fait le relai efficace de déploiement de ces modèles ? Comment, à l'inverse, ces concepts permettent-ils d'assurer une meilleure protection des intérêts des salariés, tout en contribuant à améliorer la compétitivité de l'entreprise ?**

Les exemples qui suivent ne sont que quelques illustrations d'une tendance nette qui se dessine tant sur le plan des relations individuelles de travail que sur le plan des relations collectives.

L'établissement distinct, un concept social parfaitement alignable sur le « business »

Selon certains auteurs, les salariés « sur le terrain » sont les plus à même de trouver des solutions innovantes et de proposer des stratégies efficaces. Il est donc opportun de **promouvoir le dialogue au sein d'unités définies à un niveau plus restreint que celui de l'entreprise** (ou à plus forte raison, du groupe).

Dès lors que la reconnaissance d'un établissement suppose que celui-ci dispose d'un tant soit peu d'autonomie, il est possible d'imaginer « **décentraliser** » **la conception – et la mise en œuvre – de la stratégie de l'entreprise, en donnant davantage d'autonomie aux partenaires sociaux** s'agissant des moyens permettant d'atteindre les objectifs fixés au niveau central.

En pratique, il s'agit généralement d'une conception plus géographique que stratégique de la représentation collective des salariés de l'entreprise.

Pour autant, il est possible de **concevoir que les contours des établissements distincts épousent les contours des structures imaginées par la direction pour mettre en œuvre la stratégie de l'entreprise**, à l'image des « *business units* » mises en place par certaines sociétés.

L'article L. 2313-2 du code du travail, relatif à la mise en place du CSE et des comités sociaux et économiques d'établissement, permet ainsi à un **accord d'entreprise** de déterminer « *le nombre et le périmètre des établissements distincts* ».

Techniquement, un accord conclu entre la direction et les délégués syndicaux rend donc parfaitement envisageable une telle **superposition avec le cadre d'expression des relations collectives de travail**. Il en va de même des usages et engagements unilatéraux, qui peuvent ne concerner qu'un établissement.

Le renouveau managérial

Les préconisations des grands penseurs du management (F.-W. Taylor, H. Fayol, P. Drucker, E. Deming) ne se limitaient pas aux aspects organisationnels, mais invitaient à **prendre en considération les dimensions relationnelles**. Par exemple, tout en préconisant l'unité de direction et la division du travail, Henri Fayol soulignait l'importance de l'initiative des salariés et l'union du personnel. Cette conception commence à faire son entrée en entreprise à travers les **structures participatives**.

Certaines sociétés vont parfois très loin, mettant en œuvre le concept d'« **entreprise libérée** » où une forte autonomie est redonnée aux salariés et les strates hiérarchiques sont réduites. Dans son documentaire réalisé pour Arte (« Le bonheur au travail »), Martin Meissonier a illustré ce concept en filmant certaines de ces entreprises qui ont placé les salariés au centre de la stratégie, notamment en leur conférant une **autonomie à propos des décisions prises pour améliorer leur productivité**.

- Le rôle des salariés à tout niveau

La hiérarchie de pouvoir, dont il est avancé qu'elle étouffe le talent et l'innovation, tend à disparaître pour **laisser émerger une hiérarchie naturelle, et des équipes plus autonomes et horizontales**. Assez avant-gardiste, cette vision a connu un grand succès au sein des entreprises de nouvelles technologies nées à l'orée du XXI^{ème} siècle (à l'instar de l'industrie automobile).

De nombreuses sociétés tentent désormais de mettre en place une telle organisation, ne serait-ce que pour s'adapter - avec plus ou moins de bonheur - aux aspirations des « millenials », ces jeunes actifs nés entre 1980 et l'an 2000 que les entreprises peinent à recruter, à fidéliser et, plus généralement à comprendre.

Il est, par exemple, possible de **créer un comité de direction junior**, parfois aussi dénommé « *shadow codir* » ou « *shadow comex* », réunissant des cadres de moins de 35 ans afin qu'ils puissent exprimer leur vision de l'entreprise et de son évolution (Rodier A., Quand les jeunes prennent les commandes, Le Monde, Eco&Entreprise, 7 juin 2018). En France, **rien n'interdit la mise en place de tels organes**.

Parallèlement se développe le **travail modulaire**, c'est-à-dire la possibilité pour les salariés de choisir les projets sur lesquels ils travaillent en leur offrant une liberté semblable à celle dont ils jouiraient s'ils bénéficiaient du statut de travail indépendant. Dans une telle hypothèse, toutefois :

- la **liberté des salariés peut être bornée** ;
- la **mission choisie par le salarié pourra faire l'objet de directives de la part de la hiérarchie**, l'autonomie n'excluant pas l'encadrement.

Toutes ces innovations managériales et sociales ne se heurtent à aucune opposition de principe du droit du travail français et peuvent être mis en œuvre très rapidement, sous réserves du respect de quelques grands principes, tels la lutte contre les discriminations, la durée du travail (sur laquelle il est très largement possible de négocier par accord d'entreprise) ou encore, le cas échéant, la consultation préalable - mais sans droit de veto - des représentants du personnel.

- Le rôle des managers et de la direction des ressources humaines

Certains auteurs affirment que les **managers intermédiaires devraient bénéficier de davantage d'autonomie en termes de management** et qu'ils seraient les vrais stratèges au sein d'une organisation de travail. La stratégie s'incarnerait sur le terrain, et non pas - ou plus - dans un bureau. Ils sont ainsi la « *main visible* » de la direction, par opposition à la « *main invisible* » du marché mise en lumière par Adam Smith. Une telle organisation peut être mise en œuvre dans les entreprises françaises, comme l'illustrent les modèles développés à Leroy Merlin ou - plus radicalement - à Chronoflex.

Certains auteurs proposent également de **redéfinir la conception du directeur des ressources humaines** (tant l'idée que ce dernier peut se faire de ses fonctions, que celle des autres parties prenantes de l'entreprise : dirigeants, membres des organes sociaux, actionnaires, salariés). Son avis devient essentiel sur le plan de la stratégie d'entreprise. Dans leur ouvrage, Ram Charan, Dominic Barton et Dennis Carey insistent ainsi sur la **nécessité de mettre les ressources humaines au centre de la direction de l'entreprise** : « *Talent, even more than strategy, is what creates value* » (R. Charan, D. Barton, D. Carey, Talent Wins, Harvards Business Review Press, 2018).

Ce rôle déterminant de la direction des ressources humaines illustre la place essentielle des salariés dans le succès d'une entreprise et de la stratégie de celle-ci. Cette vision est partagée par Dave Ulrich, cofondateur de RBL - cabinet américain de conseil en gestion des ressources humaines et en leadership - dont le modèle à son nom est aujourd'hui utilisé par certains responsables RH pour structurer leurs équipes.

La performance : entre évaluation et récompense

L'implication des salariés dans la réussite d'une firme passe également par des mécanismes de « **récompense** » de leur investissement au service de l'entreprise.

- Le ranking

Par exemple, le « *ranking* » **classe les salariés en différentes catégories en fonction de leurs performances professionnelles et fixe l'augmentation des salaires en relation avec ce classement**. Il crée nécessairement une forme de compétitivité entre les salariés. Bien pensé, ce système rend la firme plus performante. Toutefois, mal conçu, il génère des effets pervers :

- supprimer tout intérêt pour les mieux classés de travailler avec les moins performants ;
- contribuer à renforcer le déséquilibre entre une population de « performers » et les autres ;
- limiter le partage d'information entre les salariés, davantage préoccupés à briller individuellement qu'à s'inscrire dans un collectif.

Cette méthode a d'ailleurs fait débat sur le plan juridique, tant en France qu'à l'étranger. Contrairement à une conception erronée véhiculée chez nous, les auteurs américains échouent à s'accorder quant à la pertinence de cette méthode.

La Cour de cassation estime par son œuvre que la mise en œuvre d'un mode d'évaluation reposant sur la création de groupes affectés de quotas préétablis que les évaluateurs sont tenus de respecter est illicite. Il en résulte que le « *ranking* » est autorisé lorsque les quotas sont purement indicatifs. Seul le « *forced ranking* » est prohibé (Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539). Les juges démontrent ainsi qu'ils sont ouverts à de nouvelles méthodes managériales, tout en se portant garants de la protection des salariés.

- Les objectifs

Si la **rémunération** ne constitue pas le seul et unique **facteur de motivation**, son influence sur le comportement des participants à la stratégie de l'entreprise est établie depuis Taylor : elle est placée au cœur du management de la performance. C'est de ce constat qu'a émergé le concept de « **management par objectifs** », développé par Peter Drucker dès 1954.

Nombreuses sont aujourd'hui les organisations qui privilégient la **promotion des collaborateurs les plus susceptibles de tirer vers le haut la collectivité de travail et l'entreprise**. Par exemple, en France, Chronoflex a remplacé la pyramide hiérarchique par de petites équipes autonomes. Parallèlement a été mis en place un système selon lequel les salariés percevaient des bonus individuels et collectifs en fonction de la performance et une prime pour tous en fonction des bénéfices.

La Cour de cassation semble s'être inspirée de ces concepts prônant la transparence et la motivation par la variabilité de la rémunération. Si **le contrat de travail peut comporter une clause de rémunération variable**, pour être valable, celle-ci doit toutefois :

- être fondée sur des **éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur** ;
- ne **pas faire porter le risque d'entreprise sur le salarié** ;
- ne **pas avoir pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels** (Cass. soc., 20 avr. 2005, n° 03-43.696).

La clause doit également être « **effective** ». Ainsi, lorsque le contrat prévoit une prime d'objectifs mais que ceux-ci ne sont pas fixés, le salarié peut **prétendre au paiement de la totalité de la prime** (Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-17.921 ; 3 mai 2018, n° 16-13.736), preuve que la jurisprudence sait rester pragmatique.

De la même manière, les **objectifs doivent être raisonnables et réalistes** (Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-44.340 ; 14 nov. 2000, n° 98-42.371 ; 2 mars 2011, n° 08-44.977).

La **jurisprudence érode ainsi la part réservée à l'arbitraire de l'employeur**. La plupart des solutions dégagées par la Cour de cassation reposent, en un sens, sur une logique managériale qui rejette la double tyrannie de l'idéal et de l'impossible.

- o L'actionnariat et l'épargne

Enfin, **d'autres leviers existent, tel l'épargne salariale pour lequel la France a récemment été présentée comme étant « championne d'Europe »**.

L'épargne salariale, par exemple, permet de cimenter le collectif et de mettre en exergue les objectifs liés à la RSE.

Le législateur français semble aller, une fois encore, dans ce sens en **permettant aux salariés de bénéficier cumulativement d'une exonération au titre de la participation, de l'intéressement et du plan d'épargne salariale dans les limites prévues pour chacun de ces dispositifs**.

Conclusion

***In fine*, le droit français se montre particulièrement souple s'agissant de la mise en œuvre des conceptions internationales de management**. Les concepts développés en droit français sont innervés par les conceptions héritées des grands théoriciens du management.

Les entreprises ont donc tout intérêt à **se saisir de cette liberté pour améliorer leurs performances - économiques mais aussi sociales**. Comme l'a écrit Grégoire Duchange, Maître de conférences à l'université Paris II Panthéon Assas, « *l'entreprise n'est rien ; elle n'est que ce que l'on souhaite faire du droit du travail* ».

ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

Cass. soc., 26 septembre 2018, n° 17-15.101

Une société peut réserver aux seuls salariés cadres une prime de 13^e mois, sans violer le principe d'égalité de traitement, dès lors que celle-ci est versée en contrepartie du travail accompli - au même titre que le salaire de base - et pour lequel les salariés (cadres et non cadres) ne sont pas placés dans une situation identique.

Cass. soc., 10 octobre 2018, n° 17-10.066

Une transaction sur la rupture du contrat de travail ne peut être valablement conclue que si le licenciement a préalablement été notifié au salarié par LRAR et non remise en main propre contre décharge.

Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 16-19.836

Si la nullité de la rupture du contrat peut permettre la réintégration du salarié protégé, il en va autrement lorsque cette dernière fait suite à une demande de résiliation du contrat de travail pour des raisons de contradiction des demandes.

Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 16-27.565

Le document rédigé par l'employeur énumérant un certain nombre de dysfonctionnements, centrés sur l'organisation du travail, et rappelant au salarié ses obligations professionnelles, ne constitue pas une mesure disciplinaire.

Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 16-26.333

L'article L. 1132-1 du code du travail prévoit que les dispositions relatives à la rupture du contrat de travail ne s'appliquent pas à la période d'essai.

Au visa de cet article et contrairement à ce qu'elle avait pu considérer par le passé, la Cour de cassation a estimé qu'en cas de rupture discriminatoire de la période d'essai, le demandeur ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts pour rupture abusive et pas aux indemnités de rupture (indemnités de licenciement et de préavis).

Cass. soc., 26 septembre 2018, n° 17-16.020

Faire suivre un salarié par une agence de détective privé pendant plusieurs heures afin d'établir la violation d'une obligation de non concurrence est un procédé attentatoire à la vie privée du salarié qui caractérise un comportement déloyal de l'employeur.

Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 17-18.034

Un délai de plus de 2 mois entre la connaissance des faits par l'employeur et l'engagement de la procédure de licenciement répond à l'exigence d'engager les poursuites disciplinaires dans un délai restreint, celui-ci étant justifié par la nécessité de procéder à des investigations permettant d'apprécier le bien-fondé des dénonciations faites et de vérifier la réalité et la nature des griefs pouvant être imputées au salarié.

EN BREF

Le **décret n° 2018-928 du 29 octobre 2018** relatif au contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale a été publié.

Le **décret n° 2018-920 du 26 octobre 2018** relatif au comité social et économique et au financement mutualisé des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales de salariés a été publié.

Le **décret n° 2018-921 du 26 octobre 2018** modifiant certaines dispositions du code du

travail relatives au comité social et économique a été publié.

Le **décret n° 2018-821 du 27 septembre 2018** portant mise en conformité des textes réglementaires avec l'ordonnance n° 2018-474 du 12 juin 2018 relative à la simplification et à l'harmonisation des définitions des assiettes des cotisations et contributions de sécurité sociale a été publié. Il coordonne les règles et renvois relatifs aux assiettes des cotisations et contributions de Sécurité sociale.

LE COIN DU PRATICIEN : LES CONTOURS DE L'OBLIGATION D'ADAPTATION ET DE MAINTIEN DE L'EMPLOYABILITE DES SALARIES

L'article L. 6321-1 du code du travail énonce que : « *L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* ».

Si ce texte fait ressortir, d'une part, une obligation d'adaptation et, d'autre part, une obligation de maintien de l'employabilité, ces deux obligations sont en pratique intimement liées.

Afin d'éviter de vous mettre en risque sur le terrain de ces obligations, nous vous proposons un bref rappel de ce qu'elles recouvrent et des sanctions applicables en cas de manquement de l'employeur.

La double finalité de l'obligation de formation

La formation professionnelle mise en œuvre par l'employeur doit nécessairement avoir une double finalité :

- permettre à chaque salarié d'**exécuter au mieux les missions qui lui sont confiées dans le cadre du poste de travail qu'il occupe** ;
- assurer l'employabilité de chaque salarié, c'est-à-dire **maintenir sa capacité à occuper non pas son emploi mais un emploi.**

Ainsi, **si l'employeur a veillé à adapter le salarié à son emploi mais qu'il n'a pas maintenu sa capacité à occuper un emploi, les juges peuvent considérer qu'il a manqué à ses obligations** (Cass. soc., 2 mars 2010, n° 04-40.914 ; 5 juin 2013, n° 11-21.255).

Les outils à la disposition de l'employeur

L'employeur est seul juge du type de formation qu'il entend organiser ainsi que des priorités et des salariés qui en bénéficient.

Le principal outil à sa disposition est le plan de formation, qui devient le « **plan de**

développement des compétences » à compter du 1^{er} janvier 2019.

En effet, avec la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 « *pour la liberté de choisir son avenir professionnel* », l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur employabilité demeure, mais il est prévu une **simplification du plan de formation, renommé « plan de développement des compétences ».**

Une nouvelle distinction sera désormais opérée entre **les formations « obligatoires »** (conditionnant l'exercice d'une activité ou d'une fonction en application des dispositions légales et réglementaires) et **les formations à l'initiative de l'employeur.**

Une obligation à la seule charge de l'employeur

L'employeur ne saurait se dégager de son obligation en indiquant que le salarié n'a jamais sollicité de formation durant l'exécution du contrat de travail (Cass. soc., 18 juin 2014, n°13-14916 ; 24 juin 2015, n° 13-28.784 ; 9 déc. 2015, n° 14-20.377 ; 12 oct. 2016, n° 15-19.830).

Ainsi, en cas de contentieux, **le juge apprécie les actions positives mises en œuvre par l'employeur**, sans tenir compte des initiatives du salarié.

L'employeur devra donc être en mesure d'apporter la **preuve des actions de formations qui ont été suivies par le salarié** ou, à tout le moins, de celles qui lui ont été proposées.

Les conséquences d'un manquement de l'employeur à son obligation

En cas de manquement de l'employeur à son obligation de formation, le salarié est fondé à demander des dommages-intérêts en réparation.

Si un manquement de l'employeur à son obligation de formation est, dans certaines circonstances, susceptible d'affecter la cause même d'un licenciement lorsqu'elle réduit les chances de reclasser le salarié, la Cour de cassation a toutefois énoncé que **le**

manquement à cette obligation entraîne un préjudice spécifique, qui peut s'ajouter à une indemnisation accordée au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 23 oct. 2007, n°06-40.950).

La durée de l'emploi comme critère d'appréciation

Le respect par l'employeur de son obligation est **appréciée « au regard de la durée d'emploi »** (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-43.339).

Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'**à partir d'une certaine ancienneté, si le salarié n'a bénéficié d'aucune formation ou de formations résiduelles, il est très probable qu'il obtienne des dommages et intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation.**

Les exemples sont nombreux. Le manquement de l'employeur à son obligation de formation a par exemple été caractérisé dans les situations suivantes :

- deux salariés n'ayant bénéficié que d'un stage de formation de trois jours en 12 ans de carrière (Cass. soc., 23 oct. 2007, n° 06-40.950) ;
- un salarié n'ayant bénéficié que d'une courte formation sécurité de deux jours en 25 ans de carrière (Cass. soc., 21 avr. 2017, n° 15-28.640) ;
- un salarié n'ayant bénéficié que d'une seule formation en 26 ans d'activité (Cass. soc., 24 juin 2015, n° 13-28.784) ou en 16 ans de carrière (Cass. soc., 24 sept. 2015, n° 14-10.410) ;
- un salarié n'ayant bénéficié d'aucune formation en 16 années de carrière (Cass. soc., 5 juin 2013, n° 11-21.255) ;
- une salariée n'ayant bénéficié que de deux formations au cours de ses 8 années de présence dans l'entreprise (Cass. soc., 5 oct. 2016, n° 15-13.594) ;

- un salarié n'ayant bénéficié d'aucune formation en 7 années de présence dans l'entreprise (Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-14.749).

A l'inverse, **le manquement de l'employeur n'a pas été retenu en l'absence de formation dès lors que le salarié n'avait qu'une faible ancienneté** de 10 mois (Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-14.136) ou encore d'un 1 an et 8 mois (Cass. soc., 18 juin 2014, n°13-16.848).

Vers une démonstration de son préjudice par le salarié

Dans un arrêt récent, et alors que le salarié n'avait bénéficié d'aucune formation professionnelle pendant ses 16 années de présence dans l'entreprise, la Cour de cassation a énoncé que : *« L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; la cour d'appel a estimé que **le salarié ne justifiait d'aucun préjudice** résultant du non-respect par l'employeur de son obligation de formation »* (Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-26.796).

La cour d'appel avait notamment relevé en l'espèce que **le salarié n'avait pas indiqué les postes auxquels il aurait pu prétendre ou les formations qu'il avait demandées et qui lui auraient été refusées.**

L'indemnisation du salarié, pour non-respect par l'employeur de son obligation de formation suppose donc qu'il soit en mesure de démontrer son préjudice subi devant les juges du fond, quelle que soit la durée d'absence de formation.

L'obligation de formation de l'employeur reste donc à notre sens à appréhender avec précaution, étant précisé qu'**en tout état de cause, plus l'ancienneté est importante, plus le salarié pourra justifier et démontrer un préjudice lié à l'absence de formation.**

VIE DU CABINET

Mickaël d'Allende est intervenu auprès des étudiants du DJCE de Montpellier le 11 octobre 2018 sur le thème suivant : « *Rémunération : aspects sociaux et fiscaux* ».

Un petit-déjeuner animé par Pierre Lubet et Mickaël d'Allende vous est proposé au cabinet le **Jeudi 15 novembre 2018 de 9h à 10h30**, sur le thème suivant :

« *CSE : Quels changements pour un premier bilan ?* »

N'hésitez pas à vous inscrire, en cliquant sur le lien suivant :
www.altanalaw.com/evenements/petit-dejeuner-altana-nouvelles-formes-de-representation-du-personnel-quels-changements-pour-un-premier-bilan

ALTANA
VOCATS • PARIS

45 rue de Tocqueville • 75017 Paris, France
Tél. : +33 (0)1 79 97 93 00
www.altanalaw.com

