

Edito



C'était mieux hier !

En ces temps perturbés, il est utile comme souvent de prendre un peu de recul. Le syndrome « c'était mieux hier » me paraissant particulièrement répandu, une fois de plus j'ai fait appel à mes souvenirs.

D'un naturel prudent, j'ai fait quelques recherches pour vérifier que ma mémoire ne me trahissait pas ; Et bien non tout va bien, merci, ce qui me permet de vous livrer un élément intéressant pouvant éclairer quelques débats actuels.

Voici ce que j'ai retrouvé :

LOI n° 82-660 du 30 juillet 1982 sur les prix et les revenus (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont délibéré,
L'Assemblée nationale a adopté,
Le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 4. — I. — Nonobstant toutes dispositions législatives, réglementaires, statutaires ou stipulations contractuelles contraires, la rémunération brute de l'ensemble des salariés, du secteur public et du secteur privé, quel que soit leur statut juridique, leur lieu d'emploi et la qualité de leurs employeurs ne peut, sous réserve des dispositions qui suivent, faire l'objet d'une majoration durant la période allant du 1^{er} juin au 31 octobre 1982.

Oui, il a été à l'époque, interdit d'augmenter les salaires, sans article 2, ni inversion de la hiérarchie des normes, avec toute l'autorité de la plus haute norme légale. Rappelons que l'inflation était à l'époque de presque 12 % soit pas loin de 1 % par mois, et donc sans augmentation de salaire, perte sèche en pouvoir d'achat équivalente.

En tant qu'Inspecteur du Travail j'ai dû (avec peu de zèle, j'avoue, il y a prescription enfin j'espère !) faire respecter cette règle.

Et ça ne rigolait pas : en cas d'infraction, un employeur qui aurait ignoré cette règle risquait une amende de 3 00 à 8 000 francs par salarié concerné et par mois ! Devinez qui devait lancer des poursuites ?

J'ai eu peu d'accrochages avec les organisations syndicales à ce sujet, abasourdis qu'en étaient leurs représentants. J'ai dû affronter de nombreux regards incrédules de salariés ; Les vraies engueulades furent avec des employeurs... Difficile d'expliquer à un patron que je devais lui interdire d'augmenter un salarié alors qu'il souhaitait le retenir, un concurrent lui proposant un salaire supérieur...

Pour les plus jeunes, les auteurs de cette Loi du 30 juillet 1982 étaient :

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 30 juillet 1982.

FRANÇOIS MITTERRAND.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
PIERRE MAUROY.

Le ministre d'Etat,
ministre de l'intérieur et de la décentralisation,
GASTON DEFFERRE.

Le ministre d'Etat, ministre des transports,
CHARLES FITERMAN.

Le ministre des affaires sociales
et de la solidarité nationale,
PIERRE BEREGOVY.

Le ministre délégué auprès du Premier ministre
chargé de la fonction publique et des réformes
administratives,

ANICET LE PORS.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ROBERT BADINTER.

Le ministre de la défense,
CHARLES HERNU.

Le ministre de la défense,
CHARLES HERNU.

Le ministre de l'économie et des finances,
JACQUES DELORS.

Le ministre délégué auprès du ministre de l'économie
et des finances, chargé du budget,
LAURENT FABIUS.

Le ministre délégué aux affaires sociales,
chargé du travail,
JEAN AUROUX.

Le ministre de l'urbanisme et du logement,
ROGER QUILLIOT.

Je laisserai chacun à ses propres commentaires...

Je limiterai les miens à quatre points :

- Pour ceux qui seraient tentés de lancer un « décidément ces socialistes ! Toujours les mêmes !!! » Je leur ferais remarquer que deux des signataires, Charles Fiterman et Anicet le Pors, étaient membres du Parti communiste et membres importants de ce gouvernement comme deux autres de leurs camarades, Jack Ralite et Marcel Rigout.
- Le moins qu'on puisse dire c'est que cette mesure drastique n'était pas prévue dans le programme commun de gouvernement. François Mitterrand non plus n'avait pas été élu pour ça comme on le rappelle souvent aujourd'hui à propos d'un autre François.
- Qu'on soit d'accord ou non avec cette mesure de rigueur, elle fut appliquée sans donner lieu à des troubles sociaux majeurs.
- Le Président et les ministres, confrontés à une crise grave, assumèrent leurs responsabilités sans tenter de la renvoyer aux partenaires sociaux d'une manière ou d'une autre, par exemple, via une inversion de la hiérarchie des normes.

Gilles Karpman

L'IDée du mois

Syndicalisme et représentation du personnel, la grande confusion

Alors qu'au début elles n'étaient pas entièrement acquises à une représentation des salariés qui leur soit extérieure, les organisations syndicales ont joué un rôle de premier plan dans la mise en place progressive d'une représentation du personnel élue, et notamment des délégués du personnel en 1936, jusqu'à en devenir leurs premiers défenseurs.

Vous ajoutez la présomption irréfragable reconnue en 1966 pour cinq d'entre elles (certes disparue depuis les nouvelles règles de 2008 mais qui n'ont pas encore d'effet réel sur le paysage qui s'est construit sur cette base) et vous obtenez, dans les grandes entreprises où les organisations syndicales sont présentes, cette double dimension quasi systématique des mandats d'être à la fois « élus » et « syndicalistes ».

Il en résulte une confusion importante et des problématiques, souvent de posture pour les représentants, quasiment toujours de compréhension pour les représentés. Pourquoi ?

La vocation du syndicalisme est de représenter et défendre les intérêts des salariés tandis que celle des IRP est de représenter et défendre ceux du personnel. Vous allez me dire, c'est la même chose. Pas du tout.

Certains salariés peuvent dans un temps de leur vie être au chômage et espérer que les syndicats se battent pour les aider à faciliter leur retour à l'emploi, y compris lorsque cela peut exiger plus d'effort ou de sens du partage de ceux qui sont déjà au travail. Nous l'avons vu à la fin des années 90 sur les premiers accords 35h qui pouvaient supposer dans la négociation « d'échanger » création d'emplois (retour au travail de ceux qui en sont exclus) et « modération salariale » (effort de ceux qui en sont déjà dotés).

L'approche « syndicale » pouvait, devait être tentée de privilégier ce retour à l'emploi et ce d'ailleurs d'autant plus aisément avec une représentativité consistant en une capacité à « parler et agir » au nom des salariés sans qu'elle dépende d'une audience électorale, jusqu'à assumer le sacrifice d'une popularité sur l'autel de valeurs et de convictions.

L'approche par les IRP consiste en revanche davantage, puisque c'est justement le mandat, à écouter et répondre aux attentes des mandants, qui ne partagent pas tous forcément le même engagement au service des exclus si cela doit correspondre pour eux à une stagnation de leur salaire.

Ainsi, une même personne, à la fois élue et représentant syndical peut être dans la tension entre ses convictions et une écoute de ses mandants et entre ses deux « casquettes », l'une tournée vers un « intérêt général » et l'autre à vocation d'optimiser les intérêts du personnel « d'ici et maintenant ».

Or, dans la réalité, les « représentés » eux-mêmes sont le plus souvent dans la plus grande confusion sur ce qui pourrait bien distinguer la nature de ses deux engagements. Et ce pour deux raisons inverses, selon que l'on soit dans les PME ou dans les grands groupes. Dans les PME, c'est plutôt le mandat d'élu qui prime et l'appartenance syndicale (quand elle existe et que les élus ne le sont pas « de second tour ») n'est que « l'habilitation » nécessaire à la sollicitation d'un mandat du peuple. Inversement, dans les grandes entreprises, on constate plutôt que ce sont les mandats qui sont le moyen de donner corps à l'action syndicale.

Mieux distinguer les missions et rôles de ces deux dimensions, entre ce qui peut être la représentation dans l'entreprise d'une organisation de salariés, d'ailleurs elle-même extérieure à l'entreprise et donc légitime à prendre en considération ce qui se joue au dehors, et la représentation du personnel dans les IRP, serait une voie supplémentaire de clarification de notre dialogue social.

Yves Pinaud

L'écho des tribunaux

Harcèlement moral : la responsabilité de l'employeur n'est plus automatique !

La faute de l'employeur n'est plus automatique lorsque des faits de harcèlement moral se produisent dans l'entreprise. L'arrêt du 1er juin 2016 nous indique à quelles conditions il peut s'exonérer de sa responsabilité par une démarche active de prévention des risques.

L'arrêt Air France du 25 novembre 2015 constituait un revirement important de jurisprudence en matière d'obligation de résultat de l'employeur (voir notre analyse dans la newsletter de janvier 2016 (http://www.ideeconsultants.fr/newsletters-publications/newsletters/55/echo_tribunaux.html)).

Cette décision mettait un terme à une interprétation extensive des arrêts « amiante » de 2002 qui avait amené la Cour de cassation à considérer que, dès lors qu'un accident se produisait, c'est que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité, sans qu'il soit recherché une éventuelle défaillance dans les mesures de prévention mises en place. Appliquée au harcèlement moral, cette jurisprudence conduisait à ce que l'employeur soit assuré d'être condamné dès lors que le harcèlement était établi.

Avec l'arrêt « Air France », la Cour de cassation revenait à une analyse plus proche de l'esprit des arrêts de 2002, qui mettait l'accent sur le rôle de la prévention, en admettant que l'employeur puisse démontrer avoir mis en place les actions nécessaires dans le respect des principes généraux de prévention pour justifier du respect de son obligation de sécurité de résultat.

La question de la portée de ce revirement au contentieux du harcèlement moral était donc posée. L'arrêt du 1er juin 2016 y apporte une réponse claire en confirmant l'application de cette nouvelle donne à la responsabilité de l'employeur au harcèlement moral.

Les faits sont les suivants : un salarié saisit le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire aux torts de l'employeur de son contrat de travail et en paiement de dommages-intérêts pour harcèlement moral et indemnités de rupture. Autrement dit, il est demandé au juge de reconnaître l'existence d'un harcèlement moral puis de tirer toutes les conséquences indemnitaires de la faute ainsi constatée de son employeur.

La jurisprudence antérieure conduisait à conclure que l'employeur avait manqué à son obligation de résultat, quand bien même il avait pris des mesures pour faire cesser le harcèlement moral. Qu'en était-il après l'arrêt du 25 novembre 2015 ?

La cour de cassation applique sa nouvelle jurisprudence « préventive » en énonçant que « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser (...)* »

L'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité quand un harcèlement moral s'est produit dans l'entreprise à certaines conditions. L'intérêt de l'arrêt du 1er juin 2016 est de nous donner la grille d'analyse qui sera utilisée par les juges, et qui sera sans doute affinée au fil des décisions rendues, pour apprécier si l'employeur s'est acquitté de son obligation de prévention.

Dans le cas présent, l'employeur démontrait avoir :

- Modifié son règlement intérieur pour y insérer une procédure d'alerte en matière de harcèlement moral,
- Diligenté une enquête interne sur la réalité des faits dès qu'il a eu connaissance du conflit personnel du salarié avec son supérieur hiérarchique immédiat,
- Organisé une réunion de médiation avec le médecin du travail, le DRH et 3 membres du CHSCT en prenant la décision au cours de cette réunion d'organiser une mission de médiation pendant 3 mois entre les deux salariés en cause confiée au DRH.

La cour d'appel avait jugé ses mesures suffisantes pour rejeter les demandes du salarié. Ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation.

Ces mesures ont sans conteste eu pour effet de faire cesser le harcèlement moral une fois qu'il s'était produit. En revanche, l'employeur ne démontre pas avoir pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L4121-1 (mesures générales de prévention) et L. 4121-2 (qui fixe les 9 principes généraux de prévention) du code du travail, notamment des actions de formation et d'information propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement moral.

La cour de cassation signale donc qu'elle attend des employeurs qu'ils ne se contentent pas de réagir « à chaud » pour régler une situation de harcèlement lorsqu'elle leur est signalée, mais aussi qu'ils agissent « à froid » par le déploiement d'une véritable politique de prévention du harcèlement moral.

Cette position est exigeante mais, selon nous, salubre car elle remet au centre du jeu la prévention et tire un trait définitif sur son ancienne position qui amenait les employeurs à considérer que leurs efforts de prévention étaient vains puisqu'ils se voyaient systématiquement condamnés en cas de harcèlement. Désormais, seuls les employeurs jugés négligents risquent une condamnation. Pour répondre aux exigences de la Cour de cassation, il nous paraît indispensable d'agir de la manière suivante :

1. **Engager un travail de fond sur la prévention primaire** en s'appuyant sur les 9 principes généraux de prévention et notamment le 7ème : « *Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et au harcèlement sexuel* ». Les actions d'information-sensibilisation et de formation, pour lesquelles la Cour de cassation a clairement signifié son intérêt, sont un levier à mobiliser et à décliner sur les différents acteurs de l'entreprise (IRP, encadrants, salariés). Cette approche correspond d'ailleurs au cadre donné par l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail.
2. **Agir immédiatement** lorsque des faits susceptibles de caractériser un harcèlement moral sont portés à la connaissance de l'employeur en effectuant une enquête interne, dans le cadre si elle existe de la procédure d'alerte mise en place par l'entreprise. Ces investigations doivent permettre de clarifier les faits et conduire, si les faits le justifient, à sanctionner l'auteur de harcèlement.

Magali Baré

Le texte du mois

Ni pour ni contre, bien au contraire !

Lorsqu'un projet de réforme rencontre une opposition forte, il est toujours difficile de n'être ni pour ni contre mais ailleurs. Le tropisme pour/contre est une force contre laquelle il semble vain de lutter. Comme il n'est pas nécessaire d'espérer pour entreprendre, je vais me risquer à défendre une position ni pour ni contre ... ailleurs !

Malgré la virulence des oppositions qu'il rencontre, je pense que quelque chose ressemblant au projet de Mme El Khomri sur l'idée de renversement de la hiérarchie des sources du droit du travail finira par arriver, sinon cette fois, en tout cas une prochaine fois.

Comme ça arrivera (ce constat ne signifie pas que je l'appelle de mes vœux comme on va le voir) et comme on a beaucoup expliqué ici et là ce qui adviendrait aux salariés lorsque (et non pas si) ce projet finira par devenir la loi, j'ai voulu m'intéresser à ce qui se passerait alors pour les entreprises.

Intéressons-nous à son aspect le plus conséquent : le désormais fameux renversement de la hiérarchie des sources du droit du travail.

L'accord d'entreprise pourrait prévoir des dispositions moins favorables que les sources supérieures y compris la loi (à l'exception des droits fondamentaux). De nombreux employeurs et leurs organisations ayant avec constance, protesté fortement contre le code du travail, l'éloignement du terrain, l'absence de souplesse, on pourrait s'attendre à un déferlement de hurrahs dans le camp patronal.

Deux tempéraments cependant conduisent à modérer leur enthousiasme :

- ⇒ Il reste tout de même ces droits fondamentaux, mais bon disons qu'ils ne coûtent pas cher ;
- ⇒ Ensuite, c'est bien joli d'avoir renversé la hiérarchie des sources, mais il va falloir trouver quelqu'un pour signer !

- Soit un délégué syndical ayant obtenu au moins 50 % des voix au premier tour ;
- Soit des élus en l'absence totale de DS.

Bref, ça ne va pas se faire tout seul cette affaire, trouver un collègue qui accepte de priver, lui et les autres, d'avantages donnés par la convention collective de branche ou la loi, ce n'est pas tout de suite gagné. On lui souhaite bonne chance dans les vestiaires...

Il y a, dans le projet actuel, quelques assouplissements indiscutables mais ce n'est pas le grand chambardement tout, ou quasiment, étant soumis à l'accord d'entreprise, ce qui nous ramène au problème précédent.

Est-ce à dire qu'il y aurait là, beaucoup de bruit pour rien ?

Disons énormément de bruit pour finalement pas grand-chose ou quelque chose de très confus. Le renversement de la hiérarchie des sources est pour les uns l'acte fondateur d'une modernisation d'un dialogue social devenu adulte et émancipé de la tutelle étatique, et pour les autres la remise en cause scandaleuse des fondements d'un progrès social arraché droit après droit au patronat par la lutte et ce depuis le 19^{ème} siècle.

On peut se demander si nous ne serions pas confrontés, plus prosaïquement, à une nouvelle version du jeu de la patate chaude : incapable d'engager les réformes fortes qu'il croit nécessaire, l'Etat botterait-il en touche sous prétexte de dialogue social rapproché du terrain ? Ne serait-il pas en train de (tenter de ?) se débarrasser de la patate brûlante vers les entreprises et leurs partenaires de terrain sans vérifier qu'ils soient réellement en mesure de traiter le problème ?

Parce que tout de même, le renversement de la hiérarchie des sources a de sérieux airs de fausse bonne idée.

Rappelons que cette solution est censée répondre à un problème bien réel, celui de l'adaptation de notre droit du travail aux enjeux d'aujourd'hui.

Or cette solution, si elle voit le jour, restera incapable d'offrir aux entreprises la souplesse dont elles auraient besoin pour créer plus d'emploi tout en préservant équité et cohésion sociale dont elles ont tout aussi besoin même si tous les chefs d'entreprise n'en sont pas conscients au même degré.

Certains (peu vraisemblablement) arriveront à signer des accords, d'autres non, créant une disparité concurrentielle dangereuse. Le risque de dumping social souligné par les opposants, outre ses effets sociaux négatifs, se traduira de plus de ce fait par une distorsion concurrentielle qui rendra plus qu'aléatoire les effets positifs qu'auraient pu avoir une réduction des coûts des entreprises.

Il n'est pas du tout évident (lisez quelques accords et conventions collectives) qu'un droit simple, clair, alliant équité et efficacité économique naisse de la négociation d'entreprise. Or les entreprises ont besoin d'équité, au moins autant que les salariés en ont envie.

Il n'est pas plus évident de parvenir à développer par ce renversement la souplesse, l'agilité d'entreprise. L'expérience prouve abondamment qu'il est parfois difficile de remettre en cause des règles établies au niveau de l'entreprise.

En fait, ce renversement ressemble plus à la mise à bas d'un tabou qu'à une mesure pragmatique, c'est une affaire plus idéologique que réellement pratique.

Tout ceci est d'autant plus inquiétant que l'opposition soulevée par cette mesure relève de la même logique, elle se positionne sur le terrain des principes, entonne le grand air du vilain gouvernement au service du patronat affrontant les salariés dans un scénario aussi épique que classique. La contestation de la réforme, toute fondée qu'elle puisse être, met en évidence le besoin criant de réforme de la contestation.

Dans cette bataille de représentations, tout le monde semble s'accorder sur l'importance de ce grand affrontement dont l'issue, quelle qu'elle soit, ne donnera ni les avantages qu'en attendent les uns ni les désastres que prophétisent les autres. Dans tout cela on oublie les entreprises (notamment les petites qui emploient beaucoup plus de monde que les grands groupes), les salariés et surtout ceux qui aimeraient l'être.

Gilles Karpman