

Intérêts et limites des incitations à la négociation collective

Le point de vue d'un juriste

Jean-Emmanuel RAY, Professeur à l'École de droit de Paris-I Sorbonne

Dans notre société salariale, la politique de double subsidiarité sociale qui fait l'objet du débat d'aujourd'hui est bien dans l'air du temps.

1/ Évolution sociétale : moins de verticalité (autorité tombant naturellement d'en haut, sub/ordination seule source de productivité), et plus d'horizontalité (de la co/laboration à l'intelligence collective des réseaux sociaux).

Les problèmes doivent par ailleurs être résolus au plus près du terrain : ici, au niveau de l'entreprise, voire de l'établissement, ce qui pose problème aux niveaux de régulation supérieurs : en particulier à la loi économique et sociale de la profession que constitue l'accord de branche.

2/ Délégitimation de la loi¹ qui, tombant brutalement d'en haut, ferait preuve d'un autoritarisme désuet, mais aussi d'une ambition démesurée en se voulant générale et impersonnelle. Car l'individualisme et la défiance à l'égard des règles collectives touchent aussi les personnes morales : les entreprises veulent elles aussi « jouir sans entrave », comme l'inscrivaient sur les murs de la Sorbonne de créatifs chevelus parfois devenus leurs dirigeants.

Face à ce diplodocus, la négociation collective apparaît consensuelle, adaptée, réactive². Et incontestablement l'adhésion des acteurs en amont entraîne une meilleure application des textes, et moins d'inextricables contentieux aux redoutables effets rétroactifs.

Trois remarques introductives

Si Candide première époque revenait, il s'interrogerait sur le moment choisi pour cette nouvelle répartition des lieux de décision.

1/ Il constaterait qu'avec la fin des Trente Glorieuses, le grain à moudre s'est fait rare : qu'il faut parfois organiser les retraites du social, que « *si la victoire a mille pères, la défaite est orpheline* ». Bref, que si la puissance publique avait été le grand organisateur de la conquête de toujours plus « d'avantages » sociaux financés par une forte croissance couplée à la grande illusion qu'était l'inflation, elle ne voit pas d'inconvénient majeur à partager aujourd'hui cette lourde charge, voire à laisser les partenaires sociaux faire le sale boulot : remettre en cause certains « avantages »

¹ Loi pouvant aujourd'hui faire l'objet d'un double procès de la part du citoyen à qui elle doit s'appliquer : de conventionnalité, et de constitutionnalité avec la QPC.

² Voir les pertinentes remarques de D.J. Chertier : « Pour une modernisation du dialogue social ». Rendu en mai 2006, donc après le calamiteux épisode du CPE ayant fait office de contre-travaux pratiques, cet intéressant rapport avait longuement étudié les exemples étrangers, rappelant à juste titre qu'ils ne constituent pas des « modèles » transposables. S'inspirant directement du droit communautaire, il voulait clarifier le rôle de chaque acteur dans l'élaboration des normes sociales, sous le signe d'un grand pragmatisme : « *Il n'existe pas de solution idéale : le principe des champs séparés ne garantit pas totalement l'autonomie des partenaires sociaux. Et le principe de subsidiarité n'a pas encore fait ses preuves sur des sujets non consensuels* ».

des accords forcément plus favorables du bon vieux temps du monopole de l'ordre public social et de la négociation à sens unique, devenus « contreparties » dans des accords collectifs dits « donnant-donnant » rendus possibles avec l'ordre public dérogeable³ créé en 1982.

Le rôle du chevalier noir n'étant nulle part recherché, *a fortiori* en France, ce mistigri du social a de beaux jours devant lui⁴.

2/ Qu'en termes de rapport de force en vue d'une négociation équilibrée, l'époque n'est guère favorable à la partie salariale, en particulier au niveau privilégié aujourd'hui : l'entreprise.

Au moins avant la salubre réforme du 20 août 2008, la singulière situation franco-française (minimum de syndiqués / maximum de syndicats) était encore aggravée par l'hémorragie des secteurs industriels (mines, sidérurgie, textile...) à forte implantation syndicale constatée dans tous les pays développés.

La Chute du Mur a aussi déstabilisé idéologiquement le principal syndicat français ; et toutes les Confédérations sont tiraillées en interne, ayant par ailleurs beaucoup de mal à attirer les jeunes générations aimantées par les « ONG » (alors que depuis 1919 les syndicats sont les premières ONG).

3/ Que, dans le jeu social français, agir à la fois sur la négociation mais aussi le pouvoir politique est une vieille pratique. Il n'est donc pas certain que la dynamique d'autonomie revendiquée par les partenaires sociaux français depuis l'ANI du 31 octobre 1995 ait définitivement mis fin aux mauvaises habitudes.

Mais sur le thème "Qui doit faire la loi en droit du travail ?", Candide se serait surtout étonné de l'absence du juge, et plus particulièrement de la Cour de Cassation.

L'immense créativité du juge social : *summum jus...*

Car, depuis vingt ans, le droit du travail français « avance » surtout à coup d'arrêts. Si l'immense majorité d'entre eux sont parfaitement adéquats et légitimes (il appartient évidemment au juge du droit de partout faire respecter la légalité), une minorité pose des problèmes de fond, hélas en rapport direct avec notre sujet.

Si la négociation collective doit se développer en France, elle doit bénéficier d'un minimum de sécurité juridique, et judiciaire.

³ Rappel : depuis 1982, les fonctions de la négociation collective ont radicalement changé, la loi du 20 août 2008 ayant tiré les conséquences de cette évolution.

Avant 1982, on parlait classiquement de plancher légal, au-dessus duquel les partenaires sociaux pouvaient construire une maison conventionnelle. L'article L. 2251-1 énonce : « *Une convention ou un accord peut comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des dispositions légales en vigueur* », définissant ainsi l'ordre public social. Mais continuons à lire : « *Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.* »

Or, ce noyau dur, en droit du travail indérogeable sauf *in melius* (c'est-à-dire dans un sens plus favorable au salarié), se trouve aujourd'hui doublement limité (dérogation à la loi / 1982 + dérogation par rapport à la *norme conventionnelle supérieure* : loi du 4 mai 2004) autour d'un terme un peu passe-partout : la flexi-sécurité, ce nouvel équilibre entre les besoins de l'entreprise d'aujourd'hui et les droits des salariés, entre efficacité économique et justice sociale.

⁴ Comme l'avait pudiquement résumé le Conseil Européen du 23 mars 2004 : « *Les gouvernements ne doivent pas être les seuls à préconiser et à soutenir le changement* » (i.e. : à prendre des coups). Et de souhaiter « *favoriser les initiatives associant les partenaires sociaux, la société civile*⁴ (les syndicats n'en font pas partie ?) *et les pouvoirs publics* » .

« Pour l'attribution d'un avantage, la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ». Remettant en cause la légitimité présumée des avantages catégoriels dans les conventions collectives, l'arrêt Pain du 1^{er} juillet 2009⁵ a franchi le Rubicon. Il désincite en effet les entreprises à négocier pour instituer, voire à maintenir des avantages catégoriels conventionnels au profit d'une contractualisation individuelle certes judiciairement toujours contrôlable, mais nettement moins ostentatoire.

Se faisant juge de l'opportunité de clauses conventionnelles en remettant *ici* en cause la différenciation conventionnelle cadre / non cadre, certes franco-française et aujourd'hui dans les faits souvent dépassée, il pourrait bientôt faire implorer nombre de conventions collectives, et aboutir à une régression générale vers le bas, avec une individualisation encore accrue des relations de travail.

Le juge social a-t-il mesuré les effets (y compris rétroactifs) d'une formulation si générale (ANI, convention de branche même étendues, accord d'entreprise : *peu importe* ?) sur les milliers de clauses conventionnelles donnant, dans un savant équilibre du premier au dernier article, 185 euros à telle catégorie mais deux jours et demi de congés à une autre ? *A fortiori* quand l'on connaît les pratiques ciblées de "rémunération globale" avec parfois une cinquantaine d'éléments, du bonus à la voiture de fonction en passant par l'actionnariat ou la protection sociale complémentaire ?

Cette dérive jurisprudentielle n'est pas nouvelle, et l'arrêt Pain traitant de la même façon – *également* - pouvoir patronal et accord collectif vient de loin : « La décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale, ou prend la forme d'une négociation d'un accord portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise ». L'arrêt EDF du 5 mai 1998 avait été très commenté : pour la Chambre Sociale, il n'y avait donc pas lieu "de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme d'une négociation d'un accord d'entreprise". Semblant analyser un accord collectif à l'aune d'une simple mesure patronale déguisée, le juge du droit ne prête donc pas une attention excessive à une différence pourtant fondamentale entre les deux : l'opposition entre l'acte unilatéral de l'employeur et un accord de volontés au niveau collectif, avec l'échange souvent donnant-donnant qui en résulte et dont l'annulation judiciaire avec effet rétroactif ressemble à une bombe atomique sur le plan social, mais aussi économique.

⁵ Comparer avec l'arrêt du 12 octobre 2010 de la prudente CJUE, à propos des très sensibles clauses conventionnelles de départ automatique à la retraite en Allemagne devant être confrontées au principe tout aussi fondamental de non discrimination par l'âge : « La clause de cessation automatique des contrats de travail en cause au principal est le *fruit d'un accord négocié entre les représentants des employés et ceux des employeurs qui ont ainsi exercé leur droit de négociation collective reconnu en tant que droit fondamental.* »

En garantissant aux travailleurs une certaine stabilité de l'emploi et, à long terme, la promesse d'un départ à la retraite prévisible, tout en offrant aux employeurs une certaine flexibilité dans la gestion de leur personnel, la clause de cessation automatique des contrats de travail est donc « *le reflet d'un équilibre entre des intérêts divergents mais légitimes, s'inscrivant dans un contexte complexe de relations de travail, étroitement lié aux choix politiques en matière de retraite et d'emploi.* »

Que va pouvoir répondre le patron de la Boucherie Sanzot à ses douze salariés exigeant un rattrapage sur 60 mois au titre de l'alignement sur l'unique agent de maîtrise d'une prime existant depuis 28 ans dans sa convention collective de branche étendue ? Comme l'a bien résumé Gérard Couturier⁶, avec l'arrêt Pain « *on atteint le degré zéro de la liberté contractuelle : que le juge de l'accord collectif ait à dire si la répartition des avantages conventionnels est conforme à la justice distributive, c'est un peu comme si le juge du contrat avait à dire si les obligations contractuelles sont suffisamment équilibrées au regard de la justice commutative* ».

Alors, comme d'habitude, on nous indique qu'il n'est pas compliqué pour les partenaires sociaux de désormais systématiquement justifier les différences de traitement dans l'accord collectif lui-même, à propos de chaque avantage catégoriel. Cela prête à sourire, ou plutôt à soulever comme l'écrivait Jules Renard dans son merveilleux « Journal ». Car, dans de nombreux cas, la seule mais indicible explication est le pur et simple rapport de force local ou l'une de ses variantes : de savantes stratégies ou tactiques de négociation⁷.

N'en déplaise à nos juges du droit, dans une négociation il y a bien sûr l'officiel, l'objectif et le transparent qu'ils aiment tant. Mais aussi la tactique, les négociations séparées, les non dits, les coups de poker des conflits collectifs ou encore les soldes de tout compte des négociations précédentes, dont on peut douter de la pertinence pour les auteurs de cette opération Justice Totale. La même remarque pourrait être faite s'agissant de la même jurisprudence s'appliquant à des avantages différents figurant dans des accords d'établissements différents, déclarés illicites s'ils ne peuvent être objectivement justifiés par des contraintes spécifiques... mais bien sûr en dehors de tout rapport de force local.

Cette irruption inattendue du juge dans notre magasin de vieilles porcelaines conventionnelles (cf. Parodi-Croizat) pose aujourd'hui un problème majeur aux entreprises soucieuses de sécurité juridique à notre époque de développement de la négociation d'entreprise ; mais aussi aux syndicats éventuellement signataires ne souhaitant guère se faire publiquement désavouer dans deux ans, sur le mode d'un traitement inégal en droit mais d'une discrimination dans les médias, alors que leur survie dépend désormais de leur score aux prochaines élections professionnelles.

Quelques rappels.

1/ Quel que soit leur niveau, il ne peut être question de soustraire les conventions collectives au contrôle d'ordre public absolu des discriminations.

2/ Mais les délégués syndicaux signataires ne sont pas de fragiles marionnettes entre les doigts capricieux d'un chef d'entreprise divisant pour régner. Tous deux

⁶ Cf. « Différenciation des avantages conventionnels entre cadres et non cadres », *Les Cahiers du DRH* – 2010 n° 161/162, janvier-février 2010.

En novembre 2010, cinq délégués syndicaux non-cadres CFTC ont assigné l'entreprise Caterpillar devant les Prud'hommes de Grenoble, contestant l'inégalité de traitement en matière de complémentaire santé obligatoire réservée pour l'instant aux 918 cadres et assimilés. Si les Prud'hommes les suivent, 1173 ouvriers pourraient demander l'équivalent de cinq ans d'abondement versé pour ses cadres par la direction : l'indemnisation potentielle se monte à 4 millions d'euros.

⁷ Mais prenons la Cour au mot, et observons sa réaction : qu'un prochain accord indique, dans le désormais nécessaire second alinéa de l'article 87 octroyant un avantage à une catégorie déterminée : « *A l'occasion du départ brutal du délégué CGT de la table des négociations, les délégations CFTC et CFE-CGC ont immédiatement poussé les pions des agents de maîtrise, grands oubliés dans la négociation de l'année dernière, qui ont donc obtenu ces 150 euros de prime* ».

peuvent même trouver, ensemble, des solutions aussi pragmatiques qu'équilibrées : l'accord est pour eux pertinent, quand ils apposent leur signature.

3/ Le juge ne peut ignorer la nouvelle donne résultant de la loi du 20 août 2008 : obtenir désormais la signature de syndicats représentant plus de 30% du personnel n'est pas signer sur un coin de table un accord avec un délégué syndical minoritaire voire stipendié. On peut d'ailleurs penser que ce seuil, comme celui du droit d'opposition à 50%, a justement été retenu pour limiter le recours au juge.

4/ S'agissant d'accords aujourd'hui souvent donnant-donnant, les effets collatéraux de l'arrêt du 1^{er} juillet 2009 ressemblent fort à la promesse d'une implosion générale. Car c'est alors l'équilibre social, mais aussi politique et/ou économique de l'ensemble de la convention (d'entreprise, mais aussi de branche dans l'attente d'un arrêt moins général) qui se trouverait mis en cause : l'avantage catégoriel figurant à l'article 69-4 avait comme contrepartie l'alinéa 3 de l'article 98. Bref un accord collectif constitue un tout indivisible, ce que consacre le droit légal avec l'interdiction de la dénonciation partielle.

Exemple d'actualité avec les débats sur la remise en cause des 35h : si les forfait-jours devaient être renégociés, ce sont les jours de RTT allant avec qui seraient alors dans la balance.

Sans même parler des accords réduction du coût du travail / promesse de maintien de l'emploi, aujourd'hui si importants partout en Europe (Espagne, Portugal, Italie...). Le 9 février 2010, la Cour de cassation n'a heureusement pas vu dans le maintien de l'emploi comme contrepartie patronale une mesure déloyale ou une violence morale⁸ aboutissant nécessairement à l'annulation de l'accord... mais en demandant au juge du fond de contrôler précisément si « *la survie de l'entreprise n'était pas acquise* ».

I/ Questions de niveaux

Inciter à la négociation au niveau interprofessionnel, de la branche ou de l'entreprise n'a ni le même but, ni les mêmes fonctions. Si la « négociation légiférante » instituée par la loi Larcher est une excellente idée, favoriser systématiquement la négociation d'entreprise comporte quelques dangers.

A/ Au niveau interprofessionnel, associer légitimité sociale et politique

« *Ce dispositif traduit la volonté des parties signataires de se réapproprier la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur* ». Après la négociation annuelle obligatoire associée à la naissance des accords dérogatoires nés en 1982, la dernière phrase du Préambule du second accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 constitue l'acte II de la dynamique aujourd'hui examinée.

⁸ « L'employeur n'avait pas manqué à son obligation de loyauté dans la négociation en invoquant, pour convaincre des organisations syndicales de la nécessité de conclure un accord permettant une réduction des coûts salariaux, que la fermeture de l'établissement de Mérignac était envisagée en raison de difficultés économiques de l'entreprise et que, même si l'activité de maintenance aéronautique se développait, la concurrence demeurerait forte dans ce secteur d'activité, de sorte que *la survie de l'entreprise n'était pas acquise* ».

Près de quarante ans après Jacques Delors et sa loi de 1971, seize ans après cet ANI volontariste, dix ans après la « Position Commune » du 16 juillet 2001⁹ fruit de la « Refondation Sociale » voulue par le ci-devant CNPF reconfiguré en pro-actif MEDEF¹⁰, le « petit droit » conventionnel semble donc prendre sa revanche sur le « Grand Droit » légal¹¹ en s'inscrivant dans le sillage communautaire.

S'inspirant de sa subsidiarité sociale initiée par le Protocole social de Maastricht repris par le traité de Lisbonne, il nous rapproche de pratiques courantes à l'étranger et s'inscrit dans un mouvement qualifié en France de « rénovation de la démocratie sociale¹² ».

L.1 du code du Travail : *« Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ».*

La loi Larcher sur la « modernisation du dialogue social » du 31 janvier 2007 a entériné une vieille pratique¹³ de concertation officieuse, figurant déjà dans le Préambule de la loi du 4 mai 2004. Et les travaux pratiques sont vite arrivés puisqu'après l'élection présidentielle de juin 2007, les partenaires sociaux se retrouvaient tous les vendredis pour évoquer « la modernisation du marché du travail », aboutissant à l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008, en partie transposé par la loi du 25 juin 2008.

⁹ Cf. A. Mazeaud, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position Commune du 16 juillet 2001 », *Dr. Soc.*, avril 2003, p. 361. J.E. Ray : « Du Tout-Etat au tout contrat ? » *Dr. Soc.* juin 2000 p. 574 .

¹⁰ Pour une analyse critique, voir « *La loi et l'accord : un équilibre à trouver* » in « Actualité UIMM » n° 300 de janvier 2010 : pour le syndicat patronal, au delà de l'effet-crise, « *le paradoxe du mouvement de réformes sociales engagées depuis 2007 est qu'il est en train de faire émerger un nouveau modèle de relations du travail où l'État joue un rôle prééminent d'interventions directes, et pas seulement de facilitateur et de créateur d'un environnement favorable au dialogue social.* »

¹¹ Ne reprochons à personne la date de sa naissance : à supposer qu'existât il y a un siècle des partenaires sociaux, seule la loi pouvait interdire à toutes les entreprises l'emploi des enfants ou des durées de travail manifestement excessives. Elle seule permettait d'imposer aux employeurs un statut minimal pour tous les salariés (repos hebdomadaire, congés payés, salaire minimum), et de prévoir des sanctions pénales.

¹² Cf. le n° spécial *Dr. Soc.*, juin 2009. Henri Rouilleault : « Où va la démocratie sociale ? Diagnostic et propositions » Éditions de l'Atelier, janvier 2010.

Cf. « *Relations professionnelles et régulations sociales : les nouvelles dimensions du politique* », sous la direction de Laurent Duclos, Guy Groux, Olivier Mériaux, LGDJ, 2010 : « *La négociation collective des relations de travail et des protections sociales a suscité l'émergence d'un type particulier de gouverne politique qui reconnaît et encourage l'existence d'un ordre institutionnel distinct de celui organisé par la démocratie représentative. Dans ce contexte, la particularité des relations professionnelles est que salariés et employeurs, dont les représentants sont investis d'un pouvoir normatif dans la négociation collective, peuvent se forger eux-mêmes leur propre loi, mais souvent dans un cadre défini par le législateur* ».

¹³ Cf. hier accords Matignon / loi sur les 40 h ; ANI de décembre 2003 sur la formation tout au long de la vie, devenu loi du 4 mai 2004.

Quatre avantages de cette négociation légiférante

1/ Questions de tempo¹⁴. Créant nécessairement un « temps de refroidissement » comme le disent nos amis italiens, ce « temps réservé » aux partenaires sociaux a des avantages collatéraux non négligeables.

- La machine médiatique, qui s'est parfois emballée sur un projet de loi lié à une actualité aussi brûlante que ponctuelle, va lâcher cet os au profit de celui du lendemain : « De lege non ferenda » est en France très appréciable.

- Le temps de la négociation va donner du temps aux experts pour réfléchir calmement à la faisabilité du projet, à ses conséquences sociales ou financières.

2/ Cette régulation apaisée peut contribuer à relancer la machine économique, voire attirer davantage d'investisseurs étrangers, souvent un peu effrayés par nos gauloises réactions. De créatifs économistes ont même chiffré à 1,5% de croissance le gain attendu d'un dialogue social harmonieux¹⁵.

3/ La source conventionnelle de la loi associant alors légitimité sociale et légitimité politique est source de davantage de consensus, à tous les stades. Au Parlement, députés et sénateurs de tous bords n'ont guère envie de se mettre à dos l'ensemble des signataires. En entreprise, ce texte initié par des confédérations est sans doute plus facilement appliqué par les militants, suscitant moins de contentieux.

4/ Last, but not least en France : cette double légitimité assure au texte légal une meilleure stabilité (ex : ANI puis loi du 12 juillet 1990 sur le CDD), lui évitant des modifications successives en cas d'alternance politique. Car politiquement, l'affaire devient plus délicate ; et juridiquement, modifier la loi ne supprimera pas l'ancien ANI qui continuera à s'appliquer, avec des conflits de normes difficiles à résoudre.

Co-production législative et cacophonie juridique

1/ Dans notre société salariale (cf. l'impact sociétal des 35h) est-il bien raisonnable sinon démocratique de donner ainsi la plume à des confédérations regroupant à elles cinq un peu plus de 5% de syndiqués dans le secteur privé ? Nous voilà ramenés au bon vieux débat intérêt général / intérêt des actifs salariés / intérêt des adhérents, récurrent en France¹⁶ et rappelant la vive polémique de juillet 1997 entre N. Notat et

¹⁴ « La difficulté de l'Etat à déléguer aux partenaires sociaux trouve ainsi en partie sa source dans une *confrontation conflictuelle des temps*, qu'on peut schématiquement représenter comme la difficulté à joindre plusieurs ensembles : le temps de *la société* : il est celui de l'évolution des mœurs et des modes de vie. Le temps de *l'économie* : il est imposé par la nécessité de se tenir en état de compétitivité avec le monde. Le temps de *la politique gouvernementale* : il suit le rythme des échéances électorales et s'est à ce titre potentiellement raccourci avec le passage au quinquennat. Le temps *du Parlement* : il s'adapte au rythme des débats et des procédures mais doit tenir compte de « l'engorgement parlementaire » (effet de file d'attente des lois). Le temps *des partenaires sociaux* : celui du sentiment de la pérennité ou de la continuité. Le temps *des médias* : celui de l'immédiateté » (Rapport p. 12). Sur le rapport de D.J. Chertier, voir J.E. Ray, DS novembre 2006 p. 981.

¹⁵ Cf. "Le capitalisme d'héritiers : la crise française du travail" (Seuil, coll. "La république des idées") : Thomas Philippon y estime que notre culture d'autorité et notre grave déficit du dialogue social coûtent à la France 1,5% point de croissance. Le juriste fâché avec les sciences exactes depuis le CM2 mais sachant que dans la vraie vie, rien ne se passe "toutes choses égales par ailleurs", reste admiratif devant une telle précision : mais à l'économétrie, rien d'impossible.

¹⁶ Pays où cependant l'existence de véritables confédérations évite les dérives corporatistes.

M. Blondel, la première disant représenter l'intérêt général, et le second vouloir seulement défendre ses mandants.

Mais la loi fondatrice du 20 août 2008 passant de la représentativité-militante à la représentativité-légitimité électorale change tout... si fin 2012 la consolidation générale est crédible.

2/ Forme : le législateur n'a pas le monopole des usines à gaz et des termes flous. Qu'il s'agisse du DIF ou de la Position Commune de 2001, obtenir une large palette de signatures oblige parfois à retenir des formules qualifiées de « souples » ; et il arrive au Parlement d'en rajouter sur ce terrain. Les lois de transposition ne sont donc pas toujours un modèle de clarté et d'intelligibilité, même si en 2004 le Conseil Constitutionnel a absout le législateur, dans une formule non dénuée d'humour (juridique) : « Considérant que si les dispositions critiquées rendent plus complexe l'articulation entre les différents accords collectifs, elles définissent de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation ; qu'ainsi *le législateur, qui a entendu se référer à la Position Commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001, n'a pas méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi* » (Décision n°2004-494 DC du 29 avril 2004).

3/ Fond : le risque est aussi que la loi s'écarte trop profondément ou trop souvent de l'ANI¹⁷ : non seulement les partenaires sociaux dont c'était la commande pourraient en prendre ombrage, mais pour peu qu'il renvoie à des conventions de branche, les risques de conflits de normes sont imposants.

B/ Au niveau des entreprises **Obligations et incitations ne sont pas toujours où l'on croit**

De jure, de nombreuses obligations de négocier.

Voulant soutenir les syndicats mais aussi soucieux d'éviter ainsi des conflits collectifs sur les sujets socialement les plus brûlants (salaires, temps de travail), et reprenant le « duty to bargain » de la loi américaine Taft-Hartley de 1947, Jean Auroux a d'abord, avec la loi du 4 août 1982, expurgé l'unilatéral règlement intérieur des thèmes pouvant faire l'objet d'une négociation, pour les mettre au menu de la négociation annuelle obligatoire¹⁸ créée le 13 novembre 1982 : « *Chaque année, l'employeur engage une négociation annuelle obligatoire portant sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail* ». À la fin des années 1980, nos amis étrangers furent fort surpris, à la lecture des statistiques, de cette passion négociatrice des Gaulois pour lesquels jusqu'à présent « *Quand on est fort, on décide ; quand on est faible, on négocie* ».

Mais, trente ans plus tard, le bilan de la NAO est incontestablement positif : du moins si l'on oublie les quelques hoquets sociaux annuels intervenant un mois avant son ouverture, surtout en nos temps d'élections professionnelles couperet pour nombre de syndicats.

Depuis 1982, le législateur a multiplié, dans un grand désordre conceptuel¹⁹, les obligations de négocier : certaines finissent d'ailleurs par s'entrechoquer : GPEC /

¹⁷ Dont la fonction a beaucoup évolué : ce changement a-t-il modifié la position des acteurs ? Le déroulement de la négociation ? Sur l'ANI en général, voir Ch. Radé : « De l'accord national interprofessionnel », DS Mars 2010 p. 284.

¹⁸ Mais l'article L. 2242-8 poursuit en créant le concept d'obligation facultative : « *Cette négociation peut également porter sur la formation ou la réduction du temps de travail* ».

¹⁹ Bien différentes sont les problématiques salaires effectifs ou égalité professionnelle / prévoyance, intéressement ou participation.

seniors / pénibilité demain. Et ces nouveaux textes légaux remettent parfois en cause des accords antérieurs difficilement signés.

Certes s'agit-il d'une simple obligation d'ouvrir et de mener les négociations, dans des conditions à chaque loi plus précises, et non de conclure ce qui serait inconstitutionnel : on se remémore le fameux « on ne peut forcer un âne à boire » de Jean Auroux lors des débats parlementaires.

La Chambre Criminelle l'a confirmé dans l'arrêt Boursin du 4 octobre 1989 : alors que le juge du fond avait stigmatisé « *l'attitude systématiquement opposante de la direction subordonnant toute discussion à la dénonciation préalable des accords antérieurs, ne permettant aucune discussion de fond et démontrant ainsi sa volonté de se soustraire à l'application loyale du texte* », la Chambre Criminelle soucieuse de l'interprétation stricte de la loi pénale rappelle que « *le Code du travail ne réprime que les manquements de l'employeur aux obligations qui lui sont imposées et sont relatives à l'ouverture de la négociation annuelle (...)* ; son comportement au cours des réunions consacrées à cette négociation n'entre pas dans les prévisions de ces textes ». Mais il n'est pas du tout certain qu'un juge civil soit aussi compréhensif, y compris en référé, même si l'on peut douter du résultat d'une négociation engagée sous ces auspices.

À certaines de ces obligations sont parfois associées un délit correctionnel en cas d'inexécution (négociation annuelle obligatoire : un an de prison et amende de 3750 euros) ; parfois non (obligation triennale, GPEC). Mais la véritable sanction n'est pas toujours où on l'attend : si par exemple les PV d'inspecteurs du travail et *a fortiori* les condamnations portant sur la NAO sont rarissimes, en l'absence de toute négociation GPEC en amont, les juges pourraient demain condamner à de lourdes sanctions civiles (réintégration forcée, dommages-intérêts), l'employeur ayant ensuite procédé à des licenciements économiques (défaut de cause réelle et sérieuse, ou perte d'une chance).

Mais, contournant astucieusement les limites de nature constitutionnelle, les Gouvernements successifs ont institué de fortes incitations à conclure : ainsi des exonérations sociales liées au passage négocié aux 35h, qui ont entraîné une exceptionnelle flambée d'accords de RTT permettant au Ministre en charge de se réjouir de ce succès statistique.

Car, au-delà de la NAO, existent au niveau de l'entreprise des incitations à négocier (*de jure*) qui constituent (*de facto*) des obligations de conclure.

De facto, des obligations de conclure.

Ainsi, en cas de fusion ou d'absorption, le défaut d'accord de substitution dans les 15 mois (et donc l'incorporation au contrat de travail des avantages individuels acquis pour les salariés de la société absorbée) aboutit rapidement à une situation ingérable en termes de Ressources Humaines.

Plus généralement, si les accords dérogatoires à la loi ne sont évidemment nulle part obligatoires, ils constituent aujourd'hui pour l'employeur un passage souvent obligé, *a fortiori* si la concurrence a trouvé des signataires compréhensifs, et que l'accord de branche a peu encadré ces dérogations au mépris de sa fonction essentielle : la lutte contre le dumping social interne. Ainsi, dans les entreprises à forte variation d'activité, un accord d'annualisation n'a rien d'obligatoire : mais il est économiquement vital, même si son application à chaque contrat de travail pose quelques problèmes²⁰.

²⁰ Voir exposé précédent de François Gaudu, et l'article de J. Barthélémy, DS février 2011.

Idem dans les sociétés à forte proportion de cadres autonomes. Si leur passage en forfait-jours est en théorie une simple faculté, dans la pratique il est inenvisageable de ne pas conclure le nécessaire accord collectif autorisant une amplitude de travail de 13h par jour, écartant le spectre d'une inspectrice du travail demandant communication des horaires journaliers et hebdomadaires précis de chacun des 436 cadres concernés toujours sur leur Blackberry, avec à la clef 1564 PV et des rattrapages de salaires pouvant courir sur 60 mois.

II/ Pression étatique forte / Forme et fond des accords

Quand la pression étatique est forte (1% seniors aujourd'hui, et demain sur la pénibilité et l'égalité professionnelle ; « name and shame » sur le stress), les entreprises cherchent d'abord à éviter la sanction : le fond est alors moins important que la forme, voire le simple affichage sur le désormais essentiel marché mondial de la vertu.

Sur les seniors²¹ par exemple, l'enquête du Ministère du Travail montre nombre d'accords (10.007 entre le 1^{er} juin 2009 et le 1^{er} octobre 2010, et 24.186 plans d'action), mais au faible contenu : consolidation des accords existants, un zest de tutorat et un peu de maintien dans l'emploi « *avec des objectifs chiffrés très hétérogènes, exprimés à l'aide d'indicateurs différents* » ; mais bien peu de recrutement de seniors.

Sur le stress, sujet médiatisé où il ne faut pas être derrière la concurrence, il n'est pas certain non plus que le classement corresponde à la réalité sociale dans les entreprises concernées : au 1^{er} novembre 2010, 70 % des 230 accords signés (sur 1300 entreprises concernées) étaient d'ailleurs des accords de méthode.

Et, dans tous les cas, à supposer qu'il y ait accord signé (29% pour les seniors) et non pas simple plan d'action (71% au 1^{er} novembre 2010), sera t-il effectif ? S'agissant des seniors comme du stress, pour en connaître les effets concrets, un délai d'un an est un minimum.

A fortiori, lorsque le temps laissé par le législateur est restreint (ex : seniors : six mois réels), le cercle vertueux fonctionne à plein : dans les entreprises habituées au dialogue social, ayant donc abordé depuis longtemps les thèmes en cause, un accord est possible²², même si les nouvelles conditions de signature fixées par la loi du 20 août 2008 (30% : 50%) rendent la signature plus délicate. À l'inverse, dans les autres, la négociation sous forte pression temporelle tourne hélas court.

III/ Le « 1% social » mais négociable

La loi sur les retraites du 9 novembre dernier a repris la « méthode seniors » des « pénalités », dont on n'a pas fini de parler même si l'idée remonte à la loi du 10 juillet 1987 en faveur des travailleurs handicapés. Véritables peines privées à l'instar des clauses « pénales », ces sanctions pécuniaires se développent dans le Code du travail mais surtout celui de la Sécurité Sociale.

²¹ P.Y. Verkindt, "La négociation sur les seniors", Droit Social 2009, 915

²² Entre partenaires sociaux. Or, le déficit de parole n'existe pas seulement en matière de dialogue social, mais aussi entre salariés, et entre salariés et management.

L. 2242-5-1 nouveau : « Les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord relatif à l'égalité professionnelle mentionné à l'article L. 2242-5 ou, à défaut d'accord, par les objectifs et les mesures constituant le plan d'action défini dans les rapports prévus aux articles L. 2323-47 et L. 2323-57 (...). Le montant de la pénalité est fixé au maximum à 1 % des rémunérations et gains au sens du premier alinéa de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise n'est pas couverte par l'accord ou le plan d'action mentionné au premier alinéa du présent article. Le produit de cette pénalité est affecté au fonds mentionné à l'article L. 135-1 du code de la sécurité sociale ».

Au nom de l'emploi et de l'intérêt général où sa légitimité est totale, l'État impose aux entreprises concernées une hiérarchie : si possible, accord collectif, sinon plan d'action ; une autre solution aurait, il est vrai, laissé l'employeur dans la main des syndicats, *a fortiori* avec les nouvelles règles de validité des accords.

Voilà un exercice juridiquement intéressant, mais dont la réalité laisse interrogatif.

1/ Le montant de la pénalité est fixé « *au maximum à 1 %* », l'autorité administrative pouvant le moduler « *en fonction des efforts constatés* ». Contrairement à l'effet couperet de la cotisation handicapés, la sanction est donc ici modulable : on peut prévoir quelques solides négociations avec l'Urssaf d'abord, et l'Administration du travail. À supposer que les deux soient parfaitement d'accord, quels seront les facteurs pris en compte ? « *Les efforts constatés* » visent sans doute l'historique de l'entreprise en la matière ; mais les éventuels « *motifs de la défaillance* » ?

2/ Comme le remarquent Pierre-Yves Verkindt et Elisabeth Graujeman dans leur ouvrage (« *Nouveau régime des retraites et gestion des seniors après la loi du 9 novembre 2010* », Editions Liaisons, février 2011), pour ces règles entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2012, c'est apparemment l'absence d'accord ou de plan d'action qui entraînera l'exigibilité de la pénalité, et non son inexécution.

3/ Combien d'entreprises vont devoir réellement payer ? Les mauvaises langues pensent qu'elles seront rares, pour deux raisons : 1/ Le 1% est un plafond, et nombre d'employeurs auront de bonnes raisons de vouloir laisser du temps au temps ; 2/ À supposer qu'une forte pénalité tombe, *in fine* qui en fera les frais ?

Dans notre monde de la consommation et donc de la réputation, les sanctions efficaces seront de moins en moins dans les Codes.

IV/ De nouvelles régulations ?

Car, pour une entreprise internationale médiatisée, quelle est la régulation la plus puissante : les droits du travail nationaux, ou la note attribuée par une agence reconnue de RSE si elle la classe dans le peloton de queue par rapport à la concurrence ?

On se souvient de l'émoi de nombre de chefs d'entreprise lorsque Xavier Darcos a mis en ligne début 2010 son classement vert / orange / rouge des entreprises en matière de stress au travail. Si effectivement les critères laissaient parfois à désirer, ce « name and shame » à la française prévu par aucune loi semble avoir eu des résultats beaucoup plus rapides qu'une loi avec de lourdes sanctions pénales. Pourquoi ?

Parce que, dans notre monde de la réputation, où clients mais aussi collaborateurs préfèrent contracter avec des entreprises attirantes car exemplaires et donc bien

placées sur le marché de la vertu, un front uni DRH+DirCom+directeur commercial se forme alors, pour une fois parfaitement d'accord pour se sortir de ce bien mauvais pas. Certains DRH en bien rude négociation avec leur directeur financier n'ont d'ailleurs pas été trop mécontents de ce coup de pouce gouvernemental à la fixation de leur budget.

Car notation sociale et autres normes ISO 26.000 deviennent, sur ce terrain, beaucoup plus efficaces que notre hard law habituelle : si début 2012, la concurrence est bien mieux notée sur ce terrain sensible, c'est le directeur financier qui insistera pour aller à marches forcées vers plus d'égalité.

Pour conclure

Trois problèmes posés par la croissance du droit conventionnel

1/ La faveur donnée aux accords d'entreprise en application du principe de proximité ne vise que cinq millions de salariés en France. Et le choix de ce niveau associé aux possibilités de dérogations peut remettre en cause la fonction historique des accords de branche : être la loi économique et sociale de la profession en limitant le dumping entre entreprises d'un même secteur.

2/ Contractualisation et complexification. Entre les accords dérogatoires à la loi (1982) et les accords dérogatoires au niveau conventionnel supérieur (2004 : accord d'entreprise / convention de branche), la légalité devient parfois douteuse.

3/ La croissance du « *tout négociation collective* » aboutit donc à un accroissement du contentieux, relevant du TGI dont ce n'est pas la spécialité naturelle. Or, l'annulation partielle ou totale trois ans après, mais avec effet rétroactif, d'un accord de branche ou d'entreprise génère des conséquences souvent parfaitement ingérables (ex : annulation d'un accord de modulation, ou de recours au forfait-jours), sans parler de la découverte jurisprudentielle d'un principe d'égalité remettant en cause les classifications conventionnelles (CS 1^{er} juillet 2009, supra). Même si les nouveaux seuils de validité des accords depuis 2008 (en pratique, à compter de 2013 pour tout le monde) risquent de limiter ces recours, les délais de prescription de telles actions devrait donc être radicalement réduits : on ne découvre pas deux ans après qu'un accord pourrait finalement être illégal.