



# SÉMINAIRE POLITIQUES DE L'EMPLOI

## INTERACTIONS DE L'ÉCONOMIQUE ET DU JURIDIQUE

# SYNTHÈSE

## DES INTERVENTIONS ET DÉBATS

### - SÉANCE DU 21 JANVIER 2011 -

Thème de la séance :

**Intérêts et limites des incitations à la négociation collective.**

Intervenants :

- **Jean-Emmanuel RAY**, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne et à Sciences Po Paris ;
- **Henri ROUILLEAULT**, Économiste, Administrateur de l'INSEE ;
- **Jean-Luc VERGNE**, Directeur Général Ressources Humaines du groupe BPCE, Président de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), Président de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT).

**1. La première intervention, conduite par le juriste Jean-Emmanuel Ray<sup>1</sup>, a notamment relevé deux catégories d'incitations/sanctions : celle de l'État qui peut conduire à du formalisme lorsqu'elle impose des contraintes de délais (seniors) ou de périodicité (NAO) ; celle du juge, dont la jurisprudence tendrait à dériver vers un contrôle de la légitimité de chaque avantage catégoriel négocié, sans prendre en compte l'équilibre global de l'accord. Cette sanction du juge est source d'insécurité juridique pour les entreprises (reconstitution d'avantages avec effets rétroactifs). Les nouvelles règles de représentativité devraient toutefois permettre de réduire les risques de contentieux. Un autre moyen de les réduire pourrait être de raccourcir les délais de prescription.**

**L'État a aujourd'hui trois raisons d'inciter à la négociation collective :**

> Il apparaît moins légitime et la négociation collective mieux adaptée aux problèmes de terrain.

> Il n'y a plus de « grain à moudre » mais plutôt des avantages à remettre en cause. L'État peut trouver un certain intérêt à partager ce travail « ingrat » avec les partenaires sociaux.

> Le rapport de force est peu favorable à la partie salariale (peu de syndiqués, disparition des secteurs industriels à forte composante syndicale...)

**Au niveau interprofessionnel, l'incitation à négocier vise à associer légitimité sociale et légitimité politique, ce qui présente trois avantages :**

> La création d'un espace-temps pour une réflexion à froid, visant notamment à apprécier la faisabilité du projet et ses conséquences sociales et financières,

> L'apaisement du climat des affaires,

> Cette double légitimité, renforcée par la loi de 2008 sur la représentativité, assure au texte légal une meilleure stabilité.

**Au niveau des entreprises, les obligations de négocier se multiplient dans un grand désordre juridique, notamment du fait des**

**accords dérogatoires. Mais les obligations et incitations ne sont pas toujours où l'on croit.**

> La sanction sous forme d'amende est rarement mise en œuvre. Mais le juge peut sanctionner civilement (réintégration forcée, dommages et intérêts) s'il estime l'absence d'accord préjudiciable au salarié. Il peut aussi remettre en question les avantages catégoriels négociés (arrêt Pain de 2009) et annuler partiellement ou totalement un accord avec effets rétroactifs.

> L'obligation de négocier peut parfois être de fait une obligation de conclure. Par exemple, dans les entreprises à forte variation d'activité, un accord d'annualisation n'a rien d'obligatoire, mais il est économiquement vital.

> La sanction de 1% de la masse salariale assortie de délais a exercé une trop forte pression sur les entreprises qui ont d'abord cherché à éviter la sanction, d'où un certain formalisme (accords « seniors »). L'introduction d'une possibilité de modulation de la pénalité de 1% « en fonction des efforts constatés » à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012 pose la question de la mesure de cet effort et donc de la modulation de la sanction en cas d'absence d'accord ou de plan d'action. On peut s'attendre à une faible mobilisation des sanctions, mais quand la pénalité est appliquée, qui en fait les frais *in fine* ?

> Le *name & shame* à la française initié par le ministre du travail en matière de stress au travail semble porter des résultats car il joue sur la réputation, cette *soft law* (notation sociale, normes ISO 26 000) devient beaucoup plus efficace que notre *hard law* habituelle.

**2. La deuxième intervention, conduite par l'économiste Henri Rouilleault<sup>2</sup> a conclu que l'État pourrait s'en tenir à un nombre plus restreint d'obligations de négociation et d'exonérations fiscal-socials, conditionnées ou non selon les cas à la négociation. Il a suggéré de renforcer la négociation en amont « à tiède », y compris sur les restructurations. Il a insisté sur la nécessaire sécurisation juridique des accords, notamment par un renforcement de la légitimité des négociateurs et de la portée juridique des accords d'entreprise par rapport au contrat.**

<sup>1</sup> Professeur à l'École de droit de la Sorbonne et à Sciences po Paris.

<sup>2</sup> Administrateur de l'INSEE.

## Les incitations de l'État envers les entreprises se justifient doublement par :

> Le fait qu'elles permettent la prise en compte des externalités négatives (chômage longue durée, émissions de CO2...) ou positives (développement du capital humain) qui ne le sont pas spontanément.

> La rationalité limitée des entreprises qui peut les conduire à privilégier des logiques court-termistes au détriment d'investissements de long terme.

Les pouvoirs publics disposent de nombreux moyens pour influencer sur le comportement des entreprises en modifiant les prix relatifs, notamment sous forme d'incitations directes (fiscales par exemple) ou indirectes (à travers le *name & shame* qui donne au consommateur un rôle clé). Leur coût invite à réfléchir à la cohérence des objectifs et à leur lisibilité (un instrument pour un objectif).

## La négociation collective a plusieurs fondements économiques :

> Selon les économistes du travail, les choix de l'entreprise ne relèvent pas que de la seule maximisation du profit. Ils peuvent être façonnés par la fonction de préférence syndicale, dont la forme peut varier en fonction du contexte.

> L'accord est source de cohésion sociale. L'entreprise peut avoir un intérêt avéré à négocier en vue de réduire la conflictualité, gage d'une plus grande efficacité.

> La négociation est un facteur de meilleure gestion des ressources humaines, donc de performance globale.

> Elle peut impacter, à la hausse ou à la baisse, certains coûts de transaction liés au recrutement, ou à la formation notamment.

## Elle se heurte à certaines difficultés :

> De suivi des accords, car les caractéristiques et les objets de la négociation se complexifient et résultent d'un équilibre de concessions mutuelles.

> De risque d'isolement croissant des outsiders (précaires et chômeurs), les syndicats ayant tendance à privilégier le personnel en place. Cette tendance peut peser négativement sur l'emploi.

> D'éloignement des centres de décision, d'où l'intérêt d'accords de méthode sur ce qui relève respectivement de la négociation de groupe et de la négociation d'entreprise.

> De faible culture du compromis.

> De limite liée au principe de la hiérarchie des normes et de l'avantage le plus favorable qui freine la négociation d'accords multi-

dimensionnels comportant des concessions mutuelles.

> De légitimité des acteurs.

Deux avancées majeures ont toutefois renforcé l'élaboration de la norme sociale et la légitimité de ses parties prenantes : la loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social et la loi du 20 août 2008 sur la représentativité.

## D'un point de vue économique, aides et pénalités sont des incitations symétriques mais n'ont pas le même impact financier et sociologique :

> L'obligation à engager une négociation sous peine d'amende (par exemple dispositif de GPEC) ou de sanction financière (1% senior), suscite la négociation mais pas la « volonté de négocier », d'où un risque de formalisme.

> Le conditionnement des aides publiques favorise la sécurisation des accords en raison de l'importance des contreparties, mais peut comporter une part d'effets d'aubaine.

> Le *name & shame* (cas de la prévention du stress) a l'avantage de produire une incitation indirecte qui passe par la logique de réputation. Cette technique doit toutefois être maniée avec précaution.

## 3. La troisième intervention, conduite par Jean-Luc Vergne<sup>3</sup>, a donné un éclairage de « praticien » en réaction aux deux interventions précédentes.

### Jean-Luc Vergne a notamment fait deux remarques concernant les incitations à négocier :

> La négociation peut exister en dehors des contraintes lorsqu'on a des négociateurs « de qualité ». D'où l'importance d'avoir des acteurs formés et de reconnaître leurs compétences. Mais un grand nombre de négociations n'auraient jamais eu lieu sans contrainte, ce qui légitime l'action de l'État, car toute négociation a une vertu en soi, notamment sur le plan pédagogique. Elle est aussi un facteur de cohésion sociale qui favorise l'adaptation aux évolutions de la société.

> On distingue trois formes d'incitations : la carotte (aides publiques), le bâton (sanctions) et le *name & shame*. Aujourd'hui, l'incitation la plus

<sup>3</sup> Directeur Général Ressources Humaines du groupe BPCE, Président de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), président de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT).

utilisée tend à être celle du bâton. Le *name & shame* n'a de portée que sur les grandes entreprises. Il faudrait par ailleurs inverser la tendance en valorisant les bonnes pratiques plutôt qu'en montrant du doigt les mauvaises.

**Il a souligné les points faibles de la politique incitative et les améliorations qu'il conviendrait d'y apporter, en particulier :**

> L'allègement des contraintes, qui sont certes nécessaires pour développer la négociation, mais actuellement trop lourdes et conduisent à un excès de formalisme. La négociation a besoin de temps. Elle doit notamment s'articuler avec le temps nécessaire à l'exercice de la démocratie syndicale (consultation de la « base »). Sa périodicité devrait davantage pouvoir s'adapter au rythme de chaque entreprise.

> La simplification et la rationalisation des dispositifs, notamment par le regroupement de certaines obligations, sous peine de « tuer la créativité » potentielle du dialogue social en introduisant trop de juridisme.

> La sécurisation juridique des accords. L'approche jurisprudentielle décrite par Jean-Emmanuel Ray est effectivement peu adaptée à un accord négocié. Il y a nécessité de clarifier la hiérarchie des normes, notamment de savoir comment se positionne l'entité « groupe » par rapport à l'entité « entreprise ».

> L'élargissement de la négociation à d'autres thèmes que ceux qui sont actuellement obligatoires (par exemple la stratégie de l'entreprise ou la distribution des profits).

#### 4. Synthèse – Partie « Débats et échanges avec la salle »

Le débat s'est, pour l'essentiel, articulé autour de deux problématiques :

> Celle de la **justification et de l'efficacité des aides** qui renvoie à trois questions : La négociation collective présente-t-elle des avantages qui justifient que l'État intervienne pour la développer ? Le cadre juridique actuel est-il optimal pour le faire ? Les dispositifs spécifiques qu'il met en place sont-ils efficaces ?

> Celle de la **sécurisation des accords** qui intéresse l'économiste soucieux de limiter la charge des entreprises, et suscite un débat contradictoire entre juristes quant à l'approche jurisprudentielle qui semble se dessiner.

Les principaux commentaires autour de ces questions ont été les suivants :

> **La négociation collective présente l'intérêt de traduire en termes concrets le Code du travail** (les salariés connaissent peu la loi, mais ils connaissent leur convention collective, en particulier dans les PME). Elle présente un double avantage par rapport à la loi : la norme négociée est une norme acceptée et une norme stable.

> **Le Conseil d'État n'est pas favorable à ce que la Constitution définisse le champ de la négociation collective**, notamment en raison du tripartisme qui caractérise le système français : tantôt ce sont les partenaires sociaux qui prennent l'initiative (comme sur la formation professionnelle), tantôt c'est l'État qui crée une incitation. En revanche, l'idée d'en faire un droit constitutionnel a été discutée.

> **Le développement de la négociation collective doit se faire dans le cadre d'accords collectifs explicites**, ce qui exclut le développement d'un système de dérogation généralisé (accords dérogatoires implicites), sinon on a un droit du travail qui devient largement virtuel et où il est difficile de connaître la norme contractuelle.

> L'État pourrait intervenir de façon volontariste pour **pousser au regroupement des branches** (à l'instar de l'Allemagne), afin que chacune atteigne une taille suffisante pour dynamiser le processus de négociation.

> L'efficacité des incitations est diversement appréciée et renvoie à un **besoin d'évaluation des dispositifs existants** et du « maquis des contraintes ». Pour l'économiste, toute incitation vise à produire un effet (modification du comportement des acteurs ou des résultats). L'évaluation doit permettre d'imputer un effet propre (en quantité, en qualité, en durée) à une incitation donnée et, éventuellement, de revoir le champ et les modalités de ces incitations. Elle suppose, notamment, une évaluation des conséquences de leur accumulation, et une exploitation plus systématique des bilans prévus dans les accords.

Un consensus se dégage autour de l'idée que **la négociation a besoin de temps**. Or, tous les instruments incitatifs visent deux objectifs : celui de porter des sujets qui ne viennent pas spontanément en discussion, et celui de répondre à un besoin du politique, à une situation d'actualité ou d'urgence. Le second objectif semble avoir pris le pas sur le premier par souci de réactivité, mais il s'accompagne d'une complexité croissante liée à la multiplication des incitations et à la segmentation par thème. Ce maquis d'outils apparaît dès lors contre-productif.

**La question de la sécurisation juridique des accords a occupé une large place dans le débat. On en retiendra trois approches :**

> **La première s'attache au principe d'égalité de traitement entre salariés**, formalisé par la récente jurisprudence de la Cour de Cassation (arrêt Pain de 2009<sup>4</sup>). A travers cette jurisprudence, dont on attend la confirmation (ou l'infirmité) dans d'autres affaires en cours de jugement, le juge condamne l'octroi d'avantages « injustifiés », ce qui, de fait, invite/incite les partenaires sociaux à vérifier, dans les négociations en cours, la pertinence des choix et des compromis qui ont pu être faits dans le passé et à en reconsidérer l'équilibre dans le contexte actuel. Il leur appartiendrait ainsi de prendre en compte l'intérêt collectif et d'assurer la pérennité de l'accord à long terme.

> **La deuxième s'intéresse à la notion d'équilibre de l'accord.** Elle s'oppose à la précédente, considérant que le juge ne doit pas traiter de la même façon un acte unilatéral et une convention collective, au risque de remettre en cause cet équilibre (juridique, économique et social), fondé sur la volonté des parties à un moment donné et en fonction d'un coût évalué dans un contexte particulier. Selon cette approche, la confirmation de la jurisprudence « Pain » pourrait remettre en cause tout l'édifice des conventions collectives.

> **La troisième introduit la question de la légitimité des acteurs.** C'est une approche globale de l'articulation entre incitation, légalité et légitimité, entre le rôle de l'État, celui du juge, et celui des partenaires sociaux. La légitimité des acteurs (source de la norme) n'entre pas dans le champ du contrôle du juge qui apprécie l'accord au regard du droit, en particulier au regard du principe d'égalité de traitement. Mais le risque de contentieux apparaît inversement proportionnel à

la légitimité de la source normative. Cela supposerait de définir des règles de conduite de la négociation pour s'assurer de l'équilibre des pouvoirs entre les parties, du comportement loyal des négociateurs et de l'exécution effective de l'accord. La loi de 2008 sur la représentativité peut être un levier.

Le débat conclut sur le **dualisme des entreprises françaises** (PME/Grandes entreprises) et du marché du travail (salariés couverts/non couverts). Les incitations et obligations à la négociation tendent-elles à être un facteur d'accroissement de ce dualisme ou, à l'inverse, un facteur de convergence, quelle que soit la taille des entreprises ? Les incitations sont-elles efficaces pour pousser à la négociation là où elle n'existe pas, plutôt que là où elle existe spontanément ?

**Prochaine séance du séminaire  
« Politiques de l'emploi – Interactions de  
l'économique et du juridique »  
le mardi 31 mai 2011.**

**Thème de la séance :  
Subordination juridique et dépendance  
économique**

Pour toute information complémentaire,  
rendez-vous sur le site Internet de la DG Trésor :

[http://www.tresor.bercy.gouv.fr/  
evenements/0910emploi.htm](http://www.tresor.bercy.gouv.fr/evenements/0910emploi.htm)

<sup>4</sup> Dans l'arrêt Pain de 2009 (Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, n°07-42675), rendu pour manque de base légale, la Cour de cassation estime que, quand bien même l'égalité de traitement serait issue d'une convention collective de branche, l'employeur doit la justifier. L'employeur ne peut dès lors plus s'abriter derrière la convention collective. Cette jurisprudence qui impose de justifier une différence de traitement entre les salariés pour l'attribution d'un avantage avait eu comme précédent l'arrêt Ponsolle en 1996, où le juge a pour la première fois consacré le principe d'égalité de traitement. Mais l'arrêt Pain va encore plus loin puisque la règle concerne désormais aussi l'avantage conventionnel.

En l'espèce, l'accord prévoyait que les salariés cadres bénéficiaient de 5 jours de congés supplémentaires par rapport aux salariés non cadres. L'employeur justifiait cette différence de traitement notamment par l'importance des responsabilités confiées aux cadres. Le juge a considéré que cela ne constituait pas une raison objective et pertinente.