



# SÉMINAIRE POLITIQUES DE L'EMPLOI

## INTERACTIONS DE L'ÉCONOMIQUE ET DU JURIDIQUE

### SYNTHÈSE

## DES INTERVENTIONS ET DÉBATS

### - SÉANCE DU 19 OCTOBRE 2010 -

Thème de la séance :

**Normes étatiques, normes conventionnelles, contrat de travail : quelle articulation ?**

Intervenants :

- **Jacques Freyssinet**, Économiste, Professeur émérite à l'Université Paris 1, Président du Conseil scientifique du Centre d'Études de l'Emploi (CEE)
- **Gilbert Cette**, Directeur des analyses microéconomiques et structurelles à la Banque de France, Professeur d'économie associé à l'Université de la Méditerranée
- **François Gaudu**, Professeur des universités en droit privé à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), Président de l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale (AFDT)

## 1. La première intervention, conduite par l'économiste Jacques Freyssinet, a exposé l'impact de la crise économique sur les modes d'élaboration des normes générales régissant la relation d'emploi à travers l'exemple de six pays d'Europe occidentale.

Jacques Freyssinet énonce deux effets concomitants de la crise :

- > La mobilisation dans l'urgence des procédures « habituelles », sans assurance de leur efficacité dans une conjoncture exceptionnelle ;

- > La mise en œuvre des réformes jusqu'alors bloquées par les compromis qu'imposait la complexité des rapports de force.

Trois groupes de pays se distinguent selon la nature de leurs procédures « habituelles » :

- > Les pays disposant d'institutions tripartites établies, qui les ont mobilisées pour associer les partenaires sociaux aux prises de décisions (Pays-Bas, Irlande) et où les résultats apparaissent assez inégaux : le compromis social visant la protection de l'emploi et la modération salariale résiste plus ou moins bien aux fortes tensions. Le pacte social peut alors échouer (cas de l'Irlande) et impliquer la prise de décisions unilatérales ;

- > Ceux où de telles institutions n'existent pas et qui ont expérimenté des procédures visant à articuler la politique publique et la négociation multisectorielle (France, Espagne). Dans ce cas, il apparaît que des négociations peuvent déboucher sur des accords mais la tradition conflictuelle y est résistante ;

- > Ceux où, traditionnellement, les différents acteurs négocient de manière pragmatique, informelle (Allemagne, Royaume-Uni) et décentralisée (secteur par secteur), et où, semble-t-il, les expériences de gestion des conséquences sociales de la crise peuvent se caractériser par une complémentarité d'intervention des différents acteurs ou une forte autonomie.

Il montre que chacun des groupes offre des exemples de réussite ou d'échec relatif quant à la capacité de coopération entre les acteurs. Il n'y a donc pas de *one best way* qui désignerait le modèle de production des normes le plus efficace pour répondre aux chocs de la crise. Il apparaît toutefois que les modèles les plus

profondément mis en cause sont ceux des pays les plus frappés par la crise (Espagne, Irlande). Le contexte de crise offre alors l'opportunité d'imposer, en matière de coût du travail et de flexibilité de la relation salariale, des réformes qui figureraient de longue date sur les agendas.

## 2. La deuxième intervention, conduite par l'économiste Gilbert Cette, a examiné les conditions d'une meilleure complémentarité entre protection des emplois et protection des personnes et suggéré de modifier l'articulation entre l'autorité de l'accord d'entreprise et celle du contrat individuel.

Gilbert Cette a présenté la thèse défendue dans le récent rapport du CAE<sup>1</sup> coécrit avec Jacques Barthélémy. Il part du constat selon lequel, pendant la crise, en Allemagne, les baisses conventionnelles du temps de travail et des salaires ont produit des ajustements permettant moins de destructions d'emploi qu'en France. Cela s'expliquerait notamment par le fait qu'en Allemagne la résistance du contrat de travail à l'accord collectif serait moins grande, alors qu'en France la remise en cause d'un élément du contrat de travail nécessite l'accord individuel du salarié. Il est donc aujourd'hui impossible de modifier par la voie de textes conventionnels des éléments du contrat de travail. Et ceci est d'autant plus préjudiciable que le nombre des éléments du contrat de travail identifiés par la Cour de cassation ne cesse de grandir.

Il préconise de mieux concilier la fonction protectrice du droit social et l'efficacité économique en donnant davantage de puissance au tissu conventionnel en réduisant l'autonomie du contrat de travail à l'égard de l'accord d'entreprise. Il suggère pour cela deux mesures :

- > L'architecture du nouvel ordonnancement des rapports entre tissu conventionnel et contrat de travail passerait par un accord national interprofessionnel (ANI) qui définirait les domaines où l'autonomie du contrat de travail est

<sup>1</sup> Jacques Barthélémy et Gilbert Cette (2010), « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », Rapport du Conseil d'Analyse Économique n° 88, 11 février 2010.

réduite au profit de l'accord collectif<sup>2</sup>, pour une durée impérativement spécifiée ;

> La dualité « éléments du contrat/conditions de travail » d'essence jurisprudentielle serait remplacée par le retour à l'opposition entre éléments substantiels « absolus et relatifs » d'un côté, éléments secondaires de l'autre côté.

### 3. La troisième intervention, conduite par le juriste François Gaudu, discute la comparaison avec le système allemand et la faisabilité d'une telle mesure, notamment d'un point de vue constitutionnel.

François Gaudu nuance l'analyse de Gilbert Cette et la comparaison avec le système allemand :

> La force obligatoire du contrat est une vision communément partagée par nos partenaires, y compris l'Allemagne. Dans ce pays, un accord collectif ne peut l'emporter sur le contrat de travail d'un salarié non syndiqué.

> Si l'autorité des conventions collectives en matière de salaires et de durée du travail est très forte en Allemagne, cela peut résulter du fait que le contrat ne comporte pas de clause relative à la durée du travail ou au salaire ou/et qu'il comporte une clause de « renvoi » à l'accord collectif (ce qui permet de couvrir les non syndiqués). C'est cette stipulation explicite dans le contrat qui donne la force contraignante aux accords de défense de l'emploi et non, comme l'affirme G. Cette, une plus forte autonomie du contrat par rapport à la convention collective.

> Rien n'empêche plus en droit français qu'en droit allemand d'utiliser la technique contractuelle pour accroître la portée d'accords collectifs.

Il estime peu vraisemblable que l'on puisse atténuer le rôle du contrat pour deux raisons :

> Un principe constitutionnel<sup>3</sup> veut que l'atteinte aux contrats en cours doit être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Ce principe vaut pour la loi, laquelle ne peut donc, *a fortiori*, davantage autoriser sans limite le pouvoir réglementaire ou les partenaires sociaux à le faire.

<sup>2</sup> Idéalement, cet accord devrait être signé par des organisations représentant, au vu des résultats des élections professionnelles, au moins 50 % des inscrits, à tout le moins des votants.

<sup>3</sup> Cons. Const. 19 novembre 2009, déc. 2009-592 DC.

> Dans les pays où le « pouvoir syndical » et le droit de la négociation collective sont développés, la prévalence du « collectif » vise davantage à interdire à l'employeur de remplacer l'acte collectif par une série de mesures individuelles –ce qui conduirait à décrédibiliser le syndicat- qu'à réduire l'autonomie du contrat.

En conclusion, il estime que le processus enclenché par les nouvelles règles de représentativité pourrait permettre de revisiter la relation accord collectif/contrat de travail mais qu'il ne faut pas tirer prématurément les conséquences d'une évolution qui n'a pas encore eu lieu.

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

L'exemple de l'Allemagne et de sa réponse à la crise, qui a été un fil rouge des interventions, a également été très présent lors des échanges avec la salle. La question sous-jacente est en effet de savoir si l'on peut transposer la réponse allemande à un choc conjoncturel, à savoir une baisse concomitante de la durée du travail et du salaire, décidée par convention collective et qui s'appliquerait directement aux contrats de travail.

Le débat a permis d'explorer les freins et les limites d'une telle transposition. Les principaux commentaires de la salle ont été les suivants :

**Les comparaisons –transpositions-internationales, en particulier sur les modèles de relations professionnelles, doivent être prudentes.** Il faudrait en effet prendre en compte le contexte économique, comprendre les moteurs de la croissance, jauger l'état du marché du travail. D'où la nécessité de croiser une typologie des moteurs de la croissance et une typologie des relations professionnelles. Ainsi, une part importante de l'écart observé entre l'Allemagne et la France provient du fait qu'on a deux économies très différentes du point de vue des exportations. Cette différence expliquerait la moitié de l'écart observé sur le chômage partiel entre l'Allemagne et la France. De même, le fort dualisme du marché du travail allemand, avec un poids considérable des syndicats dans les secteurs industriels, a poussé à des accords de crise échangeant garantie de l'emploi contre

baisse des rémunérations. Dans le secteur des services, le rôle des syndicats est plus limité et les salaires sont déjà faibles.

**Cela ne supprimerait pas pour autant les marges de choix illustrées par les évolutions de l'assurance chômage.** Un intervenant souligne qu'il y a des choix politiques derrière les acteurs (choix de l'unification en 1979 en dépit de la montée du chômage, choix du dualisme en 1984). L'assurance-chômage offrirait ainsi l'exemple d'un choix politique qui a impacté les rapports entre la loi et la négociation collective interprofessionnelle. Il y a eu, en France, depuis 1984, une répartition du champ de la négociation avec la création de deux régimes : le régime assurantiel, sous la responsabilité des partenaires sociaux, et le régime de solidarité, sous la responsabilité de l'État, avec une étanchéité entre ces deux régimes. Cela peut être un obstacle à une réforme globale de l'assurance-chômage dans le cadre de la sécurisation des parcours professionnels. La question de savoir qui a aujourd'hui l'autorité et la légitimité à travailler sur ces questions a été posée.

**L'« enchevêtrement » entre loi, convention et contrat rendrait peu opérant le droit du travail.** Quelques étapes du changement des bases juridiques fondant les relations professionnelles ont été rappelées : dérogation à la loi par accord conventionnel en 1982, dérogation au sein du champ conventionnel en 2004 (possibilité de déroger à l'accord supérieur), autonomie de l'accord d'entreprise en 2008. La prochaine étape semblerait, pour certains, pouvoir être la dérogation du contrat individuel de travail à l'accord collectif (logique d'*opt out*, c'est-à-dire accord entre l'employeur et le salarié sur les clauses du contrat, où le contrat s'écarte des dispositions collectives). Sur les plans sociologique et juridique, on serait déjà dans cette logique, notamment parce que la qualité de « mineur social » (postulat sur lequel a été construit le droit du travail) ne serait plus adaptée à certaines catégories. Ces tendances conduiraient à l'obsolescence du droit du travail. Cela poserait aussi le problème de la fonction protectrice générique du droit du travail autrement que par le principe de faveur. Il est

cependant souligné qu'on ne peut pas avoir un système permettant à la fois au contrat de déroger à l'accord collectif et à l'accord collectif de déroger au contrat.

**Pour certains, cette évolution est la conséquence de l'inefficacité -voire ineffectivité- du droit social actuel à concilier protection des travailleurs et recherche d'efficacité économique, en raison de sa complexité.** Les partenaires sociaux, surtout dans les petites et moyennes entreprises, n'auraient pas les moyens de s'approprier le droit social sur la base duquel ils sont censés négocier. Cela irait *a contrario* de l'idée selon laquelle l'accord collectif, parce qu'il est multidimensionnel (salaire, durée du travail, formation, investissement), devrait primer sur le contrat individuel, dans des situations de réponses à des chocs conjoncturels. Ces propos mettent l'accent sur la dimension sociologique à l'effectivité des normes, sur les capacités d'action réelles des acteurs.

**Concernant la proposition de Gilbert Cette de distinguer, dans les éléments substantiels du contrat de travail, les éléments substantiels absolus<sup>4</sup> et les éléments substantiels relatifs,** il est observé que cette proposition ne permet d'avancer qu'au prix d'une complexité accrue, sans bouger les lignes entre ce qui est substantiel et ce qui ne l'est pas mais en créant une nouvelle distinction. Comment cela se traduirait-il ? Cela signifie-t-il que le salaire horaire devient un élément absolu alors que la durée et le salaire mensuel seraient des éléments relatifs ? D'un point de vue opérationnel, pour Gilbert Cette, il s'agit de confier aux partenaires sociaux le soin de définir

<sup>4</sup> Jacques Barthélémy précise que la notion de contrat de travail est d'ordre public, la volonté apparente des parties étant inopérante pour faire échapper à cette qualification. Dans ce cadre, les trois éléments substantiels absolus du contrat de travail sont : l'état de subordination juridique (sous-entendu au plan des conditions de travail), la définition d'une tâche ou mission correspondant à une qualification, et une rémunération en contrepartie. Il est donc impossible à un accord d'entreprise de faire réduire le salaire, sauf à conclure que c'est l'accord de salaire minimum légal ou conventionnel qui constitue seul un élément du contrat. Par ailleurs, la réduction de la durée du travail ne peut être imposée au salarié en dehors de la durée légale et l'employeur ne peut faire effectuer des heures supplémentaires que de manière exceptionnelle.

précisément ce qui est modifiable par accord collectif (substantiel relatif) et ce qui nécessite pour toute modification l'accord individuel du salarié (substantiel absolu). Les récents arrêts de la Cour de cassation ont quelque fait évolué les choses, en renforçant le degré de résistance du contrat à l'évolution susceptible de naître de l'accord collectif, puisque la haute juridiction a accru l'autorité de la notion d'élément du contrat en augmentant le nombre d'éléments au contrat de travail (donc d'éléments substantiels absolus), notamment la structure de la rémunération et la modulation de l'horaire sur l'année. Si l'on souhaite, par exemple, mettre en place un accord de modulation dans un établissement, il faut l'accord individuel de chaque salarié pour que cela lui soit opposable. Dans une certaine mesure, cela nuit au rôle de l'accord collectif comme fabricant de normes dans la perspective d'optimiser les conditions de travail.

**Les partenaires sociaux sont-ils en mesure d'assumer une telle transformation de la relation de travail ?** Gilbert Cette défend cette idée (sans toutefois expliciter comment les y conduire) ; François Gaudu est plus nuancé, estimant qu'il faut attendre les effets de la loi sur la représentativité. Une première remarque a porté sur le fait que la tentative s'est soldée par un échec lors des négociations sur la modernisation de la durée du travail et que le renvoi de ces questions aux partenaires sociaux est une option qui risque d'être de très long terme. Un autre intervenant a souligné que toutes les entreprises n'ont pas les moyens de faire ce que Renault<sup>5</sup> a pu faire et qu'il y a hétérogénéité de la capacité d'action des acteurs à tous les niveaux.

**La notion de l'avantage le plus favorable serait considérée comme un point d'ancrage par les syndicats. Ce principe serait fragilisé si l'on crée les conditions d'une plus grande autonomie des sources de droit les unes par rapport aux autres** (accord collectif par rapport

à la loi et, peut-être demain, contrat de travail par rapport au contrat collectif). Il est souligné que ce débat ne se pose pas de la même façon que l'on compare des normes générales (accord collectif, loi) ou que l'on compare ces normes générales au contrat de travail. Quand on compare des normes générales, on raisonne de façon abstraite en se plaçant du point de vue d'un salarié abstrait ; au contraire, lorsqu'on cherche à savoir ce qui est le plus favorable dans le cadre d'un contrat de travail particulier, on raisonne de façon particulière et subjective. Il paraît dès lors difficile d'empêcher qu'il y ait des accords particuliers entre employés et salariés. Aucun système juridique ne semble en mesure de les interdire.

**Un autre frein à la banalisation du principe dérogatoire serait lié à l'intérêt de l'entreprise.** Pour les acteurs économiques, l'accord de branche est un outil de régulation économique, c'est la loi de la profession, un outil d'égalisation des conditions d'activité. Il peut donc y avoir des incitations pour les entreprises à ne pas souhaiter autonomiser l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche.

Prochaine séance du séminaire « Politiques de l'emploi – Interactions de l'économique et du juridique » le vendredi 21 janvier 2011.

Thème de la séance : Intérêts et limites aux incitations à la négociation collective

Pour toute information complémentaire, rendez-vous sur le site Internet de la DG Trésor : <http://www.tresor.bercy.gouv.fr/evenements/0910emploi.htm> ou envoyez un mail à [Seminaire.Emploi@dgtresor.gouv.fr](mailto:Seminaire.Emploi@dgtresor.gouv.fr)

<sup>5</sup> Cet accord prévoit notamment que les cadres vont participer financièrement au chômage partiel des agents de production. Il a été largement signé par les organisations syndicales. Il aurait pu être attaqué par n'importe quel salarié, cadre notamment, mais le consentement que traduit l'accord a empêché toute dérive procédurale.