

Comment mettre la négociation collective au service de la sécurisation de l'emploi et de la formation ?

Josepha Dirringer

La négociation collective, et plus particulièrement celle d'entreprise, est devenue un véritable instrument de la gestion de l'emploi au service de la flexibilisation. Les règles du droit de la négociation collective ouvrent en effet de multiples possibilités aux chefs d'entreprises, notamment à travers la négociation dite dérogatoire, de revenir sur les droits des salariés...au nom de l'emploi !

Sécuriser l'emploi et la formation implique dès lors que l'on redonne à la négociation collective sa vocation originelle : celle de renforcer les droits des salariés, et non son instrumentalisation au nom d'un chantage à l'emploi. En effet, sécuriser l'emploi implique de manière immédiate de rendre à la relation de travail sa stabilité et sa continuité en refusant qu'elle ne soit soumise aux règles de l'économie de marché. Cet effort de sécurisation ne doit pas être ébranlé par le biais de la négociation collective, dont la finalité et la nature auraient été détournées.

Réfléchir sur la manière de sécuriser l'emploi implique au préalable de comprendre quels phénomènes sont à l'origine du chômage de masse et de l'insécurité dans l'emploi. Il existe des raisons économiques et sociales certainement, mais encore des raisons d'ordre politique qui trouvent des traductions juridiques en droit du travail. Sécuriser l'emploi implique en effet de créer les conditions d'une éradication du chômage, d'une continuité et une stabilité dans la vie professionnelle des salariés.

S'inscrivent dans cet objectif global les dispositifs relatifs aux politiques de l'emploi, de formation et de lutte contre l'exclusion ainsi que les réformes en matière de temps de travail et de licenciement pour motif économique. Le lien avec l'emploi est encore très perceptible. Il l'est moins quand on observe le droit de la négociation collective : en quoi le droit de la négociation collective, dans son état actuel peut avoir un impact sur l'emploi ? Une réforme du droit de la négociation collective serait-elle pertinente pour atteindre l'objectif de sécurisation de l'emploi et de formation professionnelle ?

Les liens entre la négociation collective et l'emploi sont apparus à l'occasion de l'édification des grilles de classification organisant l'emploi en terme de postes et de fonctions, de compétence ou encore de responsabilité. L'édification de ces grilles a permis de faire naître un statut auquel pouvaient prétendre les salariés ; en cela, le droit conventionnel crée l'emploi.

Ainsi, il est admis que l'emploi peut être objet de négociation, en ce qu'il donne accès à un statut. Toutefois, la décentralisation de la négociation collective au niveau de l'entreprise amène à s'interroger sur l'inscription de l'emploi, ou

de la préservation de l'emploi, comme objectif de la négociation collective. Il s'agit des accords dits « donnant-donnant ». L'emploi devient alors une monnaie d'échange dans les mains des employeurs. Néanmoins, c'est par la reconnaissance et la multiplication des accords dérogatoires qu'il a été possible pour le patronat d'envisager une véritable négociation « donnant-donnant » (1).

Du droit des salariés à la négociation collective au développement de la négociation dérogatoire.

L'articulation des conventions et accords collectifs des différents niveaux de négociation répondait aux exigences de l'ordre public social comme l'ensemble de l'ordonnement des normes sociales – loi, accords collectifs et contrat de travail.

Ainsi, en cas de conflit entre une loi et une convention collective, de même qu'entre deux conventions ou accords collectifs, seules étaient applicables les dispositions les plus favorables au salarié.

Cela se justifiait par le fait que la norme de travail devait être, dans une conception de progrès social, protectrice du salarié, partie faible dans la relation de travail (2). En particulier, l'articulation entre les normes conventionnelles et surtout entre le niveau de la branche et celui de l'entreprise donnait donc à ce dernier une triple fonction d'adaptation, d'amélioration et d'innovation (3). En outre, cette construction répondait également à la volonté tant des syndicats que du patronat. D'un côté, l'action des syndicats est traditionnellement « fondée sur une solidarité de classe » transcendant l'appartenance à telle ou telle entreprise. De l'autre, le

patronat était favorable à une harmonisation minimale visant à éviter une concurrence entre les entreprises d'un même secteur sur les salaires et les conditions de travail. Les conventions de branche étaient « un moyen d'unification des conditions de la concurrence » (4).

Peu à peu une nouvelle conception est venue remplacer la précédente. Dénouant un interventionnisme étatique trop présent, revendiquant une plus grande liberté pour l'entreprise devant faire face à une compétitivité toujours plus accrue ou encore arguant de la diversification des aspirations individuelles des salariés, s'est progressivement imposée l'idée d'une nouvelle architecture devant organiser les différentes sources du droit du travail pour permettre le plein épanouissement de la négociation d'entreprise (5).

Le législateur de 1982 avait amorcé le processus en autorisant les accords d'entreprise dérogeant à la loi. Il ne s'agissait alors que d'une exception au principe de faveur (6). Pourtant, on a assisté depuis vingt ans à une multiplication des domaines dérogeant à la loi où il est possible pour les accords collectifs de déroger à la loi dans un sens défavorable aux salariés (7).

Bien que la loi du 04 mai 2004 ne porte pas directement sur l'articulation de la loi avec les normes conventionnelles, elle opère néanmoins un certain bouleversement. En effet, elle réalise une mise à égalité des accords de branche et d'entreprise dans deux domaines où, auparavant, seuls les accords de branche étendus pouvaient déroger à la loi, à savoir les contrats précaires et l'aménagement et l'organisation du temps de travail. A terme, cela conduira à une multiplication tant quantitative que qualitative des dérogations apportées au régime légal.

Enfin, la loi du 18 janvier 2005 a ouvert la faculté de conclure des accords, dits de méthode, sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique. Il est prévu que ces accords puissent également anticiper le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Pour la première fois, on reconnaît la faculté de négocier et de conclure des accords dérogeant qui ont pour objet principal le droit des salariés à la représentation. Anticipant notre propos, il s'agit en réalité plus d'accords « donnant-donnant » qui sont ici consacrés par le législateur : on perçoit rapidement que la négociation porte autant sur la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise que sur le plan de sauvegarde en lui-même. L'abandon de certaines prérogatives du comité d'entreprise accepté par les organisations syndicales devient véritablement la contrepartie, voire la monnaie d'échange pour obtenir de l'employeur de meilleurs avantages contenus dans le futur plan de sauvegarde de l'emploi. L'employeur acceptera d'octroyer plus de moyens financiers et matériels en faveur des salariés concernés par les suppressions de postes à la condition que les syndicats acceptent que la procédure devant le comité d'entreprise soit accélérée. Ainsi, le droit de la représentation devient plus contractuel au détriment de l'impérativité de la loi. On retrouve cette même logique dans les accords conclus au titre de l'article L320-2 du Code du travail qui portent à la fois sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise et sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois

et des compétences ainsi que sur les mesures d'accompagnement [...], en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétence

La réforme du 04 mai 2004, quant à elle, a porté plus directement sur l'articulation des normes conventionnelles. Ainsi, la loi sur le dialogue social a modifié le mode d'articulation d'une part entre les accords d'entreprise et les accords ou les conventions de branche (9) et d'autre part entre les accords de niveaux différents extérieurs à l'entreprise (accord de branche, local, régional, national) (10). Désormais, l'accord de niveau « inférieur » pourra déroger dans un sens moins favorable que celui de niveau « supérieur » si celui-ci n'en dispose pas autrement, sauf dans quatre domaines définis par la loi pour lesquels la convention de branche demeure la règle plancher (11). Dès lors c'est le caractère dérogeable de la convention de branche qui devient un objet de négociation (12).

Nous l'avons évoqué : la volonté de développer négociation dérogeante est apparue alors que l'on avançait la nécessité pour les entreprises de s'adapter à une économie mondialisée et de celle de prendre plus en compte les aspirations individuelles des salariés. Pourtant, nombreux sont ceux qui relèvent le risque de confusion entre la sphère du décidable (par l'employeur) et la sphère du négociable où il ne s'agirait en réalité que d'entériner par voie de négociation collective une décision prise par l'employeur et dans son seul intérêt.

Cela a pu faire dire à Gérard Lyon-Caen que : « *La politique des accords dérogeants, c'est donc le nom de la déréglementation à la française et c'est sous une apparence de libre négociation des conditions de travail, un retour plus ou moins déguisé à la décision unilatérale sans cadre légal, sans protection conventionnelle* (13) ».

On peut penser que la volonté de promouvoir la négociation d'entreprise s'inscrit dans un phénomène plus large de contractualisation des relations de travail. Ainsi, comme l'a écrit Alain Supiot, « avec la contractualisation, les lois se vident de règles substantielles au profit de règles de négociation [et] ce mouvement – dit de procéduralisation – transporte dans la sphère contractuelle les questions concrètes et qualitatives qui étaient auparavant réglées par l'Etat (14) ». Dans cette perspective, l'accord traduit moins un droit des salariés à défendre leurs droits et leurs intérêts que de « légitimer l'exercice d'un pouvoir » (15), celui de l'employeur. Cette instrumentalisation du droit à la négociation collective aboutit à un rapport de force inégal où l'intérêt des salariés à la négociation pourrait devenir « un droit de ne pas négocier » (16).

La négociation dérogeante, un préalable à la négociation « donnant-donnant ».

Il s'agit de faire de la négociation collective non plus un moyen d'acquisition de nouveaux droits pour les salariés mais d'établir entre les salariés et le patronat une relation de concessions censées être réciproques : l'employeur s'engage à ne pas licencier (ou à maintenir l'activité, ou à embaucher, ...) en contrepartie de concessions de la part des salariés en matière de prime, de temps de travail, ... (17)

L'emploi, devenu tantôt une justification de la conclusion d'accords collectifs de travail tantôt un engagement de l'employeur, est alors une contrepartie consentie par l'employeur aux salariés, qui renoncent à des avantages et des droits, individuels ou collectifs. Il paraît pourtant clair que pour sécuriser l'emploi, on ne peut admettre que celui-ci soit un moyen de pression à l'égard des salariés pour qu'ils renoncent à leurs droits : la sécurisation de l'emploi exige qu'on refuse d'opposer le droit au travail et le droit du travail en les insérant dans une logique de type synallagmatique.

La négociation « donnant-donnant » a pu se développer dans un contexte où le rapport de force est devenu largement défavorable aux salariés. Ainsi, l'affaiblissement de la représentation syndicale, ajouté aux conditions de validité des conventions collectives qui permettent à un syndicat minoritaire d'engager la collectivité des salariés par sa signature, a permis de rendre plus facile la conclusion des accords « donnant-donnant ».

Auparavant, revenir sur les avantages consentis aux salariés impliquait pour l'employeur de dénoncer un accord collectif (18) ou d'engager avec les syndicats une négociation visant à réviser l'accord initialement conclu. Pour autant, qu'on ait dénoncé un accord ou qu'on l'ait révisé, l'application de la règle de faveur impliquait qu'un accord collectif ne puisse aller en-deça de la loi ou de la convention collective de branche. Désormais, un accord d'entreprise peut déroger dans les mêmes conditions à la loi qu'un accord de branche, de même qu'il peut par principe déroger aux conventions collectives de branche.

L'apparition de tels accords a eu pour première conséquence de modifier l'appréciation du « plus favorable » par la Cour de cassation (19) qui a considéré que l'accord qui prévoyait la suppression d'une prime en contrepartie du maintien des salariés dans leur emploi était plus favorable aux salariés que l'accord initial qui prévoyait une prime

d'un montant plus élevé. Nombreux sont les auteurs qui ont considéré que l'appréciation globale opérée par la Cour de cassation du caractère plus favorable découlait directement de la présence dans l'accord d'un engagement sur l'emploi : le maintien dans l'emploi devenant nécessairement plus favorable aux salariés que la suppression d'une prime. On perçoit la force donnée aux engagements sur l'emploi. On perçoit également le déséquilibre instauré dans la négociation entre salariés et employeurs dès lors que ceux-ci brandiront la menace de l'emploi.

De là, il s'agit également de savoir quelle est la force obligatoire de ces engagements sur l'emploi. En effet, la Cour de cassation ne leur a pas toujours reconnu une force juridique : mais alors quelle est la contrepartie pour les salariés qui ont renoncé à une partie de leur droit ?

Les décisions reconnaissant une force juridique aux engagements sur l'emploi n'ont pas sanctionné leur inexécution par l'employeur par une interdiction de licencier mais par l'octroi de dommages et intérêts (20) aux salariés et éventuellement par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique (21).

Dès lors, il n'y a plus aucune certitude que l'abandon par les salariés de leurs droits qu'ils tiennent de la loi ou de la convention de branche leur permette effectivement d'être maintenus dans leur emploi.

Le droit des salariés à la négociation collective à travers le rétablissement du principe de faveur.

L'esprit d'une réforme de la négociation collective qui permettrait à la fois de renforcer le droit des salariés à la négociation collective et de sécuriser l'emploi – ou à tout le moins d'éviter d'en faire un droit monnayable – impliquerait qu'il ne puisse plus être conclu d'accord dérogoire. L'ac-



cord conclu au niveau de l'entreprise devrait en tout état de cause respecter les clauses de la convention collective de branche et la législation en vigueur.

En d'autres termes, il s'agirait de réinstaurer, de manière *indérogable*, le principe de faveur renouant avec la tradition de l'ordre public social, rompant avec celle de la « suppléativité » ou de la « subsidiarité » de la loi ou de la convention de branche et rejetant « l'idée d'une négociation d'entreprise entièrement déconnectée de l'ensemble du système juridique » (22).

Ainsi, s'il est possible d'admettre une négociation au niveau de l'entreprise, comportant éventuellement des concessions réciproques dans l'accord qui en est issu, celles-ci ne seraient possibles que dans la mesure où cela ne conviendrait pas aux dispositions législatives et aux dispositions conventionnelles de branche.

Le droit des salariés à la négociation collective à travers l'établissement d'un principe majoritaire.

Il semble important également de renforcer le lien entre les salariés et leurs représentants, seul à même de permettre une réelle négociation avec l'employeur en rétablissant un rapport de force équilibré.

En effet, a été critiquée la faculté offerte pour un seul syndicat, à condition qu'il soit représentatif, de conclure un accord collectif de travail, qui pouvait être dérogatoire. La loi du 04 mai 2004, sans toucher à la présomption de représentativité, a modifié les conditions de validité des conventions collectives, voulant ainsi redonner plus de légitimité aux agents de négociation.

Pourtant, contrairement à ce que l'on prétend, la loi du 04 mai 2004 n'a pas mis en place un principe majoritaire mais une simple exigence majoritaire. En effet la loi du 04 mai 2004 n'a en aucun cas remis en cause la règle de l'unicité de signature : la généralisation du droit d'opposition (soit d'une majorité de syndicats, soit des syndicats majoritaires) n'empêche en rien la possibilité de conclure un accord collectif par un seul syndicat, qui peut, de plus, être minoritaire. En outre, si elle prévoit la faculté pour les négociateurs de branche de basculer vers une majorité d'approbation comme condition de validité des conventions collectives, cette possibilité ne sera que très rarement mise en œuvre dès lors que trois des cinq organisations déclarées représentatives se sont clairement prononcées pour le système de majorité d'opposition.

Il est sans doute cependant indispensable de mettre en place un véritable *principe* majoritaire pour renforcer d'une part le pouvoir de négociation et de l'autre part la légitimité des syndicats à l'égard des salariés.

Plusieurs mécanismes ont été pensés. Cela peut être la conclusion des accords collectifs par des syndicats majoritaires aux élections professionnelles. Cela peut être encore la conclusion par une unité de négociation composée par un nombre de personnes proportionnel à l'importance des résultats obtenus par le syndicat dans les élections professionnelles, et où les décisions seraient adoptées ou rejetées à la majorité de ses membres (23). On peut enfin réfléchir à la voie référendaire qui devrait intervenir en amont de la signature par les syndicats qui auront la charge de l'organiser (24).

Pour autant, il serait faux d'affirmer que la mise en place d'un principe majoritaire permettrait de légitimer la capacité de déroger dans un sens défavorable aux salariés, comme a pu le faire le Conseil constitutionnel (DC, 29 avril 2004) lorsqu'il a jugé que la mise en place d'un principe majoritaire pour la conclusion des accords d'entreprise offre une garantie suffisante pour justifier l'extension du domaine des dérogations possibles au niveau de l'entreprise. En effet, le principe de faveur et les conditions de validité des conventions collectives doivent être appréhendées indépendamment. La preuve se trouve dans la loi du 04 mai 2004 qui a étendu considérablement la négociation dérogatoire sans pour autant consacrer un véritable principe majoritaire. ■

(1) Certains préfèrent appeler « gagnant-gagnant ».

(2) Pierre Rodière « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi "Fillon" sur le dialogue social » *SSL* n° 1148, 15 décembre 2003.

(3) Marie-Armelle Souriac, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise* thèse Paris 1986, p. 1328 ; « L'articulation des accords de branche et d'entreprise : une question de principe(s) », *SSL* n°1084 du 15 juillet 2002 ; « L'articulation des niveaux de négociation », *Droit social* 2004, p. 580 ; « Quelle autonomie pour la négociation d'entreprise ? », *La Négociation collective à l'heure des révisions*, Thèmes et commentaires, Dalloz 2005.

(4) « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise » par Alain Supiot. *Droit social* Mars 1989. p. 196

(5) Art. précité pp. 196 et s.

(6) Le principe de faveur (**c'est à dire le plus favorable pour les salarié**) reste toujours d'actualité concernant l'articulation des règles légales et conventionnelles.

(7) Plus encore, il existe des domaines où la loi est tout simplement supplétive. Cela signifie que la loi ne s'applique qu'à défaut d'accord, la loi perdant alors totalement son statut de norme de référence et toute capacité d'encadrement quant aux dérogations conventionnelles.

(8) 14 dispositions du Code du travail ont été ainsi modifiées par la mention « ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ». S'il est vrai que la loi Fillon a entendu s'inspirer de la Position commune, celle-ci ne prévoyait aucunement l'extension à l'entreprise des domaines ouverts à la négociation dérogatoire à la loi : les syndicats de salariés y étaient totalement opposés mais cette faculté était revendiquée depuis longtemps par le MEDEF.

(9) Article L132-23 C.trav.

(10) Article L132-13 C.trav.

(11) Les quatre domaines sont : minima conventionnels, classification, garanties collectives mentionnées à l'article L912-1 du Code de la Sécurité sociale et mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du Code du travail.

(12) Ainsi, dans l'accord de branche de la métallurgie conclu au printemps 2006, l'indérogeabilité de la convention de branche a été consentie par le patronat en contrepartie de l'adoption des « heures choisies » et du forfait annuel-jour pour les non cadres.

(13) « La légitimité de l'action syndicale », *Droit ouvrier* 1988, p. 51.

(14) Alain Supiot, *Homo Juridicus essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Edition Seuil 2005, p. 167.

(15) *Ibid* p. 169

(16) Marie-Armelle Souriac, *Droit Social* 2004, p. 589 ; Francis Saramito, art. précité, p. 447.

(17) Ces pratiques ont pu largement se développer lors des négociations sur le temps de travail que ce soit au moment des 35 heures ou que ce soit après les 35 heures : les employeurs faisant pression sur les syndicats pour mettre en place la modulation du temps de travail ou les forfaits annuels (en heure ou en jour) que leur permettaient les lois Aubry puis ont de nouveau fait pression sur les syndicats dans les entreprises pour bénéficier des assouplissements rendus possible par la Droite.

(18) Article L132-8 Code du travail : la dénonciation d'un accord collectif ne pouvant être partielle, cela l'obligeait à remettre en cause l'ensemble de l'accord dénoncé et ainsi de bouleverser tout ou partie du statut collectif applicable au salarié. Outre les conséquences radicales de la dénonciation, il existe le risque pour l'employeur de la contractualisation des avantages individuels acquis.

(19) Soc, 19 février 1997.

(20) Soc, 22 janvier 1998.

(21) Soc, 25 avril 2001.

(22) Gérard Lyon-Caen, « Contribution au travail législatif sur la négociation collective », *Droit Social* 2003, p. 1110.

(23) C'est l'idée défendue par Gérard Lyon-Caen.

(24) Et non pas comme le prévoit la loi du 04 mai 2004 de l'organiser après que l'accord ait été signé par des syndicats minoritaires c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'accord ne remplirait pas les conditions de validité prévues par l'accord de branche.