

Laetitia DRIGUEZ,

***Maître de conférences à l'Université Paris I – Institut des Sciences Sociales du Travail
Iredies (Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne)***

INTERVENTION JOURNEE IRES-ISST – 29 juin 2017

Bonjour à tous¹,

J'ai donc choisi de vous parler de

« La redéfinition du rôle de la négociation collective »

En quinze minutes. J'ai bien conscience du challenge que cela représente. Je vais cependant vous exposer les quelques réflexions qui m'ont conduite à proposer ce thème.

La question est la suivante : comment les réformes récentes du droit du travail ont-elles redessiné le rôle de la négociation collective et en quoi ces modifications concernent-elles le marché du travail ?

Quels sont les termes de la discussion ?

D'abord quelles réformes récentes ? Je veux surtout parler du mouvement qui s'est opéré à partir de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, et qui s'est accéléré en 2015 (loi Macron du 6 août pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques) et 2016 (loi dite « travail » ou El Khomri du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels). J'évoquerai également le projet de loi d'habilitation à réformer le code du travail par ordonnance.

A vrai dire, l'évolution du droit de la négociation collective pourrait remonter bien plus haut. En effet, l'idée selon laquelle la négociation de branche imprime aux entreprises la loi de la profession et que le droit du travail est structuré selon le principe de l'ordre public social et du principe de faveur a commencé à s'ébrécher depuis les lois Auroux de 1982. Les lois suivantes, surtout à partir des années 2000, n'ont cessé de confirmer cette mise en cause. Mais disons que les réformes récentes ont précipité les choses.

Toujours dans les termes de la discussion : que faut-il entendre par redéfinition des rôles ?

Le sujet s'entend à deux niveaux : celui d'une redéfinition des rôles, des fonctions, entre les différents niveaux de négociation collective, mais aussi celui d'une redéfinition du rôle de la négociation collective par rapport à la loi dans la production normative des règles applicables aux salariés.

Je rappelle que la négociation fait l'objet de toutes les attentions depuis quelques temps : la loi El Khomri fait notamment suite à un rapport remis en 2015 par Jean-Denis Combrexelle à France Stratégie sur « la négociation collective, le travail et l'emploi » : le thème de mon intervention rejoint ainsi le sujet de notre rencontre : réformer la négociation collective doit servir le travail et l'emploi ! Mais comment ?

¹ Le style oral de l'intervention a été conservé.

A présent, en 3 points, voici la situation et quelques éléments d'analyse :

1. L'accord d'entreprise ou d'établissement a vu sa place consacrée.

Schématiquement, deux processus ont concouru à conférer cette place principale à l'accord d'entreprise : la mise en concurrence des accords d'entreprise avec les accords de branche (b) et l'effacement de la loi (a).

- a) La loi a en effet, d'abord, organisé une mise en concurrence des niveaux de négociation collective.

Cette mise en concurrence s'est elle-même déroulée en deux étapes

1^e étape : l'élargissement des domaines de compétence des accords d'entreprise et la concurrence avec les accords de branche à l'égard de la loi

Il faut rappeler qu'au commencement des accords dérogatoires, le législateur disait qu'on pouvait déroger à la loi, soit par accord de branche, soit par accord d'entreprise ou d'établissement dans certains domaines, essentiellement le temps de travail et le recours aux heures supplémentaires pour commencer. Mais la loi réservait aussi un certain nombre de domaines de dérogation aux seuls accords de branche. La loi Fillon IV du 4 mai 2004 a élargi la liste des possibilités de dérogation par accord d'entreprise aux sujets réservés jusque-là à la branche : on a désormais pu, par accord d'entreprise, fixer le montant de l'indemnité de précarité des salariés recrutés en CDD, la période d'essai imposée dans l'intérim ou, en matière de travail à temps partiel, le délai de prévenance de la modification de la répartition de la durée du travail pour les salariés à temps partiel ou le volume possible d'heures complémentaires. Il va de soi qu'en cas de concours de normes dérogatoires, le principe de faveur est écarté au profit d'une règle de proximité.

Il faut préciser que cette orientation reçoit non seulement le soutien mais aussi les encouragements de la Commission européenne qui, en 2015, dans ses recommandations pour la France relayées par le Conseil de l'Union, concluait ainsi qu'il fallait « faciliter, aux niveaux des entreprises et des branches, les dérogations aux dispositions juridiques générales, notamment en ce qui concerne l'organisation du temps de travail; réformer la loi portant création des accords de maintien de l'emploi d'ici à la fin de 2015 en vue d'accroître leur utilisation par les entreprises ».

La 2^e étape de la mise en concurrence des accords d'entreprise et de branche: c'est la suppression du conflit au profit des accords d'entreprise. La technique a été inaugurée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et de l'aménagement du temps de travail : cette loi a supprimé le conflit entre accords en disant que l'accord de branche était purement supplétif à l'accord d'entreprise : par exemple, en matière de contingent annuel d'heures supplémentaires : « des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche ».

Cette formule est abondamment reprise par la loi « travail » pour la partie du code relative à la durée du travail et aux congés. Vous savez que la rédaction est organisée en trois rubriques : ordre public, champ de la négociation collective et dispositions supplétives. Or, dans le champ de la négociation collective, l'accord d'entreprise ou d'établissement supplante presque systématiquement l'accord de

branche par le recours à la formule du « à défaut ». La concurrence a été tranchée au profit des accords d'entreprise.

Ainsi, à l'accord professionnel, qui vise à égaliser les conditions de la concurrence entre les entreprises, le législateur préfère les accords de gestion négociés au niveau de ces entreprises !

- b) Le second processus à avoir consacré le rôle de l'accord d'entreprise, c'est l'effacement pur et simple de la loi comme productrice de normes du travail au profit de la négociation collective – accords de branche ou d'entreprises d'abord, puis plus directement en faveur des accords d'entreprise ou d'établissement.

En effet, la loi devient supplétive depuis la loi travail, dans tous les domaines du temps de travail et des congés. Outre les règles dites d'ordre public qui sont réduites à la portion congrue, on ne se réfère à la règle légale que faute d'accord d'entreprise, ou à défaut de branche. Un exemple, avec la majoration des heures supplémentaires : l'ordre public dit que toute heure supplémentaire ouvre droit à majoration. Dans le champ négocié, on prévoit que la négociation doit garantir au moins une majoration de salaire de 10 %. Et ce n'est que si aucun accord n'aboutit que la loi oblige à augmenter de 25% les 8 premières heures et de 50% les suivantes.

Il faut préciser que le projet de réforme du code du travail par voie d'ordonnance prévoit une extension de cette formule à de très nombreux domaines du code.

2. 2^e Point sur la situation : les fonctions de l'accord de branche.

Aujourd'hui, la loi décrit en ces termes les rôles assignés aux accords de branche : c'est l'article L. 2232-5-1 du code du travail :

La branche a pour missions :

1° De définir, par la négociation, les garanties applicables aux salariés employés par les entreprises relevant de son champ d'application, notamment en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, de prévention de la pénibilité prévue au titre VI du livre Ier de la quatrième partie du présent code et d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes mentionnée à l'article L. 2241-3 ;

2° De définir, par la négociation, les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords conclus au niveau de la branche, à l'exclusion des thèmes pour lesquels la loi prévoit la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise ;

3° De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application.

Cet article appelle trois remarques :

1) Tout d'abord, le 3^e point correspond à la fonction historique de l'accord de branche : l'égalisation des conditions de concurrence entre les entreprises sur les marchés de biens et services du point de vue des conditions de travail. C'est la fonction anti-dumping social de la convention collective. Cela concerne notamment le salaire minimum, comme le premier point le prévoit, quoique

l'étude de ces accords démontre que cela fait longtemps que la question salariale n'est plus uniquement l'affaire des branches et que celles-ci ont renoncé à élever le salaire minimum conventionnel au-delà du SMIC légal afin de conserver aux entreprises des marges de manœuvre en termes d'individualisation des salaires.

Une deuxième remarque porte sur le 1° point de l'article. A travers ce paragraphe, on aperçoit la mission qui incombe encore à la branche en matière de régulation du marché du travail avec l'organisation des salaires mini et classifications, mutualisation des fonds, de garanties collectives.

Troisième et dernière remarque : qu'en est-il de l'ordre public conventionnel si largement vanté par le rapport Combrexelle ? Il ne fait en fait que s'amaigrir. Certes la loi continue de dire qu'un accord d'entreprise ne peut déroger à l'accord de branche dans les 6 domaines visés à l'article cité (art. L 2253-3). Mais les conventions de branche peuvent-elles comporter encore des clauses de verrouillage ? Théoriquement oui : c'est le point n° 2 , sauf dans les domaines où la loi prévoit elle-même la primauté de l'accord d'entreprise, c'est-à-dire actuellement le temps de travail et les congés et, demain, selon les projets, d'autres parties importantes du droit du travail.

Donc, les rapports successifs ont beau insister sur la fonction de régulation de la branche, ce rôle ne devrait plus jouer qu'à la marge en ce qui concerne les conditions de travail et d'emploi.

3. Pour compléter le tableau, et bien qu'on l'ait déjà évoqué : quel est le rôle de la loi dans tout ça ?

Comme on l'a vu, elle se désengage beaucoup, mais pas complètement. C'est bien la loi qui définit les cadres de cette nouvelle production normative en distribuant les rôles. C'est parce qu'elle est encore présente que la notion d'inversion de la hiérarchie des normes a pu être contestée. Dans les derniers projets, la loi vise par ailleurs à parfaire l'organisation du marché du travail et l'assouplissement du marché du travail. Nicole Maggi Germain évoquera tout à leur le compte personnel d'activité. Mais c'est la loi aussi qui, selon le projet d'habilitation, envisage de revoir les barèmes d'indemnités aux prud'hommes pour les licenciements sans cause réelle et sérieuse ou établit une présomption de conformité à la loi des accords négociés par les partenaires sociaux, dans le sillage de la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation qui a validé, sur le terrain de l'égalité de traitement et présumé conformes, les accords qui introduisent des avantages intercatégoriels ou des disparités de rémunération par exemple entre établissements.

Alors quel bilan dresser ?

- les accords d'entreprise ou d'établissement sont en première ligne pour adapter les conditions de travail aux exigences de la compétitivité des entreprises sur les marchés de biens et services

- au niveau des accords de branche ou plus haut au niveau interprofessionnel ou de la loi, les principales fonctions consistent à apporter de la fluidité sur le marché du travail et à sécuriser les trajectoires professionnelles. **Fluidité** sur le marché du travail : pensons par exemple dans le projet de loi d'habilitation à réformer le code du travail par ordonnance, à la possibilité donnée aux branches d'adapter par voie conventionnelle les cas de recours aux CDD. En termes **de sécurisation des trajectoires** professionnelles : la branche doit devenir un espace de mobilité, comme le disaient deux auteurs : l'Etat fait de la branche l'institution de mise en œuvre de son plan anti-crise (on peut penser aux mutualisations des fonds de la formation professionnelle, de la mise en place de garanties

collectives et de leur portabilité). A cet égard, la restructuration en cours des branches professionnelles par réduction et regroupement devrait correspondre à cette conception de la branche comme espace de mobilité. D'où la conclusion d'un auteur :

« Peu à peu, la fonction normative exercée par les groupements professionnels à l'égard des entreprises s'entend sur un mode minimaliste et cela au bénéfice d'une conception gestionnaire de leurs missions : faciliter les mobilités professionnelles, structurer un marché de l'emploi sectorisé, réguler, procurer aux entreprises des modèles clé en main ou bien décider de l'octroi de ressources financières... »².

Dans ces conditions, on peut s'interroger :

Est-ce que les accords d'entreprise, tournés vers l'adaptation concurrentielle aux marchés de biens et services, font toujours partie du droit du travail, comme branche de droit autonome ?

Et les accords de branche, invités à mettre en place un marché du travail à la fois souple pour les entreprises et sécurisant pour les salariés et les privés d'emploi, de sorte que ce marché soit une vraie ressource où puiser pour les uns et les autres, ces accords de branche sont-ils encore du droit du travail ou plutôt du droit de l'emploi ?

Est-ce que le droit du travail tel qu'on a pu le connaître ne survivra plus que dans quelques énoncés fondamentaux, tels que suggérés par le projet Badinter, auxquels on n'oubliera pas d'ajouter le droit international et européen du travail ?

Il faut sincèrement souhaiter qu'un effet d'entraînement entre marché des biens et services et marché du travail permette de mettre un terme au chômage massif. L'on sait aussi qu'historiquement le droit du travail est un droit de luttes sociales mais aussi de compromis. La question est tout de même de savoir si négociées pour l'essentiel dans les entreprises et perdant en généralité, les normes de travail qui vont se développer peuvent être autre chose qu'un droit de régulation des marchés, c'est-à-dire un droit économique.

² Sophie Nadal, « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », *Dr. social* 2016, 110.