

Le renforcement du rôle de la négociation collective dans le processus de changement du droit du travail est l'objet d'une forte demande sociale. Analyse critique du modèle de la démocratie sociale.

Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ?

Antoine Jeammaud, Professeur à l'Université Lumière Lyon 2,
et Hélène Masse-Dessen, Avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation

La vocation de la législation, au sens matériel, à poser et modifier des règles en toute matière de droit du travail, dans le respect de la répartition des compétences entre organes de l'État fixée par la Constitution et sous la seule contrainte du respect des normes constitutionnelles, internationales et communautaires, doit-elle perdurer ? Ne faudrait-il pas reconnaître une priorité à la négociation entre « partenaires sociaux » représentant les intérêts des personnes les plus directement concernées ?

Si la teneur de la loi a parfois été négociée et convenue entre les organisations patronales et syndicales, puis recueillie dans un projet de loi adopté sans difficulté par le Parlement, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'aucune norme constitutionnelle n'obligeait le gouvernement à faire précéder la présentation de projets de lois concernant le droit du travail d'une négociation entre ces partenaires sociaux (*Cons. const.*, 10 juin 1998, n° 98-401 DC, RFD *const.* 1998, p. 640, obs. L. Favoreu). Le gouvernement Raffarin s'est toutefois engagé, à l'occasion de l'adoption de la loi du 4 mai 2004 qui a repris les apports substantiels de l'ANI de septembre 2003 relatif à la formation professionnelle, à pratiquer dorénavant cette méthode (engagement solennel, logé dans l'exposé des motifs, de « renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme législative relative au droit du travail »)¹. Est-il besoin de signaler que l'actuel gouvernement a ignoré cette promesse ?

Cette promesse accompagnait assez naturellement une loi de 2004 qui a réformé le régime de la négociation collective (le « dialogue social ») en accueillant certaines propositions de deux accords entre le patronat et une majorité de confédérations syndicales (sans la CGT), porteurs d'orientations communes : l'ANI du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle et la « Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective » adoptée le 16 juillet 2001.

DES PROPOSITIONS DE NOUVELLE DISTRIBUTION DES RÔLES

► L'exemple du droit communautaire

Le développement du « dialogue social » dans le cadre de la Communauté européenne, puis sa consécration par l'Acte unique européen de 1986 et surtout l'Accord sur la politique sociale (préparé par les organisations patronales et syndicales européennes) souscrit par onze des douze États membres de l'époque pour être annexé au protocole sur la politique sociale du Traité sur l'Union européenne de 1992, allaient inspirer

de nouvelles propositions. Des propositions que l'on prétend liées au plus récent avatar de l'idéal démocratique : la « démocratie sociale »².

L'Accord sur la politique sociale officialisait et renforçait le rôle des « partenaires sociaux... » dans l'action normative européenne. Ce schéma a ensuite été incorporé au Traité de Rome par le Traité d'Amsterdam de 1997. La priorité ainsi reconnue à la négociation par rapport à la voie « législative » a donné des idées à des organisations professionnelles et syndicales françaises, puis à certains politiques (notamment à des candidats à l'élection présidentielle de 2002). Pourquoi ne pas introduire, dans l'ordre interne, un système analogue pour la production des normes en matière de travail et de protection sociale, en privilégiant l'imagination et l'entente des représentants des intérêts les plus directement concernés ? Pourquoi ne pas l'inscrire dans la Constitution et comment, d'ailleurs, ne pas le constitutionnaliser si l'on entend qu'il ne reste pas une simple pratique ?

► La Position commune

La Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective, signée le 16 juillet 2001 par le Medef, la CGPME et l'UPA, d'une part, la CFDT, la CGT-FO, la CFE-CGC et la CFTC, d'autre part, réaffirme la résolution des signataires, proclamée par l'ANI du 31 octobre 1995, d'œuvrer afin que cette modalité de production des normes devienne le « moteur du système de relations professionnelles ».

Il s'agirait d'abord d'élargir l'espace de la négociation en distinguant trois domaines « de compétences respectives et de responsabilité de l'État et des interlocuteurs sociaux ». Il faudrait, en second lieu, confier des fonctions supplémentaires à la négociation collective en prévoyant, sur le modèle de l'article 138 du Traité de Rome, que « les interlocuteurs sociaux puissent, au niveau national interprofessionnel, prendre s'ils le souhaitent, le relais d'une initiative des pouvoirs publics dans leur champ de compétence ». Il importerait enfin de garantir que les ANI appelant des modifications législatives « puissent entrer en vigueur dans le respect de leur équilibre », c'est-à-dire sans que le législateur en altère la teneur à l'occasion de leur « transcription » dans un texte légal.

Afin d'assurer le respect des dispositions agénçant un tel système de sources normatives, il est proposé que « préalablement à toute initiative législative dans le domaine social, les interlocuteurs sociaux [soient] officiellement saisis par les pouvoirs publics d'une demande

1. Gérard Lyon-Caen avait, dans l'un de ses derniers écrits, proposé d'institutionnaliser cette procédure (« Contribution au travail législatif sur la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 1110 : « Dans la préparation de tout texte législatif en matière de travail salarié, le gouvernement sollicite le point de vue des interlocuteurs sociaux. Il les invite à conclure un accord national interprofessionnel d'orientation, dont il s'inspire avant tout dépôt d'un projet de loi. »).

2. Sur les origines et les sollicitations récentes de cette notion : M. Le Friant, « La démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards (Revue du Cnoss)*, janvier 2001, p. 39 ; le rapport Auroux de 1981 comptait plutôt faire advenir, à travers les réformes du droit du travail, une « démocratie économique », c'est-à-dire un avatar hexagonal de « démocratie industrielle », plus orientée vers une limitation et un certain contrôle de l'exercice du pouvoir dans l'entreprise sans aller jusqu'à la cogestion (A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Actes Sud, 1986, p. 19).

d'avis sur son opportunité», et, « à l'issue de cette consultation, si l'initiative était maintenue, la faculté devrait leur être offerte de traiter le thème [...] par voie conventionnelle dans un délai à déterminer ». Étant entendu que « si la négociation aboutissait à un accord, celui-ci devrait être repris par le législateur dans le respect de son équilibre ».

► Le rapport Virville

La proposition de réduire le rôle de la loi au profit de la négociation se retrouve, sous une forme moins élaborée, dans des documents postérieurs : le rapport remis en janvier 2004 au ministre chargé des affaires sociales par une commission animée par M. de Virville (*Pour un Code du travail plus efficace, La Documentation française, 2004*), puis deux documents publiés à la même époque par des organisations patronales (*Réflexions sur la simplification du droit, note de l'Institut de l'entreprise par Ph. Langlois, janv. 2004*; *Moderniser le Code du travail : les 44 propositions du Medef, Direction des relations sociales du Medef, mars 2004*).

Le Rapport Virville préconise d'« organiser dans la durée les interventions respectives de la négociation et de la loi ». Il conviendrait, d'une part, « d'élargir, sous le contrôle du Parlement, le champ de la négociation et d'articuler de façon dynamique l'intervention du législateur et des partenaires sociaux dans le cadre d'un pacte clair » (proposition n° 43), d'autre part, « de garantir la stabilité des accords dans le temps » afin que les règles convenues ne soient pas remises en cause par un changement législatif, sauf volonté explicite du législateur (proposition n° 44).

Ce « pacte clair organisant la collaboration entre la loi et la négociation collective » pourrait « prendre ultérieurement une forme constitutionnelle ».

La commission exprime sa doctrine dans les termes suivants : « Au législateur, il revient de fixer les principes fondamentaux, les dispositions essentielles à caractère impératif qu'il n'entend pas voir remettre en cause ultérieurement par la négociation. Il lui revient aussi de fixer les règles de la négociation collective : qualité des signatures nécessaires, organisation des niveaux de négociation, mais aussi, pour certains sujets, caractère impératif de certains niveaux de négociation ou caractère obligatoire de certaines dispositions. Mais, en contrepartie, le légis-

lateur ayant exprimé ce qui relève de ses prérogatives, il convient que les partenaires sociaux puissent s'engager dans la négociation avec la certitude que, s'ils respectent les règles ainsi fixées, le résultat de la négociation ne sera pas remis en cause ».

L'actualité atteste que l'extension du rôle de la négociation sociale dans le processus de changement du droit du travail est bien l'objet d'une « demande sociale ».

Aussi cette perspective doit-elle être évaluée plus attentivement que jamais.

LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA RÉDUCTION DE LA PLACE DE LA LOI

Plus ou moins ample selon les propositions, cette réduction ne saurait aller jusqu'à la disparition de tout corps de dispositions de valeur législative visant les relations du travail salarié. Même avec la contrepartie d'une inscription, dans la Constitution (du côté de l'article 34?), de règles totalement neuves sur les conditions de « relevance », pour le droit de la République, de dispositions négociées. Comment un « Code du travail » réglant la constitution, l'action et la confrontation des organisations prétendant représenter les acteurs du « marché du travail » et des relations du travail et fixant le régime de la convention ou de l'accord collectif recherché par la négociation pourrait-il ne pas être nécessaire ? Le droit étatique du travail pourrait-il même être réduit à un ensemble de dispositions procédurales relatives à la production négociée et décentralisée de « règles substantielles », et ne pas faire place à des normes concernant la santé et la sécurité au travail et à des minima de protection en matière de temps de travail et de repos ? Peut-on laisser aux seuls partenaires sociaux, dont la représentativité et la légitimité sont postulées, une liberté que borneraient les seules normes internationales et communautaires ? Peut-on limiter la confrontation à la loi au sens formel et à la négociation, en oubliant la place de la norme réglementaire, qui appelle un autre type de réflexion ?

► Les vertus de l'autonomie collective

La négociation collective se trouve parée de qualités³ avec lesquelles on devine que font contraste ●●●

3. « La technique consistant à forger la loi à partir de l'accord » assure, affirme un récent article, « l'efficacité économique et la pertinence sociale » (B. Teyssie, *À portée de la pertinence économique de la règle de droit du travail, in Mesurer l'efficacité économique du droit, dir. G. Canivet et al., LGDJ, 2005, p. 67*). On reste dans le registre de la conviction.

Dans la perspective du congrès mondial de Paris

Dans le cadre du XVIII^e Congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale, qui se tiendra à Paris du 5 au 8 septembre prochains (www.laborlawparis.com),

une table ronde sera consacrée à la question « Quel avenir pour la loi en droit du travail ? ». Afin de préparer la contribution française à cet échange international, l'Association française de droit du travail

et de la sécurité sociale (AFDT) et la Société française pour la philosophie et la théorie politiques et juridiques (SFPJ) ont tenu une séance de travail commune le vendredi 10 mars,

à l'Université Paris-I. Le présent texte est extrait d'un document préparé à cette occasion. Les auteurs sont respectivement président et secrétaire générale de l'AFDT.

●●● autant de défauts ou de faiblesses de la législation. Le Rapport Virville offre un florilège de ces mérites, qui peut servir de point de départ pour un examen comparé.

• Cette négociation garantirait l'adaptation des normes aux besoins et aspirations de celles et ceux auxquels les règles de droit sont appelées à s'appliquer, ou plus prosaïquement à la diversité des situations dans les branches et les entreprises, favorisant ainsi l'opportunité décentralisation du droit. Au contraire, législation et réglementation seraient inaptes, par la vocation de leurs dispositions à appréhender les situations en généralité (y compris les situations « particulières », propres à certaines professions, activités ou formes d'organisation du travail), à s'ajuster à cette diversité, croissante ou plus sensible en un temps où le droit du travail concerne moins le travail industriel. Génératrices d'une rigidité un peu plus handicapante et coûteuse chaque jour, elles tireraient paradoxalement une part de leur complexité d'une tendance à la diversification de leurs règles prétendant tenir compte – mais en vain, bien souvent – de la diversité des situations de travail (exemple caricatural du régime légal-réglementaire du temps de travail).

• Source des règles, serait-ce comme source « réelle » de normes formellement adoptées par le pouvoir législatif (négociation de la loi), la négociation favoriserait la stabilité de ces dispositions. On cite volontiers l'exemple des règles essentielles des régimes du contrat à durée déterminée et du travail temporaire, dont la stabilité tiendrait au fait qu'elles sont issues d'un accord de 1990 « repris dans la loi ».

• La négociation favoriserait l'adhésion des « acteurs du monde du travail » aux règles qu'elle produit ou contribue à faire advenir. « Conclure un accord, souligne le Rapport Virville, c'est accepter de prendre des risques et d'engager sa propre signature. Le résultat de la négociation acquiert ainsi une autorité toute particulière aux yeux de ceux pour qui elle va produire du droit. L'application des dispositions arrêtées s'en trouve grandement facilitée ». Cette affirmation peut surprendre : ne méconnaît-elle pas que, si les organisations « s'engagent » de quelque manière en signant, il est douteux qu'elles « engagent les salariés », en droit (la conclusion et la validité d'un accord collectif ne fait pas naître d'obligation particulière à la charge des salariés « couverts » : d'éventuelles obligations découleront plutôt des règles posées par l'instrument) autant que d'un point de vue sociologique ? Mais, quoi qu'il en soit, on ne manquera pas d'opposer à la vertu prêtée aux produits normatifs de l'« autonomie collective » les faiblesses de l'hétéronomie caractérisant l'œuvre législative, même en démocratie représentative.

• Outre qu'elle contribuerait d'essentielle façon à l'institution d'une « démocratie sociale », la contraction du droit légiféré au profit d'une extension de la négociation collective ouvrirait la voie à cette simplification du droit du travail appelée avec tant de constance

et si peu de résultats tangibles⁴. Des avocats de la substitution d'un droit conventionnel à des segments du code, en matière de temps de travail par exemple, soutiennent que « le volume et la complexité du droit réglementaire impliquent des difficultés et un coût de gestion, en particulier pour les PME, qui pénalisent l'efficacité économique » et que l'orientation proposée permettrait que « la nécessaire protection du salarié se fasse d'une façon plus favorable à l'intérêt de l'entreprise, notion qui doit s'entendre de la conjonction des intérêts des détenteurs du capital et de ceux des salariés » (J. Barthélémy et G. Cette, « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », *Dr. soc.* 2006, p. 24).

► La légitimité de la loi

À ces considérations, d'autres peuvent être opposées.

• La loi revêt, en régime de démocratie représentative, une légitimité plus certaine que la négociation collective, surtout si cette dernière donne naissance à des règles « privées » applicables *erga omnes*. Et cela, même si les conditions de représentativité des agents de la négociation sont appréciées selon des critères assez exigeants (plus que ceux qui ont encore cours en droit français, et dont la révision est réclamée par les deux principales confédérations de syndicats).

D'ailleurs, une représentativité indiscutable des organisations signataires d'un accord collectif (notamment d'un ANI) suffirait-elle à légitimer leur action normatrice, alors que ces organisations ne représentent que certains intérêts et que d'autres – intérêts de catégories de la population, intérêt général évidemment – peuvent être affectés par les dispositions convenues ? L'accord des représentants des intérêts les plus directement concernés peut-il suffire à les légitimer dans un régime de démocratie représentative, et l'option du Parlement sommé ou tenu de s'incliner devant cet « accord des partenaires sociaux » change-t-elle quelque chose ?

• Si la loi peut faire place à des dispositions particulières, elle tend cependant à assurer cette égalité devant la loi que requiert d'abord le principe constitutionnel d'égalité. Mais il est vrai que le Conseil constitutionnel retient de cette norme une compréhension bien peu exigeante (tolérante pour les différences introduites par la loi dès lors qu'elles paraissent indexées sur des différences objectives de situation)⁵.

D'un point de vue plus pratique, l'extension de la place de la négociation entre partenaires sociaux est grosse d'une diversification des règles applicables sans commune mesure avec celle qu'opère déjà le droit légiféré et qui ne semble guère favorable à une meilleure connaissance de ces règles. Si elle privilégie cette « proximité », aujourd'hui parée de toutes les vertus, elle défavorise les salariés des secteurs moins développés, moins organisés, donc des petites entreprises.

• L'éclatement ou la dispersion du droit applicable affecte sa fonction de régulation de la concurrence, sinon de garantie d'une « concurrence saine et loyale »,

4. La simplification des textes dans le cadre des vagues successives de « simplification du droit » ne s'opère qu'à la marge. L'actuelle recomposition du Code du travail à textes constants pourra-t-elle faire mieux que faciliter la consultation de cette compilation ?

5. Sa décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 (loi pour l'égalité des chances) n'inclut pas à nuancer cette appréciation.

entre les entrepreneurs utilisateurs de main d'œuvre salariée. Sans doute sensible à cet effet indésirable, le Rapport Virville admet qu'« *il convient de donner, à chaque fois que cela est possible, la priorité à la négociation de branche* » sur la négociation d'entreprise.

• Cet éclatement du droit applicable peut rendre plus difficiles encore les parcours professionnels diversifiés. Les entreprises et les constructions juridiques qui les supportent sont plastiques, évoluent dans le temps et les salariés sont contraints ou conviés à des parcours qui emportent couramment des changements de secteur conventionnel. Il y a donc quelque paradoxe, surtout en un temps où l'on voudrait assurer la combinaison de la flexibilité organisationnelle et de la sécurité du revenu et de la protection sociale (« flexi-sécurité »), à souhaiter réduire le spectre du droit unique.

DISTINGUER

On ne peut traiter du rapport de la norme étatique – législative et réglementaire – et de la négociation collective de la même manière sans distinguer selon les niveaux et les champs d'application de ces normes.

La norme étatique était naguère synonyme d'unification des conditions juridiques de travail et d'emploi et, en tout cas, porteuse de standards minima sous-traités à toute dérogation.

Les accords de niveau national, interprofessionnel ou de branche, ou les accords locaux étaient également générateurs d'avantages et de protections garantis aux salariés, mais garantissant aussi entre elles les entreprises d'un même secteur contre les pratiques de dumping social.

Les développements récents posent le double problème de la possibilité donnée aux « partenaires sociaux » de se substituer à l'État pour la définition de ces minima (dans quelles conditions, notamment de légitimité, de loyauté, de représentativité, etc. ?) et de la portée même de ces minima.

Les rapports entre législation et négociation ne peuvent être appréhendés de la même manière s'il s'agit d'habiliter celle-ci à rivaliser avec celle-là – ou plus exactement avec la législation au sens formel ou la réglementation – c'est-à-dire à poser des règles ayant vocation à une application aussi ample, assorties d'un contrôle administratif (l'inspection du travail) ou social (par les représentants du personnel et des syndicats dans les entreprises ou établissements) apte à favoriser l'effectivité de cette application comme celle de la loi, ou s'il s'agit d'accroître la puissance de la négociation pour produire des normes de branche, locales, normes d'entreprise ou d'établissement.

Dans le premier cas, il s'agira de reconnaître aux partenaires sociaux, soit un pouvoir de participer à l'œuvre législative ou de donner naissance à des règles conventionnelles empiétant sur l'empire actuel du pouvoir législatif, soit un pouvoir quasi réglementaire.

Le problème est d'ordre constitutionnel : bouleverser l'article 34 en ce qui concerne l'énonciation ou la modification des « principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical », ou aménager un rôle aux partenaires sociaux face au pouvoir réglementaire de l'article 21.

La réforme toucherait alors à la mise en œuvre d'un droit à la négociation collective qui est une dimension du principe, lui-même constitutionnel, selon lequel « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail* » (Préambule de 1946, al. 8). Encore faudrait-il trancher un point : l'échec de la négociation interprofessionnelle priverait-il l'État du pouvoir d'édicter des règles sur l'objet de cette tentative infructueuse ou bien laisserait-elle intacte sa puissance normative, donc sa faculté de faire prévaloir le point de vue de certains des partenaires sociaux contre celui des autres ? La seconde solution paraît s'imposer.

Dans le second cas, il s'agit essentiellement de permettre de déroger, par voie de convention ou accord collectif, aux dispositions législatives et réglementaires, au nom des vertus de « réglementations » plus décentralisées. La proposition extrême, à cet égard, reste celle, avancée il y a une vingtaine d'années par certaines organisations patronales et soutenues par certains politiques, du « contrat collectif d'entreprise ». L'admission de cette forme d'« autoréglementation négociée de l'entreprise » passerait par l'abrogation de l'article L. 132-4 du Code du travail ou aurait au moins pour effet de le rétrograder du rang de règle de principe (sinon de « principe du droit du travail ») à celui de règle ordinaire (sinon d'exception). Si l'évolution des rapports entre législation et négociation collective au cours du quart de siècle écoulé a été considérable, voire spectaculaire, cette rupture-là serait proprement historique.

La réflexion sur le rapport entre norme étatique et norme négociée touche ainsi au rapport de la norme générale et de la liberté contractuelle, quelle qu'en soit la source. Elle ne peut être isolée d'une réflexion sur la légitimité et la représentativité des acteurs de la négociation, et sur leur aptitude à contenir le pouvoir de l'employeur. Si la fixation des règles du droit du travail doit relever, sans planchers substantiels ou procéduraux, d'une négociation totalement décentralisée, on peut à nouveau s'interroger sur le rapport de la norme et du pouvoir de l'employeur, comme sur le rapport de la négociation collective et de la régulation de la concurrence, donc, en définitive, sur l'existence même de la négociation collective. ■