

La négociation collective et l'emploi

Tamar KATZ, lauréate du prix de thèse de L'AFDT 2003

PRÉSENTATION FAITE LORS DE LA REUNION DE L'AFDT LE 28 AVRIL 2006

1. Il m'incombe de vous présenter une recherche intitulée « La négociation collective et l'emploi ». Ainsi formulé, le sujet évoque spontanément les objectifs conventionnels en matière d'emploi et leurs incidences sur le droit des conventions et accords collectifs de travail.

Et ce sont effet les questions habituellement posées qui ont retenu mes premières réflexions :

- la redéfinition de la fonction de la négociation collective sous l'égide de l'emploi (d'une fonction de progrès social vers une fonction de gestion) ;
- la remise en cause du modèle classique de l'accord collectif ;
- la place occupée et le rôle joué par la règle dite de faveur dans l'articulation des normes du travail.

Au départ, c'est donc la négociation collective qui a constitué le fer de lance de mon analyse.

2. Il m'est cependant apparu que le sujet recelait un champ d'investigation bien plus large.

Le thème de « La négociation collective et l'emploi » devait être l'étude d'une rencontre – d'une rencontre précoce, serais-je tentée de dire.

En effet, alors que ces deux thèmes ont alimenté de nombreuses réflexions, celles-ci ont été conduites séparément. Elles ont emprunté des chemins parallèles.

L'analyse de leur rencontre restait donc inédite.

3. Le point est connu : les premiers travaux sur la négociation collective ont porté sur la nature de l'accord collectif (contrat ou loi) et ont conclu à sa nature duale. Par la suite, le regard s'est porté sur l'articulation de la convention collective avec les autres normes du droit du travail. L'ensemble de ces études a fait une part belle à l'accord collectif en tant que tel. Et elles ont donc ignoré la négociation collective comme procédure précédant la conclusion de l'accord.

Ce n'est qu'avec la reconnaissance d'un droit des salariés à la négociation collective et l'affirmation progressive de l'entreprise comme lieu de négociation et de conclusion d'accords collectifs de travail que la négociation en tant que procédure a été mise au centre des études plus récentes.

4. Quant à l'emploi, il est le principal objet du droit du travail. Il en constitue « le paramètre fondamental ». Mais, si l'emploi est un centre de préoccupation permanent du droit du travail, sa définition conserve un caractère énigmatique.

4.1. Une définition existe-t-elle dans le droit étatique ?

La principale référence à l'emploi comme objet de négociation figure à l'article L 131-1 du Code du travail qui dispose : *"le présent titre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeur et salariés, il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des travailleurs à la négociation collective de l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle de travail et de leur garanties sociales"*.

Référence est faite aux "conditions d'emploi". Pour autant, ce texte ne livre aucune définition de l'emploi.

Au cours de la dernière décennie, de nombreuses interventions législatives ont incité les partenaires sociaux à négocier en faveur de l'emploi.

Cependant, le législateur entretient l'ambiguïté.

L'emploi apparaît tantôt comme une contrepartie, tantôt comme une perspective générale sans contenu concret.

Le droit étatique n'a donc pas permis de lever un certain nombre d'incertitudes.

La lecture de la principale recherche consacrée à la notion juridique d'emploi, la thèse du Professeur François Gaudu, et des travaux sociologiques et gestionnaires ont constitué une seconde étape incontournable et utile.

4.2. La thèse du Professeur François GAUDU repose sur le présupposé selon lequel il existerait un concept d'emploi en droit privé apte à rendre compte d'un certain rapport unissant des salariés à un employeur.

Dans cette perspective, une notion – unique – d'emploi peut être mise en lumière.

Ainsi, la situation juridique désignée sous le vocable « emploi » doit-elle être considérée comme un ensemble de droits individuels et collectifs. Elle recèle aussi, et le point est essentiel, l'idée d'une certaine stabilité des relations de contractuelles.

Il en ressort, une notion abstraite désignant la relation de travail saisie dans sa durée.

5. L'étude de la rencontre entre la négociation collective et l'emploi, de leurs rapports et interactions, permet un autre niveau d'analyse.

En premier lieu, elle offre un éclairage nouveau tant sur la notion juridique d'emploi que sur la négociation collective entendue comme un système de production de normes.

En second lieu, elle permet de vérifier la pertinence de deux hypothèses.

La première de ces hypothèses rompt avec une vision unitaire et sans doute réductrice de l'emploi. Elle consiste à tenir l'emploi pour une invention conventionnelle.

La seconde repose sur l'idée que l'emploi est un révélateur, et qu'il pourrait être la source des mutations les plus récentes de la négociation collective (II).

I - L'EMPLOI, UNE INVENTION CONVENTIONNELLE

Dire que l'emploi est une invention conventionnelle revient à reconnaître que c'est le droit conventionnel qui a permis de concevoir ou de construire la notion d'emploi.

Tel est le parti pris.

La plus grande importance a été accordée aux textes conventionnels (ANI, Branche, entreprise) comportant dans leurs titres, préambules ou dispositions le terme « emploi ».

Et, l'analyse des accords et conventions collectives a permis d'isoler et de distinguer différents usages, différentes constructions et conceptions de l'emploi.

La négociation collective construit donc la notion juridique d'emploi. Mais c'est à une pluralité de constructions ou de conceptions qu'elle renvoie.

Trois s'en dégagent :

- l'emploi comme état,
- l'emploi comme pouvoir de direction
- et l'emploi comme objectif.

A – Première conception : l'emploi comme état

1. L'état sous l'ancien régime avait de multiples acceptions.

Rapporté au monde du travail :

l'état signifiait le statut légal et la condition. Il impliquait l'idée de condition stable.

Etre « sans état » signifiait être sans activité ou profession, sans statut légal ou condition.

2. Ce terme a pénétré le langage juridique.

V. l'état des personnes, c'est-à-dire leur situation juridique, leur statut juridique mais aussi leur identité (v. état civil).

Selon certains auteurs (L. Mazeaud), l'état serait l'image juridique de la personne.

L'emploi constituerait l'image juridique du salarié.

En ce sens que l'emploi implique une idée de condition juridique, du statut, de sécurité liée au travail, la notion juridique d'emploi pourrait être une survivance de la notion d'état de l'ancien régime.

3. L'appréhension de l'emploi comme état peut également se comprendre à l'aune d'une distinction désormais classique entre travail et emploi (à l'origine distinction entre ouvrier : celui qui exécutait une tâche et était payé à la journée et employé qui bénéficiait d'un statut stable).

- Le travail serait l'activité de production de biens et de services, c'est-à-dire l'exécution matérielle des obligations des salariés.

- L'emploi serait la « traduction de l'activité laborieuse en termes de statuts sociaux ».

On le voit l'emploi n'est pas le travail.

4. L'emploi comme état du salarié s'est construit par la médiation du droit conventionnel.

Il s'agit là de la construction historique de l'emploi. Et, cette première acception de l'emploi fut concomitante à l'essor et au développement de la négociation collective.

Comment ?

Tout d'abord (l'affirmation est banale), la négociation collective a permis l'édification d'un statut des salariés (statut collectif, impératif et uniforme).

Ensuite et de manière plus originale, à travers les grilles conventionnelles de classification en ce qu'elles constituent des règles de qualification du salarié.

Ces qualifications conventionnelles construisent l'identité professionnelle du salarié

Et, cette identité opère un rattachement du salarié à un statut.

Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner le contentieux lié aux grilles de classification : en invoquant ces grilles conventionnelles de classification, le salarié demande en réalité le respect des effets juridiques attachés à sa qualification en termes de rémunération, de promotion, de mobilité fonctionnelle.

B – Deuxième conception : l’emploi comme pouvoir de Direction

1. Il est traditionnellement admis que le pouvoir de direction se décompose en deux éléments :

- Un pouvoir de direction économique (de gestion) qui habilite des personnes à faire des choix, des créations, suppression ou transformation d’activités ;

- Un pouvoir de direction des personnes qui habilite à recruter un salarié, à l’affecter à un poste de travail, à contrôler l’exécution de son travail et à le licencier.

2. La notion d’emploi serait au croisement de ces deux éléments.

Cette notion semble en effet objectiver des choix économiques, organisationnels ou gestionnaires en même temps qu’elle traduit les conséquences de ces choix sur la situation des personnes.

3. Le droit conventionnel est ici encore extrêmement riche d’enseignements.

Les grilles conventionnelles de classification étudiées cette fois en tant que règles de qualification de l’emploi sont éloquentes à cet égard.

Si elles ont pu être définies comme « des nomenclatures d'emplois », leur analyse fait apparaître que l'emploi n'est pas toujours conçu de la même façon.

◇ L'emploi peut être défini comme un poste, c'est-à-dire un ensemble de tâches (prescrites) de résultats (prévus) et de moyens (attribués). Il s'agit d'une organisation rigide de l'activité (Grilles Parodi).

◇ L'emploi peut être défini en termes de « fonctions », il s'agirait dès lors de filières d'emploi.

L'emploi serait un ensemble de postes proches ou un groupe de postes similaires. Cela permet une gestion plus souple pour l'entreprise et une meilleure adaptation aux évolutions des emplois. (Grilles à critères classants).

◇ L'emploi peut être défini en termes de spécialité et dans ce cadre c'est la compétence qui serait au cœur de la définition de l'emploi. Le « coefficient personnel » aura donc une importance majeure sans pour autant s'émanciper de la logique des postes : on parle bien de « compétence requise » (Accords de GPEC).

4. D'une définition à une autre, la notion d'emploi gagne en plasticité pour permettre une gestion plus souple et un pouvoir de direction de l'employeur plus étendu.

Ces constructions conventionnelles de l'emploi ont un écho dans les décisions judiciaires, notamment, à travers le contentieux du licenciement pour motif économique.

- Ainsi, les arrêts relatifs à l'appréciation de la « suppression d'emploi » pourraient suggérer que la suppression de l'emploi équivaut à une suppression du poste de travail.

- Mais c'est oublier l'obligation d'établir un ordre des licenciements (lorsque plusieurs salariés occupent le même emploi) où mention doit être faite à « une catégorie professionnelle » ou à un « emploi de même catégorie » c'est-à-dire une agrégation de postes répondant à des caractéristiques semblables du fait de leur contenu fonctionnel (à la différence du poste singulier du travail).

- Quant à l'obligation de reclassement, la référence à l'emploi disponible ou compatible fait appelle au registre des compétences même si ce dernier reste soumis à celui des postes : contenu fonctionnel de l'emploi (encore une fois, qualifications requises).

C – La troisième conception : l'emploi comme objectif

Il s'agit là de la conception la plus récente et la plus connue.

Elle marque l'évolution de la construction conventionnelle de l'emploi.

Naguère intimement liée à la teneur de l'emploi, c'est une définition en termes d'objectifs qui est aujourd'hui privilégiée.

L'emploi apparaît au cœur de la négociation collective en faveur de l'emploi :

* En tant qu'engagement

Et différents degrés d'engagement coexistent : de l'engagement d'honneur à de véritables obligations civiles (de moyen ou de résultat).

On le voit, l'emploi comme engagement peut être appréhendé par des catégories juridiques familières et c'est ainsi qu'il est saisi par les juges.

* Mais l'emploi apparaît également en tant que justification, c'est-à-dire le motif déterminant de l'accord collectif.

Et la reconnaissance d'effets juridiques à cette construction suppose d'emprunter des chemins plus innovants.

Puisqu'elles sont souvent nichées dans les préambules des accords collectifs, l'appartenance de ces derniers au "bloc conventionnel" doit être encouragée.

De même qu'il convient de militer en faveur de la prise en compte de "l'économie voulue par les parties" ou si l'on préfère de la cause subjective de l'accord.

* *

Différentes faces de l'emploi sont ainsi éclairées, selon les périodes et suivant les contextes, par la négociation collective. Et ces différentes conceptions coexistent. Si la négociation collective met en lumière ces différentes conceptions, elle les met aussi en rapport et abrite leurs tensions.

Ce faisant, la négociation collective se transforme.

Se profile ainsi la seconde hypothèse.

II - L'EMPLOI, SOURCE DES MUTATIONS DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

1. Nous venons de le voir, l'analyse du discours conventionnel fait apparaître la diversité des notions d'emploi.

Mais cet objet –pluriel de négociation pourrait bien à son tour révéler les mutations actuelles de la négociation collective.

Doit-on toutefois regarder l'emploi comme simple révélateur ou doit-on y voir, de manière plus audacieuse, un véritable facteur des dites évolutions ?

La question mérite d'être posée.

Révéléateur, l'emploi l'est en ce qu'il signale les changements opérés au sein du droit conventionnel. Mais plus encore, il pourrait offrir un cadre explicatif auxdites transformations.

C'est cette version forte de la seconde hypothèse qui a été retenue. Mais il convient de la nuancer.

2. Cette seconde hypothèse a été, de manière délibérée, strictement limitée. C'est la négociation collective entendue comme système de production de normes qui a été privilégiée.

L'association entre la négociation collective et l'emploi met en cause la configuration comme la force juridique des règles professionnelles.

De même, leur place dans la hiérarchie des normes connaît quelques secousses.

Sans endosser le rôle de visionnaire, c'est une analyse des mutations actuelles de la négociation collective qui a été entreprise.

Et, paradoxalement peut-être, la volonté de souligner les mutations ou changements m'a conduit à repérer des permanences et à remettre au goût du jour des « vieilles questions neuves ».

A – La nature juridique de la convention collective

1. Si l'on admet avec M. Aliprantis que l'étude de la nature juridique de la convention collective soit « une tentative d'explication de ses effets », l'on ne peut que constater que la configuration des règles conventionnelles, c'est-à-dire leur densité normative ou obligatoire est mise à l'épreuve.

Une certaine porosité entre l'effet normatif et l'effet obligatoire existe.

1.1. La difficulté d'insertion des clauses de nature économiques, clauses relatives à l'implantation ou à l'organisation de la production en est une intéressante illustration.

V. arrêt Briou du 22 janvier 1998 dans lequel l'engagement conventionnel était celui du « maintien d'une activité sur le site ».

Ces clauses ne peuvent être réduites à des clauses de nature normative classique accordant aux salariés des avantages.

En même temps, ces clauses dépassent le champ des obligations que la convention collective fait usuellement naître entre les contractants.

La Cour de cassation reconnaît à ces clauses une portée individuelle. Le salarié peut invoquer le non-respect de ces clauses et demander des dommages-intérêts.

Pourtant, il s'agit de clauses, qui bien qu'intéressant les salariés, n'ont pas vocation à atteindre leurs contrats individuels de travail.

Comment le comprendre ?

1.2. Deux interprétations sont possibles et plausibles.

Tout d'abord, la Cour de cassation ne recourt-elle pas, sans le dire, à des mécanismes tendant à l'extension de l'effet obligatoire de l'accord collectif ?
V. mécanisme de la stipulation pour autrui.

Ensuite, pour la Haute juridiction, ces clauses ont-elles un caractère normatif ? Et, si tel est le cas, n'assiste-t-on pas à un réaménagement de la dimension normative de la convention collective ?

Telles sont les deux alternatives.

- La première se heurte à des écueils non négligeables liés à la problématique classique d'une impossible transposition rigoureuse des mécanismes civilistes en droit du travail : l'identification du stipulant / du promettant et des tiers bénéficiaires n'est pas sans soulever des incertitudes dans le cadre particulier des accords collectifs de travail.
- La seconde suppose de revenir sur la conception de la "dimension normative" de la convention collective et sur ses composantes.

La dimension normative est composée d'une force juridique en intensité et d'une force juridique en extension.

L'efficacité juridique reconnue aux clauses de nature économique à l'égard des salariés pourrait bien démontrer que la force juridique en intensité (effet impératif) s'estompe au profit de la force juridique en extension (effet erga omnes) ?

En d'autres termes, ce n'est pas le contrat de travail qui « réceptionne » ces clauses mais bien le salarié en tant que membre du personnel de l'entreprise soumis à l'accord collectif.

2. La question de la nature juridique de l'accord collectif en faveur de l'emploi réhabilite également la question de la figure juridique du contrat et plus particulièrement celle du contrat synallagmatique. Il est vrai que ces accords collectifs s'inscrivent dans un schéma « donnant-donnant » et reposent sur un échange.

Cependant, l'identification des parties et des tiers parmi les « personnes liées » par l'accord collectif est là aussi malaisée.

Mais surtout, l'engagement en droit des accords collectifs de travail diffère de l'engagement en droit des obligations.

Dans le cadre du contrat synallagmatique, on se réfère à une obligation-prestation. Or, s'il existe une obligation prestation à la charge de l'employeur, qu'en est-il pour les syndicats ? La signature des syndicats ne fait que permettre la modification du statut conventionnel, elle confère une

nature juridique particulière à la norme. Quant aux salariés (tiers liés), ils n'ont aucune obligation prestation à leur charge.

Richesse donc du vocable d'engagement dans le droit conventionnel :

- Employeur = obligation civile
- Syndicats = engagements c'est-à-dire tenus par l'accord collectif
- Salariés = engagements c'est-à-dire soumis à l'accord collectif.

Le rapport d'obligation (prestation) réciproques fait donc défaut. La figure du contrat synallagmatique n'est pas adaptée.

Et, si interdépendance il y a, il semble qu'elle ne peut être juridiquement appréhendée que par la notion, certes, « obscure et malléable », d'indivisibilité.

B – La place des règles conventionnelles dans le système juridique

1. La coexistence de divers corps de règles – d'origine étatique ou privée produites en milieu professionnel – suppose un « principe » ou une règle d'articulation. Cette dernière se dévoile en cas de conflit entre les différentes normes applicables. La solution du conflit réside, en effet, dans la règle dite de faveur.

L'étude des interactions entre la négociation collective et l'emploi permet de retracer ses aléas.

L'emploi comme objet de négociation paraît, aujourd'hui, accentuer les incertitudes relatives à sa portée comme à son autorité.

Plus que tout autre, l'emploi comme objectif conventionnel vient en effet perturber l'application de règle de faveur.

2. Dans les rapports entre les normes collectives, les conditions de mise en œuvre de la règle du plus favorable changent.

Eloquente à cet égard est la prolifération des « clauses d'autoproclamation du caractère plus favorable » insérées dans les accords en faveur de l'emploi :

« Les parties reconnaissent que le présent accord met en place la gestion global plus favorable au regard des intérêts de l'entreprise et de l'ensemble du personnel ».

Ces clauses rendent disponibles les conditions de mise en œuvre de la règle de faveur car elles déterminent le périmètre de la comparaison et l'appréciation du caractère plus favorable revient aux partenaires sociaux de au détriment de l'objectivité du juge.

Mais surtout ces clauses tendent à faire prévaloir l'application d'une seule mesure collective au détriment d'autres conventions collectives, pourtant valides et conclues à des niveaux différents.

Sans le dire expressément, ces clauses impriment un caractère supplétif aux autres normes collectives applicables dans l'entreprise.

Et la règle dite de faveur se trouve neutralisée.

3. Des tensions sont également perceptibles dans les rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail. Il semble que les règles conventionnelles gagnent en efficacité tout en s'affranchissant des écueils que pouvaient constituer la règle de faveur ou le contrat de travail lui-même.

Face à la norme collective de gestion, la résistance individuelle paraît donc affaiblie.

La norme collective est réceptionnée non plus par le contrat (effet impératif) mais par le salarié en tant que membre du personnel de l'entreprise (effet erga omnes).

Les clauses de nature économiques pourraient signaler l'obsolescence d'une articulation entre le contrat de travail et la norme conventionnelle et, par là même, la mise à l'écart de cette règle de faveur.

Et du même coup, c'est également le contrat de travail en tant que « fondement d'une résistance de salarié individuel » qui se verrait, à son tour, son rôle s'infléchir.

EN GUISE DE CONCLUSION,

Négociation collective et emploi, serions-nous tentés, de dire, sont de vieux compagnons de route.

Trop longtemps négligée, l'étude de leur rencontre, de leurs rapports et interactions méritait que l'on s'y attarde.

Il en découle deux enseignements qui me tiennent particulièrement à cœur :

- Le premier consiste à rompre avec une vision unitaire de l'emploi. Paramètre fondamental du droit du travail, l'emploi doit être compris comme renvoyant à des significations et à des régimes juridiques multiples.
- Le second enseignement est relatif à l'examen du droit de la négociation collective. L'on a beaucoup étudié la négociation collective à la lumière de ses agents, de ses effets et de ses niveaux. Peu d'efforts, en revanche, ont été menés pour analyser la négociation collective dans ses rapports avec ses objets. L'heure est venue de leur prêter une attention toute particulière pour comprendre plus profondément encore le droit de la négociation collective.

Reste à savoir si les réformes récentes de la négociation collective et du droit du licenciement pour motif économique ont une quelconque incidence sur les enseignements tirés de cette recherche.

La discussion est ouverte.