

NUMÉRO SPÉCIAL RAPPORT PRÉ RÉFORME DROIT DU TRAVAIL

Sommaire

REVUES

	2
Réformer le droit du travail — présentation critique du rapport "Barthélémy — Cette"	2
Rapport "Combrexelle" : propositions de réforme autour de la négociation collective, le travail et l'emploi	7
Rapport de l'Institut Montaigne — Sauver le dialogue social	11

Revue

01

Lexbase Hebdo édition sociale n°626 du 24 septembre 2015

[Social général] Projet, proposition, rapport législatif

Réformer le droit du travail — présentation critique du rapport "Barthélémy — Cette"

11317414

N° Lexbase : N9030BUY



par *Christophe Radé, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, Directeur scientifique de Lexbase Hebdo — édition sociale*

Réf. : *Rapport "Barthélémy — Cette", septembre 2015*

Alors qu'est publié le rapport "Combrexelle", dont Gilles Auzero assure la présentation dans ce numéro (1) et qui préfigure l'architecture de la réforme du droit du travail qui pourrait intervenir courant 2016, l'avocat Jacques Barthélémy et l'économiste Gilbert Cette publient, avec quelques jours d'avance, leur "Réformer le droit du travail" (2). Cet autre rapport, commandé par le *think tank Terra Nova* (3), fait suite aux travaux menés par ces deux auteurs bien connus, qui avaient déjà présentés, séparément (4) ou ensemble (5), différentes analyses et propositions pour réformer le droit du travail. Le point de départ de ces réflexions est aujourd'hui le même pour tous les rapports, celui de l'inefficacité économique du droit du travail actuel (6) et de son incapacité à régler la question du chômage. Sont notamment stigmatisées la complexité des lois du travail (7) et leur trop grande généralité qui empêchent l'application de normes adaptées aux différentes catégories de salariés, qui n'ont pas tous les mêmes besoins, au mépris de la variété des situations locales, et au détriment notamment de la négociation collective, qui ne dispose pas de la place qui devrait être la sienne. Selon les auteurs, l'état actuel du droit du travail nuirait au dynamisme économique et contribuerait à un chômage structurellement élevé et souvent de longue durée, ainsi qu'aux difficultés d'insertion sur le marché du travail qui frappent en particulier les jeunes et travailleurs les plus âgés. Pire, le droit du travail se retournerait contre ceux qu'il est censé protéger en ne traitant pas de manière suffisamment efficace les travailleurs qui rencontrent les plus grandes difficultés d'accès à l'emploi. L'objectif poursuivi par les auteurs est alors double : améliorer l'efficacité économique du droit du travail et assurer aux salariés une véritable protection. Le rapport repose sur deux axes (I). Le premier concerne les sources du droit du travail et vise à renforcer le rôle de la négociation collective en prolongeant les réformes engagées par les lois n°

2004-391, du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (N° Lexbase : L1877DY8) et n° 2008-789, du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (N° Lexbase : L7392IAZ), et à assurer le primat de l'accord d'entreprise sur les accords de branche, la loi et le règlement. Le second concerne l'objet même du droit du travail et propose des modifications importantes de règles existantes dans les domaines les plus variés. Reste à apprécier les propositions du rapport qui sont intéressantes, même si elles reposent sur un pari, celui de la capacité des partenaires sociaux au niveau des entreprises à se substituer effectivement au pouvoir étatique, dont on n'est pas certain qu'il puisse être gagnant (II).

I — Présentation des axes du rapport

A — Priorité donnée à l'accord d'entreprise

Etendre la subsidiarité du droit étatique. La loi du 4 mai 2004 avait fait prévaloir, par principe, l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, tout en réservant l'application de ce dernier lorsque les partenaires sociaux le décident, et sous réserve de points qui échappent au primat de l'accord de branche (*salaires minima, classifications, garanties collectives complémentaires et mutualisation des fonds de la formation professionnelle* (8)). La loi du 20 août 2008 avait été un peu plus loin, en matière de durée du travail, en affirmant, sans réserves, le primat de l'accord d'entreprise et la subsidiarité de l'accord de branche, dans des hypothèses précisément visées par le législateur (9).

C'est cette subsidiarité que le rapport se propose de généraliser, d'étendre "massivement", au-delà donc des cas introduits en 2008 en matière de durée du travail.

Le nouveau dispositif ne ferait, bien entendu, pas disparaître l'ordre public légal (absolu), mais une réflexion sur son domaine serait menée avec les partenaires sociaux pour en définir plus précisément, et plus strictement, le périmètre, car il ne saurait, bien entendu, question d'admettre ici la moindre dérogation, ou la moindre subsidiarité. Il s'agirait, pour les auteurs, de protéger les droits fondamentaux et les engagements internationaux de la France, mais aussi les principes pour lesquels les partenaires sociaux souhaiteraient qu'ils demeurent en dehors du champ de la dérogation.

Etendre l'exigence majoritaire. En contrepoint de ce renforcement de l'autorité s'attachant aux accords d'entreprise, les auteurs proposent de consacrer la condition de majorité, selon un périmètre restant encore à définir, alors que, depuis 2008 le seuil de validité de l'accord avait été fixé, d'une manière générale, à 30 % des suffrages exprimés lors des précédentes élections professionnelles (10).

Le risque de blocage de la négociation collective en raison de ce seuil élevé d'audience des signataires doit, par ailleurs, être mis en perspective avec l'objet même de la subsidiarité, qui n'est pas de priver le législateur de son rôle normatif en droit du travail (chose impossible en raison des termes mêmes de la Constitution du 4 octobre 1958), mais de permettre à la négociation collective d'entreprise, lorsqu'elle peut aboutir, d'adopter d'autres règles que celles issues de la loi. A défaut d'accord, ce sont donc bien les dispositions légales ou réglementaires qui s'appliqueront.

Le rapport revient également sur la problématique de l'articulation de l'accord collectif et du contrat de travail, dans le sillage des critiques formulées ces dernières années à l'encontre du primat de l'accord individuel sur l'accord collectif.

Renforcer l'autorité des accords collectifs sur le contrat de travail. Les auteurs se proposent, ici, de procéder à une réduction du pouvoir de résistance reconnu au salarié, au travers d'une distinction non plus bipartite entre éléments essentiels non modifiables sans l'accord du salarié, et éléments non essentiels relevant de la détermination des conditions de travail et qui relèvent du pouvoir de direction de l'employeur. La catégorie des éléments essentiels serait elle-même scindée en deux : un noyau dur demeurerait, composé d'éléments essentiels "absolus" soumis au régime actuel de l'accord du salarié, et des éléments essentiels "relatifs" que le salarié pourrait défendre contre certaines modifications induites par le statut collectif (*soit à titre temporaire, sur le modèle des accords de maintien de l'emploi, soit de manière définitive, lorsque l'accord aurait atteint un certain seuil de légitimité*), mais qui entraînerait l'application d'un régime de rupture du contrat de travail à la fois simplifié et moins favorable, notamment sur le plan indemnitaire, puisque le licenciement serait justifié par la volonté de forcer l'application d'une norme conventionnelle majoritaire, et l'indemnité de licenciement diminuée, singulièrement amputée de sa fraction conventionnelle, lorsqu'elle existe. Dans ce système inspiré des règles mises en place à titre exceptionnel depuis 2002, lorsqu'un salarié refuse la réduction de la durée de travail (sans baisse de rémunération) résultant de l'application d'un ARTT, ou d'un accord de maintien de l'emploi, le salarié disposerait, comme en matière économique,

d'un délai de réflexion, à l'expiration duquel il serait censé avoir accepté, s'il n'a pas refusé, la modification de son contrat.

Renforcer l'attractivité des syndicats. Conscients du principal obstacle à la réalisation d'une telle ambition, à savoir la capacité effective des syndicats à prendre en charge la priorité accordée à la négociation d'entreprise, les auteurs envisagent des mesures incitatives destinées à favoriser l'engagement syndical, notamment la généralisation du chèque syndical (p. 89) (11).

Favoriser la négociation collective d'entreprise. L'objectif entraîne également un approfondissement des techniques visant à permettre la négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, au moment même où la loi "Rebsamen" du 17 août 2015 vient modifier le cadre existant (12). Il s'agit ici de favoriser la négociation avec le comité d'entreprise ou un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative dans la branche, en supprimant la validation par la commission paritaire de branche.

Les auteurs souhaitent également un renforcement de ce qu'on a pris coutume de nommer "les accords de méthode", qui devront systématiquement précéder l'engagement des négociations au fond. S'inscrivant dans le courant de la procéduralisation, les auteurs proposent de faire du respect de ces règles de méthode des obligations conditionnant la validité des accords.

Les accords collectifs devront également comporter, de manière plus fréquente, des éléments de régime concernant la durée, l'interprétation, la révision ou la dénonciation, et des dispositions relatives à leur interprétation.

B — Déjudiciariser les relations professionnelles

Dépénaliser. Les auteurs proposent également de limiter le champ des obligations pénales, en pratiques inefficaces, au profit d'incitations et de sanctions administratives, plus opérationnelles, comme on a pu le constater avec la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi (N° Lexbase : L0394IXU) qui a réhabilité le rôle de l'administration du travail dans le processus d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, de préférence au juge judiciaire.

Favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges. Les modes alternatifs de règlement des litiges sont également favorisés, comme la médiation ou la conciliation, tant pour les litiges individuels que collectifs, leur caractère obligatoire pouvant conduire à déroger à la compétence de la juridiction prud'homale. L'arbitrage ferait également son apparition lorsqu'un accord de branche le prévoit (*éventuellement en limitant le recours à certaines catégories de salariés, et/ou à certains litiges*).

Professionaliser les juridictions prud'homales. Les auteurs proposent de rompre avec la structure actuelle des conseils de prud'hommes et d'introduire l'échevinage, c'est-à-dire la présence d'un magistrat professionnel, intervenant plus seulement comme juge départiteur mais comme juge de droit commun, aux côtés d'assesseurs salariés et employeurs, désignés par les organisations professionnelles. Il s'agit ici d'améliorer la qualité des jugements de première instance, de réduire les taux d'appel et donc de désengorger les tribunaux.

C — Introduire de nouvelles garanties sociales

Étendre le champ de la négociation collective. L'outil conventionnel est également favorisé, dans un domaine -celui de la Sécurité sociale— où il n'a, en principe, pas sa place, et ce, afin de favoriser l'apparition de nouveaux droits portant sur la mobilité, la promotion sociale, la citoyenneté ou l'employabilité.

Mise à l'écart du contrat unique. Les auteurs écartent la proposition d'un contrat unique, compte tenu des besoins spécifiques couverts par les CDD (p. 130). Ils marquent également leur préférence pour une taxation du recours aux CDD, minorée, toutefois, en cas d'encadrement conventionnel (p. 147).

Assouplir le régime du SMIC. Les auteurs proposent une réforme du SMIC, également assise sur une analyse économique de son efficacité actuellement limitée pour lutter contre la pauvreté. Il s'agirait d'autoriser des dérogations au niveau du SMIC par accord de branche étendu, à tout le moins de geler ses augmentations.

II — Appréciation critique

Comment mesurer la part du droit du travail dans l'ensemble des contraintes normatives ? Les propositions de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette repose sur un constat, celui des contraintes, qu'on qualifiera de "juridiques", qui pèsent sur les entreprises et brident la croissance et l'emploi. Ces contraintes ne sont pas que juridiques ; les auteurs pointent du doigt également des facteurs plus technologiques, comme le sous-emploi des technologies de l'information et de la communication (p. 11). Lorsqu'elles sont juridiques, elles ne concernent pas que le marché du

travail et le marché des biens, mais aussi la gestion des systèmes d'assurances sociales ou de formation professionnelle (p. 13). On peut également citer les contraintes imposées par le droit de l'urbanisme, de la construction, les précautions à prendre en matière de santé publique, les spécificités d'activités réglementées, etc..

De la complexité des causes naît une interrogation : si la part de la complexité du droit du travail dans les difficultés économiques rencontrées par la France est si difficile à préciser, et les causes si imbriquées, en quoi une réforme profonde du droit du travail serait-elle de nature à garantir, *par elle-même*, et avec suffisamment de certitude, une amélioration de la situation de l'emploi ? Ne faut-il pas plus radicalement *changer de modèle économique et social*, comme le préconisaient d'ailleurs Philippe Aghion, Gilbert Cette et Elie Cohen (13) dans un ouvrage publié récemment, et qui sert, d'ailleurs, de première étape au rapport cosigné par Gilbert Cette ? Certes, pourrait-on observer, il faut bien engager les réformes par un bout et réaliser les premières modifications du droit du travail, mais, sans une entreprise plus vaste, avec quelles garanties ? La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (N° Lexbase : L4876KEC), dite loi "Macron", qui s'inscrit résolument dans cette perspective, a-t-elle été au bout de la logique en desserrant suffisamment l'étau ?

L'accord d'entreprise peut-il concilier efficacité économique et protection des salariés ? Une autre hésitation concerne la réalisation du double objectif affiché par les auteurs, au travers notamment de l'extension du domaine de la subsidiarité et de la promotion de l'accord d'entreprise, celui d'une conciliation entre une meilleure efficacité économique et le respect de la fonction protectrice du droit du travail. Cette capacité à tenir les deux bouts de la chaîne repose sur un pari, celui de la capacité des syndicats à imposer, en contrepartie d'un assouplissement des règles d'organisation du travail, la protection des droits des salariés.

Or, on peut raisonnablement douter qu'il en soit toujours ainsi. On sait, en effet, que la négociation d'entreprise s'inscrit dans un contexte économique pesant, et que singulièrement les enjeux en termes d'emploi (*ne pas en perdre, à défaut d'en gagner*) sont omniprésents, singulièrement en période de crise économique. Sans aller jusqu'à craindre systématiquement un "chantage à l'emploi", on peut craindre que la protection soit la variable d'ajustement de la recherche d'une meilleure efficacité économique des normes d'entreprise (14). Par ailleurs, la soumission des organisations syndicales de l'entreprise à la pression électorale permanente, qui est le revers de la nécessaire relégitimation des acteurs engagés depuis 2008, met les syndicats en porte-à-faux sur les questions d'emploi, et rend la conclusion d'accords dérogatoires (*tant à la loi qu'aux dispositions dérogeables des accords de branche*) plus délicates, qui plus est, compte tenu de la généralisation annoncée de la condition de majorité.

La subsidiarité est-elle la solution ? Enfin, le choix de privilégier la voie conventionnelle et de maintenir un droit du travail d'origine étatique, s'appliquant de manière subsidiaire, n'est pas de nature à régler le problème de la surproduction des normes étatiques, de la succession, de la complexité, voire de la médiocrité de certaines réformes. Le mouvement de recentrage du droit du travail sur l'accord d'entreprise doit, par conséquent, s'accompagner d'une modification profonde de la politique législative qui doit gagner en rareté et en simplicité, le législateur devant se concentrer sur sa mission constitutionnelle qui est de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail (15). Les auteurs du rapport sont bien entendu conscients de cette exigence, et renvoient le législateur à une sorte de "déontologie", laissant à la négociation collective le soin de fixer le détail des règles qu'il édicte.

Ce retour du législateur dans son domaine constitutionnel d'intervention, dans le cadre d'un partage plus net des compétences avec les partenaires sociaux, nous semble, d'ailleurs, être la seule solution pour que les accords d'entreprise puissent véritablement jouer pleinement leur rôle. Même dans le cadre d'une subsidiarité élargie des sources étatiques, l'accord d'entreprise risque de se heurter à l'obstacle majoritaire. Si, en effet, les normes étatiques continuent de garantir des hauts niveaux de normes pour les salariés, les syndicats d'entreprise pourraient bien de ne pas se risquer à y substituer des normes d'entreprises moins favorables, au risque de perdre une partie significative de leur électorat aux prochaines élections professionnelles. En revanche, si les normes étatiques laissent aux partenaires sociaux le soin de fixer largement les règles applicables dans les entreprises, sans préjuger de ce qu'elles doivent être, alors il faudra bien trouver un terrain d'entente (*qui n'entrera pas en concurrence avec les normes étatiques*).

Le schéma qui se dessine est alors plus celui d'un *ordre public social au domaine restreint*, c'est-à-dire de normes planchers réduites aux droits essentiels des travailleurs, et laissant les acteurs, sur le terrain, décider s'il y a lieu d'aller plus loin ou d'instaurer de nouvelles prérogatives, et de réaliser les choix d'organisation qui s'imposent. Il n'est donc pas certain que la *subsidiarité* placée au centre du dispositif soit la solution la plus efficace pour parvenir aux objectifs fixés.

(1) G. Auzero, *Rapport "Combrexelle" : propositions de réforme autour de la négociation collective, le travail et l'emploi*, Lexbase Hebdo n° 626 du 24 septembre 2015 — édition sociale (N° Lexbase : N9068BUE).

(2) Ed. Odile Jacob, septembre 2015, 171 pages.

(3) Selon la présentation qui en est assurée sur leur site, Terra Nova "*est un progressiste indépendant ayant pour but de produire et diffuser des solutions politiques innovantes en France et en Europe*". Ce "laboratoire d'idée" est actuellement présidé par François Chérèque, qui fut secrétaire général du syndicat CFDT, à la suite de Nicole Notat, de 2002 à 2012.

(4) Pour G. Cette, l'ouvrage publié avec P. Aghion et E. Cohen, *Changer de modèle*, éd. Odile Jacob, avril 2014, 263 pages.

(5) Dernièrement, *Refonder le droit social : mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, 2ème éd., 2013, Doc. fr. ; *Vers une approche plus qualitative de la durée du travail*, Dr. soc., 2015, p. 47.

(6) C'est également l'opinion de R. Badinter et A. Lyon, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015, 77 pages, notamment p. 11-12.

(7) Sur laquelle notre étude, *Simplifier le droit du travail — ou comment vider le tonneau des Danaïdes*, Lexbase Hebdo n° 623 du 3 septembre 2015 — édition sociale (N° Lexbase : N8714BUB).

(8) C. trav., art. L. 2253-3 (N° Lexbase : L2413H9A).

(9) L'ordre d'application est donc, dans ces hypothèse, l'accord d'entreprise, à défaut l'accord de branche (sans que les partenaires sociaux ne puissent alors s'y opposer, cette subsidiarité étant d'ordre public), à défaut le décret.

(10) C. trav., art. L. 2232-12 (N° Lexbase : L3770IBA).

(11) Sur le chèque syndical, et le précédent au sein de la société Axa : Nicole Notat, *A propos de l'accord Axa*", Dr. soc., 1991, p. 93.

(12) Sur ces mesures, voir notre étude *Loi "Rebsamen" : interdiction des agissements sexistes (art. 20), négociation en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise (art. 21), réforme des IRP (art. 22) et de la représentativité des organisations patronales (art. 23)*, Lexbase Hebdo n° 624 du 10 septembre 2015 — édition sociale (N° Lexbase : N8826BUG).

(13) Préc..

(14) C'est déjà cette critique qui pouvait être faite à la thématique de la flexi-sécurité, les aspects de flexibilité des réformes apparaissant plus nettement que les gains de sécurité ...

(15) On observera, d'ailleurs, que les trois rapports publiés en septembre, le rapport "Combrexelle" (voir le commentaire de Gilles Auzero, précité note 1), le rapport de l'Institut Montaigne (voir le commentaire de Sébastien Tournaux, *Rapport de l'Institut Montaigne — Sauver le dialogue social*, Lexbase Hebdo n° 626 du 24 septembre 2015 — édition sociale N° Lexbase : N9093BUC) et le rapport "Barthélémy-Cette", insistent sur l'articulation des normes et la promotion des accords d'entreprise, et moins sur la qualité de la norme légale. Seuls Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen s'attaquent frontalement au problème de l'objet des lois sociales (ouvrage préc.).

Revue

02

Lexbase Hebdo édition sociale n°626 du 24 septembre 2015

[Social général] Projet, proposition, rapport législatif

Rapport "Combrexelle" : propositions de réforme autour de la négociation collective, le travail et l'emploi

11317339

N° Lexbase : N9068BUE



par Gilles Auzero, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Réf. : Rapport "Combrexelle", La négociation collective, le travail et l'emploi, 9 septembre 2015

Pour être relativement volumineux, le Rapport remis au Premier ministre par Jean-Denis Combrexelle (1), s'avère très pédagogique. Riche de 44 propositions, il a pour centre de gravité un questionnement relatif à la place qu'il convient de réserver à la négociation collective dans notre pays. Plus exactement, les développements contenus dans ce rapport reposent, de l'aveu même de ses rédacteurs, "sur une double conviction :

— la négociation collective est un mode de régulation adaptée à la diversité et à la complexité de nos relations sociales ;

— elle est, dans notre pays et à ce moment précis de notre histoire sociale, sans doute l'un des leviers de réforme les plus efficaces" (p. 13).

Partant, le rapport "Combrexelle" entend donner une place nouvelle à la négociation collective, parée de nombreuses vertus, sans pour autant être présentée comme une panacée. A cette fin, le rapport articule ses 44 propositions autour de deux questions fondamentales dont on est tenté de considérer qu'elles relèvent, pour la première, de la politique juridique et, pour la seconde, de la technique juridique. Il s'agit, dans un premier temps, de "créer une dynamique de la négociation collective" et, dans un second temps, de "donner de nouveaux champs à cette même négociation collective" (2).

Nous souhaiterions, dans les lignes qui suivent, nous concentrer sur ce second versant du rapport, qui comporte, sans aucun doute, les propositions les plus sensibles. On ne saurait, pour autant, minimiser l'intérêt de celles qui relèvent de la volonté de créer une dynamique et, est-on tenté de dire, une véritable culture de la négociation collective. Certaines des propositions formulées à cet égard apparaissent particulièrement opportunes. On songe, notamment, à la place renforcée qu'il conviendrait de donner aux accords de méthode destinés à organiser la négociation, sur un plan matériel et temporel, ou encore à la nécessité, de notre point de vue avérée, de revenir sur les règles de révision des accords collectifs, particulièrement mises à mal par la réforme de la représentativité syndicale.

Le chapitre du rapport relatif aux champs de la négociation collective est fondé sur le principe général consistant à donner davantage d'espace à la négociation collective. Procédant par ordre, le rapport s'attache, d'abord, à évoquer la refonte du Code du travail, avant de présenter une articulation nouvelle des sources en droit du travail.

1 — La refonte du Code du travail

Limitation du flux normatif. Nul, sans doute, ne songe à contester ce fait que notre droit du travail est complexe. Mais cette complexité, dont le rapport souligne qu'elle est inhérente à la complexité même de notre société et affecte aussi d'autres matières telles que le droit fiscal ou le droit de l'urbanisme, est avant tout la conséquence d'un flux normatif *"qui atteint des proportions déraisonnables au point que même les directions des ressources humaines des plus grands groupes peinent à suivre"* (p. 74).

Sans demander un moratoire des lois en la matière, qui serait certainement peine perdue, le rapport appelle, plus modestement, de ses vœux une *"limitation du nombre de réformes législatives en fixant un agenda social annuel et en le respectant"* (prop. n° 24). En outre, pour stabiliser l'importance quantitative de notre Code du travail, il faudrait faire en sorte que tout texte nouveau soit gagé par la suppression d'un texte obsolète afin d'empêcher la constitution de strates successives qui nuisent à la compréhension du code (prop. n° 25). On ne peut que souscrire à de telles suggestions, de nature à éviter les lois de circonstance ou *"de réaction"*.

Nouvelle architecture du Code du travail. Le rapport propose ensuite une *"nouvelle architecture du Code du travail"* et, en aucune façon, son démantèlement. Au contraire, il est affirmé qu'*"une réduction drastique du Code du travail [...] plongerait notre économie et notre système de relations sociales dans une situation chaotique et donnerait au juge un pouvoir sans précédent. Selon toute vraisemblance, ce pouvoir serait d'ailleurs exercé pour restaurer en règles jurisprudentielles les règles législatives et réglementaires qui auraient été précédemment abrogées"* (p. 77).

Cela étant précisé, tout en conservant le plan actuel du Code du travail, les auteurs du rapport proposent de faire clairement la part, à l'intérieur de chacune des divisions, entre :

— les principes fondamentaux du droit du travail qui relèvent strictement du champ de l'article 34 de la Constitution (N° Lexbase : L7403HHN) ainsi que les normes de transposition du droit communautaire : ces principes et normes présentant un caractère impératif car relevant de l'ordre public ;

— les champs ouverts à la négociation avec le minimum d'encadrement législatif qu'exige la Constitution ;

— les dispositions du code supplétives, généralement de niveau règlementaire, qui s'appliqueraient en l'absence d'accord collectif.

A ce stade, on peut s'empêcher de relever un certain paradoxe. Si le rapport écarte toute *"réduction drastique"* du Code du travail, les propositions formulées subséquemment pourraient, de fait, y conduire... N'est-ce pas, en effet, la conséquence éventuelle d'un *"recentrage"* du code sur des principes fondamentaux ? Sans doute, ces derniers doivent-ils s'accompagner d'un *"minimum d'encadrement législatif"* et de normes supplétives. Mais, c'est alors compter sur la raison de ceux qui les édictent.

Toujours est-il que l'objectif est de parvenir et revenir à un Code du travail *"plus équilibré"*. A cette fin, le rapport entend retenir un délai fort raisonnable de quatre ans, employé à la réécriture du code. Mais comme l'urgence se fait sentir, il conviendrait, dans le courant de l'année 2016, de cibler les domaines sur lesquels, du point de vue social et économique, il y a une urgence à développer la négociation collective et à adapter, en conséquence, les dispositions du Code du travail.

La logique serait, aux termes du rapport, de s'appuyer sur les quatre piliers de la négociation que sont le temps de travail, les salaires, l'emploi et les conditions de travail. On comprend ici que ces quatre piliers pourraient constituer le modèle d'une généralisation à plus long terme, d'une nouvelle articulation des normes en droit du travail.

2 — La nouvelle articulation des normes en droit du travail

Dans chacun des piliers évoqués précédemment, le droit positif se caractérise par une forte imbrication de la norme unilatérale (loi et règlement) et du renvoi à la négociation. Le travail de clarification consisterait à établir, à l'intérieur de chacun de ces piliers, ce qui relève de l'ordre public et ce qui relève, à titre principal, de la négociation.

On aura compris que le droit imposé devrait, dans les matières concernées, se réduire à un noyau dur de normes d'ordre public fixant quelques grands principes (durée maximale de travail (3), SMIC, etc.). Pour le reste, renvoi serait fait à la négociation collective, en articulant la négociation de branche et la négociation d'entreprise. En résumé, et pour reprendre une formule saisissante du rapport, "*à la loi de fixer les grands principes du travail et de l'emploi, aux accords de branche de fixer l'ordre public conventionnel et aux accords d'entreprise de définir en priorité le droit conventionnel du travail sur tous les sujets qui ne relèvent pas de l'ordre public*" (p. 89).

Les missions de la branche. Selon le rapport, la première mission de la branche consisterait à définir "*l'ordre public conventionnel*", "*qui s'applique à l'ensemble des entreprises du secteur et qui est opposable, sous réserve de l'application du principe de faveur, à l'ensemble des accords d'entreprise*". Certaines stipulations relèveraient, par nature, de "*l'ordre public conventionnel*" (4), tandis que d'autres appartiendraient à cette catégorie par la volonté même des négociateurs, qui devraient l'indiquer de manière explicite. On aura compris que l'ensemble de ces stipulations ne pourrait qu'être amélioré dans le cadre de la négociation collective d'entreprise. C'est donc, plutôt, un "*ordre public social conventionnel*" qui serait édicté au niveau des branches, étant observé que le rapport semble vouloir écarter toute stipulation qui interdirait purement et simplement la négociation au niveau inférieur.

La branche aurait pour deuxième mission d'assumer un rôle de prestataire de services à destination des entreprises. A cet égard, elle pourrait, selon le rapport, proposer, "*via des accords, des solutions spécialement adaptées aux TPE*", notamment par des accords d'entreprise types laissant au chef d'entreprise et à ses salariés des options claires de choix ou encore des exemples de bonnes pratiques concernant notamment le contenu d'accords d'entreprise.

La troisième mission de la branche, de notre point de vue essentielle, serait de définir les stipulations supplétives "*qui s'appliquent en l'absence d'accord d'entreprise dans les domaines définis par le Code du travail*" (5).

Avant d'en venir au rôle de la négociation d'entreprise, il importe de souligner que le rapport appelle de ses vœux, de manière particulièrement opportune à nos yeux, une réduction du nombre de branches.

Le rôle de la négociation d'entreprise. Dans un premier temps, dans le seul champ de ce que le rapport "Combrexelle" nomme les accords "ACTES" (Accords sur les Conditions et Temps de travail, l'Emploi et les Salaires), serait organisée une complémentarité entre les différents modes de régulation qui s'articulerait de la manière suivante :

— un ordre public législatif défini par le code du travail et un ordre public conventionnel défini par l'accord de branche du secteur ; ces ordres publics seraient définis de façon telle qu'une marge suffisamment large soit laissée aux accords d'entreprise ;

— les accords d'entreprise s'appliqueraient en priorité ;

— à défaut d'accord d'entreprise, s'appliqueraient les stipulations supplétives de l'accord de branche ; à défaut d'accord d'entreprise ou d'accord de branche sur le sujet, s'appliqueraient les dispositions supplétives du Code du travail.

Le dispositif ainsi présenté appelle un certain nombre de commentaires. A l'évidence, les auteurs du rapport ont entendu accorder une véritable priorité à l'accord d'entreprise. Mais priorité n'est pas ici synonyme de prééminence. En effet, la négociation d'entreprise est enfermée dans de strictes limites puisqu'elle doit respecter l'ordre public législatif et l'ordre public conventionnel. Partant, l'autonomie des négociateurs au niveau de l'entreprise pourrait se réduire à peau de chagrin, compte tenu du nombre de stipulations que l'accord de branche aura rattaché à "*l'ordre public conventionnel*". En outre, et par hypothèse, ce même accord de branche ne pourra faire l'économie des stipulations supplétives, pour le cas où la négociation d'entreprise n'aura pas, au pire, abouti ou, au mieux, débouché sur un texte lacunaire. Partant, la complexité des normes pourrait se déplacer du Code du travail vers l'accord de branche. Mais ledit code devra, lui aussi, nécessairement édicter des normes supplétives ce qui, il faut en convenir, ne contribuera pas à le faire maigrir... On doit cependant rappeler que, comme il a été dit précédemment, là n'est pas l'objectif premier des propositions du rapport "Combrexelle".

En réalité, et de notre point de vue, il ouvre à de nouvelles perspectives, en offrant aux partenaires sociaux l'op-

portunité de libérer la négociation d'entreprise. Mais il ne s'agit là que d'une opportunité tout entière offerte aux partenaires sociaux, si tant est que le législateur ne démultiplie pas les dispositions d'ordre public qu'il a la charge d'élaborer. On peut aussi se demander si, fondamentalement, le dispositif proposé dans le rapport se démarque véritablement des techniques de dérogation et supplétivité que nous connaissons d'ores et déjà. On rappellera simplement ici qu'en vertu de la première, et sous réserve des quatre domaines "*sanctuarisés*", l'accord d'entreprise peut déroger à l'accord de branche, sauf si celui-ci l'interdit. Ainsi, et depuis 2004, l'accord de branche peut conférer une priorité à l'accord d'entreprise. Avec le dispositif nouveau, le second aura la priorité, du moins sur toutes les questions que le premier n'aura pas rattaché à "*l'ordre public conventionnel*", dont on a vu que, sous réserve des stipulations relevant "*par nature*" de celui-ci, il serait abandonné à la volonté des parties signataires.

Par ailleurs, parce que le rôle nouveau conféré à l'accord d'entreprise ne saurait faire l'économie d'un questionnement sur sa légitimité, le rapport "Combrexelle" propose, à compter de 2017, la généralisation du principe de l'accord majoritaire.

Accord collectif et contrat de travail. La proposition n° 42 du rapport "Combrexelle" est ainsi formulée : "*Institution d'une règle faisant prévaloir, dans l'intérêt général et l'intérêt collectif des salariés, les accords collectifs préservant l'emploi sur les contrats de travail*". On l'aura compris, il s'agit ici d'écarter la règle édictée par l'article L. 2254-1 du Code du travail (N° Lexbase : L2417H9E) et, plus certainement encore, la jurisprudence de la Cour de cassation au terme de laquelle un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié.

Si la proposition peut rebuter, elle est néanmoins encadrée. Ne seraient concernés que les accords qui visent à protéger, maintenir, préserver et développer l'emploi, c'est-à-dire les accords de mobilité, de GPEC et de maintien dans l'emploi. En outre, alors même que le rapport entend dénier au salarié le droit de s'opposer à l'application d'un tel accord, son licenciement ne serait pas prononcé pour faute, mais pour motif économique. Néanmoins, sa cause réelle et sérieuse serait présumée, si tant est que les engagements internationaux de la France le permette, et "*le régime indemnitaire serait spécifique à cette situation et devrait être moins attractif que celui prévu par le droit commun en cas de licenciement pour motif économique*".

(1) Le rapport est issu d'une réflexion collective et pluridisciplinaire d'un groupe de travail composé de juristes, d'économistes, de sociologues, de praticiens et d'experts venant d'autres Etats membres de l'Union européenne.

(2) Nous reprenons ici les intitulés figurant dans le rapport lui-même.

(3) Il n'est guère besoin de rappeler que le rapport propose ou, plus exactement proposait, que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne relève pas de ne noyau dur et soit, de ce fait, abandonné à la négociation collective. L'emploi du passé est de rigueur, compte tenu des déclarations du Premier ministre sur ce point.

(4) Selon le rapport, il s'agit des stipulations qui visent "*des règles ou des dispositifs qui s'inscrivent dans une régulation au niveau national. Il s'agit traditionnellement des qualifications, des salaires minima, de la prévoyance et de la formation professionnelle. Il faudrait y ajouter la question de la pénibilité*". Bien que cela ne soit pas précisé, on croit deviner qu'il reviendrait à la "*norme unilatérale*" de fixer les domaines (plus que les stipulations) relevant, par nature, de "*l'ordre public conventionnel*".

(5) Le rapport fait état d'une quatrième mission de la branche tournée vers l'emploi et la formation en fonction des évolutions prévisibles du secteur.

Revue

03

Lexbase Hebdo édition sociale n°626 du 24 septembre 2015

[Social général] Projet, proposition, rapport législatif

Rapport de l'Institut Montaigne — Sauver le dialogue social

11317363

N° Lexbase : N9093BUC



par Sébastien Tournaux, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Réf. : *Rapport de l'Institut Montaigne, septembre 2015*

L'Institut Montaigne a rendu public au début du mois de septembre 2015 un rapport intitulé "Sauver le dialogue social - Priorité à la négociation d'entreprise". Ce texte de 49 pages a pour ambition d'établir "un bilan des dernières années de négociation collective" et de formuler "des propositions pour placer l'accord d'entreprise au cœur de la réforme du marché de l'emploi et reconstruire un dialogue social efficace au service de la cohésion sociale et de la compétitivité" (1). Le rapport prend appui sur différentes idées parfois communes à d'autres publications récentes (2) : complexité du droit du travail, présence trop importante de l'Etat dans les relations sociales, prééminence de l'attention portée aux *insiders* au détriment des *outsiders*, inadaptation et inefficacité de la négociation sociale à tous les niveaux (interprofessionnel, professionnel ou entreprise). Il est scindé en deux parties. La première dresse un état des lieux de la négociation sociale en France qu'elle juge être à la "fin d'un cycle". Deux arguments sont principalement avancés pour soutenir la démonstration : la négociation sociale "à la française" constituerait un modèle singulier en Europe, trop structuré et hiérarchisé (3) ; le système français de négociation serait confronté à un certain nombre de blocages structurels qui empêchent son épanouissement. La seconde partie présente une douzaine de propositions de réformes du droit du travail autour de quatre axes : réordonner les normes (I) ; redonner un sens à la négociation interprofessionnelle (II) ; recentrer la négociation de branche (III) ; favoriser le dialogue social d'entreprise (IV).

I — La répartition des compétences entre l'Etat, les partenaires sociaux et les parties au contrat de travail

Répartition inappropriée des compétences entre la loi et la négociation sociale. Sans que cela soit très étonnant compte tenu de la teneur des débats actuels sur la question, le modèle allemand de répartition des compétences entre législateur et partenaires sociaux est fortement mis en avant par les auteurs du rapport (4). La primauté de la négociation sectorielle et le rôle primordial du conseil d'entreprise sont présentés comme des "*atouts essentiels*" pour "*l'efficacité et l'adaptabilité de la négociation*".

Le système français de négociation sociale serait trop contraint et l'autonomie collective des partenaires sociaux, à tous les niveaux, beaucoup trop entravée. Cette vision de la négociation collective nous paraît sévère. Le droit à la négociation collective, manifestation du droit des travailleurs à participer à la détermination collective de leurs conditions de travail, repose sur de puissants fondements internes (5) et internationaux (6), même s'il est vrai qu'il s'agit d'un droit reconnu aux salariés et non directement aux organisations syndicales et patronales. Les dispositions du Code du travail offrent une très large compétence aux partenaires sociaux qui peuvent négocier sur l'ensemble des "*conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail*" et des "*garanties sociales*" (7). Le souhait d'une autonomie collective pleine et entière, d'un pouvoir créateur totalement détaché de l'ordre juridique étatique, est une chimère, ce que concède d'ailleurs insidieusement le rapport en maintenant trois catégories d'ordre public destinés à encadrer le domaine de compétence des partenaires sociaux (8).

L'appel à une plus grande autonomie collective sert de levier pour contester la place trop importante de l'Etat dans les relations sociales, stigmatiser la taille du Code du travail et critiquer le rôle joué par le juge dans ce domaine. Si le rôle de la jurisprudence est un peu laissé de côté dans la suite du rapport, la place de la loi est une préoccupation majeure de ses auteurs qui vont jusqu'à affirmer qu'elle devrait se contenter d'intervenir "*pour définir l'ordre public absolu*" (9), bien en deçà de son rôle de détermination des principes fondamentaux "*du droit du travail, du droit syndical et de la Sécurité sociale*" (10).

Concrètement, le renforcement de l'autonomie collective des partenaires sociaux passe par deux mesures proposées par le texte.

Reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie collective des partenaires sociaux. Il faudrait d'abord reconnaître l'accord collectif comme une norme à part entière dans la Constitution. C'est là une proposition déjà autrefois avancée (11) et qui pourrait recouvrir deux modalités (12). *A minima*, les partenaires sociaux seraient constitutionnellement associés à la procédure législative, rehaussant d'un niveau dans la pyramide l'obligation déjà faite par la loi "Larcher" (loi n°2007-130 du 31 janvier 2007, de modernisation du dialogue social N° Lexbase : [L2479HUD](#)) de les consulter avant tout projet de loi (13). Au vu de la critique virulente que fait le rapport de ce rôle de pré-législateur, c'est plutôt la seconde modalité qui doit être retenue. Il s'agirait alors de consacrer le rôle de source de droit de la négociation collective de travail dans la Constitution.

La proposition n'est pas seulement forte en symbole. Consacrée constitutionnellement, l'autonomie collective ne pourrait plus être écartée par la loi mais, seulement, par le constituant. Les limitations du domaine de la négociation collective, en d'autres termes la détermination du contenu de l'ordre public absolu, relèverait alors du domaine constitutionnel et l'on ne pourrait faire l'économie de l'élaboration d'un socle de droits sociaux fondamentaux garantis formellement par la Constitution.

Réforme des règles d'articulation entre les différentes normes en droit du travail. Dans le prolongement de cette proposition, il conviendrait ensuite de redéfinir les conceptions de l'ordre public en droit du travail. La négociation collective d'entreprise serait toujours habilitée à adapter les règles issues de la loi, du règlement ou des conventions et accords collectifs d'un niveau supérieur (si tant est que cet adjectif demeure adapté...).

Cette proposition conduit donc à ne conserver qu'une conception finalement très classique de l'ordre public : soit il est totalement interdit de déroger à la loi (ordre public absolu), soit il est permis d'y déroger, que la dérogation soit favorable ou non aux salariés. Le rapport ne propose rien de moins que de rendre supplétives l'ensemble des dispositions légales et réglementaires du droit du travail. C'est dans une très large mesure l'ordre public social qui disparaît et, compte tenu de la primauté de l'accord d'entreprise, le principe de faveur qui se trouverait refoulé.

Les différents niveaux d'ordre public. Un tableau présente plus précisément les domaines de l'ordre public absolu (indérogeabilité totale), de l'ordre public professionnel (possibilité de déroger à la loi dans les accords de branche) et de suppléativité des règles étatiques au profit de la négociation d'entreprise (14).

L'ordre public absolu devrait être réservé aux domaines marqués par l'intérêt général ou par les exigences liées à un contexte institutionnel (compétences judiciaire et administrative, règles de représentativité, principe de la représentation du personnel, règles impliquant la protection des droits fondamentaux des travailleurs), ce qui n'est guère

éloigné de son domaine actuel.

Le domaine de "*l'ordre public professionnel*" recouvrirait les questions qui relèvent par essence de la compétence des branches d'activités : classifications professionnelles, *minima* conventionnels, mutualisation, etc. Le rapport propose toutefois d'y ajouter les règles relatives aux salaires *minima* qui ne relèveraient donc pas de l'ordre public absolu. Il s'agit donc assez clairement d'une proposition de suppression du SMIC au profit de salaires *minima* de branche déterminés pour chaque activité et applicables si la négociation d'entreprise ne s'est pas elle-même saisie de cette question.

Enfin, le domaine de l'accord collectif d'entreprise serait particulièrement vaste puisque cette norme devrait constituer le "*droit commun*" du droit du travail de demain tel qu'imaginé par le rapport. Les auteurs donnent quelques exemples qui permettent d'en deviner la physionomie : liberté de négociation sur le temps de travail dans la limite toutefois des règles posées par les textes internationaux et européens ; liberté d'aménagement des règles relatives aux CDD, tant s'agissant du formalisme encadrant sa formation que des cas de recours justifiant son recours ; aménagement des motifs de licenciement : "*la négociation collective d'entreprise pourrait fixer sa propre liste de motifs de rupture*", ce qui reviendrait concrètement à déposséder le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Cette ouverture du domaine de la négociation d'entreprise sous semble fondée sur deux présupposés difficilement vérifiables. D'abord que la réglementation des domaines concernés (SMIC, CDD, licenciement, etc.) a une influence notable sur l'emploi dans notre pays. Le droit du licenciement est depuis longtemps la cible de ces discours sans que le lien n'ait jamais été clairement démontré. Ensuite que la norme décentralisée que constitue l'accord d'entreprise constituerait un meilleur vecteur que la loi pour promouvoir cet objectif en termes d'emploi. Le fait que la négociation d'entreprise permette l'adoption de règles adaptées à chaque structure est indéniable, mais il ne peut faire oublier qu'un droit aussi décentralisé aurait aussi pour conséquence d'accroître considérablement les différences de traitement entre salariés selon qu'ils sont employés par une grande ou une petite entreprise, sise dans telle ou telle région de France, ressortissant d'une activité ou d'une autre.

Rôle subsidiaire du contrat de travail. Conformément à l'esprit du rapport souhaitant placer l'accord d'entreprise au centre du jeu, la force obligatoire du contrat de travail devrait être plus généralement limitée lorsqu'elle se trouverait en conflit avec la norme collective.

C'est là le sens de la sixième proposition faite par le rapport consistant à donner primauté à l'accord collectif sur le contrat de travail, sauf exception prévue par la loi (15). Sans autre précision, il est proposé que "*l'accord collectif [prime] sur le contrat de travail*" si bien que "*toute modification de l'accord collectif ne nécessiterait plus de recueillir l'accord du salarié, puisque la modification s'impose au salarié*" (16). Il s'agit donc de généraliser le dispositif mis en place par la loi de sécurisation de l'emploi (loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi [N° Lexbase : L0394IXU](#)) et renforcé par la loi "Macron" (loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques [N° Lexbase : L4876KEC](#)) en cas de conclusion d'un accord de maintien de l'emploi (17) : la modification s'imposant au salarié, il ne peut la refuser.

La suite du propos est toutefois plus nuancée et il faudrait finalement distinguer selon que l'accord "*modifie le contrat de travail*" ou qu'il ne le modifie pas. Dans le premier cas, le licenciement reposerait sur une cause réelle et sérieuse et donnerait droit à des indemnités minorées, dans le second, il s'agirait d'un licenciement pour faute sans indemnités, ce qui n'est d'ailleurs que la reprise du droit positif.

La présomption de justification du licenciement, malgré les contrariétés probables d'une telle mesure aux engagements internationaux de la France (18), serait donc étendue au refus d'une modification résultant de tout type d'accord collectif d'entreprise. Si une telle mesure devait être adoptée, c'est le rôle normatif du contrat de travail qui serait entièrement remis en cause, le contrat étant relégué à un pur statut d'acte-condition. Plus concrètement, les stipulations du contrat de travail deviendraient purement informatives et seraient dépourvues de force obligatoire dès lors qu'une stipulation conventionnelle les contrarierait.

II — La négociation nationale interprofessionnelle

Crise de l'interprofession. La France serait le seul pays dans lequel la négociation nationale interprofessionnelle aurait autant d'importance. Ce niveau de négociation souffrirait d'une trop grande emprise des pouvoirs publics. Les partenaires sociaux à ce niveau ne joueraient qu'un rôle "*d'auxiliaire de la loi, voire de pré-législateur*" et seraient pour une large part dépourvus de leur autonomie collective. A cela s'ajouterait que les thématiques de négociations seraient contraintes, manqueraient d'ambition et aboutiraient à des consensus catégoriels *a minima* (19).

Ces constats sont en partie justes même si des exemples délaissés peuvent aussi être apportés à la contradiction.

S'il est vrai que les liens entre les partenaires sociaux au niveau interprofessionnel et les pouvoirs publics sont étroits, cela n'est pas seulement le cas en France. De nombreux pays européens donnent en particulier une grande importance aux négociations tripartites qui impliquent très directement les pouvoirs publics (20). La faiblesse des ambitions des partenaires sociaux est elle aussi démentie par la conclusion de quelques accords, dont la vocation évolue et tend davantage à exprimer des consensus de nature politique plutôt qu'à poser des réglementations. Tel est le cas notamment de l'ANI du 19 juin 2013, vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle (N° Lexbase : L7869I9C). Il est vrai, en revanche, que la négociation interprofessionnelle nationale semble parfois faire un peu double emploi avec la négociation interprofessionnelle au niveau européen, plusieurs ANI récents n'ayant eu pour objet que de transposer des accords-cadres européens (21).

Le constat de l'inefficacité du dialogue social interprofessionnel n'est en réalité appuyé dans le rapport que sur l'échec de la négociation sur le dialogue social, l'hiver dernier. Cet échec était fort en symbole puisqu'il est difficile de croire au rôle de partenaires qui n'arrivent pas à s'entendre sur le cadre même de leurs discussions, ce qui était précisément l'objet de la négociation sur le dialogue social. L'échec doit tout de même être mis en perspective du nombre important d'accords nationaux interprofessionnels conclus ces dernières années (22), dont certains comme l'accord sur la modernisation du marché du travail en 2008 et l'accord relatif à la sécurisation de l'emploi en 2013 (N° Lexbase : L9638IUI) ont insufflé de profondes réformes du droit du travail et dont les ambitions peuvent donc difficilement être niées.

Le rapport pointe encore du doigt la faible légitimité des acteurs au niveau interprofessionnel, ce qui ne peut être nié mais doit être relativisé au regard du caractère général de cette faiblesse, quel que soit le niveau de négociation. Il porte un regard particulièrement sévère sur la négociation destinée à encadrer le fonctionnement des institutions ou organismes paritaires (Unedic, OPCA, protection sociale complémentaire, etc.) allant ici à contre-courant de sa tonalité générale en appelant à une reprise en main étatique (23).

Critère majoritaire et procédure de négociation. Les mesures proposées par le rapport sont assez timides au regard du caractère très sombre du tableau de la négociation nationale interprofessionnelle qu'il brosse. Essentiellement formelles, les onzième et douzième propositions invitent à renforcer le critère majoritaire au niveau interprofessionnel et à repenser les règles de négociation des ANI.

Le souhait d'un renforcement du critère majoritaire au niveau de la négociation interprofessionnelle peut difficilement être contesté. En l'état actuel, il suffit qu'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli 30 % des suffrages exprimés au niveau interprofessionnel signe l'accord pour que celui-ci soit valable, sauf opposition des syndicats majoritaires non signataires (24). Comme au niveau de la branche ou de l'entreprise (25), ce système est insatisfaisant d'abord en raison de sa complexité, ensuite parce qu'il peut mener à l'adoption d'accord qui ne sont en réalité soutenus que par un petit tiers de la représentation syndicale nationale de notre pays.

Deux critiques peuvent toutefois être apportées à cette proposition. D'abord, le critère majoritaire est soigneusement laissé de côté s'agissant des organisations patronales alors même que la négociation sur le dialogue social a rappelé l'an dernier que les dissensions entre elles pouvaient être fortes (26). Ensuite, porter l'exigence majoritaire à 50 % pour la conclusion d'ANI pourrait accroître encore les difficultés à aboutir à la conclusion d'accords tant il est difficile de trouver des compromis qui satisfassent chacun à un tel niveau de généralité. Le principe de l'accord majoritaire au niveau interprofessionnel pourrait mener *de facto* à l'extinction de la négociation interprofessionnelle. Plutôt que de masquer cet objectif dans un encadrement procédural, le rapport aurait gagné à proposer plus ouvertement de limiter le domaine de négociation interprofessionnelle.

S'agissant de la proposition de remise à plat des règles procédurales de négociation interprofessionnelle, elle est essentielle compte tenu du déroulement actuel des discussions. Les conditions des débats récents ont été presque unanimement dénoncées et il est urgent d'aménager un cadre de discussion dépassionné. La suggestion qui consiste à attendre des partenaires sociaux qu'ils concluent un accord de méthode ayant pour objet d'encadrer leurs discussions est intéressante, à condition d'oublier que c'est précisément sur cet objet, celui du dialogue social d'une manière générale, que la négociation interprofessionnelle a échoué au mois de janvier dernier...

III — La négociation de branche

Le constat : profusion et atonie des branches. Le troisième axe de propositions du rapport entend recentrer et renforcer les branches d'activité.

Partant du constat d'un manque de clarté des domaines des différentes branches, de leur nombre trop important et de l'atonie de certaines branches d'activité dans lesquelles la négociation collective est peu dynamique (27), le rapport propose de favoriser le regroupement de branches et de modifier les règles de durée des accords de branche qui seraient par principe conclus à durée déterminée.

Favoriser le regroupement de branches. Le regroupement de branches serait permis par la reconnaissance de niveaux intermédiaires de négociation. Prenant appui sur quelques expériences de négociations communes à plusieurs branches (28), les auteurs du rapport souhaitent que soient favorisés *"les regroupements par une alchimie entre des mesures incitatives et l'utilisation des prérogatives du ministre"*. Claire dans son idée, la proposition l'est nettement moins d'un point de vue opérationnel. De quelles mesures incitatives, par exemple, est-il question ?

Cette recherche de regroupement pose une autre question, celle de la concurrence potentielle entre ces grands ensembles formés de branches regroupées et de la négociation interprofessionnelle. La gestion d'organismes paritaires tels que les OPCA, qui sert d'exemple au rapport, relève traditionnellement de la négociation interprofessionnelle. A nouveau on perçoit la volonté insidieuse de refouler la négociation interprofessionnelle en favorisant d'autres niveaux de négociation pour les thématiques qui constituaient jusque-là, le cœur de sa compétence (29).

Des accords de branche à durée déterminée. La seconde proposition tend à ce que les accords de branche soient par principe conclus pour une durée déterminée. L'idée, clairement exprimée, est de permettre la suppression des obligations de négociation périodiques au niveau de la branche et ainsi de *"favoriser une dynamique de négociation de branche"* (30).

Outre le paradoxe selon lequel supprimer des obligations de négociation favoriserait la tenue de négociations, la proposition suscite plusieurs interrogations. La possibilité de conclure des accords collectifs à durée déterminée est déjà prévue par le Code du travail mais l'article L. 2222-4, alinéa 2 (N° Lexbase : L2247H94), dispose que *"la convention ou l'accord à durée déterminée arrivant à expiration continue à produire ses effets comme une convention ou un accord à durée indéterminée si bien que, sauf stipulation contraire, les accords collectifs sont le plus souvent tacitement reconduits"*. Cette mesure permet d'éviter les effets très lourds qu'implique l'extinction d'un accord collectif de travail et, en particulier, l'obligation de négociation à la charge des parties et le maintien des avantages individuels acquis faute d'accord de substitution.

Poser le principe que les accords de branche seraient conclus à durée déterminée, sans tacite reconduction, ne supprimerait pas les obligations périodiques de négociation mais permettraient seulement d'en définir le moment : ce n'est plus la loi qui imposerait tous les ans, tous les trois ans ou tous les cinq ans une négociation, mais la durée de l'accord fixé par les parties qui impliquerait, à son échéance, qu'une négociation s'engage.

La question des avantages individuels acquis est peut-être moins problématique dans l'esprit des rédacteurs du rapport compte tenu de l'articulation souhaitée entre contrat de travail et accord collectif (31). L'incorporation au contrat de travail des avantages individuels acquis ne ferait plus figure d'épouvantail puisqu'il serait désormais possible, par un accord collectif conclu postérieurement, de les remettre en cause.

IV — La négociation d'entreprise

Les faiblesses de la négociation d'entreprise : un manque de confiance ? C'est sur la négociation d'entreprise que sont concentrées les idées du rapport qui y consacre la moitié des propositions présentées. Il est d'abord dressé un constat des différentes faiblesses de la négociation collective d'entreprise.

Celui d'abord de la trop faible légitimité des acteurs de la négociation, en réalité de la représentation du personnel. Cette faiblesse résulterait de différentes causes : cumul des mandats, formation insuffisante des représentants, multiplication des réunions, etc..

Celui, ensuite, de l'ineffectivité du principe de proximité que la loi du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (N° Lexbase : L1877DY8) avait tenté d'instaurer, mais qui s'est heurtée à la pratique très fréquente des clauses dites de verrouillage qui, par application de l'article L. 2253-3, alinéa 2, du Code du travail (N° Lexbase : L2413H9A), interdisent la dérogation par l'accord d'entreprise aux accords supérieurs (32).

Celui, enfin, que plusieurs de nos voisins européens ont fait le choix d'une négociation collective centrée sur l'entreprise, ce qui reste toutefois loin d'être une situation universelle comme en témoigne le poids de la négociation sectorielle en Allemagne.

La négociation collective d'entreprise devrait, aux yeux des rapporteurs, être placée au cœur du système normatif en droit du travail, l'accord collectif d'entreprise constituer le *"droit commun"* du droit du travail. A cette fin, nous l'avons vu, l'accord d'entreprise pourrait déroger librement aux lois et règlements, aux accords interprofessionnels ou de branche. Mais la centralité de la négociation d'entreprise ne peut être choisie sans que la légitimité des acteurs ne soit renforcée.

Légitimité des acteurs de la négociation d'entreprise. La troisième proposition du rapport avance d'abord l'idée d'une meilleure formation des représentants syndicaux des entreprises et la reconnaissance de parcours de carrière plus satisfaisants. La proposition ne suscite guère la polémique : créer la règle "*de droit commun*" du droit du travail exige en effet, des compétences dont la majorité des représentants syndicaux aujourd'hui ne disposent pas. Les contours de cette proposition sont toutefois peu clairs. Il faudrait permettre d'autres formations que la formation économique sociale et syndicale actuellement délivrée par les syndicats ou par les universités *via* les instituts du travail. Mais qui aurait alors la charge de ces formations d'un nouveau genre ?

Il faudrait encore éviter la constitution d'un syndicalisme professionnalisé ou "*d'appareil*" en limitant à deux le nombre de mandats consécutifs qu'un salarié pourrait occuper. Dans le même ordre d'idée, un représentant ne pourrait consacrer plus de 50 % de son temps de travail à l'exercice de ses mandats afin de conserver un lien avec la réalité de l'entreprise. Ces deux mesures sont louables sur le principe mais occultent une problématique importante de la représentation syndicale dans notre pays.

La quatrième proposition a pour vocation de renforcer la légitimité des représentants. Assez curieusement, le texte commence par proposer le regroupement des institutions représentatives du personnel, en partie opérée d'ailleurs par la loi "Rebsamen" (33), sans que l'on perçoive bien le rapport entre légitimité des acteurs et regroupement des IRP...

Le lien est plus clair, lorsque le rapport poursuit, en proposant la suppression du monopole syndical de présentation de candidats au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise ou, alternativement, la mise en place d'un quorum spécial au premier tour permettant la mesure de la représentativité, quorum envisagé à 20 % des votants. La première alternative poserait d'importants problèmes techniques quant à la mesure de l'audience des syndicats aux élections professionnelles laquelle conditionne l'obtention de la représentativité et le calcul de l'audience nécessaire à la conclusion d'un accord. Que se produira-t-il, par exemple, si la majorité des voix se porte sur une liste sans étiquette syndicale ? En l'état actuel, les syndicats ayant présenté une liste, même en se groupant, ne pourraient atteindre le seuil de 50 % des suffrages que la cinquième proposition du rapport suggère de généraliser. Des aménagements techniques nombreux seraient donc nécessaires. La seconde alternative est beaucoup moins convaincante que la première. Le quorum de 20 % articulé avec l'exigence d'un taux de 10 % des suffrages exprimés pour être représentatif permettrait toujours à un syndicat ayant effectivement recueilli 2 % des suffrages des votants d'être représentatif...

Légitimité électorale ou légitimité syndicale : quelles réponses au déclin du syndicalisme français ? L'adoption de ces mesures pourrait s'apparenter à l'ouverture de la boîte de Pandore. Si certains représentants syndicaux cumulent de nombreux mandats et consacrent la majorité voire la totalité de leur temps à des tâches syndicales, ce n'est pas toujours par choix mais parce que l'engagement syndical des jeunes générations se fait de plus en plus rare. L'exercice d'un mandat syndical demande un engagement véritable qui apporte plus d'inconvénients que d'avantages à celui qui l'assume : risques de discrimination, déroulement de carrière moins avantageux, position conflictuelle permanente créant un terrain favorable aux risques psychosociaux forment le quotidien de trop nombreux représentants syndicaux. Favoriser les validations des acquis de l'expérience, comme le propose le rapport, semble bien insuffisant pour équilibrer ces contraintes et redonner le goût pour l'engagement syndical. La problématique de légitimité des représentants dans l'entreprise nous paraît davantage être une question de légitimité syndicale plutôt que de légitimité électorale, laquelle peut certainement encore être améliorée mais qui a déjà fait l'objet d'efforts nombreux ces quinze dernières années.

Symbole de l'impuissance à redonner de la légitimité aux syndicats, il est encore proposé de modifier les modalités de mise en place des délégués syndicaux, qui ne seraient plus désignés par les syndicats représentatifs mais élus par les salariés de l'entreprise selon des modalités qui ne sont pas détaillées par les auteurs. Cette proposition modifierait radicalement la mission des représentants syndicaux dont la fonction actuelle n'est pas de représenter les salariés de l'entreprise mais de représenter son syndicat auprès de l'employeur.

Dans le même ordre d'idée, le rapport entend promouvoir la consultation du personnel par le biais de referendum selon deux modalités : le referendum normatif qui permet l'adoption d'un accord entre salariés et employeur dès lors que les mesures soumises au scrutin sont plus favorables aux travailleurs que le droit applicable ; le referendum consultatif, encadré par accord collectif et enserré dans des conditions strictes permettant de solliciter l'avis des salariés sur les questions intéressant le droit du travail. Le risque de discrédit des syndicats est à nouveau important.

Le syndicalisme français est déliquescents et c'est à ce problème qu'il faut apporter des solutions. L'instauration d'un chèque syndical est une idée intéressante mais serait-elle suffisante ? La limitation, comme cela est le cas en Allemagne, des effets des accords collectifs aux seuls salariés syndiqués serait culturellement difficile à faire accepter mais, surtout, n'est pas souhaitée par les entreprises tant en raison de la complexité induite que du fait que les accords collectifs d'aujourd'hui ne comportent plus uniquement des avantages pour les salariés. La renaissance

du syndicalisme et, par voie de conséquence, de la légitimité de ses représentants, passe nécessairement par la prise de conscience par les salariés de l'utilité d'un syndicat. Ce n'est pas là qu'une question de confiance ou de compétence, c'est surtout une question de pouvoir et de résultats : que puis-je obtenir grâce au syndicat que je ne pourrais obtenir par moi-même...

(1) P. 5.

(2) V. les contributions de Ch. Radé, *Réformer le droit du travail — présentation critique du rapport "Barthélémy — Cette"* (N° Lexbase : N9030BUY) et G. Auzero, *Rapport "Combrexelle" : propositions de réforme autour de la négociation collective, le travail et l'emploi* (N° Lexbase : N9068BUE), Lexbase Hebdo n° 626 du 24 septembre 2015 — édition sociale.

(3) P. 7 et s..

(4) P. 11 à 14.

(5) Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8 (N° Lexbase : L6821BH4).

(6) Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, art. 4 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 28 (N° Lexbase : L8117ANX) ; Charte sociale européenne (N° Lexbase : L8088KGN), art. 6.

(7) C. trav., art. L. 2221-1 (N° Lexbase : L2237H9Q).

(8) Cf. *infra*.

(9) P. 17.

(10) Constitution du 4 octobre 1958, art. 34 (N° Lexbase : L0860AHC).

(11) Déjà en filigrane dans la Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective. Plus formellement, v. le rapport "Chertier", D. — J. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social*, avril 2006.

(12) Sur ces deux alternatives, v. Ch. Radé, *Constitutionnaliser le dialogue social ?*, Lexbase Hebdo n° 500 du 4 octobre 2012 — édition sociale (N° Lexbase : N3706BTG).

(13) Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007, de modernisation du dialogue social (N° Lexbase : L2479HUD), C. trav., art. L. 1 (N° Lexbase : L5724IAA) à L. 3 (N° Lexbase : L5722IA8). V. également V. Bonnin, *La "démocratie sociale" constitutionnalisée ?*, Dr. soc., 2014, p. 428.

(14) P. 33.

(15) Il y a là une illustration du fait que la supplétivité générale de la loi ne peut être pleinement assumée par les auteurs du rapport.

(16) P. 39.

(17) C. trav., art. L. 5125-2 (N° Lexbase : L2144KGI)

(18) Sur la question, v. M. Gadrat, *Loi "Macron" : dispositions relatives au licenciement pour motif économique et à la sécurisation de l'emploi (art. 287 et s.)*, Lexbase Hebdo n° 623 du 3 septembre 2015 — édition sociale (N° Lexbase : N8682BU4).

(19) P. 18.

(20) L. Fulton, *La représentation des travailleurs en Europe*. Labour Research Department et ETUI, 2013. V. en particulier les descriptions des systèmes espagnol, italien et irlandais.

(21) Par ex., accord-cadre du 16 juillet 2002 sur le télétravail transposé par l'ANI du 19 juillet 2005, sur le télétravail (N° Lexbase : L0119KIA) ; accord-cadre sur le stress au travail du 8 octobre 2004 transposé par l'ANI sur le stress au travail du 2 juillet 2008 (N° Lexbase : L4997IUM) ; accord-cadre du 26 avril 2007 sur le harcèlement et la violence au travail transposé par l'ANI du 26 mars 2010, sur le harcèlement et la violence au travail (N° Lexbase : L0120KIB).

(22) Constat dressé par le rapport, v. p. 18 : 25 accords conclus depuis 2008.

(23) P. 20 : "*certaines sujets relèvent, par nature, de la responsabilité du pouvoir politique, et non du dialogue inter-professionnel*".

(24) C. trav., art. L. 2232-2 (N° Lexbase : L8409INR).

(25) Cf. *infra*.

(26) En l'occurrence entre le Medef et la CGPME s'agissant des commissions paritaires régionales interprofessionnelles.

(27) P. 23 et s..

(28) Le rapport s'appuie sur l'exemple de la création de l'OPCA DEFI qui regroupe les branches des industries chimiques, pétrolières, pharmaceutiques et de la plasturgie. v. l'accord interbranches du 22 décembre 2010 constituant l'OPCA pour le Développement de l'Emploi et de la Formation dans l'Industrie.

(29) Cf. *supra* sur la procédure de négociation au niveau interprofessionnel.

(30) P. 43.

(31) Cf. *supra*.

(32) J. — Y. Kerbourc'h, *Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large*, Dr. soc., 2008, p. 834. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (N° Lexbase : L7392IAZ), a toutefois donné primauté effective à l'accord d'entreprise ou d'établissement sur de nombreuses questions en matière de temps de travail.

(33) V. notre étude, *Loi "Rebsamen" : réforme des institutions représentatives du personnel au niveau de l'entreprise* (art. 13 à 18), Lexbase Hebdo n° 624 du 10 septembre 2015 — édition sociale (N° Lexbase : N8835BUR).