



Juin 2015

« LA PLACE DE L'ACCORD COLLECTIF DANS NOTRE DROIT DU TRAVAIL ET LA CONSTRUCTION DES NORMES SOCIALES » (MISSION COMBREXELLE)

Contribution de la Confédération CFE-CGC

Le 1^{er} avril 2015, le Premier ministre a décidé de la constitution d'un groupe de travail ayant pour mission d'éclairer le gouvernement dans sa réflexion sur l'élargissement de « *la place de l'accord collectif dans notre droit du travail et la construction des normes sociales* ».

Les constats du gouvernement à l'origine de cette mission sont les suivants :

- « *la place donnée à l'accord collectif par rapport à la loi dans le droit du travail en France est encore trop limitée* » ;
- « *les partenaires sociaux ne se saisissent pas suffisamment des souplesses que la loi leur donne pour déroger au cadre réglementaire "standard"* ».

Les objectifs donnés au groupe de travail consistent à :

- « *tirer les leçons des différentes expériences et évolutions des dernières années en matière de négociation sociale et concernant le rôle de l'accord collectif dans l'élaboration des normes* » ;
- « *dégager des propositions pour aller plus loin* ».

C'est dans ce cadre que la CFE-CGC a été invitée à apporter sa contribution à la réflexion menée par le groupe de travail présidé par Monsieur Jean-Denis Combrexelle.

Afin de répondre aux questions qui lui ont été communiquées au mois de mai, la CFE-CGC a elle-même constitué un groupe de travail interfédéral qui a adopté la méthode suivante : pour chaque niveau de négociation, faire un bilan permettant l'émergence de propositions d'évolutions.

Cette méthode nous a donc conduits à apporter, pour chacune des questions, les éléments de réponse qui nous semblent essentiels et pertinents même si l'ordre indiqué n'a pas toujours été suivi. Cette contribution en est la restitution écrite, qui complète les échanges avec les membres de la mission lors de l'audition du 15 juin 2015.

1. En tenant compte des réformes récentes (ou en cours), quels principaux enjeux et quelle finalité pour la négociation collective en France ?

Nous répondrons précisément à cette première question à l'issue des réponses apportées aux questions suivantes. À notre sens, l'identification des enjeux et de la finalité de la négociation collective en France passe en premier lieu par la réalisation d'un bilan des réformes passées et d'un état des lieux de la situation actuelle.

Cependant, il nous semble pouvoir noter que des enjeux et finalités ont, par ailleurs, d'ores et déjà été identifiés, et ce de longue date, aussi bien par une partie du patronat, que par la commission européenne, ou encore certains think tanks.

Pour certains, donc, notre droit du travail serait trop complexe et trop rigide, ce qui constituerait une entrave à la compétitivité de nos entreprises. Cette complexité et cette rigidité seraient notamment le fait d'une prédominance de la loi et d'une articulation des normes encore trop gouvernée par le principe de faveur. Pour eux, il faudrait donc faire toujours plus de place à la négociation collective en rendant la loi supplétive, en permettant à tous les niveaux une dérogeabilité à la norme supérieure pour négocier au plus près du terrain, avec pour seule limite quelques principes fondamentaux du droit du travail énoncés dans les grandes lignes...

Devant cette pensée très répandue, voire pensée « unique », il nous paraît dans un premier temps essentiel de rappeler un certain nombre de faits :

- I. Tout d'abord, il n'est pas démontré que les problèmes de compétitivité des entreprises et par conséquent notre taux de chômage élevé ont pour origine ou cause principale notre hiérarchie des normes sociales, et de manière plus générale la trop grande rigidité du droit du travail français. À titre d'exemple, il est intéressant de noter que la baisse significative du chômage pour la période 1997/2001 s'est faite avant les réformes de 2004 et 2008 impactant de manière substantielle la hiérarchie des normes conventionnelles.*
- II. Bien au contraire, les évolutions des dernières années démontrent que la flexibilisation du droit du travail demandée depuis une trentaine d'années notamment par une partie du patronat et des pouvoirs publics a largement été réalisée, et que cela n'a en rien permis la création des emplois parfois annoncée par le patronat, ni de lutter contre la montée du chômage.*

Il est possible de faire une liste non exhaustive des revendications relatives à la flexibilisation du marché du travail ayant donné lieu à une transcription législative, totale ou partielle :

- recul de la loi et développement des normes conventionnelles :
 - o multiplication des lois d'ordre public dérogatoire et des lois supplétives, notamment en matière de durée et aménagement du temps de travail ;

- renversement de la hiérarchie des normes conventionnelles :
 - le principe de faveur devient une exception dans les rapports entre la branche et l'entreprise en 2004 ;
 - l'accord de branche devient supplétif en matière de durée et aménagement du temps de travail en 2008 ;
 - extension de la possibilité de déroger à la loi aux accords d'entreprise (auparavant réservée aux accords de branche étendus, seuls bénéficiant d'un contrôle), acquise depuis 2008 ;
- généralisation et simplification de dispositifs permettant les variations de la durée du travail sans avoir à payer d'heures supplémentaires :
 - libéralisation de l'annualisation du temps de travail et de l'organisation du temps de travail sur une durée supérieure à la semaine ;
 - consécration des conventions de forfait, en heures ou en jours ;
- développement de modes alternatifs de négociation, avec les élus, ou des salariés mandatés ;
- sécurisation des modes de rupture avec la création de la rupture conventionnelle ;
- suppression de l'autorisation administrative de licenciement économique, mais, toujours à la demande du patronat et pour des raisons identiques, retour en 2013 à l'intervention de l'autorité administrative pour l'homologation des plans de sauvegarde de l'emploi...
- baisse du coût du travail par le biais des exonérations de charges sociales ;
- développement de l'actionnariat salarié accompagnant un mouvement d'individualisation des salaires, etc.

Mais pour certains, les réformes ne suffisent jamais et il faut toujours aller plus loin, sans même attendre les effets de réformes à peine adoptées.

Quoi qu'il en soit, il est finalement plus rapide de lister les revendications patronales en matière de flexibilisation du droit du travail qui n'ont pas abouti au cours des trente dernières années :

- la création du conseil d'entreprise permettant notamment une négociation collective sans syndicat : cette revendication est revenue au cours de la négociation relative au dialogue social et ne trouve pour le moment qu'une transcription partielle par la création d'une instance qui regroupe tout ou partie des IRP pouvant être mise en place par accord majoritaire dans le projet de loi Rebsamen. Ce dispositif préserve encore pour le moment le monopole de négociation des délégués syndicaux ;

- la libéralisation du recours aux CDD, ou toute autre proposition permettant de rompre le contrat de travail sans justification à n'importe quel moment et à moindres frais.

En réalité, cette revendication a été satisfaite au moins en partie à une époque par la création du CNE, par voie d'ordonnance, et du CPE, premier dispositif législatif abrogé avant même d'être appliqué. Ici la revendication patronale a directement heurté nos engagements internationaux et sa transcription dans notre droit n'a été que de courte durée. Mais le débat revient aujourd'hui sur l'éventuelle création d'un contrat de travail pour les TPE/PME, avec potentiellement les mêmes enjeux juridiques...

- la possibilité d'imposer par accord collectif une modification du contrat de travail au salarié. Dans ce domaine, on peut noter toutefois quelques interventions législatives non négligeables (loi Aubry II, loi Warsmann, accords de maintien dans l'emploi, etc.) ;
- la suppression du SMIC.

Mais alors, si la grande majorité des revendications de flexibilisation de notre droit du travail a été entendue, et si la situation s'est malgré tout dégradée, c'est que le problème est... ailleurs.

La CFE-CGC a tout au long des dernières années fait œuvre de propositions et de bonne foi dans le but d'une amélioration de la situation des salariés et du taux d'emploi, tout en prenant en considération les impératifs économiques des entreprises. Nous avons ainsi même accompagné certaines réformes sous la pression du postulat selon lequel la flexibilisation de notre marché du travail pourrait apporter des réponses au problème de chômage de masse.

Mais force est de constater que la soumission de notre droit du travail au soi-disant impératif de flexibilité, lui-même invoqué au nom de la tout aussi indispensable compétitivité de nos entreprises, ne produit pas les résultats escomptés.

Face à un tel constat, et à l'heure des bilans et réflexions nécessairement générés non seulement par l'avis qui nous est demandé aujourd'hui, mais aussi par une situation de crise durable, plusieurs questions se posent :

- devons-nous poursuivre sur un chemin qui en réalité engendre une lente, mais certaine, dégradation des conditions de travail et de vie des salariés français, sans pour autant permettre l'amélioration de la situation de l'emploi ?
- n'est-il pas permis de remettre en question le postulat selon lequel le droit du travail français, tant dans son contenu que dans l'articulation de ses sources, serait un frein à l'emploi et à la compétitivité des entreprises, présenté depuis 30 ans comme une vérité ?

La CFE-CGC considère aujourd'hui que les faits démontrent que ce postulat ne tient plus et que la seule réalité économique est bien que les entreprises n'embaucheront pas tant que les carnets de commandes seront vides et que dans la plupart des cas, les réductions des coûts sociaux et les marges qui en ressortent bénéficient en réalité aux donneurs d'ordre.

Au final, la demande d'une toujours plus grande flexibilisation de notre droit du travail passant notamment par la valorisation d'une négociation dans l'entreprise, soi-disant au plus près des intérêts des salariés, qui n'auraient alors plus besoin d'une représentation syndicale, constitue une position dogmatique qui aura, si ce n'est pour objet, du moins pour effet d'évincer progressivement les syndicats de l'entreprise.

III. Or, le dernier fait que nous souhaiterions évoquer est le lien établi par le service des études du FMI entre le recul du syndicalisme et la montée des inégalités.

Voici quelques-uns des enseignements dégagés par Florence Jaumotte et Carolina Osorio Buitron, économistes au département des études du FMI, notamment exposés dans « Le pouvoir et le peuple », Finances & Développement, Washington, DC, mars 2015 :

- « Il est généralement admis que l'évolution des taux de syndicalisation ou du salaire minimum touche les travailleurs ayant des salaires faibles ou moyens, mais n'a probablement pas d'effet direct sur les hauts salaires. Si nos conclusions cadrent avec les opinions établies concernant les effets du salaire minimum, nous établissons clairement l'existence d'un lien entre la baisse du taux de syndicalisation et l'augmentation de la part des revenus les plus élevés dans les pays avancés durant la période 1980–2010 (graphique 2), ce qui va à l'encontre des idées reçues sur les circuits par lesquels la densité syndicale influence la répartition du revenu. Il s'agit là de l'aspect le plus novateur de notre analyse, qui prépare le terrain à de plus amples recherches sur le lien entre l'érosion du syndicalisme et l'augmentation des inégalités ».
- « Selon certains économistes, si des syndicats plus puissants et des salaires minimums plus élevés réduisent l'inégalité des salaires, ils peuvent également accroître le chômage en maintenant les rémunérations au-dessus des niveaux d'«équilibre du marché», et ainsi creuser les inégalités des revenus bruts. Cette hypothèse n'est toutefois guère corroborée par les données empiriques, du moins dans les pays avancés (voir Betcherman, 2012 ; Baker et al., 2004 ; Freeman, 2000 ; Howell et al., 2007 ; OCDE, 2006). Seulement 3 des 17 études examinées par l'OCDE indiquent un lien robuste entre la densité syndicale (ou la couverture des négociations) et un chômage global plus élevé. »

Ces éléments préalables étant exposés, nous pouvons aller plus avant dans les réponses aux questions posées par la mission.

2. Étant donné les évolutions récentes, pensez-vous qu'il soit souhaitable de modifier le champ de la négociation collective ?

- Sur quels champs pourrait-on envisager une extension de la négociation collective par rapport à la loi ?

La CFE-CGC affirme la prééminence de la démocratie citoyenne dans la détermination de la législation sociale. Les organisations patronales et syndicales ne représentent pas les intérêts généraux de la nation, et ne peuvent se substituer au débat démocratique – qui ne constitue

en rien une négociation, et qui se caractérise par sa légitimité à représenter les intérêts nationaux et sa transparence dans les débats.

Ainsi, la loi a des vertus que l'accord collectif n'a pas :

- processus de transparence dans l'élaboration (projet ou proposition de loi écrit, connaissance des parlementaires qui vont en discuter, rapports sur les modifications, publicité de la position du gouvernement, vote public, consultation sur les décrets d'application, sur les circulaires, évaluation de la loi par le parlement) ;
- caractère général qui permet une application uniforme et donc un socle minimal égalitaire garanti aux salariés, quelle que soit la taille de l'entreprise où il travaille, le secteur d'activité ou le type de contrat de travail ;
- intelligibilité de la norme légale qui, si elle n'est pas exempte de critique, reste globalement toujours supérieure à celle de la norme conventionnelle.

Pour la CFE-CGC, il n'est donc pas envisageable d'étendre le champ de la négociation collective par rapport à la loi, que ce soit :

- par le recours à davantage de lois supplétives qui s'appliqueraient donc à défaut d'accord collectif portant sur le même objet ;
- ou par la remise en cause insidieuse de la détermination par le législateur des principes fondamentaux du droit du travail et de la protection sociale. Celle-ci passe notamment par la pratique du renvoi au pouvoir réglementaire de la détermination concrète de la mise en œuvre de ces principes. Or, la question qui doit se poser est bien celle de savoir à partir de quel moment ce qu'on appelle « les modalités de mise en œuvre » participent de la détermination même du principe et de sa portée. Ainsi, par exemple, la CFE-CGC a dénoncé le renvoi à des décrets dont le contenu n'est même pas connu pour la mise en œuvre de la réforme relative à la modernisation du dialogue social. Peut-on réellement considérer que le principe du droit à un crédit d'heures pour les représentants du personnel, destiné à permettre l'exercice de leur mandat, ait la même substance selon que le nombre d'heures accordé est de 2 heures mensuelles ou de 20 heures mensuelles ?

➤ *Quel rôle pour la négociation interprofessionnelle nationale ?*

La négociation nationale interprofessionnelle revêt aujourd'hui deux dimensions qu'il nous semble pertinent de distinguer :

- les négociations menées à l'initiative des partenaires sociaux,
 - et les négociations conduites sous l'impulsion du gouvernement dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail.
- Pour commencer, voici les quelques éléments de bilan de la négociation interprofessionnelle, dans ses deux dimensions, que la CFE-CGC souhaite évoquer :

- S'agissant des négociations menées à l'initiative des partenaires sociaux, celles-ci aboutissent à la création de droits, leur adaptation et, le cas échéant, leur gestion dans le cadre du paritarisme. En effet, selon les cas, les partenaires sociaux peuvent soit créer des règles et des droits qui s'accompagnent également de la création d'une institution paritaire chargée notamment de la gestion des droits (protection sociale, assurance chômage), soit créer des normes, d'applications directes, comme avec l'accord sur la mensualisation, soit d'application indirecte (accords-cadres), ou partiellement indirecte (comme c'est le cas de l'accord relatif à la qualité de vie au travail).

Pour ce qui est des négociations inscrites dans le cadre du paritarisme, le constat est celui d'une importance grandissante des contraintes extérieures, notamment budgétaires, qui entament sérieusement l'autonomie des partenaires sociaux. Cette situation peut résulter d'un activisme législatif et réglementaire impactant le champ historique du paritarisme. Les retraites complémentaires en sont un parfait exemple au regard de l'évolution des retraites de base du régime général : passage à 60 ans en 1982, allongement des durées de cotisation et de l'âge de mise à la retraite en à partir de 1993.

La situation peut être le fruit également d'une décision de partenaires sociaux eux-mêmes à un moment précis, dans un contexte donné, mais avec des résultats ultérieurs, quelques années plus tard, dans un autre contexte, très contraignants. C'est la situation actuelle de l'assurance-chômage suite au recours à l'endettement, avec garantie de l'État, décidé par les partenaires sociaux eux-mêmes en 2000, avec aval de l'État. Le déficit étant devenu très important au fil des années, avec la crise économique depuis 2008, et l'État étant garant de la dette, lui-même soumis à des exigences d'économie, la pression sur les partenaires sociaux pour réduire le déficit est très forte ; la convention de 2014 n'a d'ailleurs pas satisfait les attentes et le ministère des Finances pousse pour qu'une prochaine convention soit négociée avant le terme de fin 2016 et envisage d'indiquer aux partenaires sociaux ce qu'ils doivent décider sur le montant des allocations (plafonnement des indemnités, raccourcissement des durées d'indemnisation notamment). L'autonomie devient une chimère dans un tel contexte...

Il n'en reste pas moins que le modèle du paritarisme reste, aux yeux de la CFE-CGC, un mode de régulation pertinent entre le « tout État » et le « tout marché ». Les dimensions de création et d'adaptation des droits continuent de vivre, comme le démontre, par exemple, la création des droits rechargeables (ANI du 11 janvier 2013 décliné dans la convention de l'assurance-chômage de 2014), l'actualisation de la convention nationale interprofessionnelle sur l'emploi des cadres par un renouveau des missions de l'APEC (ANI du 12 juillet 2011) et l'impulsion de la qualité de vie au travail (ANI du 19 juin 2013) pour que ce sujet devienne un sujet paritairement débattu à tous les niveaux.

- S'agissant des accords négociés dans le cadre du recours à l'article L. 1 : avec des calendriers imposés et trop serrés, les sujets renvoyés par les gouvernements à la négociation nationale interprofessionnelle s'avèrent dans la pratique trop vastes et les feuilles de route très bordées ou clairement orientées.

Ainsi, à titre d'exemple, dans le domaine du dialogue social, alors que les partenaires sociaux ont mis deux ans pour parvenir à la création de la base de données unique, le

gouvernement leur a donné 4 mois pour négocier un accord censé moderniser l'ensemble du dialogue social, sujet par nature non consensuel et donc ayant besoin de temps de décantation et de maturation...

Au final, le ressenti prédominant après 7 ans de pratiques peut se résumer à des pouvoirs publics qui passent commande à des partenaires sociaux, en fonction de leur propre vision, et si la commande n'est pas satisfaisante (ex. : dispositions sur le temps de travail dans la position commune du 9 avril 2008) ou satisfaite (ex. : négociation avortée sur le dialogue social en 2014), ils élaborent le texte qui sert leur politique.

Cependant, lorsque le processus aboutit dans la dimension prévue sur le thème fixé par la feuille de route, le gouvernement veille à ce que l'accord, dans sa philosophie et son équilibre, soit pris en compte et le plus possible respecté par le parlement, lors de la transcription législative. Ce fut le cas pour l'ANI du 11 janvier 2008, pour la position commune du 9 avril 2008 sur le volet représentativité des organisations syndicales ou pour l'ANI du 11 janvier 2013.

Au regard des éléments précités, voici les évolutions souhaitées par la CFE-CGC :

- sur le contenu des négociations :
 - o il faut recentrer le niveau national interprofessionnel de négociation sur le pouvoir et la capacité d'initiative des partenaires sociaux. Ainsi, il faut continuer de faire de ce niveau le cadre privilégié de création de nouveaux droits, et d'adaptation des droits existants aux évolutions socio-économiques. La CFE-CGC rappelle par ailleurs son attachement au paritarisme et sa volonté d'incarner un syndicalisme responsable, capable notamment d'assumer la prise de décisions nécessaires, mais difficiles, comme cela avait pu être le cas notamment en 1993 lorsqu'avait été décidée la dégressivité des allocations chômage et la sur-cotisation « cadres » ;
 - o Il faut arrêter d'assimiler le respect de l'article L. 1 du Code du travail au recours systématique à la négociation nationale interprofessionnelle, celle-ci ne pouvant être prise pour synonyme du terme « concertation ». De plus, l'article L.1 doit se lire et s'appliquer à l'aune des articles L.2 et L.3. C'est l'ensemble de ces 3 articles qui doit faire sens et donner les résultats escomptés de la loi Larcher du 31 janvier 2007 ;
- sur les règles relatives à la négociation elle-même : les négociations nationales interprofessionnelles sont confrontées à de réels problèmes de méthode (lieu de négociation, propositions imposées sans co-construction, fonctionnement des bilatérales, plannings et horaires...). Quelle que soit la dimension dans laquelle s'inscrivent les négociations, il faut revoir les conditions concrètes dans lesquelles elles se déroulent et améliorer la qualité de rédaction de l'accord :
 - o la négociation ne devrait pouvoir commencer que sur la base d'un bilan des accords précédemment conclus ;
 - o la négociation doit se dérouler dans un lieu neutre afin de mettre tous les partenaires sociaux sur un pied d'égalité, le CESE étant le lieu idéal pour cela ;

- il est important d'avoir un vrai calendrier de négociation avec des dates de plénières et de bilatérales ;
- toutes les organisations syndicales doivent être reçues en bilatérales ;
- les longues suspensions nocturnes sont à bannir, car elles ont démontré qu'elles étaient contreproductives ;
- une personne neutre doit tenir la plume afin de garantir l'avancée de la négociation et l'intégration des propositions des différentes organisations. Cette personne doit être choisie par l'ensemble des partenaires sociaux (salariés et patronaux) avant le début de la négociation. Il peut s'agir d'un expert extérieur, ou alors d'un comité de rédaction dont les membres seront choisis parmi les négociateurs. Le projet d'accord doit avoir un préambule qui explicite la genèse, le contexte, les objectifs recherchés ;
- la CFE-CGC propose également une réunion des leaders de chaque organisation dans la dernière ligne droite de la négociation afin d'essayer de lever les blocages ;
- enfin, quelle que soit l'issue de la négociation, un relevé de conclusion devrait être établi afin de noter les points de convergences, mais aussi les points de divergences ou ceux qui n'ont pas trouvé de réponse ou d'écho au cours de la négociation. En effet, actuellement, ce qui est présenté comme un dernier état des négociations n'est parfois en réalité que l'ultime proposition de la partie patronale.

➤ *Quelles sont les finalités et missions actuelles des conventions de branches ? Les remplissent-elles ? À quelles conditions devraient-elles répondre pour remplir ces missions ?*

Avant toute chose, il est important de se poser la question suivante : « qu'est-ce qu'une branche ? ». Il n'existe pas de définition légale de la notion de branche. Aujourd'hui, la tendance est à définir la branche par son association à une convention collective.

Quelle que soit la définition au final retenue, il est important d'avoir à l'esprit qu'une branche n'est pas qu'un lieu de négociation. C'est aussi un lieu d'observation, d'études, de discussions. La négociation de conventions et accords de branches est un moyen de régulation des rapports sociaux sur la base de ces observations et études. Pour la CFE-CGC, la convention collective de branche devrait pouvoir conserver sa fonction de « loi de la profession », même au 21^e siècle.

Voici quelques éléments de bilan de la négociation de branche que la CFE-CGC souhaite évoquer :

- le passage en 2004 à l'inversion pure et simple de la hiérarchie des normes conventionnelles s'est traduit pour certains par un échec dans la mesure où les partenaires sociaux ne se seraient pas suffisamment saisis des souplesses offertes par la dérogation.

Pour la CFE-CGC, cet « échec » s'explique en raison du caractère trop vaste des sujets désormais ouverts à la dérogation. En effet, de nombreuses conventions ont fait le choix (implicite ou exprès) de maintenir le caractère impératif de la convention de branche dans son ensemble dans la mesure où le passage pur et simple au principe de proximité sur la totalité des dispositions des conventions n'était pas pertinent, et dans la mesure où les partenaires sociaux n'avaient pas la possibilité de déterminer d'emblée les conditions de cette ouverture à la dérogation pour tous les sujets.

Ce constat d'échec a conduit à l'adoption de la loi de 2008 opérant un passage en force en matière de temps de travail, en rendant les dispositions conventionnelles supplétives. Mais là encore, l'exemple des conventions de forfaits-jours illustre la non-pertinence d'une telle mesure : les accords d'entreprises conclus sur ce sujet ne garantissent pas les droits à la santé et au repos des salariés, si bien que les partenaires sociaux de certaines branches tentent, à raison, de résister à la loi de 2008 en conférant valeur impérative à leurs accords (c'est le cas par exemple dans le bâtiment, ou encore dans la convention syntec), et ceci afin d'assurer non seulement la garantie des droits fondamentaux des salariés, mais aussi la sécurité juridique nécessaire aux entreprises ;

- la négociation de branche est parfois contaminée par les injonctions de négociation venant notamment des ANI, mais parfois aussi de dispositions légales ;
- les ressources et moyens dont disposent les négociateurs de branche ne permettent que rarement de mener correctement l'ensemble des négociations obligatoires qui aboutissent alors le plus souvent à des accords dépourvus de contenu concret (c'est le cas notamment de nombreux accords sur l'égalité professionnelle). On pourrait également illustrer ce propos avec le pacte de responsabilité : les négociations imposées dans ce cadre portent sur des sujets qui s'avèrent considérablement complexes en pratique, et à aucun moment ne s'est posé la question de l'aptitude des négociateurs à maîtriser les enjeux, ni celle des moyens mis à leur disposition pour mener à bien ces négociations. Au final, une telle pratique aboutit seulement à favoriser les postures, au détriment d'une réflexion profonde et constructive sur les sujets abordés ;
- il existe de fortes disparités entre les branches en termes de dynamisme, mais surtout de moyens dévolus à ce niveau de négociation.

Le niveau de la branche reste néanmoins le niveau le plus pertinent de négociation pour la CFE-CGC pour de nombreuses raisons :

- il s'agit d'un niveau où les acteurs du dialogue social ont à la fois une réelle connexion avec le terrain et les enjeux des entreprises des secteurs concernés et à la fois une indépendance indispensable à l'équilibre des rapports de force dans la négociation ;

- il s'agit du niveau pertinent pour adapter les règles sociales aux spécificités des secteurs d'activité tout en empêchant un dumping social inacceptable entre entreprises d'un même secteur ;
- plus largement, ce niveau de négociation permet aux entreprises, quelle que soit la situation du dialogue social en leur sein, de disposer d'accords déjà négociés et applicables, ou de pouvoir s'appuyer sur ces accords pour négocier dans les meilleures conditions directement à leur niveau ;
- pour les branches qui sont dotées d'un observatoire, l'expérience se révèle positive, les observatoires de branche représentant un lieu apaisé de dialogue et de réflexion.

Au regard des éléments précités, voici les évolutions souhaitées par la CFE-CGC :

- sur le contenu des négociations et les moyens nécessaires à la qualité de ces dernières :
 - o nous espérons que le travail de restructuration des branches permettra de redynamiser la négociation de branche pour certains secteurs et de réduire les disparités qui peuvent exister aujourd'hui entre les différentes branches ; ce travail de restructuration est un travail d'ampleur qui nécessite que lui soit accordé le temps nécessaire à une mise en œuvre pertinente ;
 - o La CFE-CGC rejette toute idée d'élargir encore la dérogation dans les rapports entre conventions et accords collectifs et exprime le vœu de revenir sur les lois de 2004 et 2008 : nous souhaitons ainsi, conformément à la position commune adoptée en 2001, rétablir le principe de faveur dans les rapports entre conventions et accords collectifs, tout en permettant au niveau national interprofessionnel le cas échéant, mais surtout à la branche, de déterminer les sujets pour lesquels la dérogation serait possible au niveau inférieur, ainsi que le cadre dans lequel pourra se faire une telle dérogation. Ce cadre devra alors notamment comprendre les règles relatives à la conduite de la négociation, destinées à en assurer la qualité et la loyauté (exemple : informations à transmettre, délais, etc.).
La CFE-CGC défend la branche comme niveau pertinent de négociation, y compris de la faculté dérogatoire, de manière à associer à la fois un équilibre des rapports de force, la connaissance du terrain, des métiers et des entreprises concernées, et la prise en compte des risques de dumping social. Ce niveau est d'ailleurs d'autant plus pertinent qu'il est le seul aujourd'hui à disposer d'outils de contrôle du respect de la législation d'ordre public, social ou absolu, par le biais de l'extension ;
 - o Il faut créer des observatoires dans toutes les branches, sans exception ;
 - o la négociation de branche nécessite beaucoup plus de ressources et de moyens pour remplir ses missions :
 - il faut davantage former les négociateurs et par conséquent octroyer les moyens nécessaires au développement des compétences des partenaires sociaux ; une réflexion pourrait même s'engager sur une exigence minimale de formation des négociateurs de la partie salariée comme de la partie

- patronale (en tout cas s'agissant d'un membre au moins de chaque délégation), destinée à garantir la qualité du dialogue ;
- il faut garantir la disponibilité des négociateurs en s'assurant notamment de la compatibilité entre la charge de travail que représente la négociation et leur charge de travail, et donc leur disponibilité, dans leur entreprise ;
 - il faut un plus grand nombre de négociateurs, ceux-ci pouvant alors se spécialiser et avoir une approche réellement pertinente des questions abordées du fait d'une meilleure connaissance des sujets ;
- sur les règles relatives à la négociation elle-même : les négociations de branches sont elles aussi confrontées à des problèmes de méthode. De la même manière que pour les négociations nationales interprofessionnelles, il faut revoir les conditions concrètes dans lesquelles elles se déroulent et améliorer la qualité de rédaction de l'accord. Au risque de nous répéter, nous reprendrons donc ici un certain nombre de propositions formulé dans le cadre de la négociation nationale interprofessionnelle :
- la négociation ne devrait pouvoir commencer que sur la base d'un bilan des accords précédemment conclus ;
 - la négociation doit se dérouler dans un lieu neutre afin de mettre tous les partenaires sociaux sur un pied d'égalité ;
 - il est important d'avoir un vrai calendrier de négociation avec des dates de plénières et de bilatérales ;
 - toutes les organisations syndicales doivent être reçues en bilatérales ;
 - les longues suspensions nocturnes sont ici aussi à bannir ;
 - une personne neutre doit tenir la plume afin de garantir l'avancée de la négociation et l'intégration des propositions des différentes organisations. Cette personne doit être choisie par l'ensemble des partenaires sociaux (salariés et patronaux) avant le début de la négociation. Il peut s'agir d'un expert extérieur, ou alors d'un comité de rédaction dont les membres seront choisis parmi les négociateurs. Le projet d'accord doit avoir un préambule qui explicite la genèse, le contexte et les objectifs recherchés ;
 - enfin, quelle que soit l'issue de la négociation, un relevé de conclusion doit être établi afin de noter les points de convergences, mais aussi les points de divergences ou ceux qui n'ont pas trouvé de réponse ou d'écho au cours de la négociation.

➤ *Sur quels champs de la négociation collective, l'accord d'entreprise vous paraît-il particulièrement adapté ? Mieux adapté que l'accord de branche ?*

Pour la CFE-CGC, l'entreprise est par définition pertinente dès lors qu'elle vise à améliorer les dispositions légales ou conventionnelles issues d'un niveau supérieur.

L'entreprise est également le lieu pertinent de négociation de l'intéressement, et bien sûr de la participation lorsqu'il s'agit de définir des mécanismes de calculs plus avantageux que ceux contenus dans la loi.

Pour le reste, il nous semble impossible de déterminer par avance des domaines dans lesquels l'entreprise serait un niveau de négociation plus adapté ou du moins particulièrement adapté.

La réponse à cette question nécessite de pouvoir prendre en considération les spécificités des métiers et secteurs économiques concernés. C'est pour cette raison que la CFE-CGC souhaite que ce soit à la branche qu'il revienne de déterminer dans quels cas l'entreprise serait le niveau le plus adapté (voir supra et infra).

➤ *Quels sont les rapports de droit qui doivent exister entre accord de branche et accord d'entreprise ?*

Comme nous l'avons exprimé précédemment, la CFE-CGC souhaite que soient appliquées sur ce point les mesures contenues dans la position commune du 16 juillet 2001. En effet, l'inversion pure et simple de la hiérarchie des normes conventionnelles consacrée par la loi Fillon de 2004 n'a jamais été appelée de ses vœux par la CFE-CGC. Celle-ci souhaite au contraire que soit accordée aux négociateurs de branche la faculté de rendre les dispositions de certains accords dérogatoires ou supplétives, lorsqu'ils le jugent pertinent au regard de l'objet de l'accord, de la situation des entreprises des secteurs concernés, etc.

Pour rappel, **la CFE-CGC défend la branche comme niveau pertinent de négociation, y compris de la faculté dérogatoire, de manière à associer à la fois un équilibre des rapports de force, la connaissance du terrain, des métiers et des entreprises concernées, et la prise en compte des risques de dumping social. Ce niveau est d'ailleurs d'autant plus pertinent qu'il est le seul aujourd'hui à disposer d'outils de contrôle du respect de la législation d'ordre public, social ou absolu, par le biais de l'extension.**

➤ *Quelle doit être la place de l'accord majoritaire ?*

Pour la CFE-CGC, il est souhaitable de généraliser l'accord majoritaire au niveau de l'entreprise, quel que soit le type d'accord négocié. Cette évolution va dans le sens de la construction progressive du principe majoritaire dans notre droit collectif, de la responsabilisation des organisations syndicales et de la simplification des règles de validité des accords d'entreprise.

En effet, la coexistence d'une minorité d'engagement avec une possible opposition rend les règles de conclusion peu claires et permet en outre aux organisations non signataires d'adopter des positions peu responsables, critiquant les organisations qui ont signé sans pour autant assumer leur désaccord en usant de leur droit d'opposition.

La généralisation du principe majoritaire oblige chacun à prendre une position claire en faveur ou en défaveur du compromis négocié.

On notera par ailleurs que si la loi du 20 août 2008 entendait donner une traduction concrète à la notion de démocratie sociale au sein des entreprises, sa mise en œuvre peut conduire à une complexification inutile des règles de négociation, contraire aux intentions premières du législateur.

Depuis l'interprétation de la loi du 20 août 2008 retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 2 juillet 2014 (Soc. 2 juill. 2014, n° 13-14.622 et n° 13-14.662), un accord collectif généraliste signé par une organisation syndicale représentative catégorielle n'est pas valide, alors même que l'organisation syndicale est majoritaire au sens de la loi (au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles) et que les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise n'ont pas usé de leur droit d'opposition. En raison de l'interprétation retenue par la Cour de cassation, qui ajoute une condition à la loi, il en est de même lorsque le syndicat catégoriel est majoritaire au sens classique du terme (plus de 50 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles), voire lorsqu'il est le seul syndicat implanté dans l'entreprise. Si l'on souhaite faire vivre la démocratie sociale, il faut respecter le principe un homme – une voix, sans opérer de pondération absente du texte légal.

Voilà pourquoi la CFE-CGC pense que l'accord majoritaire présente un réel intérêt : il est une traduction de la notion de démocratie sociale d'entreprise, là où la majorité relative n'est qu'une traduction inachevée.

Toutefois, il ne faut pas négliger les risques de blocage liés à la généralisation de l'accord majoritaire. La CFE-CGC propose donc que la majorité soit dans ce cas recalculée sur les seules voix obtenues par les organisations syndicales représentatives. Cette solution aurait deux avantages principaux :

- elle limite les risques de blocage en évitant la neutralisation des voix obtenues par des syndicats non représentatifs ;
- elle fait œuvre de simplification en appliquant au niveau de l'entreprise la méthode de calcul déjà appliquée aux niveaux de la branche et du national interprofessionnel.

La généralisation de l'accord majoritaire au niveau de la branche et au niveau national interprofessionnel mérite elle aussi réflexion. Néanmoins, à ces niveaux, les risques de blocages seraient tels que nous ne pensons pas qu'elle soit d'ores et déjà envisageable.

Enfin, si l'on pose systématiquement la question de la légitimité des acteurs syndicaux dans la négociation, la question qui ne se pose pas et qui devrait se poser pour la CFE-CGC est celle de la « légitimité » dans l'entreprise de celui qui négocie au nom de l'employeur.

Quelle pertinence et quelle qualité pour un dialogue engagé avec un négociateur qui n'a pas de réel pouvoir de décision, ou qui a dans le meilleur des cas des marges de manœuvre extrêmement restreintes ?

➤ *Quelle articulation entre accord d'entreprise et contrat de travail ?*

Ici encore, nous commencerons par rappeler quelques éléments essentiels pour répondre à cette question. La négociation collective en France s'est construite sur les bases suivantes :

- négociation d'acquisition, ce qui était négocié était nécessairement plus favorable, peu importait alors la légitimité des acteurs et de l'accord négocié, puisqu'« au pire, c'était mieux » ;
- autonomie des sources du droit : la convention collective a un effet impératif sur le contrat de travail, sauf dispositions plus favorables de ce dernier, et ne s'incorpore pas à ce dernier, qui ne peut être modifié qu'avec l'accord du salarié (principe d'intangibilité du contrat).

Depuis 1982, s'est développée la négociation dérogatoire. C'est alors la fin du « au pire, c'est mieux », puisque l'accord peut être dans certains cas moins favorable que la loi, ou parce qu'il n'est plus réellement possible de déterminer s'il est plus ou moins favorable que cette dernière.

La dérogation a connu une progression significative au fil des évolutions législatives, entraînant avec elle la nécessité de renforcer la légitimité des accords conclus (création d'un droit d'opposition, puis exigence d'une minorité d'engagement et d'une absence d'opposition). Elle s'est accompagnée d'une inversion de la hiérarchie des normes collectives en 2004 avec la consécration du principe de proximité et la transformation du principe de faveur en exception en matière de négociation collective.

Or, le développement de cette négociation dérogatoire, autrement appelée négociation de gestion, au détriment de la négociation d'acquisition, a fait clairement apparaître la non-confusion de l'intérêt collectif exprimé dans le cadre de la négociation collective et de l'intérêt individuel des salariés, et leur possible opposition. En effet, dès lors que l'accord négocié peut revoir certains avantages à la baisse, son application automatique au contrat de travail est davantage remise en cause, soit par le biais de la notion de principe de faveur, soit, lorsque la détermination de la clause la plus favorable est impossible, par celui du principe de l'intangibilité du contrat.

Ainsi, plus s'est développée la négociation de gestion, par des acteurs dont la légitimité était contestée et contestable, plus s'est renforcée la résistance individuelle du salarié sur la base de son contrat de travail.

Depuis lors, c'est cette faculté de résistance du contrat de travail qui fait l'objet de remises en cause, jusqu'ici ponctuelles, mais qui pourraient devenir générales. La première brèche est issue des 35 heures puisque le salarié ne pouvait refuser la seule réduction de la durée du travail résultant d'un accord collectif. La seconde résulte de la loi Warsmann du 23 mars 2012



qui prévoit que la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas une modification du contrat de travail lorsqu'elle est prévue par accord collectif.

Faut-il envisager d'aller plus loin dans la remise en question de la possibilité pour le salarié d'opposer son contrat de travail à l'application d'un accord collectif ? Quelles seraient alors les conditions d'évolution en matière de légitimité des acteurs et des accords négociés ? Quelles seraient les limites ? Quels seraient les avantages ? Les risques ?

Dans la construction historique et sociologique de notre droit du travail, l'intérêt collectif et l'intérêt individuel ne sont pas dans un rapport hiérarchique, mais dans un rapport de concurrence et de complémentarité.

Donner le pouvoir au droit collectif de s'imposer au contrat de travail revient à conférer une forme de suprématie, de supériorité de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel. Il s'agit d'un profond changement philosophique, culturel.

Un tel changement de paradigme est possible. Toutefois, il nécessite un débat démocratique approfondi, la création d'un nouveau droit collectif en conséquence, accompagné d'une nette augmentation du taux de syndicalisation. Un tel changement nécessite de donner au collectif la légitimité suffisante et indispensable à la consécration de sa suprématie sur l'individuel.

Ainsi, s'agissant d'une réforme plus profonde de l'articulation entre conventions et accords collectifs et contrats de travail, celle-ci nécessiterait en réalité une réforme globale du droit collectif du travail.

La CFE-CGC n'y est pas opposée en soi et reste ouverte à la réflexion. Cela n'est d'ailleurs pas nouveau puisque nous avons développé des propositions en la matière en juillet 2007 dans un document intitulé « *Manifeste pour un syndicalisme d'avenir et un avenir dans le syndicalisme* »¹.

Dans ce cadre, la CFE-CGC faisait valoir que la légitimité des acteurs de la négociation collective devait passer par l'adhésion syndicale, et faisait des propositions pour permettre l'augmentation du taux de syndicalisation en France.

Ces réflexions sont pour nous toujours valables : la loi du 20 août 2008, en mesurant l'audience syndicale au travers des résultats des élections professionnelles a semé la confusion entre représentation syndicale et représentation élue des salariés, et créé une représentativité d'emprunt.

Pour la CFE-CGC, le changement de paradigme est donc possible, mais pour cela, il faut se recentrer sur l'adhésion syndicale comme critère de représentativité, et permettre le développement du taux de syndicalisation, tout en préservant la liberté syndicale et le pluralisme syndical.

¹ http://archive.cfecgc.org/e_upload/Publication/manifeste_syndicalisme_A4.pdf

C'est ce que permettait à l'époque, et permettrait encore aujourd'hui la proposition consistant à modifier l'effet *erga omnes* des accords et conventions d'entreprise dans le sens d'une application limitée aux seuls adhérents des organisations syndicales. Ainsi, pour valoriser l'adhésion et inciter les salariés à adhérer, on pourrait réserver le bénéfice des accords conclus à ceux qui ont fait le choix de rejoindre une organisation syndicale, qu'elle soit signataire ou non de l'accord en question.

En revanche, la CFE-CGC est opposée à ce que les rapports entre accords collectifs et contrats de travail soient modifiés dans le cadre collectif juridique et culturel actuel. Sur un tel sujet, les choses ne peuvent en aucun cas être faites à moitié.

➤ *Quelle doit-être la place de l'accord d'entreprise dans les TPE/PME ? faut-il favoriser les modes de négociation dérogatoire ?*

La CFE-CGC est opposée au développement des modes de négociation dérogatoires. Elle a accompagné l'expérimentation de ces nouveaux modes de négociation, mais en dresse un bilan profondément négatif.

En effet, les retours de certaines commissions paritaires de branche chargées de valider les accords négociés par des élus sont éloquentes : l'immense majorité (plus de 90 % des accords dans certaines branches) n'est pas validée. Les accords négociés et conclus dans ces conditions se révèlent être de piètre qualité, dans leur forme et dans leur contenu, et révèlent particulièrement le déséquilibre du rapport de force dans la négociation.

Pour la CFE-CGC, la solution pour les TPE/PME réside donc dans la possibilité de s'appuyer sur un tissu conventionnel de branche de qualité.

Nous proposons de développer la négociation de branche à destination des TPE/PME pour négocier au niveau de la branche des accords applicables directement dans ces structures, accords prenant d'ores et déjà en considération la spécificité de leur situation eu égard à la taille de l'entreprise.

À ce titre, il serait possible d'envisager la création de commissions paritaires de branche spéciales TPE/PME, composées de négociateurs issus au moins en partie de TPE/PME, du côté des employeurs comme des salariés, et qui auraient vocation à négocier directement des accords à destination des TPE/PME.

La question d'une négociation territoriale, sans devoir être exclue, notamment s'agissant de domaines où l'ancrage régional des dispositifs concernés lui donne tout son sens (comme c'est le cas par exemple en matière de formation professionnelle), pose des difficultés liées spécifiquement à son caractère interprofessionnel. Or, cette négociation territoriale pourrait parfaitement être complétée par un développement de la négociation de branche spécifique aux TPE/PME, négociation qui existe déjà dans certains secteurs (par exemple dans le bâtiment ou l'agriculture).

3. De façon concrète, quelles sont les évolutions nécessaires pour les conditions de la négociation :
- *à quel niveau négocier : dans l'entreprise / groupe / établissement / territoire ... ?*
 - *quels moyens pour la négociation ?*
 - *quel accompagnement par l'État ? par les branches ? autres ?*
 - *quel accompagnement spécifique pour les PME/TPE ?*
 - *quel contrôle de la négociation ? quel régime de sanctions, conditionnalité ?*

Nous estimons avoir répondu à ces questions au fur et à mesure des réponses apportées aux questions précédentes.

En conclusion, retour sur les enjeux et finalités de la négociation collective :

Pour la CFE-CGC, outre les enjeux et finalités spécifiques à chaque niveau de négociation et qui ont été identifiés ci-dessus, la négociation collective, dans son ensemble, a pour finalités :

- l'effectivité du droit fondamental des travailleurs à participer, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la détermination de leurs conditions de travail ; il s'agit alors notamment de permettre l'adaptation de ces dernières, non uniquement aux besoins spécifiques des entreprises, mais aussi aux spécificités liées, pour les salariés, à l'appartenance à un métier, une profession, une catégorie socio-professionnelle. La CFE-CGC réaffirme l'importance de la négociation catégorielle, notamment au niveau de la branche, et salue la reconnaissance de la pertinence de cette dernière par la jurisprudence de la Cour de cassation de ce début d'année relative aux avantages catégoriels en matière de prévoyance ;
- le rétablissement d'un équilibre du rapport de forces dans les relations sociales ;
- l'amélioration des droits et des conditions de travail, qui passe de prime abord dans le simple fait de permettre le respect et l'application effective de la loi, et bien évidemment dans la création de droits pour les salariés ;
- la création d'un espace de discussion permettant la pacification des relations sociales et la recherche de compromis, pour fonctionner sans conflit.

L'un des enjeux majeurs de la négociation collective est la compétitivité à long terme des entreprises.

Mais il ne s'agit pas de la recherche de la seule compétitivité/coûts par compression de la masse salariale et réduction des droits et avantages accordés aux salariés.



Celle-ci a certes un effet immédiat en termes de marges, mais qui ne peut produire d'effets positifs sur le long terme.

Il s'agit d'une compétitivité qui se construit dans la durée, sur la base des compétences et de l'investissement personnels des salariés, sans qui les entreprises ne fonctionneraient pas. La négociation collective doit en effet être un outil au service du développement des compétences et de la motivation des travailleurs, eux-mêmes gages de performance et donc de compétitivité des entreprises.

Un autre enjeu d'importance de la négociation collective est la sécurisation juridique des relations sociales. Lorsque la négociation aboutit à la conclusion d'un accord, l'enjeu est alors de s'être fixé une règle dont sont précisés le sens et la portée. Il importe enfin que les personnes à qui s'appliquent les règles négociées aient une connaissance effective de ces règles.

Sur le premier point, il est donc capital que les accords conclus précisent les objectifs poursuivis, soient rédigés en termes clairs, et qu'ils prévoient le cas échéant des mécanismes permettant de trancher des conflits d'interprétation en amont de tout contentieux (avec par exemple la mise en place d'une commission d'interprétation).

À ce titre, tout accord doit contenir un préambule qui explicite le contexte de la négociation et les objectifs fixés, qui fasse un exposé des motifs et de la justification du recours aux règles négociées (à titre d'exemple, une telle exigence a existé dans la loi pour les premiers accords dérogatoires sur l'annualisation du temps de travail).

Sur le second point, il est également capital que les accords précisent :

- leur nature, et notamment s'ils constituent des accords d'application directe ou des accords-cadres, ainsi que leur degré d'impérativité, ce qui aura d'autant plus d'importance que l'accord sera conclu à un niveau élevé ;
- les conditions relatives à leur durée (déterminée, indéterminée), leur révision, leur dénonciation, etc.

Il est malheureusement trop souvent constaté que les partenaires sociaux se désintéressent de ces questions et que les accords conclus les négligent, alors qu'elles constituent pourtant des éléments clés de la sécurité juridique des salariés comme des employeurs.