

A propos d'une négociation sur la négociation*

par Gérard LYON-CAEN,

Professeur émérite à l'Université de Paris-I (Panthéon-Sorbonne)

Que la négociation collective en France ne fonctionne pas de manière satisfaisante, il serait possible, sur ce constat, de faire l'unanimité.

Du mal dont elle souffre, le MEDEF, dans un document soumis à la discussion, fait un diagnostic. Mais Hippocrate et Galien ne sont pas toujours du même avis. Les symptômes prêtent à interprétation. La maladie décrite par le MEDEF paraît être une " maladie à la mode ". Un diagnostic bien différent est possible. Pour comprendre ce dysfonctionnement, un peu de recul historique et de mise en perspective sont nécessaires, car la maladie, si elle s'est aggravée, a des racines anciennes et connues. Les causes en sont multiples et sont imputables, certes aux pouvoirs publics qui ont empilé des règles les unes sur les autres, sans cohérence, mais aussi aux entreprises, lesquelles ont découvert l'utilité pour elles de la négociation collective, quitte à en changer l'esprit et les modalités, et enfin, aux syndicats dont on connaît les divergences normales, mais qui, en présence de ceux qui sont " *de l'autre côté de la table* " se doivent, pour qu'il y ait négociation et pour le temps qu'elle dure, d'élaborer une plate-forme commune. Ce qu'ils ne font pas. Ce faisant, ils sont hors d'état de véritablement négocier.

A l'erreur de diagnostic, correspond normalement une erreur dans le traitement prescrit. C'est le devoir de ceux qui réfléchissent à ces questions, parmi lesquels évidemment les syndicalistes - tous les syndicalistes -, de ne pas se contenter de faire l'analyse critique du texte du MEDEF mais de rechercher et de proposer un autre traitement plus approprié, bref d'émettre des contre-propositions. Quant au professionnel du Droit, n'a-t-il pas son mot à dire, en présence d'une mécanique juridique complexe, parce que transposant la convention au plan collectif, et aussi parce que la négociation est ce qui précède la convention elle-même ?

A cet égard, deux remarques préalables doivent être présentées :

- a) Dans les négociations récentes, le MEDEF a parfois présenté un projet avec ce commentaire : " *c'est notre dernière proposition* ", " *c'est à prendre ou à laisser* ". Il témoignait ainsi de ce que les représentants de cette organisation, ne savent pas ce qu'est une négociation. Le mot a un sens précis. Il implique que le texte final ne soit jamais, par hypothèse, identique au texte initial; sinon, il est manifeste que négociation il n'y a pas. Propositions et contre-propositions doivent alterner et chaque fois être motivées, afin que l'interlocuteur soit à même de comprendre les aspirations de celui d'en face. Le paritarisme, en ce sens, a engendré de mauvaises habitudes : il implique une gestion en commun, et non un échange d'arguments. Négociation collective et paritarisme sont peut-être associés dans les pratiques françaises; conceptuellement, les deux mécanismes sont fort éloignés l'un de l'autre, presque opposés, peut-être contradictoires. Pour l'instant, il s'agit de négociation et seulement de négociation.
- b) Le texte du MEDEF ne se présente pas comme un texte juridique. Il est rédigé dans un style " mou ", dont le vocabulaire est emprunté aux médias; il ignore les concepts juridiques. Or, il s'agit bien de questions de Droit. " Dialogue social ", " position commune ", " approfondissement ", " acteurs ", " régulation ", " respect " de la négociation, " espace " de celle-ci, sont des mots qu'on chercherait en vain dans le Code du Travail. Toutefois, ce ne serait que péché véniel si les rédacteurs s'étaient positionnés clairement par rapport aux lois existantes, codifiées et non codifiées (c'est le cas des deux dernières, celle du 12 novembre 1996 et celle du 19 janvier 2000, en tant qu'elle intéresse la négociation collective). Le résultat ne peut être qu'un magma où l'on patauge, et où la règle nouvelle proposée n'est pas clairement perceptible parce que non confrontée aux règles en vigueur. Loin d'inciter à une discussion loyale, cela pousse à la méfiance, laquelle ne devrait pas être ici de mise. Bien plus : ce vocabulaire incertain conduit à des contresens de très vaste portée, tel celui qui concerne, comme on le verra, l'ordre public. La contre-proposition doit s'exprimer dans le langage du Droit.

*Le lecteur pourra trouver le texte intégral du MEDEF "Voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective", 12 décembre 2000, sur le site : www.medef.fr

I.

L'erreur de diagnostic

Sans forfanterie et parce que l'auteur de ces lignes bénéficie d'un recul de plus d'un demi-siècle (il a collaboré à la mise en forme de la première loi d'après-guerre sur les conventions collectives, celle de 1946 !), au diagnostic posé par le MEDEF il en opposera un autre, son point d'accord se limitant à une évidence : cela n'a jamais correctement marché; la multiplicité successive des lois suffisant à en porter témoignage.

A) Le document MEDEF du 18 décembre 2000.

Une première observation saute aux yeux : pour des raisons qui échappent, tant le vocabulaire que le fond même, sont influencés par le Droit Social de l'Union Européenne. Ce n'est pas un petit paradoxe, car la convention collective européenne n'est pas une réelle convention collective, ce n'en est qu'un " ersatz ".

Les partenaires sociaux européens n'ont pas d'initiative. Ils doivent être saisis par la Commission. Le résultat de leurs discussions sera soumis au Conseil, lequel a seul pouvoir de décision. Non seulement la négociation collective européenne a mis bien longtemps à émerger (protocole annexé au Traité de Maastricht, puis Traité d'Amsterdam), mais elle est loin d'avoir fait ses preuves. Au surplus, il y a lieu de tenir compte de ce que les matières sociales relèvent pour leur majorité de la compétence des Etats, non de celle de l'Union, et qu'en face d'elle, la convention trouve la directive, non la loi.

Si l'on s'en tient à la France, la négociation collective souffrirait, au regard du MEDEF, d'un triple mal :

- a/ manque d'autonomie des partenaires sociaux par rapport à la loi et à l'administration (" fiches " n° 2 - 3 - 4); ce que le MEDEF traduit par l'insuffisance de " respect " de la négociation collective, dans son " champ ", dans son " contenu ", dans sa " fonction d'innovation ".
- b/ manque d'efficacité, ce que le MEDEF veut démontrer en comparant entre eux ce qu'il dénomme les niveaux de négociation (fiche n° 5). A un régime manquant d'autonomie, s'ajouterait une fonction mal assurée.
- c/ manque de légitimité (fiches n° 6 - 7 - 8 - 9 - 10). Ici le MEDEF ausculte la qualité des parties à la négociation, et plus précisément celle des parties qu'il voit en face de lui : qui représentent-elles ? La capacité de négocier n'est-elle pas trop restrictivement conçue ? A vrai dire, plusieurs des " fiches " sont ici restées blanches (comme celle sur le " financement du dialogue social "). Reprenons les trois points.

a) La première pathologie est dans l'air du temps. La météorologie sociale en signale des symptômes ailleurs que dans les relations du travail : il y aurait en l'an 2000 en France, trop de lois, trop de règlements. Patronat (et syndicats, ici convoqués au chevet du malade) n'ont pas assez de champ libre où se déployer à leur aise : ils souffrent du manque " d'autonomie " (manque de respect dit le document MEDEF).

Il convient de s'arrêter sur ce terme galvaudé d'autonomie, et quelques remarques à bâtons rompus ne seront pas de trop. Etre autonome, c'est ne respecter que ses propres lois, se refuser à être soumis aux lois émanant d'une autorité extérieure. Une revendication d'autonomie est toujours plus ou moins teintée d'anarchisme, (l'anarchisme consistant à refuser d'être soumis à toute autorité.) Dans un état de droit, un sujet n'est jamais pleinement autonome, car la société civile n'est société " civile " que si elle respecte les lois de la cité.

Donc, en France comme ailleurs, les organisations patronales ou syndicales, considérées chacune séparément, ne sont pas autonomes. Le deviendraient-elle si elles étaient considérées dans leurs relations conventionnelles ? Il est douteux qu'elles le soient plus que deux sujets de droit qui concluent un contrat quelconque. Certes, la convention collective de travail est plus qu'un contrat, c'est aussi une petite loi " professionnelle "; mais raison de plus pour ne pas revendiquer aveuglément contre l'Etat une autonomie déjà discutée pour une convention pure et simple.

Dire que les négociateurs professionnels souffrent d'un manque de respect de leur autonomie, c'est commencer la démonstration par un axiome à accepter tel quel, qui serait qu'à " l'état de nature " les rapports collectifs entre entreprises et salariés se déploieraient sans aucune contrainte, en marge de toute norme étatique. Le MEDEF ne va pas jusque là : il prend pour point de départ la Constitution.

L'article 34 de la Constitution de 1958 fait coïncider l'empire de la loi avec celui des principes généraux du Droit du Travail; or, (mais le mal est antérieur à la Constitution de 1958), il y a belle lurette qu'elle a dépassé ces limites; elle empiète sans cesse sur le domaine réglementaire. Certes, on peut estimer qu'il y a là une dégénérescence fâcheuse et inquiétante. Mais est-ce bien de cela que souffre la négociation collective ? Pas tout à fait : elle souffre de ce que l'autonomie des interlocuteurs collectifs (ceux qu'on appelle parfois, selon une mauvaise traduction de l'allemand : les partenaires sociaux) n'est pas protégée contre les empiètements de la loi. Elle ne pourrait l'être que si elle figurait elle-même dans la Constitution. Or, l'article 34 précité, s'il dit bien que

la loi fixe les principes généraux, n'énonce pas que le reste relève de l'autonomie (le mot ne figure pas dans le Droit français, alors qu'il trouve sa place dans la Constitution allemande) ; au demeurant, le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative à la loi du 19 janvier 2000, a nié que la " liberté contractuelle " fut un principe ayant valeur constitutionnelle, sauf exception (dès lors qu'une première loi avait expressément invité à négocier la réduction de la durée du travail). Déjà dans sa décision du 3 août 1994 (D. 1996, Somm. p. 45) le rejet de la constitutionnalisation de la liberté contractuelle avait été catégorique.

Et si l'article 1134 du Code civil, véritable constitution économique de la France depuis 1804, peut s'interpréter comme consacrant l'autonomie des parties privées (individuelles ou collectives), c'est à la condition posée par lui, que les conventions soient " légalement " conclues. Il s'en faut donc que l'autonomie réclamée par le MEDEF ait un fondement constitutionnel.

On osera ici une observation qui n'a guère été jusqu'à présent formulée. S'il existe un statut constitutionnel de la négociation collective, il se trouve, non pas dans l'article 34 mais dans le préambule, au titre des droits économiques et sociaux. Or, que dit le préambule ? " *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective de ses conditions de travail ...* ".

Premièrement, c'est de participation qu'il s'agit, non de négociation. Deuxièmement, il n'est question que des travailleurs, non des employeurs ! Troisièmement, les délégués (terme incertain) ne sont pas nommément désignés. Enfin, l'objet de la détermination collective est identifié; ce sont les conditions de travail (ce qui englobe la rémunération). La formule est remarquable par son unilatéralité, et aussi par l'omission complète de toute autonomie ou ce qui pourrait y ressembler.

Si le mal découvert est l'insuffisante autonomie des employeurs et des salariés, il faudrait un changement constitutionnel pour le guérir. Tout ce que la Constitution garantit, c'est la possibilité pour les salariés de ne pas se cantonner à un face à face individuel, mais d'agir collectivement ; ce que le législateur a traduit : un droit des salariés à la négociation collective (titre III du livre I du Code du Travail).

Le premier syndrome du mal dont souffrirait la négociation collective résulte donc de l'état de la Constitution présente de la France; de son état depuis 1958, et sans doute depuis 1804. En anticipant sur la suite, on peut deviner que les remèdes suggérés seront donc inadéquats. Le MEDEF poursuit : c'est parce que le champ de la négociation est trop restreint, l'autonomie étant étouffée par l'hétéronomie (la loi), que le contenu des conventions collectives est insuffisamment " équilibré " ; ici, il faut sans doute traduire que la convention collective ne permet pas à la partie patronale d'obtenir toutes les concessions qu'elle souhaite

(en échange des avantages qu'elle octroie). Il faut probablement aussi lire entre les lignes : les organes qui seraient appelés à faire respecter ce nouveau contenu équilibré ne pourraient plus être l'autorité judiciaire, laquelle ne peut que faire respecter la loi, laquelle, à son tour, n'évoque pas cet équilibre des concessions.

Enfin, l'absence d'autonomie nuit à l'innovation, à l'initiative. Et le document MEDEF de faire derechef ici l'éloge du processus d'élaboration de la convention collective européenne dont il paraît avoir une vision idéalisée, alors qu'il ne semble pas - sur le terrain de l'autonomie créatrice des négociateurs - (le seul ici qui nous préoccupe), que la négociation au niveau européen brille par l'audace. De fait, il faut d'abord que les parties soient saisies par la Commission; et le fruit de leurs travaux, ou bien est transcrit dans une décision du Conseil des Ministres, ou bien ne constitue qu'un canevas pour les négociateurs nationaux. Enfin, l'idée qui enchante le MEDEF - à savoir que la " loi " n'est dans l'Union qu'un substitut de la convention collective, est inexacte. Ce n'est pas une loi mais une simple directive, et celle-ci n'est pas, loin de là, un substitut de la convention collective.

b) Le manque d'articulation des niveaux de négociation expliquerait l'inefficacité de la négociation collective. Il est vrai que le Droit positif, ici, ne donne guère satisfaction : il ne spécifie pas toujours clairement ce qui est de la compétence de la branche, ce qui relève de " l'entreprise " (du groupe ? de chaque filiale ? de l'établissement ?). Et très certainement, la règle dite de faveur, applicable lorsqu'un rapport de travail relève concurremment de deux accords conclus à deux niveaux distincts, n'a pas... les faveurs du MEDEF. Le diagnostic, en tant qu'il contient une critique de la situation actuelle, n'est pas erroné. Les remèdes, comme on le verra, sont plus contestables. Au surplus, les termes utilisés : négociation centralisée, négociation décentralisée masquent le flou qui enveloppe la branche et surtout l'entreprise.

c) Du manque de légitimité des accords conclus on attendait une analyse approfondie, ne serait-ce que pour une raison : pourquoi tel signataire rend-il un accord " légitime ", un autre non ?, et que vient faire ici la légitimité ? La fiche n° 6 commence par une dérobade : elle est blanche. La fiche n° 7 évoque une " reconnaissance " des interlocuteurs ce qui ne correspond à aucune notion juridique définie, puis traite de la représentation collective, ce qui a le mérite de mettre en valeur une notion que tout le monde croit comprendre. Et le bout de l'oreille pointe dans la fiche n° 8 qui traite de la généralisation de la possibilité de négocier. Les choses deviennent plus claires.

Dans le Code du Travail, la capacité de négocier est réservée aux syndicats représentatifs. Comme la représentativité a été libéralement accordée et que le

mouvement syndical est divisé, un accord quelconque - pourvu qu'il soit signé par un syndicat présumé représentatif, fut-il très minoritaire - est valable aux yeux de la loi, telle que l'ont interprétée les tribunaux (tout au plus, existe-t-il, dans certains domaines seulement, un droit d'opposition des syndicats majoritaires, dont l'effet est d'empêcher l'entrée en application de la convention ainsi signée).

C'est ce qu'on peut appeler, si l'on y tient, l'absence de légitimité. Et l'accord est général pour dire : ce n'est plus une situation tolérable... pour les salariés.

Le MEDEF ne propose pas, comme on pourrait s'y attendre, que cette légitimité soit retrouvée, par des exigences plus sévères concernant la conclusion. A l'inverse. Non seulement il ne remet pas en question la validité des accords " minoritaires ", mais tous les malheurs viendraient à ses yeux de ce que la conclusion de conventions collectives ne soit pas plus largement ouverte; et de s'étonner que la convention ne puisse être conclue par n'importe quels représentants, soit des salariés mandataires désignés, soit des élus. Le mal viendrait de ce qu'on tourne le dos aux réalités; le mal, c'est d'avoir confié le soin de négocier, au nom des salariés, aux syndicats, alors que sections syndicales et délégués syndicaux sont très inégalement répartis et inexistantes dans les petites et moyennes entreprises. Le diagnostic prolonge celui déjà effectué dans l'ANI du 31 octobre 1995 et repris dans la loi du 12 novembre 1996.

Ce qui demeure ambigu, c'est la volonté profonde des rédacteurs du document : au nom du principe de réalité, ils regrettent qu'un monopole ait été reconnu aux syndicats et y voient la source du dysfonctionnement actuel; mais le mal exige-t-il la disparition du monopole, donc la concurrence, voire le remplacement du syndicat par une autre forme de représentation ? Est-ce bien finalement de manque de " légitimité " que souffre la convention collective, du fait des personnes légalement autorisés à la négocier et à la signer; n'est-ce pas plutôt et simplement du manque de clarté du régime légal, lequel parle indistinctement de délégués et de délégation, de représentants et de représentation, de mandataires et de mandatement, sans définir ces termes (sans parler de la représentativité syndicale) ?

On peut douter que la convention collective signée par un seul syndicat ou même par plusieurs syndicats ne représentant pas la majorité des salariés puisse être opposée à un salarié qui ne serait pas adhérent du syndicat signataire. C'est la double règle : 1) n'importe quel syndicat peut signer ; 2) la convention s'applique ensuite à tout le personnel, qui aboutit à une situation juridiquement intenable. Le mal est dans une complète distorsion des mécanismes civils de la représentation. La jurisprudence Basirico et la loi qui y a mis fin n'ont pas permis de traiter clairement la diffi-

culté, se contentant de montrer combien le système était dérégulé.

B) L'état réel de la négociation collective

Le Droit actuel, tel qu'il est compris et appliqué, répond-il à l'exigence moderne au sein d'une société économiquement développée et d'un Etat démocratique, que les normes soient élaborées par ceux dont elles sont appelées à régir les rapports ?

Evitons : démocratie sociale, qui n'est qu'un slogan. Précisons plutôt : la loi, expression de la volonté collective, a-t-elle isolé clairement un domaine, celui des relations collectives de travail au sens large, et s'est-elle déchargée efficacement de la fonction d'en fixer les règles sur les intéressés eux-mêmes ?

Force est d'observer d'emblée que le Droit positif français satisfait mal à ce besoin. Toute recherche procède nécessairement de la méthode suivante : il importe de bien définir la fonction confiée par le législateur; il importe que cette fonction soit exercée non pas unilatéralement par une des parties intéressées, mais soit bien le fruit d'un débat contradictoire opposant des intérêts souvent divergents. L'expérience date de près d'un siècle; il ne serait pas exact de partir d'une table rase; néanmoins, les tentatives récentes (accords " dérogatoires ", mandatement, etc.) ont plus compliqué qu'éclairci la situation juridique.

a) La convention collective a toujours été en Droit français une convention régie par une loi (comme le contrat d'assurance, ou celui de bail). L'aspiration à une pleine autonomie est donc en porte à faux : c'est une nouvelle loi qu'on cherche à négocier, afin que celle-ci ne pose qu'un minimum de contraintes. Et la négociation présente, est une négociation sur le régime de la négociation. A l'horizon, il faudra une loi nouvelle, succédant à celles de 1919 - 1936 - 1946 - 1950 - 1971 - 1982 - 1996...

Le point commun de ces lois (par ailleurs très différentes, puisque les unes adoptées en période d'économie de pénurie strictement contrôlée, les autres en période d'économie de marché mais tantôt avec contrôle des prix, tantôt avec liberté des prix), c'est d'avoir pris leur parti de l'absence d'unité de part et d'autre de la table de négociation. L'unité de vues est cependant plus grande du côté patronal que du côté syndical où la division et surtout la divergence des analyses affaiblit la position des négociateurs. La " discorde chez l'ennemi " devient dès lors le moyen facile de faire de " l'autonomie ", ce qu'elle est devenue : une élaboration de la norme par une seule des parties, norme à laquelle l'autre partie est invitée à adhérer; et de la convention collective, un pur contrat d'adhésion. Au demeurant, il faut rapprocher l'une de

l'autre ces deux constatations. Comme dans le contrat de travail individuel, c'est le manque d'égalité des parties dans la puissance de négociation qui explique l'intervention du législateur. La convention collective obéit ici à une tendance générale. L'insuffisance d'autonomie ne résulte pas d'une volonté excessive d'ingérence de la norme légale mais celle-ci a été rendue indispensable au fil des années, du fait de l'inégalité des parties à la négociation.

Anticipant, on peut deviner qu'un préalable à toute autonomie réelle est le renforcement du front salarial par quelque moyen que ce soit, afin de se rapprocher d'un équilibre des forces.

Qu'est-ce finalement que l'autonomie collective ? Groupements des employeurs comme groupements de salariés étant des personnes privées, leur reconnaître un pouvoir autonome, c'est leur accorder la possibilité de définir le régime des contrats de travail entre les employeurs membres du groupement signataire et les salariés adhérents du groupement signataire. Tout ce qui s'écarte de cette double conséquence doit être considéré comme n'étant pas conforme à l'idée d'autonomie, du simple fait que ce sont alors à des tiers que la norme s'appliquera (employeurs non membres, ou salariés non adhérents).

Si bien qu'extension, d'une part, application de la convention à tout le personnel d'une entreprise indépendamment de son affiliation au syndicat signataire d'autre part, sont logiquement contradictoires avec l'idée même d'autonomie. Ce sont là des effets imposés par la loi.

Dit autrement, la convention collective en France ne s'est jamais affranchie des tendances corporatistes : corporatistes, parce que l'organisation des entreprises, pour pouvoir légalement imposer ses conceptions, a dû s'appuyer sur des dispositions législatives ou sur le pouvoir de l'administration. A une réelle autonomie collective, elle aurait sans doute beaucoup à perdre ; corporatistes aussi parce que les syndicats de salariés s'appuient eux aussi comme ils peuvent, sur l'administration.

Le diagnostic peut encore être formulé différemment : la négociation collective suppose que certaines décisions soient prises bilatéralement et non unilatéralement. De cet aspect, le document du MEDEF ne souffle mot. De décision partagée, il n'est rien dit, pas plus que du souhait de tenir compte du vouloir de l'autre. Peut-être, la réflexion devrait-elle, à cet égard, s'orienter vers une remise en cause de la subtile distinction - elle-même clef des institutions sociales françaises - entre négociation et consultation, distinction souvent fuyante et qui, en outre, conduit à des doublons. On peut concéder qu'il y a parfois une négociation réelle ; ainsi, en cas de grève, en vue d'y mettre fin par une transaction ; c'est une négociation de crise. Au sommet, entre confédérations, la négociation est parfois sérieuse, mais soit elle ne conduit

qu'à des orientations générales, soit elle concerne la création ou la modification d'une institution à gestion paritaire ; mais de la négociation normative, on connaît mal la fréquence, l'intensité ou le déroulement ; or, elle constitue l'essentiel. Il a fallu les contraintes et les incitations des lois de réduction de la durée du travail pour la réveiller de sa torpeur.

Or aujourd'hui, la conjoncture s'étant améliorée, les profits ayant réapparu, leur partage entre dividendes et salaires étant redevenu d'actualité, la réelle crise de la négociation collective se voit au fait qu'il n'y a pas de négociation équilibrée du partage des fruits de l'expansion : celui-ci est décidé unilatéralement.

En définitive, si la négociation autonome a toujours peine à fonctionner heureusement, cela tient d'abord aux faits d'évidence suivants : - le mouvement syndical a été systématiquement affaibli et tend par lui-même à la division ; il est donc obligé de chercher un allié du côté des pouvoirs publics (plus ou moins réceptifs), - la convention collective s'appliquant à tous, il n'y a pas d'intérêt pour un salarié à être syndiqué ; - la grève nécessaire au rééquilibrage des forces a été longtemps entravée et le reste ; - l'usage s'est établi d'instituer des obligations de négocier et des incitations financières à la négociation, ce qui ne pousse tout naturellement les employeurs au dialogue que si celui-ci est, soit obligatoire, soit avantageux par les exonérations qui y sont associées.

b) Le diagnostic porté par le MEDEF sur les niveaux, dont le manque d'articulation expliquerait le peu d'efficacité de la négociation collective, repose sur un postulat : le développement d'un niveau asphyxie celui d'un autre niveau. En clair, les conventions collectives de branche s'imposant dans les entreprises, celles-ci n'ont pas pu négocier en tant qu'entités autonomes à ce niveau décentralisé, qui est estimé préférable. Le texte ne le dit pas explicitement mais il considère comme devant être naturelle la subsidiarité de la négociation de branche (ou interprofessionnelle) par rapport à la négociation d'entreprise. Mais il y a là quelque hypocrisie : cette position s'explique simplement parce que c'est seulement dans l'entreprise que des concessions ou aménagements sont possibles dans une négociation dite " sur l'emploi ".

Historiquement, le système français était un système de conventions de branche, égalisant la concurrence entre entreprises. Jusqu'en 1982, la convention collective d'entreprise n'était pas légale (même si certains accords ne respectaient pas complètement la loi). C'est en 1982 que la convention d'entreprise fait son apparition, perturbant le système traditionnel et ouvrant la porte à la négociation d'accords synallagmatiques " sur l'emploi ", comportant des concessions syndicales dans une conjoncture de crise (déjà dépassée aujourd'hui). Alors, il est devenu inévitable de constater des difficultés d'articulation. Les mots centra-

lisé et décentralisé empruntés au vocabulaire administratif sont ici peu pertinents. Est-il souhaitable d'aller vers un système généralisé de négociation d'entreprise ? Telle est la question. C'est la thèse véhiculée, il y a une quinzaine d'années par les tenants du " contrat collectif d'entreprise ". Là où elle triomphe, il n'y a pas de négociation de branche; toutefois, elle est remplacée par l'imitation immédiate d'un accord conclu par une entreprise (Ford), par les autres entreprises de la branche (Automobile USA); ou s'il existe une négociation avec le conseil d'établissement, il ne s'agit pas d'une convention collective, les syndicats n'étant constitués qu'au niveau supérieur à l'entreprise, et par branche (RFA). Il s'agit donc de pays où les relations professionnelles sont conçues bien autrement.

Dans le cas français actuel, toute analyse sérieuse est au surplus surplombée par une donnée de fait : il n'y a de sections syndicales que dans les grandes entreprises; pour les PME, la négociation de branche reste incontournable : la CGPME et la CNA se séparent sur ce point du MEDEF.

c) D'où le lien entre ce second point (efficacité) et le troisième (légitimité). On peut tenter d'être clair, même cynique : il n'existe pas de crise de la négociation collective qui serait liée à un manque de " légitimité " des accords conclus. C'est une invention sémantique, laquelle n'est sans doute pas étrangère à des arrières pensées malveillantes. Il y a seulement une question posée au législateur d'hier et qui reste posée à celui de demain : qui légalement doit représenter les salariés ? le verbe représenter a ici son double sens juridique : qui peut négocier au nom des salariés, obtenir un avantage des employeurs, prendre éventuellement des engagements en leur nom, signer un document conventionnel en leur nom ? c'est la représentation du Droit civil. Qui peut élaborer une règle applicable aux contrats de travail, parce que titulaire d'un pouvoir normatif admis et reconnu par les salariés ? c'est la représentation du Droit public, qu'on retrouve dans les formules : représentants du peuple, régime représentatif. La distinction est essentielle.

On sait que les réponses se sont multipliées au fur et à mesure que le temps s'écoulait. A l'origine (1919), les syndicats, et seulement les syndicats sans autre qualification, représentaient les salariés. Cela coulait de source, puisqu'il n'existait aucun autre organe susceptible d'être leur porte-parole. Puis (1936), mais seulement pour les conventions susceptibles d'être étendues, les syndicats représentatifs. Et par représentatifs, il fallait entendre majoritaires. C'est ensuite en jurisprudence que la représentativité a évolué (dans un sens laxiste) et qu'on a admis (en 1968) la formule curieuse d'une représentativité présumée. La loi de

1982 en vint à exiger, qu'à la convention collective participent uniquement les syndicats représentatifs, la signature d'un seul d'entre eux suffisant, fut-il minoritaire.

De là uniquement naît la crise : jusque là, les deux adjectifs : représentatifs et minoritaires étaient incompatibles. Depuis, les abus faits de la représentativité, (représentativité des minorités), entachent de suspicion un accord signé par une syndicat regroupant 1 ou 2% des salariés d'un établissement. Le mal est là et depuis longtemps identifié. Il a été créé par le législateur. La deuxième loi Aubry - mais dans un domaine limité - a de manière méritoire favorisé la signature par un ou les syndicats majoritaires, mais pas à peine de nullité de la convention. Dès lors, un premier point est de savoir s'il convient de faire de cette exigence encore limitée à certaines conventions régies par la loi du 12 janvier 2000, un impératif légal de portée générale.

On objectera que bien des entreprises n'ont pas de délégué syndical ? Mais il n'est pas interdit d'envisager que les accords d'entreprise comme ceux de branche soient le fait de négociateurs syndicaux extérieurs à l'entreprise. C'est l'affaire des seuls syndicats que de choisir leur négociateur.

La crise de la négociation envisagée du côté des parties à la négociation peut, certes, faire l'objet d'une qualification différente conduisant à une transposition du régime représentatif dans l'entreprise. Les élus représentant le peuple souverain des salariés feraient la loi ? Pourquoi pas ? La convention collective est contrat et loi, cela se sait depuis toujours. Mais a-t-on bien mesuré les implications de cette transposition aveugle des mécanismes " démocratiques " dans le domaine de l'activité professionnelle ? Le salarié ne peut plus être subordonné, puisque c'est un citoyen qui fait la loi. Celui qui dirige l'entreprise doit être choisi par, et responsable devant, les élus. Et de négociation d'un contrat on ne saurait plus parler, plutôt de vote d'une loi, la loi de l'entreprise ou de la profession que les " représentants élus " seraient appelés à discuter et à délibérer, et qui régirait ensuite les contrats individuels de travail. Les termes employés par le MEDEF cachent juridiquement ce redoutable engrenage (" expérimentation négociée en matière de représentation élue ", fiche 7 - " accords conclus avec les représentants élus du personnel ", fiche 8). Calquer une " démocratie sociale " sur le modèle de la démocratie politique est une voie sans issue, ou si l'on préfère, un trompe l'œil tant qu'on n'en tire pas toutes les conséquences. Le chef d'entreprise qui préside le comité ne peut pas négocier avec lui-même.

Mais c'est déjà, à partir du diagnostic du mal, s'aventurer sur le terrain de la prescription d'un traitement.

II. Les vrais remèdes

Le traitement prescrit par le docteur MEDEF étant, comme on l'a dit, rédigé dans un langage fort éloigné de celui du Droit, on tentera de le transcrire pour plus de clarté - sans le défigurer - en termes exacts.

Le traitement adéquat à la pathologie de la négociation collective doit certes être recherché sur le terrain du régime juridique de celle-ci, mais doit l'être également dans un contexte juridico-social plus large. Les propositions, pour être efficaces, doivent inclure l'ensemble des rapports collectifs, tenir compte de l'état du Droit constitutionnel, interpréter correctement le Droit unioniste, se situer dans l'axe des lois antérieures et de la tradition juridique républicaine.

A) Les remèdes du MEDEF

a) Il faut réserver à la négociation un " espace " ou un " champ " qui lui soit propre; plus précisément comme la loi existe aussi, il faut, selon le MEDEF :

1. un champ pour le législateur; c'est l'ordre public
2. un champ " partagé ", celui qui correspondrait en cas d'échec des négociations à des dispositions réglementaires ou législatives alors supplémentaires
3. un champ propres aux partenaires sociaux.

Voilà qui est faussement clair car ces trois " champs " n'en font qu'un (si le concept de champ a un sens). Ce champ coïncide avec l'emploi, les relations de travail et les garanties sociales. Ce domaine est celui où la négociation entre partenaires sociaux existe; et déjà anciennement une décision du Conseil constitutionnel (C.C. 11 juin 1963 - D. 1964. 109 n. L. Hamon) avait énoncé que la libre négociation dans ce " champ " était un principe général du Droit du Travail. Alors ?

Il n'y a, malgré les dires du document (fiche n° 2) aucun élargissement à revendiquer de l'espace de la négociation collective. Tout au plus, pressent-on un risque que l'art. L. 132-4 C. Trav., véritable charpente du droit collectif du travail (la convention peut contenir des dispositions plus favorables; elle ne peut déroger aux lois d'ordre public) ne passe à la trappe. Tout dépend de ce que le MEDEF entend par ordre public, et précisément il ne semble pas qu'il s'en fasse une conception exacte.

Le salaire minimum interprofessionnel, la durée maximale du travail sont d'ordre public. Mais faut-il considérer qu'au regard du document, la législation du travail doit cesser d'être toute entière un minimum auquel il est toujours impossible de retrancher, s'il reste possible d'y ajouter ? Le terme d'ordre public semble assimilé plus ou moins clairement aux prin-

cipes généraux au sens de l'article 34 de la Constitution, ce qui est un contresens. Si c'est là le remède proposé par le MEDEF, ce serait une très grande novation; pour employer un mot " soft ".

L'ordre public est souvent mal compris par les non-juristes. Il ne se confond pas avec des principes ou des règles qui serait plus " importantes " que les autres. Il suppose que deux normes soient en conflit, et il impose que l'une soit préférée à l'autre (une loi nouvelle préférée à une loi ancienne, une loi nationale à une loi étrangère, une loi à un contrat).

Ce ne sont pas des principes généraux qui sont " d'ordre public "; ce sont les lois en général en tant qu'elles doivent en Droit du travail être préférées à des accords qui seraient moins favorables, c'est-à-dire en tant qu'elles se présentent comme des prescriptions minimales. Seules les lois simplement dispositives s'effacent derrière un accord; or, elles sont en la matière exceptionnelles.

Le champ spécifique des principes généraux, le champ propre aux partenaires sociaux et le champ " partagé " qu'invente le document étudié, ne font qu'un. C'est le champ d'une négociation collective libre mais soumise à l'article L. 132-4 C. Trav., lequel consacre la loi comme une garantie minimale (de toutes manières soumise aussi à l'article 6 C. Civ.).

Si l'ont veut abroger les deux articles, il faut le dire et le soumettre au Parlement. Voilà l'ambiguïté de la suggestion du MEDEF. Il ne propose, sous couleur d'étendre le champ de la négociation, que de faire disparaître l'art. L. 132-4, c'est-à-dire l'ordre public au sens du Droit du travail.

Il y a plus inquiétant encore (fiche n° 3) : c'est la question dite du " respect " de l'autonomie. Qui s'assurerait de ce que le domaine qualifié, autonome ne conduirait pas à enfreindre l'ordre public ? Le MEDEF suggère le Conseil constitutionnel (ce qui peut être d'emblée jugé absurde, car celui-ci n'est juge que de la constitutionnalité des lois, non de la légalité d'une convention collective). Il évoque aussi un contrôle de l'administration à travers la procédure d'extension, ce qui est la simple reproduction du Droit positif (sous réserve de l'appréciation du juge de l'excès de pouvoir). Mais le rôle des tribunaux judiciaires ? Il n'en est parlé que pour les litiges nés de l'application des accords (sans qu'il soit question de leur permettre d'évaluer la légalité de leurs clauses). Et la suggestion est faite, par méfiance des juges, de confier la compétence à une commission paritaire d'interprétation. Il en existe déjà; mais la jurisprudence ne considère pas que leur existence empêche de saisir la justice des différends. Le " droit au juge " est ici oublié

(on devine pourquoi) par le MEDEF. Cela fait beaucoup d'innovations !

Le MEDEF n'est pas conservateur : d'un même mouvement il évacue la loi et le juge chargé de la faire respecter. C'est beaucoup exiger d'un Etat fondé sur le Droit.

En revanche, il est question d'une fonction d'innovation de la négociation collective (fiche n° 4). Il y a quelque chose de précis derrière cette formule vague à souhait : " que les partenaires sociaux puissent prendre le relais des pouvoirs publics ". Depuis la négociation au sommet sur la flexibilité de l'emploi de 1983, plusieurs ANI ont été suivis d'interventions législatives. Ce qui est suggéré, c'est de systématiser la méthode, et ceci de deux manières : 1) en permettant aux confédérations de se substituer au législateur, à la demande de celui-ci ou spontanément ; et 2) en statuant que les accords conclus entraînent, si nécessaire, la modification législative qui en découlerait.

Rien de moins. Le Parlement serait sommé d'abdiquer sa compétence législative dans les matières " sociales ". Il ne serait plus qu'une chambre d'enregistrement. Comme cela ne peut être dit formellement sans grave altération des fondements de l'Etat de Droit, le document indique comment, en pratique, il serait loisible d'opérer : le Parlement procéderait comme la Commission de l'Union européenne : avant tout, il devrait consulter les partenaires sociaux; si ceux-ci le souhaitent, les laisser " traiter le thème " par voie conventionnelle ; c'est seulement au cas de refus de ceux-ci ou d'échec des négociations, que l'initiative du législateur serait retrouvée : la loi deviendrait acte subsidiaire à la convention collective. Ce n'est plus de l'innovation, c'est de la subversion !

Entre parenthèses, on observe la vertigineuse ascension du niveau national interprofessionnel (ANI) perceptible depuis plusieurs années et non sans dangers pour la démocratie; ce qui mène à traiter de l'articulation des niveaux.

b) Ici, le clair obscur règne dans les prescriptions " articulation dynamique et maîtrisée... " Quel jargon... Le remède à la quasi anarchie actuelle est, comme on peut le décrypter avec un certain degré de probabilité (mais non de totale certitude), la quasi-subsidiarité de la convention de branche à celle d'entreprise; les effets en sont difficiles à apprécier, mais certainement considérables. Certes, cela n'est pas expressément préconisé et il est beaucoup question de l'autonomie de chaque niveau par rapport à l'autre, mais du simple fait que la convention de branche ne s'imposera qu'en l'absence d'accord sur le même objet dans le cadre de l'entreprise, on souhaite certainement inverser l'ordre actuel des priorités. Et l'on souligne que la convention d'entreprise est plus adaptée. Une concession : les négociateurs " centralisés " pourront moduler le degré de liberté laissé à l'entre-

prise et même l'encadrer. Il reste que la solution normale sera la subsidiarité de la convention de branche (l'adjectif subsidiaire figure dans la fiche n° 5).

Là encore, le changement n'est pas médiocre. On ne va pas jusqu'à préconiser la disparition de la convention de branche à cause des artisans et PME qui ne peuvent s'en passer.

c) On a déjà largement anticipé les propositions du MEDEF relatives à la conclusion des conventions collectives, marquées par la recherche d'une plus grande " légitimité ". Elles sont liées du reste à la prédominance accordée à la négociation d'entreprise. Dans la branche n'existent pas de représentants élus; dans l'entreprise, ils existent. Aussi, le MEDEF étend-il la capacité de négocier au comité d'entreprise et aux délégués du personnel. Ce n'est qu'au cas où aucune élection n'aurait pu avoir lieu (P.V. de carence) qu'il est proposé de recourir au " mandatement " (un salarié de l'entreprise est désigné comme mandataire par une organisation syndicale). Ces orientations sont reprises de l'ANI du 31 octobre 1995 modif. 8 avril 1999 et de la loi qui a suivi.

Cependant, force est de souligner qu'il existe une équivoque, équivoque que reflète parfaitement le langage employé. On parle de " généralisation " de la possibilité de négocier alors qu'on se trouve devant la substitution d'un système de relations professionnelles à un autre ! Surtout, on parle de représentation collective : les salariés sont représentés par le comité élu ou les délégués élus. On joue ici sur le mot de représentation : un membre de comité d'entreprise a bien été élu, un délégué l'a bien été, mais était-ce en vue de négocier et de conclure un acte juridique liant le personnel ? Le comité d'entreprise est un organe consultatif mixte, présidé par le chef d'entreprise; comment pourrait-il négocier avec lui et conclure avec lui une convention ? C'est plus qu'une modification de la loi qui est nécessaire, c'est une transformation de l'institution. En RFA, le comité n'est composé que de salariés, il n'est pas présidé par le chef d'entreprise et il ne conclut pas de conventions collectives, mais des arrangements qui en cas de désaccord sont soumis à une commission d'arbitrage.

Bref, la représentation élue du personnel n'est pas composée de mandataires, investis du pouvoir de signer un acte juridique contraignant. La jurisprudence des dix dernières années, à laquelle était proposé le vocable " d'accords atypiques " l'a toujours rejeté, préférant analyser les propositions d'un employeurs acceptées par le comité d'entreprise, comme des engagements unilatéraux. Le choix n'était pas neutre. Les fiches 7 et 8 prennent le contre-pied de cette jurisprudence et engagent le Droit français sur une voie inconnue.

En définitive, les propositions du MEDEF " déconstruisent " certainement l'édifice de la négociation col-

lective (lequel n'était plus très pimpant, il faut le dire); mais il est non moins vrai qu'elles ne " reconstruisent " pas. De " refondation ", on ne saurait parler, plutôt de rafistolage (en utilisant des procédés dont on avait beaucoup entendu parler depuis une dizaine d'années). Si ce n'est même de pure et simple liquidation : un statut collectif unilatéral remplacerait la convention collective ... sans le dire.

B) Un traitement par la prudence ou par l'audace ?

A la négociation collective, faut-il administrer un remède de cheval ? Ou utiliser à son égard la méthode homéopathique ? Un fait est sûr : le Code du travail est devenu obscur : des strates successives, parfois contradictoires, ont détérioré le mécanisme. Certains textes ne sont pas codifiés. La maxime selon laquelle il ne faut toucher aux lois " que d'une main tremblante " n'a pas sa place ici.

a) Retouches prudentes :

- Concernant la conclusion, il est nécessaire que les signatures représentent la majorité des salariés concernés. Dans l'entreprise, en l'absence de délégués syndicaux, les syndicats (toujours majoritaires) désignent soit un salarié qu'ils mandatent, soit un syndicaliste n'appartenant pas à l'entreprise.
- Concernant le contenu, on peut réaffirmer le principe de la liberté contractuelle, sous réserve du respect de l'ordre public, constitué ici par les droits légaux et les institutions légales, à considérer comme un minimum garanti, intangible mais améliorable.
- Pour les niveaux de négociation, mieux définir la branche, assurer le fonctionnement régulier des instances de négociation dans ce cadre; la convention d'entreprise a pour fonction d'adapter (le terme étant suffisamment souple) la convention de branche aux particularités de l'entreprise. Un accord de groupe serait librement négocié, si utile.

Il suffirait, si l'on s'en tient à ce ravalement minimal, d'inclure dans le code quelques dispositions reprises de la loi de 1996 et de la loi Aubry II, d'y incorporer également quelques précisions empruntées à la jurisprudence; on songe ici par exemple à l'arrêt Briou - Soc. 22 janv. 1998 - D. 1998 - 480 et aux arrêts qui, plus généralement, ont jalonné les négociations " sur l'emploi " (Soc. 3 nov. 1999, Dr. soc. 1999 - 1101. n. Waquet).

b) Il est douteux que la " refondation sociale " coïncide dans l'esprit de ses promoteurs avec ces petites retouches et ces petits pas. Alors, il faut prendre le

MEDEF au mot, c'est-à-dire le taureau par les cornes, et élaborer une contre-proposition complète (l'intervention de la loi étant de toutes manières nécessaire, le Parlement sera saisi de deux textes).

Cette contre-proposition ne peut venir que du mouvement syndical, ce qui apporte la preuve que celui-ci, dans son ensemble, est bien l'interlocuteur du MEDEF, le seul porte-parole des salariés selon les principes reconnus par les lois de la République (au sens de la Constitution).

Le temps est lointain où le syndicalisme patronal était qualifié par certains de syndicalisme " de réponse "; et où l'initiative, sous forme de revendications précises, venait du côté du seul syndicalisme " ouvrier ". Avec le MEDEF, les entreprises, qui ont découvert qu'elles avaient souvent intérêt à négocier sur leurs propres exigences, se sont données un outil efficace de proposition et de négociation. Il n'existe rien de semblable en face. Ni vous ni moi n'y pouvons rien ? sans doute. Mais il est de la responsabilité des pouvoirs publics de mettre en place un mécanisme de négociation véritable, ce qui constituerait le préalable indispensable à l'extension (possible) des limites de l'autonomie conventionnelle. Le texte (à discuter) pourrait se présenter comme suit :

1. Définition de la négociation :

Une négociation équilibrée et régulière des conditions d'emploi, de travail, de rémunération ainsi que des garanties sociales est nécessaire à une croissance économique stable, jointe à une répartition équitable des effets de celle-ci.

Il n'y a négociation que si les discussions mettent en présence des interlocuteurs de force sensiblement égale; si ces discussions comportent des propositions et des contre-propositions; si l'acceptation ou le rejet de celles-ci sont motivés; si les pourparlers se déroulent dans la transparence et la publicité convenues; si des concessions sont échangées contre des concessions; si les négociateurs ont été formés au préalable à cette technique, qui suppose à la fois maîtrise de l'argumentation et loyauté dans les comportements.

2. Les " parties " à la négociation.

Les " délégués " des salariés au sens de la Constitution (préambule) chargés d'exercer leur droit légal à la négociation collective, sont constitués par une " délégation intersyndicale unique de négociation ". Celle-ci est créée au niveau interprofessionnel, à celui de la branche, à celui des groupes ou de l'entreprise. Elle est composée de personnes appartenant aux confédérations, fédérations, syndicales représentatives, sans qu'on applique à ce terme limitation ou présomption. Chaque organisation désigne un nombre de délégués proportionnel à son importance. Cette délégation élit en son sein un ou plusieurs négo-

ciateurs (avec alternance possible), seuls habilités à négocier et conclure les conventions collectives de plein exercice. Ils ont reçu une formation à cet effet.

3. Effets produits par la convention collective de plein exercice.

La convention de plein exercice conclue dans ces conditions ne produit effet - du côté patronal, qu'au bénéfice et à la charge des adhérents aux groupements signataires - du côté salarial au seul bénéficiaire ou à la charge des adhérents aux syndicats signataires.

Cependant d'une part l'extension est maintenue; d'autre part les salariés peuvent demander à bénéficier et à supporter les obligations de la convention, une démarche positive de leur part étant alors exigée auprès des syndicats signataires.

4. Conventions collectives de plein exercice et loi.

Les conventions collectives de plein exercice, à la différence d'autres accords, et parce qu'elles auront été négociées de manière plus équilibrée, pourront déroger mais seulement sur des points que la loi prévoit, au Code du travail, lequel pourra dans cette mesure n'être plus entièrement impératif. C'est déjà le cas concernant la répartition du temps de travail. Elles pourront aborder à l'initiative de chacun des côtés des sujets neufs. Les limites de l'autonomie seront de la sorte reculées, à raison du meilleur équilibre des forces. Parmi les facteurs de rééquilibrage, figure la grève, a priori régulière si elle vient à l'appui d'une négociation en cours, et à l'appel de la délégation intersyndicale de négociation (la menace de grève devant à la longue permettre de faire l'économie de l'arrêt de travail lui-même).

5. Renforcement et modernisation de la branche d'activité.

Les orientations générales ayant été fixées au plan national interprofessionnel, la négociation se déroulera normalement au niveau de la branche. L'activité

économique ayant changé, une révision de la nomenclature des branches sera effectuée, dans le sens de la démultiplication des activités ayant leur spécificité (au sens économique et technique). Elles couvriront donc des champs économiques plus restreints qu'aujourd'hui (automobile - équipements automobile...).

Les négociations de groupe ou d'entreprise devraient se dérouler normalement après la négociation de branche, en vue d'adapter celle-ci aux conditions particulières d'une unité économique, le mot adaptation étant très largement conçu. Mais aucune règle chronologique ne sera imposée.

6. Mesures transitoires.

Pendant un certain temps, les formes de négociation actuellement pratiquées subsisteront. Il ne faut rien exclure, rien brusquer. Mais il sera souhaitable alors de ne pas parler de conventions collectives de plein exercice mais de simples arrangements collectifs. Leur nécessité demeurera peut être longtemps. Ils resteront soumis dans leur intégralité au Code du Travail, notamment à son article L. 132-4 consacrant un ordre public social.

La loi du 12 novembre 1996, provisoire, expérimentale, non codifiée, est appelée à disparaître; quant à celle du 19 janvier 2000 concernant un type d'accords particuliers en vue de la mise en oeuvre de la réduction de la durée du travail, elle n'a pas vocation à se perpétuer au-delà de cet objet. Avec ces lois disparaîtront la négociation avec un salarié mandataire et la négociation avec les élus.

7. C.S.N.C.

La Commission supérieure de la négociation collective sera transformée en autorité administrative indépendante, chargée de surveiller le bon déroulement des négociations et plus généralement de veiller à la régulation du marché du travail. Sa composition pourra être revue à cette fin.

Gérard LYON-CAEN.