

## LOI TRAVAIL : LA PARER / S'EN EMPARER ?

IV. Reprenons la dynamique de conquête des droits par la négociation

# Négociation collective d'entreprise : reprendre la dynamique de conquête des droits

par Isabelle TARAUD, Avocate au Barreau du Val-de-Marne

### PLAN

- I. Se former, s'informer, se faire accompagner, s'unir
- II. Négocier plus de moyens pour redynamiser l'action syndicale
- III. Reprendre la main sur la négociation
- IV. Imposer à l'entreprise de bonnes pratiques
- V. S'emparer des nouveaux thèmes de négociation

Dès son intitulé, la loi du 8 août 2016 se déclare relative à la « modernisation du dialogue social » et affiche, dans son article 1, un objectif de refondation du Code du travail destiné à « attribuer une place centrale à la négociation collective ».

Valoriser, promouvoir le dialogue social et la négociation collective, pourquoi prendre peur, en premier réflexe, face à de telles perspectives ? Parce qu'à l'évidence, depuis 1982 et la création des accords dérogatoires, une dérive s'est profondément ancrée : la négociation s'est développée au niveau des entreprises et des groupes, non plus comme un mode de conquête de nouveaux droits par la revendication syndicale et la mobilisation des travailleurs, mais comme un outil de flexibilité manipulé par les employeurs. Négociation donnant-donnant, devenue négociation de régression, l'annonce de l'ouverture de négociations est source d'appréhensions !

Or, dans l'avenir vers lequel la loi « Travail » nous précipite, l'accord collectif a vocation à devenir la norme juridique centrale : il ne sera plus une source d'avantages supplémentaires, mais le socle des droits et de leurs limites. Il sera la loi dans l'entreprise.

Cette voie de réforme renvoie la construction du droit du travail à la négociation collective dans une forme de privatisation de normes qui ne peut que conduire à des errements très dangereux. Il ne s'agit bien entendu pas de manifester ici une hostilité de principe à la négociation collective. Mais le droit du travail réclame une construction législative et réglementaire. Il faut des règles communes, pour unifier, pour garantir la protection et l'égalité devant la loi, pour assurer l'effectivité du contrôle par l'inspection du travail comme par les juges...

L'éparpillement des règles d'une entreprise à l'autre et la notion de loi supplétive sont inadmissibles et font vaciller le socle de notre démocratie pour un pan essentiel de la construction de notre société. Le droit du travail est au cœur de régulations indispensables au plan social comme économique. Il faut prendre garde à ce que génèrera, à court comme à long terme, sa déconstruction : impacts sur la santé, sur la vie familiale, sur la vie politique et associative, mais également sur la vie économique et la concurrence... Comment laisser la régulation de tous ces enjeux à la main des entreprises, elles qui ont pour objet de générer un profit et non d'assurer un équilibre ?

Les échéances électorales de 2017 font craindre, au travers des programmes de certains candidats, de nouvelles évolutions plus alarmantes encore, mais qui ne seront que la suite de ces premières portes ouvertes à l'été 2016. L'élastique revient souvent claquer au visage de ceux qui tirent trop, mais combien de dommages devront être subis en attendant...

Dans ce contexte, qui ne laisse, pour le moment, plus d'autre choix que de s'adapter, comment tenter de reprendre le chemin de la négociation comme dynamique de conquête des droits ? Quelles sont les voies disponibles pour développer les bonnes pratiques, rééquilibrer un peu le dialogue, infléchir le sens des négociations et tenter de tirer parti de ce qui a été instillé dans la loi « Travail », à titre de leviers, bien hasardeux et rares encore, pour « moderniser » la négociation collective ?

Le point de vue qui sera développé ici n'est pas celui d'un délégué syndical, mais celui de l'avocat, qui accompagne dans son quotidien des équipes syndicales et en connaît les difficultés de terrain. Que ces lignes ne soient pas lues comme des leçons ou conseils illégitimes et bien facilement donnés de l'extérieur. Elles ne sont qu'une tentative, bien modeste et lucide, de positiver un peu, pour ne pas renoncer à notre moteur, sans cesse en marche au SAF, pour déceler « les outils de la riposte »... Cette fois pas devant le juge, mais dans l'entreprise...

## I. Se former, s'informer, se faire accompagner, s'unir

Puisque l'accord remplace la loi, les équipes syndicales vont plus que jamais se confronter au besoin d'être éclairées et formées pour pouvoir assumer pleinement les charges de leurs mandats, et s'y épanouir. Il ne s'agit plus seulement de connaître les règles venant de l'extérieur de l'entreprise ; il s'agit d'acquérir les compétences pour participer à l'élaboration de ces règles et nécessairement, dans le même temps, à l'anticipation des conséquences et difficultés de leur mise en œuvre.

À cet égard, la disparité des moyens à disposition de la direction et des représentants du personnel reste l'une des illustrations criantes du déséquilibre entre les parties à la négociation, faille d'un système reposant sur un dialogue social dont les dés sont pipés.

La loi du 8 août 2016 propose quelques outils nouveaux, certes très insuffisants, mais dont il faudra se saisir au plus vite :

– L'article L. 2325-43 du Code du travail ouvre désormais la possibilité aux comités d'entreprise de consacrer une partie de leur budget de fonctionnement au financement de la formation des délégués du personnel et des délégués syndicaux de l'entreprise. Cette mesure offre évidemment plus de perspectives dans les entreprises de taille et de masse salariale conséquentes et, partant, les grands groupes sont la véritable cible du terrain de la réforme... Mais, enfin, il existe ici un levier à actionner.

– L'article L. 2212-1 prévoit, par ailleurs, que les salariés et les employeurs peuvent bénéficier de formations communes « *visant à améliorer les pratiques du dialogue social dans les entreprises* ». Tout reste à construire dans ce nouveau domaine de la formation, qui va se développer sous l'égide de l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, et avec le financement d'un fond paritaire créé au niveau national et interprofessionnel. Des espoirs sont permis sur cette mesure, qui peut augurer de belles perspectives, à condition d'être mise en œuvre à la fois vite et bien...

– L'article L. 2212-2 ajoute la possibilité de négocier également, au niveau des entreprises ou des branches, sur le contenu et les conditions de ces formations communes, ainsi que leur financement. Mais ce seront surtout les groupes, une fois encore, qui en auront le réflexe et les moyens, ou les branches les plus structurées et actives...

La formation ne suffira pas. Il faut que les équipes syndicales soient accompagnées dans leur travail de terrain, par les juristes de syndicat, dont le

recrutement mérite d'être développé, et par les avocats, dont le travail d'assistance et de conseil dans les négociations doit connaître à la fois une expansion et une mutation.

Le travail de l'avocat s'extrait ainsi de la judiciarisation des relations entre syndicats et employeurs. L'avocat a su déjà proposer et développer pour les représentants du personnel la stratégie d'« assigner pour négocier ». Il doit approfondir désormais cette quête de sa place aux côtés des équipes syndicales dans la négociation, et non plus en marge... Ce qui est riche de nouvelles synergies et de perspectives de travail fructueux, mais source de difficultés au plan du financement et de la déontologie. La loi « Travail » n'a pas doté les organisations syndicales d'un budget leur permettant d'accéder au conseil juridique ; seul le comité d'entreprise dispose d'un budget de fonctionnement. Mais même s'il existe des passerelles évidentes entre les sujets qui occupent le CE et les thèmes de négociation, les missions de l'avocat auprès du comité et des délégués syndicaux ne se superposent pas totalement. Et la pluralité d'interlocuteurs et de positions au sein des organisations syndicales peut conduire à un risque déontologique de conflit d'intérêts, qui ne se rencontre pas avec un comité tranchant les divergences entre ses membres par une position majoritaire.

Dans la pratique, syndicats, CE et avocats sont obligés de composer avec ces réalités et risques. En période de crise, notamment en cas de restructurations importantes, avec ou sans licenciements collectifs, les experts accompagnent à la fois le CE et les organisations syndicales. Ce qui est particulièrement vrai en cas de plan de sauvegarde de l'emploi, et s'est renforcé depuis la réforme de 2013. Les moyens du CE servent d'ailleurs de plus en plus à se doter de conseils en communication, l'interaction médiatique étant un outil stratégique clé pour peser sur les négociations...

Les réformes qui se sont succédées récemment aboutissent ainsi à une imbrication et une interdépendance complexes entre les représentants du personnel, comités et organisations syndicales, tant au niveau des moyens d'action que des missions, ce qui peut aboutir à des synergies puissantes et fructueuses, mais peut aussi s'avérer très délicat, voire contreproductif et dangereux, dans certains contextes ne permettant pas de capitaliser sur un front uni... Plus que jamais, l'union fera la force... Le dialogue social à développer ne se cantonne pas au seul dialogue avec l'employeur, mais repose aussi, et en amont, sur celui qui doit rallier les syndicats...

## II. Négocier plus de moyens pour redynamiser l'action syndicale

Pour dynamiser leur action tout au long de la mandature, au sein de l'entreprise et du groupe, les syndicats ont besoin de communiquer entre eux, mais aussi, et surtout, avec les salariés avant, pendant et après les négociations, en expliquant les accords signés ou les échecs de négociation. L'action syndicale puise sa force dans la mobilisation collective.

C'est, là encore, un dialogue constant à instaurer et alimenter. Avec l'aide des multiples outils de notre temps, car les nouvelles technologies offrent un potentiel considérable pour tisser et densifier les liens avec les salariés.

Dans ce domaine, beaucoup de retard a été pris, à l'exception des expériences de quelques grands groupes. Et la négociation tardant à se développer, la loi « Travail » a pris le parti de se montrer plus ferme et incitative en la matière.

L'article L. 2142-6 prévoit désormais qu'à défaut d'accord d'entreprise, les organisations syndicales peuvent mettre à disposition des salariés leurs publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe. La réforme précise que l'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise, ne pas avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise, et préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message. Les organisations syndicales sont ainsi éclairées sur les contraintes et limites de l'exercice de leur liberté, et n'en disposent ainsi que mieux. Car cette clarification est bien plus propice à l'action que les usages disparates et flous mis en place çà et là, sans accorder véritablement de droits.

Plus généralement, au-delà de ce thème des outils de communication, la négociation d'un accord de droit syndical, est une priorité de départ pour bien construire les bases du dialogue social.

On l'a mentionné plus haut, un tel accord peut notamment définir des moyens supplémentaires en termes de formation des représentants du personnel. Il est, à cet égard, important de susciter des vocations en rassurant les nouveaux candidats sur le fait qu'ils seront accompagnés dans la prise de leurs mandats, et qu'ils pourront aussi y acquérir des compétences qui seront valorisées. Un dispositif de lutte contre la discrimination syndicale et des garanties de prise en compte des impacts des mandats sur la carrière des représentants du personnel sont également

des vecteurs essentiels d'indépendance et de plein exercice des mandats.

Dans bien des entreprises, de tels accords font encore défaut ou se contentent de dispositions trop floues sans effectivité. À moins que l'accord existe, mais ne soit tout simplement pas appliqué. Or, il est indispensable de (re)valoriser l'importance de cette présence syndicale dans l'entreprise aux yeux de tous : direction, managers, salariés et syndicalistes eux-mêmes. Pour que les syndicats puissent recevoir les missions si essentielles que le législateur prétend leur déléguer, renforcer leur légitimité ne passe pas que par le rendez-vous des suffrages tous les 4 ans, mais par un ensemble de mesures et de volontés sur le terrain, au quotidien, pour les reconnaître à cette place.

La négociation doit également porter sur toutes les thématiques liées au fonctionnement et aux missions des instances représentatives du personnel. À cet égard, les thèmes nouveaux sont nombreux et il ne faut plus tarder à s'en emparer : bien articuler le calendrier et les moyens des consultations obligatoires du CE avec ceux des négociations obligatoires, négocier une base de données accessible et efficace dans la manipulation, prendre de front les problématiques des délais et des niveaux de consultation des comités...

Les équipes RH sont encore, y compris dans les grandes entreprises, en retard sur ces domaines nouveaux, qui les déstabilisent dans leurs habitudes. Il faut être force de propositions et de revendications. À défaut, les textes nouveaux resteront subis ou inappliqués. Et l'appui des fédérations joue ici un rôle essentiel pour mutualiser les réflexions, les questionnements, les propositions utiles et les leviers pour les soutenir efficacement...

Il y a ici, et plus généralement pour toute négociation, un enjeu réel dans la coordination du travail syndical en entreprises et dans les groupes, avec l'appui que peuvent apporter les équipes fédérales à leurs côtés. Les enjeux de cette articulation ne sont pas nouveaux, mais évoluent aussi, au gré de l'essor de la négociation d'entreprise, plus autonome et plus prégnante, ainsi que de la réforme de la représentativité qui, depuis 2008, remonte du terreau syndical de l'entreprise. L'adaptation, la modernisation doivent passer également par la structuration interne des syndicats...

### III. Reprendre la main sur la négociation

Cela vient d'être dit, mais mérite d'être répété : il ne faut sans doute plus persister dans la tendance à laisser l'initiative de l'ouverture de la négociation à l'employeur. Cela peut paraître à la fois difficile et risqué, mais la peur n'évitant pas le danger... Certes, demander l'ouverture de négociations fait craindre qu'en réponse, l'employeur cherche à aller sur des terrains défavorables (remise en cause d'accords antérieurs, négociations douloureuses d'accords impactant l'emploi...)... Et, certes, il n'est pas simple de se lancer dans la rédaction de propositions... Mais enfin, à ne plus être force de propositions, le syndicat, qui attend et subit, n'a-t-il pas perdu sa première raison d'être ?

Nous verrons un peu plus loin les bonnes pratiques qui peuvent aider à avancer, mais une bonne concertation en amont entre syndicats pour identifier les pistes qui rassemblent constitue un préalable pertinent.

Il faut aussi s'efforcer de peser sur le choix du niveau de négociation. La réforme de l'été dernier oriente malheureusement clairement ce choix à la main de l'employeur : groupe / interentreprises / entreprises / établissements, la direction peut observer les rapports de force syndicaux et user de cette nouvelle hiérarchie des normes entre ces niveaux de négociation. Les articles L. 2253-5 à 7 prévoient, en effet, qu'un accord conclu au niveau « supérieur » peut prévoir expressément de se substituer aux stipulations ayant le même objet que les accords conclus antérieurement ou postérieurement au niveau « inférieur » dans le périmètre de cet accord.

Mais, là encore, laisser la direction s'interroger seule sur la stratégie à adopter face au choix du niveau de négociation, c'est se condamner à le subir... Pourquoi ne pas faire de la négociation au sein du groupe un

nouveau socle protecteur pour pallier à la mise à distance du niveau de la branche ? Et veiller à ne pas laisser la négociation d'établissement mettre en place des différences de traitement qui mettront à mal la cohésion dans l'entreprise...

D'une manière générale, les syndicats vont devoir façonner leurs arguments face aux directions sur le danger de trop tirer parti de leur liberté nouvelle. La tentation de s'écarter trop des droits « basiques » du Code du travail n'est pas sans conséquences sur lesquelles s'appuyer pour résister : perte d'attractivité pour les embauches, mal-être au travail qui engendre un coût (absentéisme, perte de productivité...), risque judiciaire...

Le danger est réel, comme dans le système américain, de voir se dégrader les normes à l'initiative des grands groupes qui peuvent tout se permettre par leur poids et privilégient sans cesse les intérêts des actionnaires et des consommateurs pour rogner sur le statut de leurs salariés, idéale variable d'ajustement... En France ce chemin a déjà été pris avec le travail du dimanche. Le chômage et la mondialisation offrent des contextes propices à la dégradation des conditions de travail. Le législateur a voulu croire que le dialogue social était un garde-fou suffisant pour assurer un équilibre. Il faut espérer que la négociation majoritaire jouera pleinement son rôle pour renforcer la légitimité des accords et la qualité de leur contenu... Mais sans une prise de conscience des salariés les conduisant à comprendre et se saisir des enjeux de la négociation, et à se mobiliser au soutien de syndicats, unis et porteurs de revendications claires, la digue restera bien fragile... Il n'y a d'autre choix que de se rappeler que l'union fait la force... et que cette union se travaille jour après jour, et se montre, pour constituer un poids efficace au moment d'ouvrir les négociations...

### IV. Imposer à l'entreprise de bonnes pratiques

L'article L. 2222-3-1 invite désormais à négocier des accords de méthode « *permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* », précisant la nature des informations partagées entre les négociateurs, définissant les principales étapes du déroulement des négociations, et prévoyant des moyens supplémentaires ou spécifiques, tels que des crédits d'heures de délégation ou l'assistance d'experts, afin d'assurer le bon déroulement des négociations.

Proposer un accord de méthode constitue assurément une piste logique et prometteuse pour améliorer les conditions de déroulement de négociations aux enjeux inhabituellement lourds, en présence d'une fusion ou de licenciements collectifs, par exemple.

Il est particulièrement utile de négocier un calendrier avec des réunions par thèmes, pour répartir et planifier le travail à mener, ainsi qu'un accompagnement juridique et des moyens de concertation avec les salariés.

Par ailleurs, il est souhaitable de ne pas négocier, dans un premier temps, sur la base d'un accord déjà rédigé, mais plutôt sur un document présentant les grandes lignes et options. Sur un plan très pratique, il est essentiel de demander que ces documents, puis le projet d'accord, soient échangés en format Word amendable. Il faut écrire ses plateformes de revendications, et établir un compte-rendu des réunions de négociations.

La loi « Travail » invite à soigner la rédaction de préambules clairs et équilibrés, présentant les objectifs et le contenu de l'accord (article L. 2222-3-3 – la nullité de l'accord n'est toutefois pas encourue à défaut de préambule, sauf pour les accords de préservation ou développement de l'emploi, article L. 2254-2).

Mais il est aussi conseillé de prévoir ensuite un plan et de soigner une rédaction simple. Tout ce qui paraît confus est potentiellement source de difficultés d'application... et le contentieux n'est pas simple ensuite, compte tenu de la difficulté pour les juges de résoudre les litiges en interprétation des accords...

La durée des accords constitue ensuite un véritable enjeu. Elle est fixée par défaut à 5 ans désormais, sans reconduction tacite (L. 2222-4). L'accord doit définir le

préavis en cas de dénonciation, les formes et délais pour son renouvellement ou sa révision, les conditions de son suivi et d'éventuelles clauses de rendez-vous. Toutes ces dispositions techniques, abordées en fin d'accord, ne doivent pas être négligées dans les discussions, car un accord constitue du droit vivant...

Accepter qu'une négociation obligatoire aboutisse à un accord conclu pour 3 ans peut constituer, en outre, un levier intéressant s'il permet de consolider un bon niveau de mesures salariales... La force de la négociation ne se puise pas forcément dans la fréquence des rendez-vous...

Enfin, il faut se documenter pour s'inspirer des autres accords. On a parlé déjà de s'informer et de prendre l'appui des fédérations. La presse évoque de plus en plus les accords emblématiques qui ont pu être signés. Et l'article L. 2231-5-1 prévoit que les accords (de branche, de groupe, interentreprises, d'entreprise et d'établissement) seront rendus publics et versés dans une base de données nationale, accessible en ligne. Nous avons l'habitude de réfléchir à partir des décisions de jurisprudence. Nous prendrons le réflexe de réfléchir à propos des accords déjà négociés et signés pour nous en nourrir avec tout autant d'intérêt et d'assiduité...

## V. S'emparer des nouveaux thèmes de négociation

Les thèmes de négociation, obligatoires ou non, sont désormais d'une grande diversité... Il en existe de nouveaux dont il faut se saisir, on l'a dit, notamment concernant les trois nouvelles consultations obligatoires du CE et la base de données économiques et sociales, mais aussi l'instance de coordination des CHSCT, les délais de consultation...

Sur beaucoup de ces sujets, la loi « Travail » a prévu des invitations expresses à négocier. À titre d'exemple, l'article L. 2327-15, en abordant l'articulation des consultations du comité central d'entreprise et des comités d'établissement, prévoit qu'un accord peut définir l'ordre et les délais dans lesquels ces comités rendent et transmettent leurs avis... La plupart des nouveaux textes ont été conçus sur ce modèle d'ouverture à la négociation pour la réglementation des instances représentatives du personnel, autrefois classée dans l'ordre public, et désormais ouverte aux quatre vents de la négociation... On peut s'en émouvoir et le craindre, mais aussi s'emparer de l'opportunité de proposer...

La qualité de vie au travail et le droit à la déconnexion sont devenus des thématiques en vogue, permettant, sans doute, de faire contrepoids dans les négociations sur le temps de travail...

La négociation en amont des transferts de salariés dans le cadre des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail est désormais ouverte par les articles L. 2261-14-2 et 3 et offre d'anticiper les impacts d'une fusion, d'une cession ou d'une scission d'entreprises mettant en cause le statut collectif des salariés. Le sort des personnels peut ainsi être traité dans leur société d'origine, de manière anticipée et plus rassurante, par les représentants du personnel issus des suffrages auxquels ils ont pris part...

Enfin, la négociation interentreprises encourage la négociation d'accords de site pour traiter collectivement des conditions de travail de salariés de sociétés travaillant sur un même lieu ou sur un même projet...

Ce ne sont là que quelques exemples... Le champ des possibles ne manque pas. Ce sont les moyens qui manquent. Mais, sur ce chemin forcé et mal préparé sur lequel le législateur a voulu embarquer de force les délégués syndicaux, il existe malgré tout quelques outils et quelques espoirs et, passés la stupeur et les premiers tremblements, tâchons d'affûter les premiers pour mieux façonner les seconds...

**Isabelle Taraud**