



9 mai 2012

Crise économique et relations sociales
Enjeux immédiats et perspectives à long terme

Jacques Freyssinet

Note n°3.

Les accords d'entreprise compétitivité-emploi :
En attendant la reprise des négociations

Les négociations interprofessionnelles sur les accords compétitivité-emploi, qui ont été ouvertes en février 2012, obligent les acteurs sociaux à expliciter un ensemble d'enjeux interdépendants jusqu'alors sous-estimés ou traités de manière isolée. En rappelant d'abord quelques antécédents aux débats actuels, nous précisons ensuite la nature des questions centrales soulevées par la négociation avant d'en décrire les premières étapes.

1. Les antécédents

Trois séries d'évènements indépendants, dont le second a joué un rôle primordial, ont contribué à définir le cadre des négociations.

1.1 Le document paritaire « Approche de la compétitivité française » (juin 2011)

Suite à l'Agenda social pour 2009, fixé le 9 avril 2009 par le 1^{er} Ministre, les organisations patronales et syndicales adoptent le 27 mai leur programme de travail qui comprend, parmi d'autres thèmes, une délibération sociale sur « la politique industrielle et économique ». La première réunion a lieu le 23 décembre 2009. Dans ce cadre, un document « Approche de la compétitivité française » est élaboré entre avril 2010 et mai 2011 par un groupe de travail auquel ne participe pas la CGT. Approuvé d'une part, par le MEDEF, la CGPME et l'UPA, d'autre part, par la CFDT, la CFTC et la CFE-CGC (donc sans la signature de la CGT-FO) le document est rendu public en juin 2011.

Rédigé dans un style très général, le texte contient une analyse des « principaux déterminants de la compétitivité » qui distingue entre la compétitivité coût/prix et la compétitivité hors prix. Il conclut sur six priorités : savoir innover, valoriser notre capital humain, tirer le meilleur parti de notre situation dans une Europe ouverte, dégager tous les moyens nécessaires au financement de la croissance, dynamiser et densifier le tissu d'entreprises en France, repenser l'assiette du financement de la protection sociale en France. Au long des 83 pages du texte, on ne trouve aucune allusion à la perspective d'accords d'entreprise qui reliaient compétitivité et emploi, ce qui est en soi significatif, soit que le patronat n'ait pas alors jugé opportun d'introduire ce thème, soit que les syndicats y aient été opposés. Cependant, le document fournit une base de référence puisque ses signataires expriment leur accord, certes peu précis, sur un objectif de recherche de compétitivité.

1.2 Le « Sommet sur la crise » (18 janvier 2012)

Dans les semaines qui précèdent le sommet, le projet d'introduction d'accords compétitivité-emploi (ACE) est évoqué par Raymond Soubie, Xavier Bertrand et Laurence Parisot dans les

media, puis par François Fillon devant les parlementaires de la majorité. Alors que le MEDEF y est très favorable, la CGT et la CGT-FO expriment une hostilité de principe ; la CFDT refuse une décision précipitée et demande du temps pour négocier. Prudent, le Président de la République se borne, lors du sommet, à demander aux organisations leur « avis » sur le dossier. Au terme du sommet, le communiqué évoque seulement « un échange approfondi » sur le sujet ; le Premier ministre est chargé de « poursuivre les concertations, notamment avec les parlementaires » ; des décisions sont annoncées avant la fin du mois de janvier.

1.3 La proposition de loi Warsman

Une proposition de loi « relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives », déposée en juillet 2011 par le député UMP Warsman, vient en discussion finale à l'Assemblée début février 2012. Parmi ses multiples dispositions, l'une d'entre elles (article 40, devenu ensuite article 45) porte sur la modulation du temps de travail : « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* ».

Comme nous le verrons ci-après, ce texte touche à un élément central des débats sur les ACE : la possibilité d'une modification du temps de travail sans avoir à obtenir l'accord individuel des salariés concernés. Les syndicats protestent contre ce « coup de force » qui crée un précédent avant que s'ouvrent les négociations. Le ministre du Travail répond dans une formule emberlificotée qu'il n'y a pas, à ses yeux, d'interférence avec la négociation : la disposition « *est relative aux seuls aménagements du temps de travail et non, contrairement à la logique des accords de compétitivité-emploi, à l'articulation dans un même accord entre temps de travail, organisation du travail et rémunération* ».

La loi est définitivement adoptée par l'Assemblée Nationale le 29 février 2012 et le Conseil constitutionnel valide, le 15 mars, son article 45 : « *le législateur a entendu conforter les accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise. Cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif applicable à l'entreprise permettant une telle modulation* ». De ce fait, « *l'article 45 de la loi déferée ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle* ».

2. Les enjeux

Trois enjeux de la négociation doivent d'être distingués tout en tenant compte des interdépendances qui existent entre eux.

2.1 Le principe des accords « donnant-donnant »

Nés aux Etats-Unis, sous le nom de *concession bargaining*, dans le contexte de la récession du début de la décennie 1980, les accords d'échange de contreparties ont connu une grande diffusion au sein des pays d'Europe occidentale lors de la première poussée durable de chômage massif entre 1993 et 1997. Baptisés « pactes sociaux » ou d'« accords pour l'emploi et la compétitivité », on les rencontre au niveau national (interprofessionnel ou branche), au niveau territorial ou local, ainsi qu'au niveau des entreprises ou établissements¹. En se limitant à ce dernier cas de figure, leur principe est simple. En échange d'engagements de

¹ Voir, par exemple : Keith Sisson, Antonio Martin Artiles, 2000, *Handling Restructuring. Collective Agreements on Employment and Competitiveness* et Jacques Freyssinet, Hartmut Seifert, 2001, *Negotiating collective agreements on employment and competitiveness*, European Foundation for the Improvement and Living Conditions, Dublin.

l'employeur qui portent sur le maintien d'un certain niveau d'emploi à un horizon donné ou sur le non recours aux licenciements économiques pendant une période donnée, parfois accompagnés d'engagements d'investissements, les salariés acceptent des concessions qui portent principalement sur les salaires et avantages sociaux, sur la durée et l'aménagement du temps de travail, parfois sur le recours aux formes d'emploi précaires.

Le principe même de l'acceptation de ce type de négociation a engendré de vifs conflits entre les organisations syndicales ou en leur sein. Selon certains, il n'est pas acceptable qu'un syndicat légitime par sa signature un recul sur des droits qui ont été antérieurement conquis par les luttes des travailleurs. Selon d'autres, il s'agit pour le syndicat de rester un acteur capable d'infléchir les choix de gestion de l'employeur et, au minimum, d'en atténuer les coûts sociaux. Certains ont même nourri l'espoir d'accords « gagnant-gagnant » qui, dans le vocabulaire anglo-saxon, signifiaient le passage de l'« *adversarial bargaining* » (négociation conflictuelle) aux « *partnership agreements* » (accords de partenariat). Pour les syndicats, un problème additionnel apparaît lorsque ces négociations se situent dans le cadre d'une stratégie de firmes multinationales qui, après l'annonce de projets de fermetures ou de délocalisations, mettent en concurrence leurs sites de production situés dans des pays différents. Soumis à ces « concours de beauté », les différents syndicats de site risquent d'entrer dans une surenchère de concessions que chacun accepte pour retenir des activités ou attirer de nouveaux investissements de la maison mère.

Remarquons que ces accords portent sur l'échange de contreparties de nature différente qui ne sont donc pas commensurables : il n'est pas possible d'établir un tableau comparatif quantifié de ce qui a été cédé et obtenu. Une autre difficulté tient à ce que bien souvent, en l'absence d'un dispositif paritaire de suivi, on parvient mal à identifier et à évaluer l'impact à moyen terme de tels accords. Il s'y ajoute le fait qu'il est difficile de définir la valeur juridique des engagements que prend l'employeur en matière d'emploi. S'agit-il d'une obligation de résultat ou seulement d'une obligation de moyens ? L'employeur peut-il s'exonérer en invoquant la force majeure ? Quelle sanction en cas de non-respect des engagements ? En la matière, les bases juridiques sont fragiles et il serait essentiel pour les syndicats que le régime des sanctions soit clairement défini².

Des accords de cette nature ont été jusqu'à ce jour relativement peu fréquents en France si l'on compare aux pays voisins, en particulier à l'Allemagne³. Aujourd'hui, le développement d'accords compétitivité-emploi obligerait les syndicats français à affronter à une large échelle toutes les questions qui ont été posées par l'expérience des années 1990.

2.2 L'autonomie des accords d'entreprise

Les accords d'entreprise ne se sont (lentement) développés en France qu'à partir de la législation adoptée en 1950. Ils étaient soumis à la règle de hiérarchie des normes et au principe de faveur : un accord d'entreprise ne pouvait qu'améliorer, au bénéfice des salariés, les droits accordés par des textes de rang supérieur (loi, accord de branche...).

À partir des années 1980, certaines organisations internationales, notamment l'OCDE, ont adopté et propagé les préconisations des économistes libéraux en faveur d'une décentralisation maximale du niveau de la négociation collective, à défaut d'un pur retour au contrat de travail individuel. Dans la majorité des pays d'Europe occidentale, les évolutions

² Voir, par exemple : Tamar Katz, *La négociation collective et l'emploi*, Paris, LGDJ, 2007; Marie-Armelle Souriac-Rotschild, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Droit social*, 1997, n° 12 ; Marie-Armelle Souriac, Michel Morand, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? », *Revue de droit du travail*, avril 2012.

³ Voir, par exemple : Patrick Rémy, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ? », *Revue de droit du travail*, mars 2012.

n'ont pas adopté cette voie extrême. Elles ont souvent été qualifiées de « décentralisations centralisées » ou de « décentralisations coordonnées ». C'est au niveau national (accords interprofessionnels ou de branche) que les organisations patronales et syndicales se sont accordées pour un élargissement, plus ou moins contrôlé, des champs de responsabilité de la négociation d'entreprise. Diverses techniques ont été employées :

- La négociation nationale fixe une norme ou une référence, avec des marges d'adaptation pour la négociation décentralisée⁴.
- Un partage des compétences est établi entre les deux niveaux, par exemple, la négociation nationale fixe un taux de croissance des salaires en fonction de l'inflation et la négociation d'entreprise prévoit une possibilité d'augmentation additionnelle en fonction des performances économiques de l'entreprise⁵.
- La négociation de branche prévoit la possibilité, pour une entreprise en difficulté, de s'écarter de ses dispositions selon une procédure prédéfinie (*opting out clauses, hardship clauses...*)⁶.
- À l'extrême (mais ceci résulte de changements législatifs et non d'accords collectifs nationaux), l'accord de branche devient subsidiaire : il ne s'applique qu'en l'absence d'un accord d'entreprise qui est souverain.

En France, la « Position commune sur l'approfondissement de la négociation collective »⁷ (16 juillet 2001) et la loi du 4 mai 2004 (volet « Dialogue social ») ont introduit un système complexe où les accords d'entreprise peuvent déroger aux accords de branche sauf sur des domaines explicitement exclus par la loi et sauf sur des domaines explicitement exclus par l'accord de branche applicable à l'entreprise.

Si la loi du 2 août 2008 « portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail » est principalement consacrée à la transposition de la « Position commune sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme »⁸, elle introduit de plus, à la grande fureur des syndicats signataires de la position commune, des dispositions en contradiction avec cette dernière. Sur différents aspects de la durée du travail, l'accord de branche devient subsidiaire relativement à l'accord d'entreprise qui l'emporte.

En 2010, le rapport Barthélemy-Cette relance le débat⁹.

- En premier lieu, les auteurs proposent de différencier la nature juridique des trois niveaux de la négociation collective. L'accord national interprofessionnel « a vocation à être un quasi-règlement ». La convention collective ou l'accord de branche, surtout étendu, est la loi de la profession avec son caractère dual, à la fois réglementaire et contractuel. Enfin, l'accord d'entreprise devrait être reconnu comme de nature purement contractuelle en tant qu'outil de gestion de l'entreprise.
- En second lieu, ils revendiquent l'autonomie de la négociation collective, à ses différents niveaux, dès lors qu'elle respecte l'ordre public social dans sa conception « civiliste », c'est-à-dire le respect des droits fondamentaux et des libertés individuelles et collectives¹⁰.

⁴ Solution fréquemment adoptée en Espagne.

⁵ Ce qui correspond, en simplifiant, au principe qui s'appliquait en Italie.

⁶ Solution fréquemment adoptée en Allemagne

⁷ Non signée par la CGT.

⁸ Texte du 9 avril 2008 signé d'une part, par le MEDEF et la CGPME, d'autre part, par la CFDT et la CGT.

⁹ Jacques Barthélemy, Gilbert Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, La documentation française, 2010.

¹⁰ Soulignons que, par ailleurs, les auteurs précisent les conditions nécessaires à l'exercice d'une telle autonomie : la présence d'acteurs sociaux représentatifs et légitimes, l'institutionnalisation des règles de conduites de la négociation collective.

Franck Morel, tout récemment, fait un pas supplémentaire dans cette direction¹¹ : « *un accord d'entreprise pourrait intervenir pour adapter les règles dans toutes les matières, sauf celles explicitement considérées d'ordre public* ».

La négociation d'un accord national interprofessionnel pour définir les caractéristiques d'accords d'entreprise compétitivité-emploi pose en des termes nouveaux la question de l'articulation des niveaux de négociation et du degré d'autonomie de l'accord d'entreprise. Plus fondamentalement, se pose une nouvelle fois aux organisations syndicales la question de l'intérêt et des risques du développement d'une négociation d'entreprise étroitement dépendante de l'état des rapports de force locaux.

2.3 Accord d'entreprise et contrat de travail

Dans les termes où elle est posée initialement, la négociation introduit une nouvelle question qui a une grande importance de principe. Un accord d'entreprise s'applique sans contestation à tous les contrats de travail futurs. Le problème est de savoir s'il peut être appliqué aux contrats de travail en cours sans requérir l'accord des salariés concernés lorsque l'accord modifie certains éléments de leur contrat de travail. Un retour sur l'histoire est indispensable pour comprendre pourquoi syndicats et patronat semblent aujourd'hui lutter à fronts renversés sur ce terrain.

Les incertitudes de la jurisprudence

Pour éviter de remonter trop loin dans un dossier particulièrement complexe, nous prendrons comme point de départ la jurisprudence établie en 1996 par la Chambre sociale de la Cour de Cassation¹². Elle distingue entre les décisions de l'employeur selon qu'elles modifient le contrat de travail et donc supposent l'accord du salarié¹³ ou qu'elles ne modifient que les conditions de travail et relèvent alors du pouvoir de décision de l'employeur¹⁴. La frontière entre les deux catégories est progressivement précisée par la Cour. Si des changements de la rémunération ou de la durée du travail constituent, à coup sûr, des modifications du contrat, la position est moins tranchée quant aux changements apportés dans les horaires de travail. Un passage au travail du dimanche, au travail de nuit, à la modulation des horaires sur une base hebdomadaire ou annuelle constitue une modification du contrat. Tel n'est pas le cas pour une réorganisation des horaires de travail dans le cadre de la journée, « sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos »¹⁵.

En pratique, une réorganisation des horaires de travail par l'employeur, avec ou sans accord d'entreprise, crée pour celui-ci une incertitude sur la qualification qui sera adoptée par les juges si survient un litige créé par un refus d'acceptation d'un ou plusieurs salariés. En cas de réduction de la rémunération ou de modification de la durée du travail, même avec un accord d'entreprise, le droit de refus des salariés est certain.

Une offensive patronale persistante

De longue date, le MEDEF a tenté, soit en prenant appui sur certains rapports officiels, soit dans le cadre de la négociation collective, de desserrer la contrainte juridique qui pèse sur les modifications du contrat de travail, en particulier de la durée et des horaires de travail.

¹¹ Franck Morel, ancien directeur adjoint du cabinet de Xavier Bertrand au ministère du travail, est maintenant avocat associé au cabinet Barthélemy Avocats ; voir *Dépêche aef* n° 161444 du 25 janvier 2012.

¹² Jean Péliissier, « La détermination des éléments du contrat de travail, *Droit ouvrier*, mars 2005.

¹³ Si le salarié refuse, l'employeur doit s'incliner ou licencier (et, dans ce cas, établir l'existence d'une cause réelle et sérieuse).

¹⁴ Le refus du salarié peut alors justifier son licenciement pour faute.

¹⁵ Pascal Lokiec, « Le changement d'horaires : une nouvelle approche ? », *Recueil Dalloz*, 2012. D'autres types de modifications ont fait l'objet de décisions jurisprudentielles, par exemple, celle du lieu de travail ou de la cadence de travail.

Remis le 4 mars 2004, le rapport de la Commission présidée par Michel de Virville¹⁶ recommande, pour sécuriser les utilisateurs, de codifier l'état de la jurisprudence sur la modification du contrat de travail, mais il n'inclut pas l'organisation du temps de travail parmi les éléments constitutifs du temps de travail.

Proposition n° 14 : « *La commission préconise (...) que soient définis par la loi les éléments qui doivent obligatoirement figurer dans le contrat de travail, à savoir la nature du contrat, la qualification, les éléments garantis de la rémunération, le secteur géographique, la durée du travail (au sens du volume de la prestation) et que soit expressément précisé le fait que ces éléments ne peuvent être modifiés sans l'accord exprès du salarié* ».

Le MEDEF approuve les orientations du rapport avec une précision importante¹⁷.

Proposition n° 7 : « *L'absence de réponse du salarié dans un délai d'un mois doit valoir dans tous les cas acceptation de la modification proposée* ».

Au dernier trimestre 2007, lors de la négociation de l'accord sur « la modernisation du marché du travail », la question est introduite à la demande du MEDEF¹⁸, mais ce n'est que dans son quatrième avant-projet d'accord qu'apparaît une formulation précise : « *Seuls sont considérés comme contractuels, sauf volonté expresse des parties : le lieu de travail, la fonction ou l'objet du contrat, la durée de travail (lorsqu'elle ne résulte pas de l'horaire collectif)* ». Le cinquième avant-projet ajoute la rémunération et supprime le lieu de travail parmi les éléments contractuels. Les réticences syndicales font que le texte final de l'accord renvoie à plus tard l'examen de la question :

Article 11 : « *Par ailleurs, le contrat de travail doit déterminer ceux de ses éléments qui ne pourront être modifiés sans l'accord du salarié. Afin d'atteindre l'objectif de pouvoir déterminer, a priori et de manière limitative, les éléments qui doivent toujours être considérés comme contractuels, les parties signataires conviennent de l'ouverture d'une réflexion dans les plus brefs délais* ».

Il semble qu'aucune suite n'ait été donnée à cette résolution commune, mais, s'agissant du temps de travail, le MEDEF a récemment affirmé clairement sa volonté de voir prévaloir l'accord collectif sur le contrat de travail¹⁹ : « *la fixation de la durée effective du travail et son organisation devraient (...) relever exclusivement de l'accord collectif ou, à défaut, du contrat de travail. En d'autres termes les durées et les modalités d'organisation fixées par accord collectif, quand il existe, devraient s'imposer au contrat de travail* ».

Des positions syndicales paradoxales ?

Que l'accord collectif s'impose au contrat de travail semble refléter la position historique des syndicats. Ceux-ci se sont longtemps heurtés aux principes du droit civil qui énonce la fiction d'un contrat de travail négocié entre deux sujets libres et égaux ; le contrat est la loi des parties et ne peut être modifié que par elles et d'un commun accord. Lorsque les premiers accords collectifs furent signés, à la fin du XIX^e siècle²⁰, il a fallu leur trouver une légitimité dans le droit civil, en un temps où l'autonomie (au moins partielle) du droit du travail n'était pas reconnue. On a invoqué, par exemple, la théorie du mandat, qui est supposé donné par les

¹⁶ Michel de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, La documentation française, 2004.

¹⁷ MEDEF, *Moderniser le code du travail : les 44 propositions du MEDEF*, Direction des relations sociales, mars 2004.

¹⁸ Jacques Freyssinet, « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : un avenir incertain », *La revue de l'IRE*, n° 54, 2007/2.

¹⁹ MEDEF, *Besoin d'aire*, 2012.

²⁰ Voir, par exemple : Claude Didry, *Naissance de la convention collective*, Ed. EHESS, 2002.

individus concernés aux organisations qui les représentent. L'accord ne s'impose donc qu'aux membres de l'organisation. Comme tout mandat est révocable, un salarié ou un employeur qui rejette l'accord ou qui démissionne de l'organisation ne serait plus tenu par ses dispositions. Un combat séculaire des syndicats a donc visé à imposer l'accord collectif comme la loi de la profession et à lui soumettre les contrats de travail individuels. Il peut paraître surprenant aujourd'hui de voir certains syndicats rejeter l'idée qu'un ACE puisse s'imposer au contrat de travail : ils doivent pour cela en appeler aux principes généraux du contrat, qui sont issus du droit civil, alors que tout le droit du travail s'est construit dans un effort de libération à l'égard de la domination exercée par le droit civil.

Le paradoxe s'éclaire par les transformations du contexte et du contenu de la négociation collective.

- Pour les syndicats, surtout depuis 1936, la loi de la profession devait être la convention collective de branche. Le développement de la négociation d'entreprise a suscité parmi eux des réactions variées, souvent méfiantes, dans la crainte que des rapports de forces défavorables ne favorisent des reculs et la mise en concurrence des salariés avec une amplification des inégalités.
- Ce sentiment s'est accru lorsque l'entreprise est devenue le lieu privilégié de développement des accords dérogatoires²¹, puis du principe de subsidiarité. Si, dans une logique de concessions réciproques, l'accord collectif peut consacrer le recul de certains droits, au moins pour certaines catégories de salariés, alors l'exigence de l'acceptation individuelle de toute modification du contrat de travail peut devenir un mécanisme protecteur.

On mesure ainsi la profondeur des difficultés auxquelles se heurtent les syndicats : craignant des régressions engendrées par des accords d'entreprise régulièrement conclus, ils invoquent, comme ultime protection, le droit civil et sa théorie du contrat. Le débat est ouvert sur la pertinence respective de cette stratégie « civiliste » ou de celle qui, continuant à privilégier l'accord collectif, ferait porter l'action sur les garanties de légitimité des signataires, de loyauté et de transparence des procédures qui devraient être assurées dans la négociation d'accords d'entreprise.

3. Le déroulement des négociations

Les négociations s'ouvrent, sur injonction du gouvernement, dans le cadre de la procédure définie par la loi de modernisation du dialogue social. Le délai imposé a toutefois un caractère fictif puisque le calendrier parlementaire rend impossible l'adoption d'une mesure législative avant les échéances électorales. Les organisations syndicales choisissent de prendre leur temps ce qui leur permettra, avant les ultimes compromis et les décisions de signature, d'apprécier le nouveau contexte politique.

3.1 L'ouverture des négociations

Le 29 janvier 2012, le Président de la République demande aux organisations patronales et syndicales de mener, dans un délai de deux mois, des négociations interprofessionnelles sur la définition d'un cadre juridique pour des ACE au niveau de l'entreprise. Ces accords pourraient s'appliquer aussi bien dans une période de choc économique pour sauvegarder l'emploi qu'en phase de croissance pour favoriser la création d'emplois. Ils s'imposeraient aussi bien à la loi qu'au contrat de travail individuel.

Après avoir hésité sur l'adoption d'une procédure d'urgence, les pouvoirs publics décident finalement de respecter la procédure prévue par la loi de modernisation du dialogue social.

²¹ À partir de 1981 : ordonnance sur les 39 heures et loi Auroux sur la négociation collective.

Dès le lendemain, le Premier ministre écrit aux organisations pour préciser la demande qui leur est adressée :

« Cette négociation devra notamment porter sur les modalités de négociation, les conditions de validité et la durée de tels accords dont l'objet sera (...) l'organisation collective du travail adaptée aux variations d'activité et la mobilisation de mécanismes d'ajustement temporaires (durée de travail, organisation du travail, niveau et forme de rémunération).

Il conviendra d'examiner les garanties en termes de maintien et de développement de l'emploi devant s'y rattacher et les mécanismes visant à en assurer le suivi et le respect.

La négociation devra prévoir l'articulation de tels accords avec les autres niveaux de normes conventionnelles et, plus particulièrement, avec les contrats de travail en cours.

Le cadre sera celui de l'accord d'entreprise (...) ».

D'emblée, il apparaît que le calendrier parlementaire interdira l'examen d'un projet de loi avant les élections présidentielles. Il s'agit donc pour le gouvernement de prendre date et de nourrir le programme du candidat Sarkozy.

Sur l'insistance du MEDEF qui réclame l'ouverture d'urgence d'une négociation, une première réunion a lieu le 17 février. Dès le départ, la CGT et la CGT-FO font connaître leur opposition de principe ; les trois autres confédérations acceptent, à condition que soient donnés les délais nécessaires à une discussion approfondie, une négociation qui doit porter sur le champ, les contreparties et les garanties. Trois dates de réunions sont retenues, dont la troisième, le 13 avril, est symboliquement fixée au-delà du délai de deux mois imposé par le Président de la République et confirmé par le Premier ministre. Contrairement au souhait initial de la CFDT, il est décidé de ne pas situer cette négociation dans le cadre de la délibération sur la modernisation du dialogue social, probablement pour éviter que les affrontements prévisibles sur le premier puissent avoir un effet négatif sur le second.

3.2. Le « document de travail » du 20 mars 2012

La deuxième séance de négociation est consacrée à l'examen d'un premier document présenté par la délégation patronale. Il présente quelques points clés.

- Des accords d'établissement ou d'entreprise, d'une durée limitée, portent sur un arbitrage entre temps de travail, salaire et emploi pour sauvegarder la compétitivité dans un premier temps, pour l'améliorer dans un second temps.
- La négociation interprofessionnelle ne peut imposer des conditions générales d'ouverture de négociations d'entreprise ; elle fixe le cadre le plus large possible.
- Les accords sont négociés par les délégués syndicaux (DS). En leur absence, la négociation est possible avec des élus ayant reçu à cette seule fin une délégation donnée par une organisation syndicale représentative dans la branche ; dans ce cas, une approbation par les salariés est nécessaire.
- La contrepartie en termes d'emploi doit être quantifiée, avec des indicateurs de suivi.
- L'accord, pendant sa durée, suspend les clauses du contrat de travail qu'il « impacte ». L'acceptation du salarié est requise ; s'il refuse, il fait l'objet d'un licenciement *sui generis* (avec indemnité de licenciement et préavis) « réputé reposer sur une cause réelle et sérieuse²² » et de « nature non économique »²³.

²² Selon Pierre Lokiec, professeur de droit privé à l'université Paris-Ouest, l'utilisation du terme « réputé » interdit le contrôle du juge et serait contraire à la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement

²³ Alors que l'intitulé même (« accord compétitivité-emploi ») implique à l'évidence une cause économique.

- En cas de mise en cause de l'accord par l'un des signataires, une procédure de médiation intervient avant tout recours judiciaire. L'étendue des pouvoirs du juge devrait être précisée.

Quelques points de conflit avec les syndicats se dégagent.

- Ceux des syndicats qui sont disposés à accepter la perspective d'ACE réclament une définition large de la compétitivité qui ne se réduise pas au coût salarial et un objet précis pour les accords qui doivent viser seulement à traverser une période difficile et non à traiter de problèmes structurels de l'entreprise.
- Tous, spécialement la CGT-FO, soulignent l'imprécision des engagements sur l'emploi (« maintenir l'emploi ou limiter la réduction des effectifs ») et l'absence de sanction en cas de non respect.
- Le licenciement *sui generis* qui, pour la CFDT, ne remet pas en cause de Code du travail (puisque, à ses yeux, la primauté du contrat individuel est maintenue) est interprété par d'autres (CGT, CGT-FO, CFTC) comme un moyen pour l'employeur de s'exonérer des obligations associées aux licenciements économiques (plan de sauvegarde de l'emploi, contrats de sécurisation professionnelle...).
- La CGT et la CGT-FO s'inquiètent d'une éventuelle limitation des pouvoirs du juge.

3.3 Le premier projet d'accord (27 mars 2012)

Plus précis que le document de travail, le premier projet d'accord proposé par le patronat lors de la troisième séance de négociation contient quelques éléments nouveaux.

- Il offre, mais seulement dans le cadre du préambule, quelques satisfactions de principe aux syndicats :
 - o la compétitivité ne se résume pas à la compétitivité coût ; elle doit être pensée globalement et ne constitue pas une fin en soi ;
 - o les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et les actionnaires devront prendre leur part aux efforts demandés.
- Les ACE définissent des mesures temporaires (au maximum deux ans) pour faire face à des difficultés « susceptibles de mettre en danger l'emploi et/ou la survie de l'entreprise ».
- Dans ce cadre, les ACE constituent des outils supplémentaires « à côté de dispositifs existants tels que le chômage partiel ».
- À défaut de délégués syndicaux, la possibilité de délégation est élargie à l'ensemble des salariés de l'entreprise (pas seulement aux élus).
- L'accord signé avec les DS doit obtenir une majorité d'engagement (au moins 50 % pour les syndicats signataires).
- L'ACE doit respecter le Code du travail quant aux dérogations possibles par accord d'entreprise aux accords de branche (C'est la seule clause qui porte sur l'articulation des deux niveaux de négociation).
- Le recours judiciaire n'est ouvert qu'en cas d'échec de la médiation. Les pouvoirs du juge sont limités : il peut suspendre l'accord, autoriser sa reprise ou prononcer sa résolution.

La discussion conduit, sur l'initiative de la CFE-CGC, à modifier l'intitulé des nouveaux accords qui deviendraient des « accords de sauvegarde de l'activité et des emplois » (ASAE) faisant ainsi formellement disparaître la polarisation du débat autour de la compétitivité. Outre les questions de principe antérieurement soulevées, l'offensive syndicale se concentre sur les contreparties en matière d'emploi, toujours aussi incertaines.

3.4. Le projet d'accords de sauvegarde de l'activité et de l'emploi (13 avril 2012)

Le texte présenté par le patronat à l'occasion de la quatrième séance de négociation ne comporte que des corrections de vocabulaire ou des précisions sur les conditions de la négociation.

- La dénomination « compétitivité-emploi » est remplacée, comme convenu lors de la séance précédente, par celle de « sauvegarde de l'activité et de l'emploi », ce qui entraîne la suppression, dans le préambule, des passages consacrés à la définition de la compétitivité.
- La rubrique « organisation du travail » remplace « conditions de travail / aménagements du temps de travail » parmi les « paramètres » des accords.
- Le principe selon lequel les dirigeants salariés « doivent participer aux mêmes efforts que ceux qui sont demandés aux salariés » figure désormais à l'article 5 (« Eléments et encadrement de la négociation ») et non plus dans le préambule.
- La notion de « licenciement *sui generis* » est remplacée par celle d'une « rupture *sui generis* » du contrat de travail. Cette rupture ne peut être imputée ni à des motifs économiques, ni à une faute du salarié, mais est « justifiée par l'application de l'accord » (article 7). Le changement de vocabulaire résulte probablement de la volonté du patronat d'éviter, en n'utilisant plus le terme « licenciement », le risque d'une violation des conventions de l'OIT, mais le litige reste entier sur cet élément central de la négociation, en particulier sur l'exclusion hors du champ du licenciement économique de « ruptures du contrat de travail » qui ont, d'évidence, une cause économique.

Alors que le MEDEF avait prévu une séance terminale qui devait occuper toute la journée, les négociateurs se séparent au bout de deux heures en renvoyant la suite au 16 mai 2012, hors contexte de l'élection présidentielle.

4. Les positions des organisations²⁴

4.1. Les organisations patronales

Le **MEDEF**, dès le « sommet sur la crise », approuve la perspective d'ACE qui « permettra de faire face avec souplesse et dans le dialogue social à toutes les évolutions de conjoncture²⁵ ». Il « se tient prêt à ouvrir immédiatement une négociation ». Il est clair que c'est lui qui presse la marche, mais ses options n'apparaissent qu'au travers des textes qu'il propose aux syndicats lors des séances successives de la négociation.

L'absence d'expression publique sur ce sujet des deux autres organisations patronales (**CGPME** et **UPA**) est quelque peu surprenante alors que, dans d'autres cas, elles n'ont pas hésité à marquer leur originalité relativement aux positions du MEDEF.

Il faut souligner, par ailleurs, le soutien apporté au projet d'ACE par l'ANDRH²⁶ : selon l'association, les ACE permettraient de « bousculer la hiérarchie des normes avec un accord collectif majoritaire et négocié qui puisse s'imposer au contrat de travail ».

4.2. Les organisations syndicales

À ce jour, l'argumentaire public des syndicats est inégalement développé. La CGT adopte une attitude radicalement hostile ; les autres confédérations, avec des degrés différents de

²⁴ D'après leurs publications et leurs sites.

²⁵ C'est nous qui soulignons : il ne s'agit pas simplement de répondre à la situation d'entreprises en difficulté.

²⁶ Association nationale des directeurs des ressources humaines.

méfiance ou d'intérêt, ont accepté, d'entrer dans une discussion qui porte sur le champ, les contreparties et les garanties.

- La **CGT**, dès le sommet sur la crise du 18 janvier 2012, affirme son opposition de principe. Elle précise ensuite ses critiques qui portent :
 - principalement, sur la possibilité de négocier, dans le cadre d'un chantage à l'emploi, des accords d'entreprise validant des reculs sur les droits des salariés (salaires et durée du travail),
 - sur le caractère non économique du licenciement qui interviendrait en cas de refus du salarié,
 - sur l'extension quasi illimitée du champ à la prévention de difficultés économiques futures,
 - sur l'absence de garanties et de sanctions attachées aux engagements de l'employeur sur l'emploi.
- La **CGT-FO** est proche de la CGT dans son hostilité de principe.
- Le Comité confédéral national (22-23 mars 2012) « s'oppose aux accords dits de compétitivité-emploi, véritable chantage à l'emploi ». La confédération refuse de négocier, au niveau de l'entreprise, des reculs du droit du travail ; elle dénonce le « travailler plus pour gagner moins ».
- Cependant, lorsqu'elle annonce au départ, sans beaucoup de précisions, que « toute négociation en la matière sera particulièrement dure », il peut sembler que la porte n'est pas totalement fermée. Par ailleurs, la confédération souligne qu'il n'y a pas d'objet pour la négociation d'un ANI ; tout au plus les négociateurs pourraient-ils énoncer des recommandations à l'intention du législateur.
- Pour la **CFDT**, son expression publique porte principalement sur les conditions, le champ et les bornes de la négociation :
 - prendre le temps nécessaire pour des discussions approfondies « sans précipitation » ;
 - ne pas réduire la question de la compétitivité à celle du coût salarial : ouvrir le débat sur la stratégie des entreprises ;
 - ne pas remettre en cause la durée légale du travail (35 heures) ni le SMIC ou les salaires minima de branche ;
 - se limiter à des accords à durée déterminée répondant à des difficultés conjoncturelles ;
 - expliciter les garanties sur l'emploi et sur la pérennité du site
- La **CFTC** « n'est, sur le principe, pas favorable » aux ACE, mais « il faudra pourtant, coûte que coûte, trouver des solutions pour mettre en place le dispositif voulu par le gouvernement ». La CFTC est particulièrement soucieuse que les accords ne traitent pas de problèmes structurels et soient limités à la gestion de difficultés conjoncturelles des entreprises.
- La **CFE-CGC** combine une expression vigoureuse (« Halte au marchandage ! ») et des exigences précises sur les contreparties que devraient inclure d'éventuels ACE : non recours, pendant la période de l'accord, aux emplois précaires, aux licenciements, à l'externalisation des activités...

* * *

Il est difficile aujourd'hui de mesurer l'impact qu'aura le résultat des élections présidentielles sur la poursuite des négociations. François Hollande a pris position sur deux points.

- En premier lieu, il a critiqué les ACE en tant qu'instruments d'une stratégie masquée de Nicolas Sarkozy qui viserait par ce biais à attaquer les 35 heures. Le 1^{er} mai, à Nevers, François Hollande affirme que Nicolas Sarkozy « a néanmoins un projet caché : avec l'accord compétitivité-emploi, il voudrait que la durée légale du travail, finalement, puisse être gommée pour introduire une durée que décideraient les entreprises elles-mêmes. Voilà ce qui est prévu et qui n'est pas dit. Je ne laisserai pas, là encore, les 35 heures une nouvelle fois attaquées »²⁷. Ce texte est d'interprétation délicate. Dans les projets successifs d'accord interprofessionnel présentés par le patronat, il n'est nulle part question d'une modification de la durée légale du travail. Si cet objectif n'est prêté qu'à Nicolas Sarkozy, la menace disparaîtrait-elle avec lui sans désormais contaminer les ACE ?
- En second lieu, François Hollande s'est engagé à respecter les accords signés par les « partenaires sociaux ». Un accord interprofessionnel sur les ACE exigerait une validation législative, ne serait-ce que pour créer la catégorie de rupture *sui generis* du contrat de travail. Pour les pouvoirs publics, une difficulté majeure apparaîtrait si, comme il semble aujourd'hui possible, un accord était signé, mais seulement par trois syndicats. Ceci assurerait sa validité juridique, mais pas nécessairement sa légitimité politique, surtout si les deux autres confédérations le dénonçaient vigoureusement.

* * *

Il était prévu que la négociation reprenne le 16 mai, après les élections présidentielles et avant les élections législatives. Cependant, le MEDEF annonce le 9 mai « avoir convenu avec plusieurs organisations syndicales » de repousser la reprise des négociations. Il s'agirait de s'assurer que le gouvernement transcrirait dans la loi un accord éventuel. Stéphane Lardy (CGT-FO) a beau jeu d'ironiser sur cette curieuse conception de l'autonomie des acteurs sociaux.

Au-delà de cet accident de parcours, beaucoup dépendra des analyses et des choix du patronat : il peut préférer un accord signé par trois confédérations qui n'exigerait de sa part qu'un minimum de concessions additionnelles et qui mettrait en difficulté le gouvernement et son éventuelle majorité législative de composition encore incertaine. Au contraire, si le patronat tient à l'accord et à sa transcription législative, il peut explorer les conditions d'obtention d'une quatrième signature syndicale, au prix de quelques concessions supplémentaires. Bien entendu, de leur côté, les organisations syndicales s'efforceront de tirer profit d'une conjoncture politique plus favorable.

Il faut espérer que ces considérations tactiques ne joueront pas un rôle déterminant sur l'issue d'une négociation dont nous avons vu qu'elle soulevait des enjeux essentiels quant à la conception des modes et des niveaux de régulation de la relation d'emploi.

²⁷ Dépêche aef n° 166070, 2 mai 2012.