



Les négociations collectives : contenus, niveaux et périmètres

Jacques Freyssinet

Le thème retenu pour le groupe de travail de *Lasaire* sur les relations sociales soulève un nombre considérable de questions¹. L'objet de cette note est de présenter un inventaire provisoire afin de définir un diagnostic de départ qui nous serait commun². Sur cette base, trop vaste pour que tous ses éléments puissent être maîtrisés par le groupe de travail, quelques sujets aujourd'hui prioritaires pourraient être sélectionnés.

Dans un premier point, quelques repères historiques rappellent les grandes étapes de transformation des règles de la négociation collective en France. Dans un deuxième point, quelques éléments situent la réflexion dans le contexte international. Le troisième point porte sur le rapport entre les niveaux et les champs des négociations collectives et le quatrième sur les rapports entre les niveaux et les contenus des négociations³.

Pour limiter le volume du texte, on s'est efforcé de dégager les points majeurs en ignorant de nombreuses sources de complexités ou d'exceptions qui seront, au moins provisoirement, considérées comme secondaires⁴.

1. REPERES HISTORIQUES SUR L'EVOLUTION DE LA LEGISLATION

Il est essentiel de comprendre que la situation actuelle, particulièrement embrouillée, est le résultat de l'empilement de réformes successives. Chacune de ces réformes reflète les conditions économiques et sociales et le rapport des forces dans la période qui l'a vue naître⁵.

¹ La bibliographie est particulièrement volumineuse. Nous avons limité les références à quelques textes de synthèse ou à des textes qui ont joué un rôle important dans les prises de décision.

² Une première version de cette note a bénéficié d'une discussion au sein du groupe « Relations sociales » de Lasaire ainsi que des observations et des informations complémentaires apportées par Antoine Jeammaud et Udo Rehfeldt. Nous les remercions vivement sans que leur responsabilité soit engagée.

³ Comme ces questions sont souvent imbriquées entre elles, il a été impossible d'éviter des répétitions dans leur présentation.

⁴ Certains passages sont repris de deux textes de mai 2012 portant sur « Les accords compétitivité emploi » et « Les réformes du marché du travail » inclus dans le Cahier n° 46 : *Crise économique et relations sociales* ; on pourra s'y reporter pour plus de détails.

⁵ Voir : Marie-Laure Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Paris, LGDJ, 1994. Quelques rapports préparés à la demande des pouvoirs publics permettent de mesurer la transformation des problématiques au cours des dernières décennies : Gérard Adam, « La négociation collective en France. Eléments de synthèse » (Rapport pour le ministère du Travail), *Droit social*, décembre 1978 ; Yves Chaigneau (Rapport de la commission présidée par), *Négociation collective : quels enjeux ?*, Commissariat général du plan, La documentation française, 1988 ; Dominique-Jean Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, mars 2006.

- En France, la première convention collective reconnue comme telle est signée en 1891. Elle met fin à plusieurs semaines de grève dans le bassin houiller d'Arras. En l'absence de tout cadre législatif, la Cour de cassation considère les premières conventions comme des accords de droit privé qui n'engagent que leurs signataires. Lorsque les signataires sont des organisations, elles sont supposées être mandatées par leurs adhérents et n'engagent que ceux-ci.
- La loi du 25 mars 1919 donne une base légale aux accords collectifs, mais toujours selon une logique de droit privé : les organisations signataires n'engagent que leurs adhérents et seulement aussi longtemps qu'ils le demeurent.
- La loi du 24 juin 1936 contient deux innovations majeures.
 - Elle consacre la notion de syndicats « les plus représentatifs », seuls légitimes pour signer des conventions collectives susceptibles d'extension. La convention doit concerner une branche ou une profession. En pratique, les accords prendront la forme de conventions collectives territoriales de branche⁶.
 - La loi crée le mécanisme de l'extension par l'Etat : la convention collective devient alors la loi de la profession.
- Après la phase de dirigisme de la guerre et de l'immédiat après-guerre, la loi du 11 février 1950 a pour objet la relance de la négociation collective.
 - Elle donne une définition large du champ de compétence de la négociation collective qui peut couvrir l'ensemble des conditions de travail. La loi du 13 juillet 1971 ajoutera les garanties sociales et la loi du 28 novembre 1982 l'emploi. Ainsi, l'ensemble du statut salarial relève de la négociation collective.
 - La loi privilégie le niveau de la branche, mais ouvre la possibilité d'accords d'entreprise ou d'établissement sur les salaires, même en l'absence d'accord de branche⁷.
 - Elle reconnaît la validité d'un accord collectif ainsi que, lorsqu'il s'agit d'un accord de branche, la possibilité de son extension dès lors qu'il est signé par au moins une organisation syndicale représentative (donc, même en cas d'opposition majoritaire des autres syndicats).
- La loi du 13 juillet 1971 affirme le droit des salariés à la négociation collective comme découlant du Préambule de la Constitution. Dès lors, ce droit est reconnu à tous les niveaux : l'entreprise, la branche et l'interprofessionnel⁸. L'articulation est assurée, s'il s'agit de la création de règles, par le principe de hiérarchie des normes : un accord de niveau inférieur ne peut qu'améliorer le contenu d'un accord de niveau supérieur. S'il s'agit de l'application des règles, le principe de faveur indique, en cas de chevauchements d'accords, que c'est l'accord le plus favorable qui s'applique.
- La loi Auroux du 13 novembre 1982 sur la négociation collective introduit deux mécanismes nouveaux.

⁶ Voir l'emblématique « convention collective de la métallurgie parisienne ».

⁷ En revanche, un accord de branche est nécessaire pour signer des accords d'entreprise dans d'autres domaines que les salaires.

⁸ Antérieurement, dans le silence du Code du travail, la négociation interprofessionnelle n'était apparue que dans le seul domaine où le CNPF avait reçu un mandat de négociation de la part de ses fédérations, c'est-à-dire la protection sociale complémentaire. D'où les ANI (accords nationaux interprofessionnels) sur les retraites complémentaires (à partir de 1947), l'assurance chômage (1958) et l'indemnisation du chômage partiel (février 1968). Ce n'est qu'après les mouvements sociaux de mai 1968 et le projet de protocole d'accord de Grenelle que le CNPF recevra de ses membres en 1969 un mandat général de négociation, à l'exclusion des salaires.

- Elle crée une obligation pour les employeurs d'engager des négociations sur certains thèmes et selon une certaine périodicité soit au niveau de la branche, soit au niveau de l'entreprise⁹. Le non-respect de cette obligation peut engendrer, dans le cas des entreprises, un délit d'entrave aux institutions représentatives des travailleurs. Ce mécanisme sera, par la suite, élargi à d'autres thèmes, avec ou sans délit d'entrave¹⁰. Depuis 2010, une autre technique est expérimentée : les entreprises qui n'ont pas négocié un accord sur certains sujets dans un certain délai (ou, à défaut, adopté unilatéralement un plan d'action) subissent des pénalisations financières¹¹.
- La loi valide, dans certains domaines, le mécanisme de dérogation à la loi par un accord collectif ou à l'accord de branche par un accord d'entreprise. Ce mécanisme avait été introduit par l'ordonnance du 16 janvier 1982 à propos de la durée et de l'organisation du temps de travail (39 heures). L'accord dérogatoire est valable s'il ne fait pas l'objet d'une opposition de syndicats majoritaires. Les possibilités d'accords dérogatoires seront élargies, à plusieurs reprises, par des textes ultérieurs.
- L'ANI du 31 octobre 1995 sur la négociation collective et la loi du 12 novembre 1996 ouvrent la possibilité d'accords d'entreprise signés, en l'absence de délégués syndicaux, soit par les élus du personnel, soit par des salariés mandatés par un syndicat représentatif. Les règles seront modifiées par la suite à plusieurs reprises quant aux domaines pour lesquels le dispositif s'applique (en particulier sur les accords de réduction et aménagement du temps de travail) et quant aux conditions de validité de ces accords¹².
- La « position commune sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective »¹³ du 16 juillet 2001 est, en partie, transposée dans la loi du 4 mai 2004 « relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ». Deux nouvelles étapes sont franchies.
- A l'exception de quatre domaines fixés par la loi (classifications, salaires minima, financement de la formation professionnelle, protection sociale complémentaire), les accords d'entreprise (ou d'établissement) peuvent déroger dans un sens défavorable aux accords de branche (ou aux ANI), sauf si ces derniers l'interdisent explicitement.
- La validité des ANI et des accords de branche est subordonnée à l'absence d'une opposition exprimée par la majorité des organisations syndicales représentatives¹⁴. Les accords d'entreprise sont valables s'ils n'ont pas fait l'objet d'une opposition de syndicats qui représentent la majorité des salariés¹⁵.

⁹ Au niveau de l'entreprise, tous les ans sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail. Au niveau de la branche, tous les ans sur les salaires, tous les cinq ans sur les classifications professionnelles.

¹⁰ Au niveau de l'entreprise, sur l'épargne salariale, la GPEC, l'emploi des seniors... Au niveau de la branche, sur la formation professionnelle des salariés, sur l'égalité professionnelle hommes / femmes...

¹¹ Emploi des seniors, pénibilité, égalité professionnelle hommes / femmes.

¹² Notons, en particulier que la loi du 20 août 2008 (*infra*) a modifié les dispositions de la loi du 4 mai 2004 (*infra*). A partir du 1^{er} janvier 2010, dans les entreprises de moins de 200 salariés dépourvues de délégué syndical, la négociation est possible avec des élus du personnel ou des salariés mandatés sur toutes les mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif. Auparavant cette possibilité ne pouvait être ouverte que par un accord de branche étendu.

¹³ Signée par toutes les organisations sauf la CGT.

¹⁴ Sauf, dans le cas des accords de branche, si un accord de méthode étendu, signé sans l'opposition de la majorité des organisations de la branche, prévoit la nécessité d'une majorité d'adhésion qui est alors mesurée selon des résultats électoraux de la branche.

¹⁵ Sauf si un accord de branche étendu impose l'approbation des accords d'entreprise par un ou des syndicats majoritaires aux élections dans l'entreprise.

- La loi du 31 janvier 2007 sur « la modernisation du dialogue social » (dite loi Larcher) crée un mécanisme d'articulation entre loi et ANI.
- Le gouvernement fait connaître chaque année aux partenaires sociaux le contenu et le calendrier des initiatives qu'il projette dans le domaine des relations individuelles et collectives de travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Il leur communique sur ces points un document d'orientation.
- Si le thème relève du champ de la négociation collective interprofessionnelle, les partenaires sociaux peuvent faire connaître leur volonté de négocier en indiquant le délai qu'ils jugent nécessaire.
- En cas d'accord au terme de la négociation, il revient au gouvernement, sans obligation qui s'imposerait à lui, d'élaborer les textes législatifs et réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de l'accord.

L'application de cette loi a soulevé deux types de problèmes. En premier lieu, le Parlement reste souverain dans le vote des textes législatifs. Il n'existe aucune possibilité de garantir qu'il respectera les termes de l'accord. En second lieu, la procédure ne concerne que les projets de loi déposés par le gouvernement. Pour la contourner, il suffit à ce dernier de faire déposer une proposition de loi par les députés de sa majorité (par exemple, la proposition de loi Cherpion¹⁶). Face aux protestations des organisations patronales et syndicales, les deux assemblées ont adopté des dispositions faiblement contraignantes pour laisser à ces organisations un délai minimum de négociation.

- La loi du 20 août 2008 portant « rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail » introduit deux innovations de natures très différentes.
- Dans le respect de la « position commune » du 9 avril 2008 sur « la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme »¹⁷, la loi supprime la présomption irréfragable de représentativité accordée par l'Etat aux syndicats membres de cinq confédérations¹⁸. Désormais, les conditions de validité des accords collectifs reposent ou reposeront¹⁹ sur la représentativité électorale des syndicats : au moins 30 % des voix pour les signataires et absence d'opposition émanant de syndicats majoritaires.

En violation du contenu de la position commune, la loi supprime diverses dispositions légales ou réglementaires sur le temps de travail et laisse ainsi un vaste champ de compétence aux accords d'entreprises. Ces accords d'entreprise l'emportent désormais sur les accords de branche qui n'ont plus qu'une fonction subsidiaire. Enfin, c'est seulement en l'absence d'accord d'entreprise ou, à défaut, d'accord de branche que s'appliquent des dispositions minimales fixées par décret.

¹⁶ Voir le Cahier Lasaire n° 44, *L'agenda social 2011 : un bilan provisoire*, p.9-12.

¹⁷ Position approuvée par la CGT et la CFDT, du côté syndical, le MEDEF et la CGPME, du côté patronal.

¹⁸ La présomption de représentativité, combinée au mécanisme d'extension, a largement contribué à l'obtention par la France d'un taux exceptionnellement élevé de couverture des salariés par un accord collectif. En comparaison internationale, ce taux est étroitement corrélé au taux de syndicalisation. Sur les graphiques, la France constitue un point aberrant (au même titre que l'Espagne).

¹⁹ Dès la première élection intervenue à partir de 2009 pour les entreprises et seulement à partir de 2013 pour les branches et l'interprofessionnel, après agrégation des résultats des élections d'entreprise.

L'extrême complexité des règles qui s'appliquent aujourd'hui à la négociation et aux accords collectifs²⁰ est le produit d'un empilement de textes dont chacun a répondu aux problèmes spécifiques qui se posaient lors de son adoption et a reflété l'état des forces politiques et sociales du moment. Depuis la loi de 1950, la tendance générale a été à l'extension du champ couvert par la négociation collective et à la diversification de ses niveaux. Depuis les années 1980, ce mouvement se poursuit, mais il s'accompagne d'une seconde tendance qui devient progressivement dominante : la multiplication des dérogations au principe de la hiérarchie des normes, avec une amorce d'inversion au nom du principe de subsidiarité.

2. ECLAIRAGES INTERNATIONAUX

Dans la mesure où une pression croissante s'exerce aujourd'hui en faveur d'un alignement des systèmes nationaux de négociation collective sur un modèle de décentralisation maximale, il n'est pas inutile de rappeler brièvement l'hétérogénéité des traditions historiques et des évolutions récentes face au rouleau compresseur mis en mouvement par certaines organisations internationales dominantes.

2.1. TROIS CONCEPTIONS TRADITIONNELLES DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

On distinguait souvent, jusqu'à leur remise en cause à partir des années 1980, trois conceptions de la négociation qui constituaient des idéaux-types dont les réalités nationales ne se rapprochaient qu'imparfaitement.

Dans le modèle anglo-saxon ou « pluraliste », les intérêts du patronat et des syndicats sont conçus de part et d'autre comme contradictoires, mais la contradiction porte sur le partage de la richesse créée et sur les conditions de travail dans le cadre d'une économie de marché dont les règles sont acceptées par tous. Les négociations fonctionnent selon le principe du « volontarisme » (*voluntarism*) : elles s'ouvrent si les parties concernées le décident et au niveau où elles le souhaitent. L'Etat n'intervient, au mieux, que pour fixer les règles d'une négociation de bonne foi (*fair practices*). En pratique, les négociations s'ouvrent lorsque les syndicats sont assez forts pour les imposer et au niveau où ils sont capables de le faire. Le plus souvent, ce sont des négociations d'entreprise, parfois élargies à des négociations « multi-employeurs »²¹. Souvent elles ne concernent que les catégories professionnelles représentées par les syndicats et non l'ensemble des salariés.

Dans le modèle du conflit de classes, longtemps dominant en Europe dans les pays du Sud, la négociation ne vise qu'à définir un compromis provisoire qui reflète l'état fluctuant du rapport des forces. Indissociable du conflit collectif, elle nourrit et se nourrit de la mobilisation des travailleurs. Elle n'est qu'un épisode dans une lutte globale visant à la transformation du système social, économique et politique. Pour cela, elle doit traduire la solidarité de l'ensemble des travailleurs ; ainsi, les niveaux intermédiaires de négociation (entreprise, branche...) n'ont de sens que s'ils contribuent à construire une solidarité de classe.

²⁰ Voir par exemple : *La négociation collective à l'heure des révisions*, sous la direction de Georges Borenfreund, Antoine Lyon-Caen, Marie-Armelle Souriac et Isabelle Vacarie, Dalloz, 2005 ; « Quel droit pour la négociation collective de demain ? », *Droit social*, janvier 2008.

²¹ Que l'on assimile parfois trop rapidement à des négociations de branche du type rencontré en Europe continentale.

Dans le modèle dit « néo-corporatiste », qui s'est développé après la Seconde Guerre mondiale surtout dans les pays scandinaves et germaniques, il existe un intérêt commun à l'ensemble des acteurs (croissance, compétitivité, paix sociale) qui permet d'arbitrer les conflits sur la base de compromis durables passés au niveau national entre les acteurs centraux : Etat, patronat, syndicat. Ces derniers sont, en effet, seuls en capacité de mesurer les enjeux et de définir les termes d'accords ou de « pactes sociaux » qui sont à la fois « donnant-donnant » et « gagnant-gagnant ».

Il serait dangereux d'ignorer ces héritages historiques, même s'ils ont été infléchis par les évolutions récentes, car ils ont contribué à forger les représentations et les comportements des syndicalistes des différents pays à l'égard de la négociation collective. La CES (Confédération européenne des syndicats) est un lieu où ces cultures se trouvent confrontées.

2.2. LES PRECONISATIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES DOMINANTES

Allant à l'encontre des positions traditionnelles de l'Organisation internationale du travail, qui préconise la hiérarchie et l'articulation des niveaux de négociation, l'OCDE, appuyée par le FMI, a pris la tête depuis le début des années 1990, d'une offensive tenace en faveur de la décentralisation maximale de la négociation collective au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, tout en préconisant l'élargissement des domaines qui ne relèveraient que du contrat individuel de travail²². Les arguments reposent sur la seule prise en considération d'indicateurs d'efficacité économique : l'impact de la nature des négociations d'une part, sur le taux d'inflation, via les salaires et, d'autre part, sur le taux d'emploi ou de chômage. Les négociations décentralisées sont les seules qui peuvent s'adapter de manière diversifiée à la spécificité des conditions économiques locales et qui peuvent réagir rapidement aux modifications fréquentes et peu prévisibles de l'environnement. Les règles établies par la négociation collective doivent favoriser la flexibilité des salaires, de l'emploi et du temps de travail ; elles doivent garantir la compétitivité des entreprises dans un contexte de globalisation.

À la veille de la crise, l'OCDE avait toutefois corrigé son point de vue²³ en reconnaissant que deux groupes de pays avaient atteint des performances élevées : d'un côté, ceux qui avaient privilégié le modèle qu'elle prônait, c'est-à-dire la flexibilité et la dérégulation (principalement les pays anglo-saxons), de l'autre, des pays (principalement scandinaves) « qui se caractérisent par un large recours à la négociation collective et au dialogue social ». Il semblait donc se dégager deux modèles économiquement efficaces ayant des caractéristiques sociales contrastées. La condition commune de réussite était, aux yeux des auteurs du rapport, la cohérence des règles et des mécanismes d'incitation.

La crise économique actuelle, après une phase initiale pseudo-keynésienne, a permis le retour en force du discours orthodoxe, désormais principalement promu en Europe par la troïka (Commission européenne - BCE - FMI) : il porte à la fois sur le contenu et sur les niveaux de négociation comme nous le verrons plus loin²⁴.

²² On doit faire une distinction entre les préconisations de l'OCDE, qui sont généralement inspirées par son Département des affaires économiques, et le contenu, beaucoup plus nuancé et parfois contradictoire, des analyses qui sont proposées par son Département des affaires sociales (DELSA).

²³ Voir par exemple : OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE. Stimuler l'emploi et les revenus*, Paris, 2006. Soulignons que ce document a été produit par le DELSA.

²⁴ Voir aussi l'analyse de Lasaire, « Les réformes du marché du travail », citée précédemment.

2.3. DES DYNAMIQUES NATIONALES DIVERSIFIÉES

Si on se limite aux pays d'Europe occidentale, le Royaume-Uni constitue un cas exceptionnel. La négociation de branche ou multi-employeurs y a quasiment disparu, sauf dans quelques fragments du secteur public. Le pourcentage des salariés couverts par une négociation d'entreprise est en forte régression.

Dans la majorité des pays d'Europe occidentale, les évolutions 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 (ou parfois de la négociation territoriale). Diverses techniques ont été employées²⁵.

La négociation nationale fixe une norme ou une référence, avec des marges d'adaptation pour la négociation décentralisée²⁶.

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'entreprise²⁷.

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...*)²⁸.

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, lorsqu'il existe, est souverain.

C'est cette dernière modalité qui a été privilégiée dans les récentes « réformes structurelles » du marché du travail adoptées dans les pays d'Europe du Sud sous la pression de la troïka²⁹. S'il existe incontestablement à ce niveau une volonté de décentralisation systématique de la négociation et d'abolition, voire d'inversion, de la hiérarchie des normes, cette stratégie n'a été à ce jour pleinement appliquée que dans les pays où la situation économique et financière permettait de l'imposer. Ailleurs, on observe plutôt une prolifération des niveaux de négociation avec un chevauchement de leurs périmètres. La France en donne un bon exemple.

²⁵ Sur le principe de la hiérarchie des normes, voir la note qui figure en annexe. Pour une comparaison de l'évolution dans sept pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Irlande, Italie), voir :Maarten Keune, *Derogation clauses on wages in sectoral collective agreements in seven European countries*, Eurofound, 2011.

²⁶ Solution jusqu'alors fréquemment adoptée en Espagne.

²⁷ Ce qui correspond, en simplifiant, au principe qui s'applique en Italie.

²⁸ Solution fréquemment adoptée en Allemagne

²⁹ Voir l'analyse de Lasaire sur « Les réformes du marché du travail » citée précédemment

3. NIVEAUX ET CHAMPS DE NEGOCIATION

Depuis la loi de 1971, trois niveaux de négociation sont reconnus avec le même degré de légitimité (entreprise, branche, interprofessionnel). Par étapes, d'autres niveaux se sont ajoutés avec des zones de compétence et des degrés de normativité parfois incertains. Malgré cette diversification, il apparaît aujourd'hui que certains problèmes majeurs ne peuvent être correctement traités dans le cadre des périmètres existants³⁰.

3.1. LES TROIS NIVEAUX FONDAMENTAUX

Le dernier rapport annuel sur la négociation collective³¹ permet de mettre à jour diverses analyses récentes dont les résultats sont convergents.

3.1.1. Les accords d'entreprise (ou d'établissement)

Quantitativement, le nombre d'accords d'entreprise a considérablement augmenté, en particulier sous l'effet des obligations ou des incitations financières créées par l'Etat (*supra*). Plusieurs types d'évolutions mériteraient une réflexion plus approfondie³².

En premier lieu, les thèmes négociés se diversifient. La négociation d'entreprise « classique » portait sur les salaires et les conditions d'emploi (notamment l'organisation du temps de travail). Aujourd'hui, elle concerne bien d'autres thèmes : l'intéressement et la participation, la prévoyance collective, la durée et l'aménagement du temps de travail, la GPEC, l'emploi des seniors, la pénibilité, l'égalité professionnelle femmes / hommes... La question se pose pour les sections syndicales et les délégués syndicaux de leur maîtrise technique de tous ces dossiers et de leur capacité de mobilisation des salariés sur un agenda qui, sur le papier, devient potentiellement pléthorique.

Du fait des innovations législatives mentionnées plus haut, la nature des textes qui engagent l'employeur à l'égard de ses salariés s'est progressivement diversifiée (voir tableau 1). À côté des accords collectifs proprement dits (signés par des délégués syndicaux), les textes déposés auprès de l'administration du travail contiennent, en plus grand nombre, des documents de diverses autres natures : ils peuvent être signés par des élus du personnel ou des salariés mandatés, ratifiés par référendum ou encore signés par le seul employeur³³. Cette évolution résulte, pour partie, d'une dilution de la frontière entre la négociation collective et les procédures de consultation du CE (comité d'entreprise ou d'établissement).

La méfiance exprimée par certaines confédérations à l'égard de la négociation d'entreprise ne se traduit pas par des différences fortes quant à la propension à signer de leurs syndicats

³⁰ Pour tenter de mettre de l'ordre, nous ne traitons pas, dans ce point 3, du problème des contenus de la négociation, problème qui est évidemment lié à celui des niveaux et sera introduit au point suivant. La notion de « périmètre » de négociation est ambiguë : elle peut désigner la population couverte par l'accord (niveau) ou les questions traitées par l'accord (contenu).

³¹ *La négociation collective en 2011*, Bilans et rapports, La documentation française, 2012. Les tableaux 1, 2 et 3 ci-après sont extraits de ce rapport.

³² Antoine Naboulet, *Que recouvre la négociation collective d'entreprise en France ?*, DARES, Document d'études, n° 163, août 2011.

³³ Dans ce dernier cas, il peut s'agir, par exemple, des textes déposés après des négociations informelles avec les élus ou après l'échec d'une négociation formelle, ou encore de plans d'action adoptés par l'employeur... Ces textes, déposés auprès de l'administration du travail, valent aux yeux des tribunaux engagement unilatéral de l'employeur.

lorsqu'ils sont présents dans l'entreprise (tableau 2). L'écart est faible entre la CGT et les quatre autres confédérations ; la CGT-FO se situe dans le peloton de tête³⁴. Pour aller plus loin, il faudrait pouvoir croiser les taux de signature avec une analyse qualitative du contenu des accords.

Tableau n°1 :

Nombre de textes signés dans les entreprises en 2011 et évolution estimée par rapport à 2010 selon le mode de conclusion

	Textes signés en 2011 ^(a)	Croissance estimée sur un an ^(b)
Accords d'entreprise signés par des élus du personnel, des délégués syndicaux, ou des salariés mandatés	33 869	0 %
<i>Dont textes signés par des délégués syndicaux ou des salariés mandatés</i>	26 827	+ 10 %
<i>Dont textes signés par des élus du personnel</i>	7 042	- 26 %
Textes ratifiés par référendum (majorité des deux tiers des salariés pour l'épargne salariale)	14 581	+ 3 %
Textes signés par le seul employeur (décisions unilatérales)	9 665	- 48 %
Textes dont le signataire n'est pas renseigné ou présente une incertitude	197	- 43 %
Total des textes enregistrés et exploités	58 312	- 13 %

Source : ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé – DARES (Accords d'entreprise)

(a) Données provisoires pour 2011, seuls les accords signés en 2011 et enregistrés avant le 1^{er} janvier 2012 sont comptabilisés. Sur 58 420 textes enregistrés dans l'ensemble des UT, 58 312 ont été pris en compte. Les 108 textes non exploités ont été écartés en raison d'informations jugées insuffisantes, d'erreur de saisie ou d'une incertitude sur la nature de ces textes.

(b) Méthodologie : Taux de croissance estimé en comparant les nombres de textes signés en 2011 et comptabilisés 1^{er} janvier 2012 aux nombres de textes signés en 2010 et enregistrés avant le 1^{er} janvier 2011.

³⁴ Ces pourcentages ne portent que sur les accords signés par des délégués syndicaux.

Tableau n°2 : Accords d'entreprise**Propension à signer pour chaque organisation syndicale
(conditionnellement à leur présence dans l'entreprise
où est signé l'accord)**

	2011	2010	2009	2008
CFDT	93 %	93 %	93 %	91 %
CFE-CGC	91 %	91 %	91 %	90 %
CFTC	88 %	88 %	88 %	88 %
CGT	84 %	84 %	84 %	82 %
CGT-FO	90 %	88 %	88 %	87 %

Source : ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé – DARES (Accords d'entreprise).

Calcul : on rapporte, pour chaque organisation syndicale, le nombre d'accords ou avenants qu'elle a signés au nombre d'accords ou avenants conclus suite à des négociations auxquelles elle a participé (signataire ou non).

Lecture : en 2011, lorsqu'elle est présente dans les entreprises, la CGT signe 84 % des accords collectifs ou avenants qui y sont conclus.

3.1.2. Les accords de branche

- Le problème principal posé à la négociation de branche aujourd'hui est celui de son extrême fragmentation qui s'accompagne d'une fréquente mise en sommeil³⁵. Il existe plus de 700 conventions collectives en vigueur dont 61 % couvrent moins de 5000 salariés. Parmi ces conventions, 70 % ont plus de 20 ans d'âge et, dans 39 % des cas, aucun accord nouveau n'a été conclu depuis au moins 5 ans³⁶.
- Les taux de signature montrent, à la différence de ce qui est observé pour les accords d'entreprise, un fort contraste entre l'attitude de la CGT et celle des autres confédérations (tableau 3). Ici encore, une analyse qualitative du contenu des accords serait nécessaire.
- Les accords portent principalement sur les salaires (minima de branche), puis sur les classifications et sur la formation professionnelle continue (notamment les OPCA). Selon le rapport Poisson, « les obligations légales de négocier (...) sont massivement lettre morte ».

³⁵ Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, La documentation française, 2009.

³⁶ Source : *La négociation collective en 2011*.

Tableau n° 3 :

Taux de signature des accords de branche par organisation syndicale (en %)**

	CGT	CFDT	CGT-FO	CFTC	CFE-CGC
2000	33,8	69,2	70,5	60,9	61,4
2001	34,3	71,1	68,6	65,5	62,1
2002	37,3	75,6	67,8	62,0	58,7
2003	31,3	70,0	63,9	66,6	65,6
2004	39,8	78,8	71,5	69,5	68,0
2005	35,7	75,8	74,0	71,6	68,9
2006	36,2	75,2	72,5	69,7	66,5
2007	30,9	77,1	69,3	69,4	69,3
2008	34,2	76,9	68,3	69,0	67,3
2009	32,3	75,0	68,2	75,2	74,7
2010	31,3	78,6	71,5	70,6	68,5
2011*	33,3	78,6	74,8	74,7	70,4

Source : ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé - DGT (BDCC)

** Le taux de signature est le nombre d'accords (y compris accords interprofessionnels) signés par une organisation syndicale donnée, rapporté au nombre total d'accords signés dans l'année. Un même texte peut être signé par une ou plusieurs organisations syndicales.

* provisoire

3.1.3. Les accords nationaux interprofessionnels

Quant au nombre d'accords signés, la négociation interprofessionnelle a été exceptionnellement active depuis le début de 2008 (tableau 4). A l'exclusion des salaires, elle couvre maintenant tous les domaines de la relation salariale³⁷.

Malgré leur consécration légale, les ANI ont un statut et une nature juridique parfois incertains ou hétérogènes³⁸. A un extrême, se situent des ANI normatifs qui s'imposent directement aux entreprises (par exemple, assurance chômage, retraites complémentaires...). Ils sont alors soumis à une procédure d'agrément par l'Etat ou de transcription législative. À l'autre extrême, se rencontrent des accords de méthode : ils fixent des objectifs et parfois un calendrier pour des négociations de branche, voire d'entreprise, qui seront la condition nécessaire de leur mise en œuvre (GPEC, formation professionnelle continue pour de nombreuses dispositions...).

Un problème de périmètre est posé par le fait que les ANI ne s'appliquent, sauf élargissement ou transcription législative, qu'aux branches couvertes par les trois organisations patronales signataires (MEDEF, CGPME, UPA). L'agriculture, les professions libérales et

³⁷ Voir, par exemple : « 50 ans d'accords nationaux interprofessionnels », *Clés du social*, 13/12/2011.

³⁸ Jacques Barthélémy, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Droit social*, mai 2008 ; Christophe Radé, « De l'accord national interprofessionnel », *Droit social*, mars 2010.

l'économie sociale sont les principaux secteurs exclus. La question est liée à celle, plus globale de la représentativité des organisations patronales et figure sur l'agenda social du quinquennat.

3.2. LES NOUVEAUX NIVEAUX DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

Trois formes d'innovations, de nature très différente, se sont développées au cours de la période récente. Elles concernent les groupes, l'Union européenne et les territoires.

3.2.1. Les groupes

Déjà reconnus par la jurisprudence, les accords de groupe ont été consacrés par la loi de 2004. Négociés dans les mêmes conditions qu'un accord d'entreprise, ils peuvent s'appliquer à la totalité ou à une fraction du groupe (une branche du groupe, par exemple). En cas de concurrence avec un accord d'entreprise, le principe de faveur s'applique.

La situation est devenue plus complexe avec le développement d'accords de groupes européens ou mondiaux. Ils peuvent être négociés avec des fédérations syndicales européennes ou internationales ; parfois, les Comités d'entreprise européens ou des Comités de groupe y ont été associés ; parfois, certains syndicats nationaux sont signataires. Ces accords sont dépourvus de base juridique ; leur effectivité dépend de la seule volonté des deux parties signataires de les respecter³⁹.

³⁹ Isabel da Costa, Udo Rehfeldt, « Les négociations collectives transnationales : dynamique des accords-cadres européens et mondiaux », *La revue de l'IREs*, 2011, n° 71.

Tableau n°4 : Signatures syndicales des ANI

(entre mai 2007 et mai 2012)

Date	Objet de l’ANI	CGT	CFDT	CFT-FO	CFTC	CFE-CGC
11/01/08	Modernisation du marché du travail		X	X	X	X
14/11/08	GPEC		X			X
3/03/09	Avenant Bilan d’étape professionnel	OPP	X	OPP	OPP	X
15/12/08	Avenant Chômage partiel		X	X	X	X
2/10/09	Chômage partiel	X	X	X	X	X
23/12/08	Assurance chômage	OPP	X	OPP		
23/12/08	Conventions de reclassement personnalisé	X	X	X	X	X
7/01/09	Formation TLVP	X	X	X	X	X
8/07/09	Conséquences sociales de la crise		X	X	X	X
19/05/10	Unédic et plan « Rebond pour l’emploi »		X	X	X	X
10/01/11	Agenda social 2011 (programme)		X	X	X	X
18/03/11	Retraites complémentaires	(OPP)	X	X	X	(OPP)
25/03/11	Assurance chômage		X	X	X	X
7/04/11	Emploi des jeunes :					
29/04/11	- Accompagnement dans l’accès à l’emploi		X	X	X	X
7/06/11	- Accès au logement		X	X	X	X
11/07/11	- Alternance et stages		X	X	X	X
12/07/11	- Maintien dans l’emploi		X	X	X	X
12/07/11	APEC	X	X	X	X	X
	Hors Agenda social 2011					
31/05/11	Contrat de sécurisation professionnelle	X	X	X	X	X
27/10/11	Groupements d’employeurs					
13/01/12	Chômage partiel		X	X	X	X
6/02/12	APLD		X	X	X	X
	Agenda social 2012					
17/02/12	Modernisation du paritarisme		X	X	X	
18/04/12	Accès au logement	X	X	X	X	X

Légende :

- X indique la signature d’un ANI.
- OPP indique une opposition explicitement exprimée et (OPP) un souhait de faire opposition.
- TLVP : tout au long de la vie professionnelle

Note : les trois organisations patronales ont approuvé tous les ANI ; l’ANI de 2008 sur l’assurance chômage a fait l’objet de « réserves » de la part de la CGPME.

3.2.2. Les accords européens

À l'échelle de l'Union européenne, trois types de situation se présentent.

Au niveau interprofessionnel, la négociation peut être entamée sur l'initiative de la Commission. En cas de succès, l'accord est repris par une directive qui doit être transposée dans les législations des Etats membres (par exemple, accords sur le congé parental, le temps partiel, les CDD...). La négociation peut aussi être ouverte à la seule initiative des partenaires sociaux. En cas de succès, ces accords dits « autonomes » ne sont mis en œuvre dans les Etats membres que sous la responsabilité des organisations patronales et syndicales nationales et selon les modalités qu'elles choisissent. En France, la solution retenue a été celle d'un ANI de transposition (par exemple, stress et harcèlement).

Les fédérations patronales et syndicales européennes peuvent négocier des accords de branche. Comme les précédents, ils peuvent faire l'objet d'une directive ou être mis en œuvre par les partenaires sociaux nationaux selon les modalités qu'ils choisissent.

La mise en place des Comités d'entreprise européens suppose la signature d'un accord selon des modalités qui ont varié. Les fédérations syndicales européennes peuvent intervenir comme experts dans la négociation et peuvent aussi cosigner les accords aux côtés, par exemple, des syndicats nationaux ou d'autres participants au « groupe spécial de négociation »⁴⁰.

3.2.3. Le dialogue social territorial

Depuis la loi de 2004, des accords collectifs peuvent créer des commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles territoriales au niveau local, départemental ou régional. Ces commissions peuvent être le lieu de négociation d'accords sur des sujets d'intérêt local⁴¹. Les accords doivent respecter les accords interprofessionnels ou professionnels nationaux. En cas de conflit, le principe de faveur s'applique.

Ces accords d'un type nouveau n'ont connu à ce jour qu'un très faible développement. Ils ne constituent que l'une des formes de ce que l'on appelle, d'un terme vague, le dialogue social territorial. On y rencontre surtout des accords sur divers types de projets, de nature hétérogène, qui associent des organisations patronales et syndicales ainsi que d'autres acteurs locaux hors du champ juridique de la négociation collective⁴².

Le tableau 5 propose une représentation simplifiée des principaux lieux de négociation dans l'enchevêtrement auquel nous sommes aujourd'hui parvenus.

⁴⁰ Romuald Jagodzinski, « Les comités d'entreprise européens après la directive : une évaluation », *La revue de l'IREC*, 2011, n° 71.

⁴¹ Il ne faut pas confondre ces accords d'intérêt local avec les conventions collectives de branche qui dans certains secteurs, notamment la métallurgie et le bâtiment, sont de longue date signées au niveau territorial.

⁴² Voir, par exemple : Jean-Louis Walter (rapporteur), *Réalité et avenir du dialogue social territorial*, Avis et rapports du CESE, 2009 ; *La négociation collective en 2011*, « Les évolutions du dialogue social territorial en 2011 », p.253-256.

3.3. D’AUTRES ESPACES POUR LA NEGOCIATION COLLECTIVE ?

Des expérimentations ou des projets ont été portés par le mouvement syndical au moins dans trois directions partiellement imbriquées.

3.3.1. Les sites

Depuis les années 1980, des tentatives ont été faites pour créer des structures syndicales, des instances de représentation du personnel et négocier des accords à l’échelle de sites productifs où sont regroupés de multiples employeurs. Les premières tentatives concernaient les tours de bureaux ; d’autres ont été amorcées dans des centres commerciaux. Les thèmes de revendication et les demandes de négociation concernent principalement les problèmes communs aux travailleuses et travailleurs du site : les conditions de travail, d’hygiène et sécurité, les équipements collectifs (crèches et garderies, cantines...) ou encore la desserte par les transports collectifs. La perspective initiale était aussi que les sections syndicales implantées dans les plus grands établissements du site soient le vecteur d’organisation des salariés des PME ou des entreprises extérieures de prestation de services (nettoyement industriel...).

Tableau n°5 : Niveaux et champs de la négociation collective

		Champ		
		Interprofessionnel	Branche	Groupe, Entreprise ou Etablissement
Niveau	International			AG mondial
	Union européenne	Accord cadre	AB	AG européen
	National	ANI	AB	AG national et AEn
	Régional ou Dép.	(AIL)	AB (et AIL)	AEn
	Local	(AIL)	AB (et AIL)	AEn et AEt
Légende. AG : accord de groupe ; AEn : accord d’entreprise ; AEt : accord d’établissement ; AIL : accords collectifs sur des sujets d’intérêt local.				
Note : les AIL figurent entre parenthèses dans la mesure où ils sont encore extrêmement rares.				

Des expériences particulièrement novatrices ont été amorcées, mais il semble qu’elles éprouvent les plus grandes difficultés à s’articuler avec les structures syndicales classiques et à se stabiliser dans la durée. Les problèmes qui leur ont donné naissance se posent toujours avec la même acuité.

3.3.2. Donneurs d’ordres et sous-traitants

Le projet est de favoriser la prise de conscience d’intérêts communs entre des travailleurs qui participent à un même segment du processus productif, mais qui connaissent, selon leur employeur, des inégalités de statut, de salaires et de garanties d’emploi. Il s’agit d’éviter une double menace : d’une part, les stratégies de mise en concurrence utilisées par les donneurs d’ordre pour faire pression sur les coûts salariaux et sur les conditions de travail ; d’autre part, le

risque, en cas de difficultés économiques, de voir les salariés du donneur d'ordre privilégier la revendication de rapatriement de la sous-traitance aux dépens des salariés des sous-traitants.

Les syndicats ont avancé de longue date la revendication d'une négociation d'entreprise incluant la sous-traitance. À ce jour, ils n'ont obtenu que de vagues déclarations d'intentions dans certains ANI (par exemple, GPEC) ou certains accords de branche. Il existe peu d'informations sur des expériences réussies à l'échelle des accords d'entreprise.

Lorsque les sous-traitants sont physiquement localisés chez le donneur d'ordre ou à proximité immédiate, on peut retrouver la problématique précédente du site⁴³.

3.3.3. Les filières industrielles

La politique des filières industrielles a été un projet majeur en 1981, avec des résultats limités. Elle mérite certainement d'être remise aujourd'hui au centre du débat. Un des aspects de la question concerne la possibilité d'y introduire une dimension de négociation collective. Le problème est complexe. Une difficulté générale concerne la définition du périmètre des filières : critère de la technique dominante ou critère du produit final, chevauchements entre filières, segmentation internationale des filières... De plus, si elle paraît intuitivement claire pour l'industrie, la notion de filière est plus difficile à appliquer aux activités de services. Enfin, il s'ajoute un obstacle additionnel relatif à la négociation collective : la non correspondance des filières avec le découpage, souvent arbitraire et excessivement fragmenté, des accords de branche. Presque toujours, une filière est concernée de nombreux accords de branche relevant de plusieurs fédérations.

La question ne recouvre que partiellement celle de la sous-traitance : les relations entre entreprises dans une filière ne se limitent pas à la sous-traitance et, par ailleurs, la sous-traitance, lorsqu'elle résulte d'une volonté de spécialisation du donneur d'ordre sur un « cœur de métier », peut porter justement sur les activités extérieures à la filière.

* * *

Deux remarques sont valables pour les trois exemples qui viennent d'être cités.

En premier lieu, dans les trois cas, des réflexions ont été menées au sein du mouvement syndical et des expériences novatrices ont été réalisées, mais celles-ci rencontrent de grandes difficultés pour se maintenir dans la durée et, plus encore, pour se généraliser. Ce n'est évidemment pas une raison pour y renoncer, compte tenu de l'importance de l'enjeu, mais ceci interdit de se satisfaire d'un affichage volontariste. Il faut partir d'un examen réaliste des obstacles et des conditions de réussite.

En second lieu, les trois exemples se situent dans une problématique plus générale, souvent qualifiée dans la littérature internationale de clivage *insiders – outsiders*⁴⁴. Comment le syndicalisme peut-il déborder des catégories de salariés qui sont les lieux traditionnels de son implantation pour pénétrer les nouvelles couches salariales dont il est aujourd'hui à peu près

⁴³ À l'échelle des sites, des avancées ont été réalisées à l'égard des salariés des sous-traitants en ce qui concerne les compétences des IRP, en particulier des CHSCT.

⁴⁴ Vocabulaire ambigu que le syndicalisme français refuse, à juste titre, d'utiliser.

absent ? Le problème est de favoriser l'émergence concrète d'intérêts communs, leur prise de conscience et leur traduction dans des formes et des structures d'action. Dans les trois cas cités, l'existence d'intérêts communs peut clairement être mise en évidence, mais la suite du processus reste à construire.

La question des niveaux de négociation pose une question plus fondamentale pour les syndicats qui doivent articuler deux exigences qui se révèlent en pratique souvent contradictoires.

En premier lieu, constatant la disjonction de plus en plus fréquente entre, d'une part, leur interlocuteur juridique dans les négociations d'établissement ou d'entreprise (un chef d'établissement, un DRH de la société...) et, d'autre part, les détenteurs du pouvoir de décision économique (l'état-major du groupe), les syndicats ont pu juger essentiel d'imposer une négociation là où se trouve le pouvoir économique, d'où l'idée de comités de groupe et d'accords de groupe. Malgré la forte résistance initiale du côté patronal, des progrès importants ont été réalisés au niveau national, européen ou international dans la création d'instances et de procédures permettant l'information, la consultation et finalement parfois la négociation à l'échelle des groupes. La difficulté tient au fait qu'il est particulièrement difficile d'établir un rapport de forces à ce niveau. Il existe quelques exemples encourageants et instructifs de mobilisations multinationales au sein d'un groupe, mais ils sont fort rares. Même entre les établissements français d'un groupe, il n'est pas facile, bien souvent, de déclencher des actions solidaires. Le niveau choisi est économiquement pertinent, mais, sauf exceptions, peu propice à la construction d'un rapport de forces pour la négociation⁴⁵. La négociation risque alors d'exclure les enjeux stratégiques centraux. Les exemples actuels d'accords de groupe portent surtout sur le droit à l'information et à la consultation, sur les procédures de gestion des restructurations, sur le respect des droits fondamentaux de l'OIT... Ce n'est en rien négligeable, mais ne touche pas la stratégie du groupe.

En second lieu, les syndicats peuvent considérer que le niveau privilégié de l'action revendicative, du conflit et de la négociation se situe là où les solidarités concrètes, la perception immédiate d'intérêts communs, la force des réseaux sociaux engendrent des mobilisations unificatrices et durables. C'est souvent le site de production (industriel ou tertiaire) qui correspond le mieux à ces exigences, en particulier lorsque apparaissent des conditions de travail particulièrement dégradées ou, plus encore, des menaces sur l'emploi. De multiples exemples illustrent la puissance et la ténacité des capacités d'action à cette échelle, mais aussi les difficultés qu'elles rencontrent pour engendrer des solidarités autres que locales. Ici encore, les résultats immédiats peuvent de pas être négligeables, mais sont toujours sous la menace des stratégies patronales de mise en concurrence des sites.

Il ne s'agit à l'évidence pas de choisir entre les deux stratégies, mais de réfléchir, sur la base d'expériences comparées, aux conditions qui permettraient de les articuler efficacement.

⁴⁵ Les exceptions proviennent principalement des branches d'activité où existent de fortes identités professionnelles ainsi que des traditions historiques d'organisation syndicale à l'échelle internationale ; celles-ci sont généralement liées à des interdépendances techniques et à des spécificités économiques sectorielles. De telles situations permettent et rendent nécessaire la coordination internationale (ou européenne) des luttes, puis des négociations. Les transports internationaux en fournissent le meilleur exemple à l'échelle internationale pour les transports maritimes ou à l'échelle européenne pour les transports ferroviaires ; les difficultés sont plus grandes pour le secteur très hétérogène des transports routiers, mais des résultats y ont été obtenus, y compris en incluant les artisans.

4. NIVEAUX ET CONTENUS DE NEGOCIATION

Une réflexion sur les niveaux pertinents de négociation est impossible sans prendre en compte le contenu des accords. Pour clarifier les termes du débat, nous opposerons deux visions antagonistes, qui sont approximativement celles défendues aujourd'hui par les syndicats et par la majorité du patronat, avant de nous interroger sur la signification de certaines propositions récentes.

4.1. HIERARCHIE DES NORMES ET PRINCIPE DE FAVEUR⁴⁶

Le droit du travail français obéit à deux principes auxquels les syndicats demeurent fermement attachés.

Dans la production des normes, un texte de rang supérieur, qu'il émane de l'Etat ou de la négociation collective, ne peut être modifié par un texte de rang inférieur que si ce dernier améliore les droits des salariés.

Dans l'application des normes, en cas de chevauchement, c'est la norme la plus favorable au salarié qui s'applique.

Dans ce cadre, les syndicats qui, historiquement, ont privilégié la négociation de branche, n'ont pas été hostiles au développement d'autres niveaux de négociation dès lors que leur coexistence ne pouvait qu'améliorer le contenu des normes. Ils ont logiquement revendiqué la signature d'accords interprofessionnels qui créent un socle commun de droits pour les salariés du secteur privé. Malgré les méfiances initiales de certaines organisations, ils ont le plus souvent souhaité tirer parti des opportunités qu'offrait la négociation d'entreprise.

À partir des « forteresses ouvrières », elle a permis d'arracher des avancées qui dans un deuxième temps se diffusaient, avant d'être généralisées par l'accord de branche ou la loi : par exemple, les accords sur la mensualisation ou, plus symboliquement, le modèle des accords Renault avec la 3^e puis la 4^e semaine de congés payés⁴⁷.

La négociation d'entreprise constitue un moyen pour mobiliser des salariés sur la base d'enjeux concrets et immédiats ; elle favorise la démocratie à la base grâce à la participation directe des syndiqués à la définition des revendications.

Jusqu'à l'introduction de mécanismes dérogatoires, la multiplication des niveaux était potentiellement favorable à l'amélioration des contenus. La situation change radicalement lorsque s'ouvre la période des « négociations de concessions » ou « négociations donnant-donnant ». Elles impliquent l'échange de concessions réciproques dont l'équilibre est difficile à mesurer et qui risquent d'être coûteuses pour les salariés lorsque la négociation décentralisée se développe dans des établissements et des entreprises où le rapport des forces leur est défavorable, en particulier sous la menace des suppressions d'emplois. La réaffirmation de la

⁴⁶ Voir sur ce point la note figurant en annexe.

⁴⁷ Il resterait à vérifier le degré de généralité du modèle optimiste « avancées – diffusion – généralisation ». On peut se demander si, dans bien des cas, les accords d'entreprise n'ont pas renforcé, avec un faible effet de rattrapage, les inégalités entre les salariés selon les caractéristiques de leurs entreprises.

hiérarchie des normes et du principe de faveur devient le cœur d'une stratégie de défense des droits des salariés.

4.2. DECENTRALISATION ET SUBSIDIARITE

L'attitude patronale est plus contradictoire, même si elle semble s'être radicalisée dans la période récente. Longtemps le patronat, lorsque la force syndicale lui imposait la négociation collective, a privilégié le niveau de la branche.

L'une des fonctions centrales de l'accord de branche est d'uniformiser les conditions de détermination du coût salarial, donc d'éviter qu'il soit une arme dans la concurrence. Au contraire, les accords d'entreprises creusent les inégalités puis risquent d'engendrer des revendications d'alignement.

Localiser la négociation au niveau de la branche constituait une condition essentielle de la lutte patronale (victorieuse jusqu'en 1968) contre la reconnaissance du syndicat dans l'entreprise.

Le ralliement en ce domaine aux thèses des experts néo-libéraux et des organisations internationales dominantes ne s'amorce, à l'échelle des organisations patronales⁴⁸, qu'à partir de la décennie 1980. Il s'organise aujourd'hui autour de deux principes.

Le domaine de la loi doit être limité à la sphère de l'ordre public, défini de façon restrictive. Pour le reste, l'autonomie de la négociation collective doit être garantie légalement, voire constitutionnellement.

En matière de négociation, la primauté doit être donnée au niveau le plus décentralisé (entreprise ou établissement). Les textes de niveau supérieur n'ont qu'une fonction subsidiaire : ils ne s'appliquent qu'en l'absence de dispositions portant sur le même domaine contenues dans des accords de rang inférieur.

La position commune de 2001 et la loi de 2004 (*supra* point 1) traduisent un compromis entre les deux logiques. Prise au pied de la lettre, la loi ouvre de larges possibilités à la décentralisation dérogatoire. À ce jour, il apparaît que ces possibilités n'ont été que faiblement exploitées ; le patronat des branches semble toujours attaché au maintien de la « loi de la profession » qui constitue une sécurité, en particulier pour les PME.

4.3. DES PROPOSITIONS ALTERNATIVES

Deux exemples, pris parmi d'autres, illustrent la recherche d'une conciliation entre les conceptions antagonistes. Ils contribuent à alimenter un débat qui sera indispensable pour tenter de sortir d'une situation aujourd'hui inextricable.

⁴⁸ Ce qui ne doit pas faire ignorer les stratégies de négociation d'entreprise menées, de longue date, par certains patrons.

4.3.1. Bartélémy-Cette

En 2010, un rapport présenté au Conseil d'analyse économique par Jacques Barthélemy et Gilbert Cette relance le débat⁴⁹.

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 lorsqu'il est étendu, constitue 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 dans sa conception « civiliste », c'est-à-dire le respect des droits fondamentaux et des libertés individuelles et collectives. Sous réserve de cette restriction, le principe général serait celui du droit à la dérogation qu'il s'agisse des accords collectifs relativement à la loi ou d'un accord de niveau inférieur relativement à un accord de niveau supérieur.

Par ailleurs, les auteurs précisent les conditions nécessaires à l'exercice d'une telle autonomie : d'une part, la présence d'acteurs sociaux représentatifs et légitimes assurant une majorité d'adhésion, d'autre part, l'institutionnalisation des règles de conduite de la négociation collective au moyen d'accords de méthode pour garantir son sérieux et sa loyauté.

4.3.2. Rouilleault

La même année, Henri Rouilleault présente un projet de réforme de la démocratie sociale⁵⁰. Il traite, parmi de nombreuses autres propositions, de la hiérarchie des normes et énonce trois principes.

Le niveau supérieur, qu'il s'agisse de normes publiques ou de normes conventionnelles, « doit conserver la possibilité de décider qu'il ne peut être dérogé à une disposition par le niveau inférieur ».

La frontière entre dispositions impératives et dispositions supplétives n'est pas figée ; elle fait l'objet d'un réexamen périodique. S'agissant des accords collectifs, cette question de la frontière devient donc un objet de négociation (tous les cinq ans, par exemple).

L'accord d'entreprise définit d'une part, des règles valables pour l'ensemble des salariés et, d'autre part, des dispositifs susceptibles de faire l'objet d'un usage individualisé négocié par le salarié avec son encadrement ou avec la fonction ressources humaines de son entreprise.

Ces propositions se situent dans la perspective d'une évolution vers des accords requérant un engagement de signataires majoritaires.

⁴⁹ Jacques Barthélemy, Gilbert Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2011. Les auteurs ont complété leurs propositions dans deux textes récents : « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *Droit social*, septembre 2012 ; « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Droit social* (à paraître).

⁵⁰ Henri Rouilleault, *Où va la démocratie sociale. Diagnostic et propositions*, Editions de l'Atelier, 2010.

Le strict principe de hiérarchie des normes est en voie d'érosion ou d'ébranlement dans tous les pays qui l'appliquaient. Les questions à discuter sont, alternativement, celle des conditions d'efficacité d'une stratégie de restauration du principe de hiérarchie des normes ou celle des termes d'une négociation qui porterait sur les conditions et les garanties associées à d'autres modes d'articulation entre les différents niveaux de négociation en fonction du contenu de ce qui est négocié.

5. PERSPECTIVES

Le programme du candidat François Hollande, puis le mode de préparation de la « grande conférence sociale » (9 et 10 juillet 2012), enfin, la « feuille de route » et le calendrier de travail qui y ont été définis fournissent quelques informations, encore imprécises, sur les orientations qui sont et seront en débat.

Parmi les engagements du candidat, la 55^e proposition porte sur le rôle des organisations patronales et syndicales dans la préparation des lois ; elle adopte une formulation vague : « Tout texte de loi concernant les partenaires sociaux devra être précédé d'une concertation avec eux. Je ferai modifier la Constitution pour qu'elle reconnaisse et garantisse cette nouvelle forme de démocratie sociale ». Dans son discours d'ouverture de la conférence sociale, le Président de la République a été à peine plus précis : « Il n'y aura plus de loi sur les champs économiques et sociaux sans une phase de dialogue ou de concertation avec les partenaires sociaux. (...) Cela ne remet pas en cause la primauté de la loi ». Le projet concerne donc une obligation de concertation préalable à la décision publique et non la définition dans la Constitution d'un domaine réservé de la négociation collective, comme le demandait auparavant le MEDEF. Au terme de la conférence, la formulation de la « feuille de route » est, sur ce point, sans ambiguïté : « (la révision de la constitution) n'aura pas pour vocation de définir un domaine réservé aux partenaires sociaux, excluant le rôle des pouvoirs législatifs et réglementaires »⁵¹.

Dans la préparation de la conférence sociale, il avait été prévu que celle-ci devrait « déterminer selon quelle méthode chacune des problématiques serait traitée : négociation entre partenaires sociaux, concertation, exercice tripartite Etat - organisations syndicales - organisations patronales »⁵². Cette répartition est explicitée dans la « feuille de route » pour le traitement de chacun des thèmes qui ont fait l'objet d'une table ronde. Il s'agit en l'occurrence d'une ventilation entre trois types de procédures qui est adoptée à un moment donné pour des thèmes déterminés. Ici encore, il n'est pas question de domaines qui seraient par nature réservés à la négociation collective.

La « feuille de route précise qu'« un bilan sera engagé sur la réforme de la représentativité syndicale » et, par ailleurs que « la question de la représentativité patronale sera abordée selon des modalités à définir sur la base des propositions à venir des organisations représentatives d'employeurs ». Comme nous l'avons vu, la question de la représentativité est essentielle pour l'avenir de la négociation collective. Pour l'instant elle est inscrite à l'agenda sans que le gouvernement ait précisé ses intentions.

Enfin, « un groupe de travail sur la rationalisation des diverses négociations obligatoires dans les entreprises sera mis en place (...) afin de faire des propositions de simplification et de

⁵¹ La grande conférence sociale, *Feuille de route sociale*, 9-10 juillet 2012, Préambule : démocratie sociale.

⁵² *La méthode pour la préparation de la conférence sociale*, Communication du Conseil des ministres du 23 mai 2012.

meilleure lisibilité et articulation, y compris s'agissant des modalités de sanctions ou de pénalités ». Ce sera l'occasion d'évaluer l'intérêt du recours à des obligations ou pseudo-obligations qui donnent parfois aux négociations un caractère largement fictif.

Les problèmes posés par les niveaux, périmètres et contenus des négociations collectives et par la hiérarchie des normes négociées n'ont donc pas été explicitement soulevés dans cette première étape du débat social. Pour l'instant, l'accent a été mis sur les rapports entre l'Etat et les acteurs sociaux dans la production des normes, c'est-à-dire sur les rapports entre la loi et l'accord collectif, ainsi que sur les conditions de légitimité des acteurs sociaux dans ce processus. La réflexion reste donc entièrement ouverte sur la structuration interne de la sphère de la négociation collective.

ANNEXE

NOTE SUR LE PRINCIPE DE HIERARCHIE DES NORMES EN COMPARAISON INTERNATIONALE

Le syndicalisme français attache une grande importance, en droit du travail, au principe de la hiérarchie des normes. Il serait important de mesurer, à l'échelle internationale, quel est le degré de généralité de l'adhésion des syndicats à ce principe. Cette étude exigerait le concours d'un juriste du travail familier des comparaisons internationales. Dans cette attente et pour ne pas ignorer totalement la question, la présente note apporte de premiers éléments de réflexion afin d'amorcer le débat.

* * *

Il semble évident que le principe de hiérarchie des normes n'a pas de signification concrète pour deux types de syndicalisme.

Les syndicalismes des pays anglo-saxons (en mettant à part le régime très particulier qui s'est longtemps appliqué en Australie) ne signent d'accords que dans les périmètres où le rapport des forces leur permet (selon des règles variables) d'imposer la négociation. Ces périmètres ou unités de négociation sont divers : exceptionnellement, une branche ou une pluralité d'employeurs (*multi-employer bargaining*), le plus souvent, une entreprise ou un établissement, voire une fraction d'établissement, parfois les seuls salariés des professions représentées par des syndicats de métier. Chaque accord a son champ particulier de validité ; il n'existe pas de hiérarchie entre eux.

Le même constat s'impose pour les pays, par exemple le Japon, où il n'existe pratiquement que des négociations d'entreprise⁵³. Les syndicats ont pu s'efforcer de coordonner ces négociations autour d'objectifs communs, mais rien n'établit une hiérarchie entre les accords.

* * *

On pourrait peut-être considérer que le principe de la hiérarchie des normes a constitué, notamment depuis la Seconde Guerre mondiale, un socle commun aux syndicalismes de l'Europe continentale occidentale. Encore faudrait-il vérifier au cas par cas la pertinence de cette hypothèse. Examinons les évolutions dans deux pays dont le mouvement syndical a constitué une référence privilégiée pour les analyses de Lasaire.

⁵³ Voir par exemple : Hiromasa Susuki, « Les syndicats face à l'accroissement des travailleurs à statut non permanent : un défi pour les syndicats d'entreprise », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 137, juillet 2012.

1. DANS LE CAS DE L'ALLEMAGNE, LA QUESTION NE SEMBLE S'ÊTRE POSEÉ QUE DE FAÇON RÉCENTE DANS LE CONTEXTE D'UNE CRISE DE LA NÉGOCIATION DE BRANCHE.

Pendant l'apogée du modèle allemand de relations professionnelles (des années 1950 au début des années 1990), le droit pose des règles de stricte démarcation et non de hiérarchie entre les modes de production des normes⁵⁴.

Des règles de valeur constitutionnelle séparent ce qui relève de la loi (ou de la politique gouvernementale) et ce qui relève de la négociation collective, celle-ci étant protégée par le principe de *Tarifautonomie*.

De même, sont séparées les questions qui relèvent de la négociation collective, donc des seuls syndicats, et celles qui relèvent, à l'échelle de l'établissement ou de l'entreprise, de la *Mitbestimmung* (codétermination), donc des seuls *Betriebsräte* (conseils d'établissement élus par l'ensemble des salariés). Ces conseils peuvent passer des accords dans le cadre de leurs attributions ; de tels accords ne s'appliquent qu'en dehors des questions couvertes par la négociation collective (principe d'exclusion).

Il n'existe pas de négociation collective interprofessionnelle. Les négociations se déroulent au niveau des branches et, généralement, à l'échelle des régions. Dans ce dernier cas, le premier accord signé sert souvent de modèle pour les autres régions, mais il ne s'agit pas d'une relation hiérarchique.

Les accords d'entreprise (au sens de la négociation collective) concernent des entreprises non adhérentes aux organisations d'employeurs. Ils ne couvrent qu'une petite minorité de salariés. On cite souvent le cas emblématique des accords Volkswagen. Ces accords sont indépendants de l'accord de branche correspondant (en l'occurrence, celui de la métallurgie). À ma connaissance, IG Metall n'a jamais mis en cause l'autonomie des accords d'entreprise signés avec Volkswagen ; au contraire, il y est attaché.

Le problème de la hiérarchie ne se pose que tardivement, d'abord avec la réunification et surtout avec les récessions économiques des années 1990 et 2000⁵⁵. Pour sauver la négociation de branche, dont le champ de couverture menaçait de se réduire drastiquement par désaffiliation des entreprises⁵⁶, les syndicats acceptent l'introduction dans les accords de branche de différents types de clauses d'exemption permettant, pour une durée limitée, dans certains domaines et sous certaines conditions, la négociation d'accords d'entreprise dérogeant aux accords de branche.

⁵⁴ Voir par exemple : Pierre Waline, *Cinquante ans de rapports entre patrons et ouvriers en Allemagne*, Paris, Presses FNSP, Tome II, 1970 ; Adelheid Hege, Christian Dufour, chapitre « Allemagne » dans IRES, *Syndicalismes. Dynamique des relations professionnelles*, Paris, Dunod, 1992.

⁵⁵ Voir sur la période récente : Adelheid Hege, « Allemagne. Le retour improbable à la normalité de la négociation collective ou les dilemmes du mouvement syndical », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 92, janvier 2005 et « Négociation collective et influence syndicale, reculs et résistances », n° 116, janvier 2009 ; Steffen Lehdorff, « Before the crisis, in the crisis, and beyond : Collective bargaining on employment in Germany », ILO, *Negotiating out of the crisis*, Turin, November 2009 ; Stefan Zagelmeyer, *Company-level bargaining in times of crisis : The case of Germany*, ILO, Industrial and Employment Relations Department, Working Paper n° 9, March 2010 ; Reinhard Bispinck, Heiner Dribbusch, Thorsten Schulten, *German Collective Bargaining in a European Perspective. Continuous Erosion or Re-Stabilisation of Multi-Employer Agreements ?*, WSI Discussion Paper n° 171, August 2010 ; Reinhard Bispinck, Thorsten Schulten, *Sector-level bargaining and possibilities for deviations at company level : Germany*, Eurofound, 2011 ; Patrick Rémy, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ? », *Revue de droit du travail*, mars 2012.

⁵⁶ Entre 1998 et 2009, le taux de couverture des salariés par des accords de branche a diminué, de 68 à 56 % à l'Ouest et 52 à 38 % à l'Est.

Ils cherchent aussi à conserver par ce moyen un contrôle sur les accords décentralisés face au risque d'une « décentralisation sauvage »⁵⁷. Dans un premier temps, les conventions de branche ne permettaient aux entreprises de négocier des accords dérogatoires que si elles rencontraient de « sérieuses difficultés économiques »; depuis le milieu des années 2000, cette possibilité a été élargie pour améliorer la compétitivité, sauvegarder l'emploi ou favoriser l'investissement⁵⁸.

Aujourd'hui, toutes les grandes conventions collectives de branche contiennent des clauses d'exemption, avec des domaines et des procédures d'application variés. Les possibilités d'exemption et les accords qui en résultent sont de durée limitée, mais dans la pratique ils sont généralement reconduits. Les études empiriques donnent des résultats divergents sur le taux d'utilisation de ces mécanismes par les entreprises, mais toutes donnent des taux importants.

On peut donc dire que longtemps le syndicalisme allemand n'a pas eu à se préoccuper du principe de la hiérarchie des normes compte tenu du partage des compétences entre les différentes sources de production de normes. La question est n'apparue pour lui, depuis une vingtaine d'années, qu'en lien avec son acceptation, aujourd'hui largement répandue, des mécanismes de dérogation inscrits dans les accords de branche.

2. LA NATURE DE L'EVOLUTION EN ITALIE EST BIEN DIFFERENTE.

Après la Seconde Guerre mondiale, un affrontement stratégique se développe entre la CGIL qui n'accepte que la négociation nationale de branche et la CISL qui, pour faciliter son implantation, privilégie la négociation d'entreprise. Après différentes étapes⁵⁹, une solution durable est définie par l'accord tripartite du 23 juillet 1993 qui officialise la distinction entre deux niveaux de négociation : la branche et l'entreprise (ou le territoire pour les PME). En pratique, compte tenu de la signature d'accords interprofessionnels, il existe trois niveaux de négociation avec une logique qui est autant celle d'un partage des compétences que celle d'une véritable hiérarchie : les accords interprofessionnels traitent, en général, de thèmes qui leur sont spécifiques, par exemple, les conditions de recours aux formes particulières d'emploi ; en matière de salaires, la négociation de branche porte sur le maintien du pouvoir d'achat (modes d'indexation sur les prix) tandis que la négociation d'entreprise fixe des augmentations de salaire liées à la productivité et à la rentabilité de l'entreprise.

Les rapports entre niveaux de négociation sont commandés par des principes de coordination et de non chevauchement entre les objets de négociation.

La négociation d'entreprise est de la responsabilité d'une instance mixte, la *Reppresentanza sindacale unitaria* (RSU) qui représente à la fois les salariés qui l'ont élue et les syndicats.

⁵⁷ Accords conclus illégalement entre la direction et le *Betriebsrat*, en violation de l'accord de branche. Ils sont souvent ratifiés par un referendum sans valeur juridique, mais qui en assure la légitimité interne.

⁵⁸ En dehors du cadre des accords dérogatoires prévus par la convention de branche, il est possible pour les syndicats de signer directement, au niveau des entreprises non membres de l'organisation patronale, des conventions collectives de crise qui sont indépendantes de la convention de branche.

⁵⁹ Voir, par exemple : Georges Couffignal, *Les syndicats italiens et la politique : méthodes de lutte, structures, stratégies de 1945 à nos jours*, Presses universitaires de Grenoble, 1978 ; Adelheid Hege, Catherine Sauviat, chapitre « Italie » dans IRES, ouvrage cité.

Dès le début des années 2000⁶⁰, le patronat (*Cofindustria*), la CISL et l'UIL s'accordent pour rechercher une plus grande décentralisation des négociations collectives et se heurtent aux réticences de la CGIL, attachée au rôle régulateur des accords nationaux. De ce fait, une première tentative de négociation échoue en 2004.

Le 7 mai 2008, les trois confédérations adoptent sur cette question une plate-forme unitaire qui, en particulier, renforce les règles de partage des responsabilités entre branche et entreprise (ou territoire) en matière de salaires. Par ailleurs la plate-forme établit un lien entre décentralisation des négociations et garanties sur la démocratie syndicale et la représentativité.

Un accord cadre est signé le 22 janvier 2009 par le gouvernement (Berlusconi), le patronat, la CISL et l'UIL et divers syndicats autonomes. Le partage des compétences en matière de salaires est confirmé selon des modalités nouvelles avec une place plus grande accordée aux accords d'entreprise. Surtout, l'accord introduit, sur le modèle allemand, la possibilité de clauses dérogatoires dans les accords de branche. Pour gérer « des situations de crise ou favoriser le développement économique et celui de l'emploi », les accords d'entreprise pourront « de façon éventuellement expérimentale et temporaire, modifier certaines dispositions salariales ou normatives des conventions nationales de branche ». L'opposition de la CGIL porte principalement sur les nouveaux modes de calcul des augmentations de salaire qui, à ses yeux, entraîneront une dégradation du pouvoir d'achat, mais elle porte aussi, notamment à l'instigation de la FIOM, sur la mise en cause du rôle central de la négociation de branche.

Un nouvel accord entre patronat et syndicats, signé le 28 juin 2011, complète le précédent sur deux questions que ce dernier avait renvoyées : la représentativité syndicale et les règles de validité des accords. Cette fois-ci la CGIL est signataire après avoir accepté le principe des clauses dérogatoires moyennant quelques concessions. Il ne s'agit plus d'« accords dérogatoires », mais d'« accords modificateurs ». Les possibilités de « modifications » s'exercent « dans les limites et selon les règles » fixées par la convention de branche. En l'absence de règles fixées dans l'accord de branche, des accords modificateurs sont admis « pour gérer des situations de crise » ou « en présence d'investissements significatifs pour favoriser le développement économique et de l'emploi de l'entreprise », ce qui constitue une définition particulièrement large. La signature de la CGIL s'explique par le contexte politique global et par l'importance qu'elle attachait à la reconstitution d'une unité syndicale. Elle implique l'acceptation d'un mécanisme faiblement régulé d'accords d'entreprise « modificateurs » des accords de branche.

Début septembre 2012, le gouvernement estime qu'il n'y a pas eu d'avancées pour l'application de ce dernier accord. Il demande au patronat et aux syndicats de négocier d'urgence un accord pour renforcer la décentralisation de la négociation collective, notamment quant au lien entre salaire et productivité. Le 21 novembre 2012, gouvernement, patronat et syndicats, à l'exception de la CGIL, signent un « pacte sur la productivité »⁶¹ dont le champ est d'application est vaste : la négociation décentralisée (entreprise ou territoire) portera, à propos des augmentations de salaire, sur toutes les questions liées « directement ou indirectement » à la

⁶⁰ Voir sur la période récente : Adelheid Hege, « Italie. La négociation collective en crise ? », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 112, mai 2008 et « Une réforme du système de la négociation collective sans unité syndicale », n° 117, mars 2009 ; Mimo Carrieri, « Italie. La difficile recherche d'une décentralisation vertueuse de la négociation collective », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 123, mars 2010 ; Luigi Burroni, Marcello Pedaci, *Sector-level bargaining and possibilities for deviations at company level : Italy*, Eurofound, 2011 ; Udo Rehfeldt, « Italie. Accord sur les règles de la négociation collective et retour à l'unité syndicale », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 134, janvier 2012.

⁶¹ « Accord sur les lignes directrices pour la croissance de la productivité et de la compétitivité en Italie » ; voir *Planet Labor*, Dépêches n° 120525, 120674 et 120686.

croissance de la productivité. Il s'agit, par exemple, de l'introduction de nouveaux modèles organisationnels, de modèles flexibles de distribution des horaires... En compensation, les organisations signataires demandent au gouvernement le renforcement des avantages fiscaux pour les hausses de salaire liées à la productivité et diverses autres réformes de la politique publique (chômage partiel, restructurations...). La critique de la CGIL porte sur l'affaiblissement des garanties minimales apportées par les conventions nationales de branche, notamment sur le pouvoir d'achat des salaires, et parfois même par la loi.

* * *

L'évolution, en **France**, des règles relatives au principe de hiérarchie des normes s'est réalisée selon deux logiques parallèles.

La question s'est d'abord posée à propos des rapports entre la loi et l'accord collectif.

La rupture décisive résulte de l'ordonnance du 16 janvier 1982 (39 heures, 5^e semaine de congés payés) qui introduit la possibilité d'accords d'entreprise ou d'établissement dérogatoires à la loi en matière d'aménagement du temps de travail. Le principe en a été validé par la loi Auroux du 13 novembre 1982 sur la négociation collective. La technique de la dérogation à la loi sera par la suite largement employée en matière d'organisation du temps de travail. Selon les textes, ses modalités d'usage sont plus ou moins contraintes : ampleur des dérogations possibles, nécessité ou non d'un accord de branche préalable, conditions d'exercice de l'opposition majoritaire...

La loi du 20 août 2008 (*supra*, point 1) crée une seconde rupture, jusqu'à ce jour restée isolée. Elle introduit, toujours à propos de divers aspects de la durée et de l'aménagement du temps de travail, le principe de subsidiarité. L'accord d'entreprise est souverain⁶² ; ce n'est qu'en son absence que s'applique un éventuel accord de branche ; ce n'est qu'à défaut d'accord de branche que la loi s'applique.

Le problème s'est posé plus tardivement et en des termes différents pour les rapports entre les accords collectifs de niveaux différents.

À la demande du patronat, l'ANI du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle aborde la question de l'articulation entre niveaux de négociation⁶³. Cependant, comme le soulignent les commentateurs⁶⁴, il constitue plutôt une « lecture commune de la législation existante » dont la portée juridique est incertaine⁶⁵. L'accord est souvent rédigé dans des termes imprécis qui ont probablement été la condition du compromis. Les signataires précisent la fonction que devrait remplir chaque niveau de négociation, en particulier la branche et l'entreprise. Ils juxtaposent sans les articuler clairement le principe d'indépendance des niveaux de négociation et le principe de hiérarchie des normes (qui s'applique sauf dérogations prévues par la loi ou par un accord de portée plus large). Si l'accord de branche se voit reconnaître un

⁶² Sous réserve du respect des règles d'ordre public.

⁶³ L'accord est signé, du côté syndical, par la CFDT, la CFTC et la CFE-CGC. Il ne doit pas être confondu avec l'accord sur l'emploi, daté du même jour, qui a été signé de plus par la CGT-FO.

⁶⁴ Par exemple, Marie-Laure Morin, « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Droit social*, janvier 1996.

⁶⁵ Cette partie de l'accord n'a pas été reprise par la loi, donc est restée sans effet. Son intérêt est d'annoncer la position commune de 2001.

rôle « régulateur » de la négociation d’entreprise, il est indiqué qu’il peut contenir des dispositions ne s’appliquant qu’en l’absence d’accord d’entreprise et qu’il peut ouvrir aux entreprises « des espaces d’expérimentation sociale », enfin que l’objet des accords d’entreprise n’est pas nécessairement l’amélioration des accords de branche, mais plus vaguement leur « adaptation »⁶⁶. Enfin, les signataires affirment leur volonté de faire « prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur ».

En matière d’articulation des niveaux de négociation, une mutation significative intervient avec la position commune du 16 juillet 2001 sur « l’approfondissement de la négociation collective », non signée par la CGT⁶⁷. Les signataires conservent le principe selon lequel chaque niveau de négociation assume des fonctions spécifiques. Leur articulation est assurée par deux principes. En premier lieu, l’accord interprofessionnel ou de branche ne s’impose qu’en l’absence d’accord d’entreprise portant sur le même objet. En second lieu, chaque niveau ne doit respecter les dispositions d’un accord de niveau supérieur que si, et seulement si, les signataires de ce dernier ont entendu lui conférer un caractère normatif et impératif.

La loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle et au dialogue social tire parti sur ces points de la rédaction imprécise de l’ANI pour en durcir certains aspects sans le contredire explicitement. À l’exception de quatre domaines fixés par la loi (*supra*, point 1), l’accord de branche n’est impératif à l’égard de l’accord d’entreprise que sur les points où ses signataires le prévoient explicitement⁶⁸. Des études menées sur les premières années d’application de la loi ne révélaient qu’un très faible recours à ces nouvelles possibilités ; il ne semble pas que la question ait fait l’objet d’un suivi ultérieur⁶⁹.

* * *

Pour les trois pays évoqués dans cette note, le principe de la hiérarchie des normes est donc sérieusement entamé dans le cadre de compromis qui ont été signés au niveau national (interprofessionnel ou de branche) par les différentes organisations syndicales (sauf, en France, la CGT et parfois, en Italie, la CGIL). Il serait maintenant nécessaire de vérifier l’exactitude de cette esquisse, de disposer d’informations homogènes sur l’évolution des taux de recours aux possibilités de dérogation et d’étendre la comparaison à d’autres pays.

Un enseignement provisoire peut être tiré de cette première réflexion : le principe de la hiérarchie des normes (ou sa mise en cause) constitue un enjeu majeur pour la négociation collective dans les pays marqués par une tradition normative héritée du droit romain⁷⁰. Il paraît difficile de généraliser cette observation aux pays qui relèvent de traditions différentes, tant dans leur système juridique que dans leur mode de structuration de la négociation collective.

⁶⁶ L’accord souligne, dans le contexte de crise, « la difficulté, voire l’impossibilité d’aboutir à une amélioration des avantages négociés à un niveau de négociation à l’occasion d’une négociation sur le même thème à un autre niveau ».

⁶⁷ Marie-Armelle Souriac, « L’articulation des niveaux de négociation », *Droit social*, juin 2004.

⁶⁸ Par ailleurs, celles des dérogations à la loi qui auparavant exigeaient un accord de branche sont désormais possibles par accord d’entreprise.

⁶⁹ Par exemple, elle n’est pas évoquée dans le rapport du ministère du Travail sur la négociation collective en 2011.

⁷⁰ Les exemples de l’Espagne et du Portugal conforteraient probablement cette hypothèse.