

La présente étude, réalisée à la demande du ministre du travail et des affaires sociales, est relative à la question des rapports entre la loi et la négociation collective en France en 1997.

Un tel thème ne peut être traité dans toute son ampleur sauf à réunir une commission fort nombreuse pendant de longs mois. Compte tenu des termes de la lettre de mission du 24 décembre 1996, l'auteur s'est efforcé de centrer sa réflexion sur les questions dont l'actualité ou l'acuité sont ressorties le plus nettement de l'ensemble des entretiens qu'il a eus, entre janvier et mars 1997, avec les présidents des commissions des affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat, les représentants de chacune des organisations syndicales et professionnelles membres de la Commission nationale de la négociation collective, ainsi que plusieurs spécialistes (universitaires ou praticiens) du droit du travail et du droit constitutionnel. Que chacun en soit ici remercié, de même que les nombreux auteurs d'ouvrages et articles qu'il a paru impossible de citer ici.

Le contenu de l'étude n'engage bien sur que son auteur.

I) LOI ET ACCORD COLLECTIF : DEUX SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL INSCRITES DANS UN CONTEXTE HISTORIQUE ET UN CADRE CONSTITUTIONNEL

A) REPERES HISTORIQUES

Si l'on recherche les premiers éléments de ce qui constitue le droit du travail contemporain, ce sont des textes législatifs que l'on retient, le plus symbolique étant la loi de 1841 sur le travail des enfants.

Rien de plus normal compte tenu de la logique libérale et individualiste de la Révolution de 1789. L'interdiction des groupements et des simples coalitions tend à priver le monde du travail des moyens d'une révolte. A fortiori proscrire-elle toutes relations collectives susceptibles d'une formalisation juridique.

Le siècle suivant verra le Parlement construire progressivement les bases d'une législation du travail qui s'analyse comme un ensemble de plus en plus complet de limitations à la liberté contractuelle en vue d'assurer une protection des travailleurs.

Qui dit loi ne dit pas pour autant, bien sûr, initiative des pouvoirs publics déconnectée des mouvements sociaux. Ce que l'on retiendra ici, c'est que ce siècle est celui d'une consécration progressive, par le législateur puis par le pouvoir constituant, d'une dualité des sources du droit du travail.

Certes le Parlement ne cessera d'édicter des normes unilatérales pendant toute cette période. Ce n'est pas un hasard si le premier grand code post-napoléonien, reflet des préoccupations nouvelles de l'époque, est le *code du travail*, élaboré par une commission de 1901 à 1905 et adopté par le Parlement livre par livre de 1910 à 1927.

Mais, dans le même temps, la loi de 1884 sur la liberté syndicale avait ouvert la voie à la reconnaissance d'intérêts collectifs au sein de la profession, donc à la négociation d'accords eux aussi collectifs. Encore fallait-il que la loi les fasse échapper au droit civil des contrats. La loi de 1919 fit le premier pas en ce sens; celle de 1936 consacra la convention collective comme le mode normal de détermination des relations du travail.

C'est bien d'une dualité des sources qu'il s'agit et non d'un passage du témoin aux organisations syndicales et professionnelles auxquelles le Parlement aurait en quelque sorte délégué son pouvoir législatif en même temps qu'il dotait le pouvoir exécutif de la prérogative nouvelle d'étendre les conventions collectives. Il suffit pour s'en persuader de considérer l'ampleur de l'oeuvre législative et réglementaire, en cette matière, des mêmes années 1936-1937.

De la période de guerre et d'après-guerre, on retiendra moins le dirigisme, peu propice au développement de la négociation, que le *Préambule* de la Constitution de 1946 qui proclame, parmi les " principes politiques, économiques et sociaux... particulièrement nécessaires à notre temps": "*tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises*"(alinéa 8).

La loi de 1950 ayant mis un terme à la parenthèse dirigiste, vingt-cinq années de croissance offrent l'opportunité d'accords sur l'amélioration continue du statut du salarié. Cette phase d'expansion de la négociation collective, ponctuée notamment par les accords de Grenelle de 1968, se concrétise tant au niveau des branches qu'au niveau interprofessionnel.

La loi de 1971 vient accompagner ce mouvement, d'une part en affirmant un droit des travailleurs à la négociation collective - faiblement organisé -, d'autre part en offrant aux partenaires sociaux plus d' "espace de respiration" : élargissement de l'objet des conventions collectives aux garanties sociales, possibilité d'étendre des accords interprofessionnels, liberté de principe de l'accord d'entreprise ou d'établissement.

La loi de 1982 relève d'une inspiration quelque peu différente car le contexte a changé. A partir du constat d'un certain essoufflement de la négociation corrective, elle vise à apporter une réponse volontariste en instituant une obligation de négocier aux deux niveaux (branche et entreprise) et en aménageant à cet effet des procédures que l'on ne rappellera pas ici.

Le droit des salariés à la négociation dans l'entreprise y est affirmé. Comme aux autres niveaux, ce sont les organisations syndicales qui exercent seules, pour les salariés, le droit de négocier et de signer. On ne mesure pas pleinement à l'époque la fortune qu'allait connaître un certain type d'accord d'entreprise, celui "comportant des clauses qui dérogent ... à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent", dont le nouvel article L.132-26 du code du travail organise le statut.

L'une des novations juridiques de la dernière période est en effet ce mode d'évolution de la législation du travail qui consiste à autoriser la substitution de règles conventionnelles aux règles unilatérales de droit commun, alors même que les premières pourraient comporter des clauses moins favorables que les secondes. La rupture est d'importance dans un univers juridique caractérisé par la notion d'ordre public social, où l'accord collectif ne se concevait que dans la perspective d'accroître les garanties des salariés.

L'aménagement du temps de travail est depuis quinze ans le domaine privilégié de cette nouvelle forme de négociation que la loi laisse ouverte, notamment dans l'espoir de retombées concrètes en matière d'emploi.

Un pas supplémentaire est franchi avec la loi du 12 novembre 1996 transcrivant l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives: la technique de l'accord dérogatoire y est utilisée pour substituer à la loi, à titre expérimental, non plus de nouvelles règles de fond mais des règles relatives à l'élaboration même de cette source particulière du droit du travail que sont les accords collectifs d'entreprise.

Les débats passionnés auxquels a donné lieu la conclusion de cet accord et le vote de cette loi ne sauraient surprendre. Ils mettent en lumière la nécessité d'une clarification du cadre juridique dans lequel s'inscrit la mutation négociée du droit du travail qui est en cours.

La présente étude se veut une contribution à cette réflexion, à la lumière notamment de la décision du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1996, mais aussi du contexte actuel des relations professionnelles.

B) QUELQUES REPERES D'ACTUALITE

La négociation collective, dont chacun appelle de ses vœux le développement, ne se décrète pourtant pas. C'est un instrument entre les mains des partenaires sociaux qui s'en saisissent en fonction de leurs attentes, de leurs stratégies, du réseau de contraintes dans lequel ils se trouvent. La loi et les pouvoirs publics peuvent y inciter plus ou moins sans jamais garantir ses résultats.

Ramené à l'essentiel, le dernier *bilan* annuel établi par le ministère du travail fait apparaître:

- des ambitions certaines au niveau interprofessionnel, non seulement dans le champ traditionnellement négocié de la formation professionnelle, mais aussi avec l'ouverture d'un vaste programme autour de l'emploi (activation des fonds de l'UNEDIC et temps de travail)
- une progression modérée de la négociation de branche faisant apparaître, hors salaires et primes, un certain essoufflement au niveau national, tendance confirmée par le bilan en demi-teinte des négociations de branche sur le temps de travail initiées par l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995
- une vive progression de la négociation d'entreprise, probablement confortée en 1996 par la loi dite "de Robien".

Le constat selon lequel la négociation collective pourrait s'enrichir aux trois niveaux est assez largement partagé. Mais des pesanteurs, des freins sinon des obstacles sont évoqués par les intéressés. On en mentionnera ici quelques uns.

1) C'est *l'objet* même de la négociation qui a largement évolué depuis plusieurs années et qui rend plus difficile la conclusion d'accords ambitieux. Plusieurs organisations syndicales relèvent ainsi qu'en période de chômage soutenu et durable, la négociation ne s'engage plus sur les revendications des salariés, selon le schéma classique d'une répartition des fruits de la croissance, mais sur celles des employeurs.

Une expansion économique soutenue alimentait spontanément la négociation collective. A l'inverse, il n'est pas facile pour une organisation syndicale d'apposer sa signature sur un accord qui n'apporte pas à l'évidence une amélioration du sort de chaque salarié. Aussi inévitable soit-il, l'accord "donnant-donnant" suscite nécessairement des interprétations divergentes quant à son caractère plus ou moins équilibré. Il s'inscrit dans une culture du compromis dont on sait qu'elle n'a jamais dominé les relations sociales en France. Il suppose des conditions difficiles à réunir: transparence des données économiques et sociales de la branche ou de l'entreprise concernées, évaluation périodique effective de l'application de l'accord et du respect des engagements pris, notamment en matière d'emploi, relative technicité des négociateurs compte tenu de la complexité croissante de la loi, connaissance fine des aspirations réelles des salariés (lesquelles peuvent être divergentes) pour faire la part des évolutions souhaitées ou subies par nécessité...

Face à cette difficulté, les pouvoirs publics sont tentés de recourir à des incitations d'ordre financier qui - quelle que soit leur utilité - ne peuvent pas effacer la nécessité de créer les conditions d'une négociation un tant soit peu équilibrée.

2) La place des *petites entreprises* dans le dispositif de la négociation collective demeure problématique, alors qu'elles sont amenées à représenter une part croissante de l'emploi global.

Le souci de garantir à leurs salariés l'exercice effectif de leur droit à la négociation collective a conduit, on le sait, à admettre à titre expérimental des modalités dérogatoires de conclusion d'accords d'entreprise. Cette généralisation va bien dans le sens d'une plus grande égalité devant la loi.

Mais les exigences de ce principe d'égalité ne sont pas pour autant épuisées. Ainsi, si le Parlement devait recourir systématiquement à un mode d'évolution du droit du travail fondé sur la faculté de conclure des accords dérogatoires au niveau de l'entreprise (et non de la branche), une double inégalité pourrait être relevée:

- inégalité entre les entreprises elles-mêmes selon l'ampleur des contraintes législatives auxquelles elles pourraient ou non échapper au gré de la conclusion d'accords: doit-on faire dépendre la compétitivité respective des entreprises d'une même branche du degré de mise à l'écart de normes législatives protectrices des salariés ?

- inégalité des conditions de la négociation: qu'y a-t-il de commun entre la négociation dans des entreprises de plus de 1000 salariés et de moins de 50 salariés, compte tenu de ce qu'est l'implantation syndicale ?

Cette inquiétude explique le souhait assez largement exprimé - notamment dans l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 - de conserver à la négociation de branche un rôle de régulation de la négociation d'entreprise. Or les intérêts des grandes et des petites entreprises ne sont pas nécessairement convergents sur ce point.

3) La *diversité* des conceptions de la négociation collective parmi les confédérations syndicales a été confirmée en 1995. Elle porte en particulier sur deux points:

- l'accord ou le désaccord de principe avec toute exception, même strictement encadrée, au monopole des organisations syndicales

- l'accord ou le désaccord de principe avec la technique de l'accord dérogatoire à la loi, en ce qu'il remet en cause ce qui paraissait être un socle du droit du travail.

On aurait tort de s'en tenir au constat qu'après tout les organisations qui expriment ces désaccords de principe sont présentes dans les négociations sur le terrain. Quoi de plus normal ?

Le plus important est qu'au-delà de ces divergences, on peut déceler une *interrogation commune* - même si elle s'exprime différemment selon les cultures syndicales - devant cette technique d'évolution de la législation qui tend à renvoyer aux partenaires sociaux, dans un cadre et des limites plus ou moins définies, la responsabilité d'écarter l'application de normes censées définir un niveau de protection du salarié que le Parlement avait auparavant considéré comme constituant un minimum puisqu'il avait valeur impérative.

C'est la question de la responsabilité respective du Parlement et des partenaires sociaux qui est posée et un appel à une clarification des règles du jeu qui est lancé. Ceci d'autant plus que les pouvoirs publics - gouvernement et Parlement - ont toujours joué en France, à la différence de grands pays voisins tels l'Allemagne, un rôle important dans l'équilibre des relations sociales, tant par la mise en place d'un cadre législatif et réglementaire nourri que par une action volontariste de stimulation et d'accompagnement de la négociation collective.

Les évolutions en cours dans les pays proches montrent à la fois une identique pression pour un assouplissement des normes, en particulier au niveau de l'entreprise, et des stratégies institutionnelles et syndicales très marquées par le contexte historique, social et juridique propre à chacun d'eux. L'observation de nos voisins proches, tels l'Allemagne, la Grande Bretagne, l'Italie et l'Espagne, éclaire les débats français sans offrir toutefois des perspectives immédiatement transposables.

4) Le propos n'est pas ici de savoir s'il est souhaitable, voire nécessaire, de faire évoluer tel ou tel pan du droit du travail, dans quel sens, avec quelle ampleur et à quel rythme.

Partant du constat que ce droit, pas plus qu'aucun autre droit régissant des relations sociales dans un contexte évolutif, n'a pas vocation à être figé, la réflexion portera sur le cadre juridique dans lequel s'inscrit cette évolution aujourd'hui. Elle sera inspirée par l'hypothèse selon laquelle la part qu'y prendra la négociation collective sera d'autant plus forte que les *enjeux* seront mieux explicités et les *garanties* mieux cernées.

Contrairement à une opinion assez répandue, le débat sur la place respective de la loi et de l'accord collectif n'a que peu à voir avec le thème de la complexité-simplification du droit du travail.

La principale vertu du droit négocié tient à sa capacité d'adaptation, dans l'espace (profession, entreprise, établissement, territoire...) et dans le temps, du moins à condition que sa révision périodique ait lieu sur la base d'une véritable analyse de ses effets et de son effectivité (encore que l'instabilité de la loi et les procédures d'évaluation qu'elle prévoit - loi quinquennale - tendent à effacer cette spécificité). C'est aussi le degré d'adhésion présumé des destinataires de la norme négociée. La répartition des rôles entre la loi et la négociation collective doit prendre en compte ces deux caractéristiques.

Mais la contribution de la négociation collective à la simplification du droit est loin d'être démontrée. Comparé au droit étatique, le droit négocié n'est ni plus limpide (cf les difficultés croissantes d'interprétation relevées par la Cour de cassation), ni plus facile d'accès pour l'utilisateur, ni moins abondant, ni plus stable (à de rares exceptions notables), ni sans doute mieux respecté dans les faits.

La complexité du droit du travail en général a d'autres origines. Elle s'inscrit dans un mouvement commun à tous les droits de protection: consommation, environnement, santé... Elle est liée au nombre de droits individuels et collectifs que met en jeu la relation employeur-salarié, incomparablement plus riche à cet égard que la relation propriétaire-locataire par exemple. Quant à la complexité du droit du travail étatique, elle est parfois en lien direct avec la part que les partenaires sociaux ont pris à son élaboration. Le livre IX du code du travail sur la formation professionnelle l'illustre abondamment. Il arrive même que la loi entre dans un luxe de détails parce qu'on demande au Parlement de transcrire fidèlement un accord préalablement conclu.

Bref, ce n'est pas principalement à l'aune de la simplification du droit qu'il convient de réfléchir à l'articulation entre la loi et la négociation collective.

C) LE CADRE CONSTITUTIONNEL

1) le domaine de la loi

a) L'article 34 de la Constitution de 1958 énonce: "la loi détermine les *principes fondamentaux* ... du droit du travail, du droit syndical..."C'est une compétence exclusive qui est ici conférée au Parlement: seule la loi peut déterminer ces principes fondamentaux.

Cet article 34 a pour objet de procéder à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement, expression du pouvoir réglementaire du Premier ministre qui prend la forme de décrets. Mais cette compétence du Parlement n'est pas sans conséquences sur les sources du droit non étatique issues de la négociation collective. Réglementaire dans ses effets de droit, l'accord collectif (terme utilisé ici dans son acception générique, sans le distinguer de la convention collective) rend applicables des normes générales et impersonnelles, d'origine professionnelle, dont le rapport au droit unilatéral étatique est l'une des spécificités du droit du travail.

De cette spécificité, la Constitution ne fournit pas toutes les clés. De l'alinéa 8 du Préambule de 1946 ("tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises"), le juge constitutionnel a tiré certaines conséquences que l'on examinera plus loin. On relèvera surtout à ce stade que cet alinéa n'a pas été interprété comme venant restreindre en aucune manière le domaine de compétence du Parlement, tel que l'article 34 le définit. L'alinéa 8 ne confère pas aux "délégués" des travailleurs un domaine réservé de production de normes.

A l'inverse, le principe de participation est énoncé en termes assez généraux pour ne limiter son champ d'application ni quant au niveau des règles (interprofessionnel, branche, entreprise) ni quant au champ concerné qui est large.

b) Le Conseil constitutionnel a interprété de manière *extensive* la notion de "principes fondamentaux ", peu à peu entendue comme englobant les règles essentielles par opposition aux règles de mise en oeuvre ou d'application des premières. Le droit du travail se prêtait particulièrement à une telle démarche interprétative.

S'agissant tout d'abord du rapport *individuel* de travail, c'est la liberté contractuelle qu'il s'agit d'encadrer, de restreindre, dans l'intérêt de la protection du salarié. Relèvent ainsi de la loi les éléments essentiels du compromis - historiquement évolutif - entre les droits de l'employeur (celui de contracter, d'organiser le travail...) et ceux des salariés, ou, en d'autres termes, entre les exigences constitutionnelles issues de 1789 et de 1946 à l'égard desquelles la Constitution de 1958 affirme sa double filiation.

On sait que l'une des conséquences de la jurisprudence conférant valeur constitutionnelle à l'ensemble des dispositions du Préambule qui énoncent des principes et des objectifs en matière sociale a été d'affirmer en même temps la compétence du Parlement pour assurer leur mise en oeuvre. Il en va ainsi, en particulier, des alinéas qui traitent des relations collectives du travail, c'est-à-dire, outre l'alinéa 8 déjà cité, l'alinéa 6 ("tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action *syndicale* et adhérer au syndicat de son choix") et l'alinéa 7 ("le droit de *grève* s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent").

Le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 6 novembre 1996 qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution les conditions et garanties de la mise en oeuvre de ces dispositions à valeur constitutionnelle doivent être déterminées par la loi (règle de compétence) et "dans le respect de ces dispositions" (règle de fond).

En tant que modalité du principe de participation, la négociation collective est ainsi à la fois *légitimée* et *bornée* par la Constitution. Consacré par celle-ci en tant que source de droit spécifique, l'accord collectif de travail n'en relève pas moins d'un statut qu'il appartient au seul Parlement de déterminer dans le respect des dispositions du Préambule :

- conditions d'élaboration de la norme négociée (qui négocie ? qui peut conclure ? selon quelle procédure ? quel statut des négociateurs ?...)

- quelle autorité s'attache à un accord collectif au-delà de ses effets strictement contractuels ?

- conditions et effets de l'extension et de l'élargissement

- limites du champ du négociable (ordre public absolu)

- rapports entre la loi et la norme négociée ayant le même objet, etc...

Il va de soi que la *jurisprudence* des conseils de prud'hommes, sous le contrôle de la Cour de cassation, est aussi une source majeure de ce droit en ce qu'elle interprète la loi applicable aux parties, compte tenu de ses éventuels silences ou ambiguïtés. Il s'agit seulement de souligner ici que les éléments énumérés plus haut du statut juridique de l'accord collectif relèvent par nature de la norme étatique et non conventionnelle.

Au delà des règles régissant le rapport individuel de travail, relèvent du domaine de la loi, notamment au titre des garanties constitutionnelles qu'elles assurent, les règles régissant:

- le droit syndical

- les institutions représentatives du personnel

- le droit de grève

- les sanctions correctionnelles et civiles

- les pouvoirs de contrôle de l'inspection du travail

- les modes de résolution des conflits individuels et collectifs...

Mais toute confusion entre le domaine de la loi, tel qu'il vient d'être défini, et l'ordre public absolu serait erronée. Tout ce qui relève de la loi ne relève pas pour autant systématiquement de l'ordre public absolu, y compris pour ce qui est des rapports collectifs de travail (ex: les institutions représentatives du personnel).

2) la place de la négociation collective

Quelles sont les conséquences, au regard de la place de la négociation collective, du domaine de compétence ainsi réservé au législateur ?

a) Le Parlement a *l'obligation* de ne pas rester en-deçà de sa *compétence*, de l'exercer pleinement en ne déléguant au pouvoir réglementaire que la mise en oeuvre des règles qu'il a posées.

Cette conception classique de l'articulation des normes étatiques laisse place, en matière de droit du travail, à une originalité notable qui trouve son origine dans une décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 relative au licenciement économique: sur le double fondement de l'alinéa 8 du Préambule et de l'article 34 de la Constitution, "il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, après une concertation appropriée, les *modalités concrètes de mise en oeuvre* des normes qu'il édicte".

Sachant que l'article 21 de la Constitution charge le Premier ministre d'assurer "l'exécution des lois", notamment par l'exercice de son pouvoir réglementaire, on mesure l'intérêt d'une jurisprudence qui, fondée sur l'alinéa 8 du Préambule, permet au Parlement d'investir les partenaires sociaux du droit de préciser les modalités concrètes de mise en oeuvre de la loi. Ceci d'autant plus que le Conseil constitutionnel avait censuré le 27 juillet 1978 une loi sur l'enseignement et la formation professionnelle agricoles au motif qu'elle méconnaissait l'article 21 de la Constitution en ce qu'elle subordonnait son application à la conclusion obligatoire de conventions entre l'Etat et les organisations représentatives de cet enseignement.

Il serait toutefois excessif d'en déduire que l'accord collectif est ainsi érigé en source de droit alternative au pouvoir réglementaire et dotée d'un statut en tout point comparable. Le Premier ministre a en effet l'obligation d'assurer l'exécution des lois alors qu'aucun principe constitutionnel ne permet d'imposer aux partenaires sociaux la même contrainte en les obligeant à signer un accord. La loi peut donc les habiliter à assurer sa mise en oeuvre dans la mesure où elle entend laisser une souplesse aux acteurs; elle ne peut pas en revanche subordonner l'application d'une disposition législative impérative à l'intervention d'un accord collectif, sauf à prévoir qu'à défaut d'accord le gouvernement recouvrera sa compétence normale d'exécution des lois. Le

Parlement peut-il, dans ces conditions, énoncer un droit au profit des salariés et renvoyer entièrement sa mise en oeuvre à l'accord collectif ? Oui, s'il s'agit d'un droit dont aucune norme constitutionnelle, et notamment le principe d'égalité, n'impose qu'il soit effectivement garanti au même degré pour chaque salarié. Non dans le cas contraire (ex: le droit à la santé).

Quoi qu'il en soit, le domaine que la loi réserve à l'accord collectif ne peut pas faire l'objet d'un empiétement du pouvoir réglementaire: est illégal un décret qui donne la faculté au chef d'établissement de mettre en place des horaires décalés ou un mode de travail par équipes successives ou alternantes, alors que l'article L.212-2 du code du travail réserve cette faculté à l'accord collectif (Conseil d'Etat - 28 juillet 1993).

Ajoutons enfin que le principe de participation posé par l'alinéa 8 du Préambule n'a pas été interprété comme trouvant sa seule concrétisation dans la conclusion d'accords collectifs de travail. Il est en effet jugé, notamment par la décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1993 relative à la délégation unique, qu'il appartient au législateur de définir librement les procédures appropriées de concertation entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives. Ni le principe de participation, qui sert de fondement aux institutions représentatives du personnel, ni d'ailleurs la reconnaissance constitutionnelle du droit syndical, n'ont par eux-mêmes d'incidence directe sur ce que la loi décide de subordonner à la conclusion d'un accord collectif ou de laisser à la décision unilatérale de l'employeur après une concertation appropriée.

b) Il importe cependant de souligner que la majeure partie du domaine effectivement couvert par l'accord collectif de travail se situe dans un rapport à la loi qui se définit en termes *d'addition* plutôt que de simple mise en oeuvre. Ainsi la circonstance qu'une matière soit régie par la loi ne suffit pas par elle-même à interdire qu'elle soit objet de négociation et même d'accord collectif.

C'est la loi qui en dispose clairement ainsi:

- en consacrant le "droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales" (article L.131-1 du code du travail)

- en autorisant l'accord collectif à "comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur" (article L.132-4 du code du travail).

Il y a donc *superposition* au moins partielle des domaines de la loi et de la négociation collective. Est-ce contradictoire avec la compétence exclusive du Parlement pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail ? non car c'est la loi elle-même qui habilite les partenaires sociaux à aller au-delà des avantages minimaux qu'elle prévoit en faveur des salariés.

Une telle faculté de dérogation est encadrée par la loi à plus d'un titre :

- elle doit être plus *favorable* aux salariés,
- elle doit, par construction, recueillir l'accord de la partie patronale signataire,
- elle doit respecter les principes à valeur constitutionnelle qui s'imposent aux partenaires sociaux comme au Parlement,

- enfin, selon les termes de l'article L.132-4 du code du travail, est exclue toute "dérogation aux dispositions d'ordre public" des lois et règlements.

Ce n'est pas le lieu de développer ici le contenu de cet ordre public absolu défini par la jurisprudence de la Cour de cassation et qui avait fait l'objet d'un avis souvent cité du Conseil d'Etat le 22 mars 1973. Notons seulement qu'en dehors de cas peu contestables (tels que la détermination de la gravité des sanctions pénales), cette définition passe par une interprétation souvent délicate de la volonté du pouvoir constituant (ex: droit de grève) ou du législateur (ex: institutions représentatives du personnel).

Ce schéma classique de "coexistence" de la loi et de l'accord collectif s'accommodait aisément de conditions très libérales quant à la représentativité exigée de l'organisation syndicale signataire. Pourquoi s'en inquiéter dès lors que, selon l'heureuse expression rapportée par Jean-Emmanuel Ray, "au pire, c'est mieux" ?

Ce schéma classique, s'il demeure valide, ne rend plus compte de l'ensemble des nouveaux objets de la négociation collective.

II) LE RECOURS PAR LA LOI A L'ACCORD DEROGATOIRE

A) LES DIFFERENTS TYPES D'ACCORDS DEROGATOIRES

On s'attachera ici à prendre la mesure de la novation, introduite en 1982 et largement développée depuis, qui consiste à faire de l'accord dérogatoire un vecteur privilégié de la mutation du droit du travail, prenant appui sur l'intervention conjuguée du Parlement et des partenaires sociaux.

Depuis quinze ans, la durée et l'aménagement du temps de travail constituent le champ principal de cette négociation dérogatoire. Elle met en jeu des attentes et des inquiétudes fortes puisqu'elle touche à l'organisation de la production, aux rythmes individuels de travail, et de plus en plus aux perspectives en matière d'emploi.

L'accord dérogatoire n'a guère de motif de se limiter définitivement à ce domaine. Une clarification de son statut est souhaitable dans l'intérêt même de chacun des acteurs.

Le premier pas consisterait à appeler les choses par leur nom. Depuis des décennies, la loi autorise l'accord dérogatoire comportant des clauses plus favorables. Par une sorte de pudeur assez répandue qui tend à ce que soient entourées d'un certain flou les innovations dépourvues d'un bon "effet d'affichage", la loi a introduit depuis 1982 de manière quasi clandestine l'accord dérogatoire comportant des clauses moins favorables que la loi ou le règlement en vigueur.

C'est bien ce caractère moins favorable - ou l'absence d'exigence de caractère plus favorable - qui explique que l'article L.132-26 du code du travail l'entoure de garanties spécifiques lorsqu'il est conclu dans l'entreprise ou l'établissement: le droit *d'opposition* de certaines organisations syndicales non

signataires. Le même article précise bien que cette faculté de dérogation doit être expressément prévue par la disposition à laquelle il peut être ainsi dérogé, conséquence élémentaire du principe de la hiérarchie des normes.

On admettra bien volontiers, avec tous les spécialistes, que la réalité est complexe et qu'il peut être difficile d'apprécier le caractère plus ou moins favorable aux salariés d'une clause dérogatoire. Ce n'est pas une raison suffisante pour considérer que cette distinction est périmée. Pourquoi ne pas prendre acte de l'existence d'une catégorie particulière de dérogations à la loi, celles qui lui substituent un niveau de protection *équivalent*, ce qui obligerait alors à préciser dans quel champ et selon quels critères s'apprécie cette équivalence ?

Une telle clarification des concepts aiderait à surmonter les faux débats et à poser les vraies questions pour l'avenir.

B) LE CADRE CONSTITUTIONNEL DE L'ACCORD DEROGATOIRE COMPORTANT DES CLAUSES MOINS FAVORABLES

1) Il a été récemment soutenu devant le Conseil constitutionnel que devait être érigé en principe constitutionnel le "*principe de faveur*", dont il résulterait qu'un accord collectif de travail ne pourrait qu'améliorer la situation des travailleurs par rapport aux dispositions prévues par la loi et les règlements.

On verra que le Conseil nous paraît avoir implicitement mais nécessairement écarté une telle reconnaissance.

Notons auparavant qu'en admettant même que l'article L.132-4 du code du travail puisse être regardé comme énonçant un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le raisonnement développé dans la saisine du Conseil en sollicitait quelque peu la portée. L'article L.132-4 s'analyse comme une habilitation du législateur donnée aux signataires d'un accord collectif de travail: par exception à la hiérarchie des normes, la norme négociée ou "professionnelle" peut différer de la norme étatique à condition d'être plus favorable aux salariés.

En revanche, les partenaires sociaux ne peuvent pas négocier en deçà d'un plancher de garanties fixé par la loi ou le règlement. Ce dernier point ne souffre pas la discussion, et il n'est d'ailleurs pas propre au droit du travail. Ce qui est spécifique et remarquable, c'est la caractère global de cette habilitation par la loi, dont les bornes ne sont fixées que par la notion d'ordre public absolu que réserve la deuxième phrase de l'article L.132-4 du code du travail.

Autre chose est d'affirmer que le principe de faveur serait opposable au Parlement lui-même en ce sens qu'il lui interdirait, après avoir édicté une norme, de prévoir qu'un accord collectif est autorisé à lui substituer, dans certaines conditions de procédure et de fond, une norme moins favorable aux salariés. S'il fallait y voir un principe constitutionnel, il aurait d'ailleurs déjà été méconnu par nombre de dispositions législatives (ordonnance du 16 janvier 1982, loi du 19 juin 1987, loi du 31 décembre 1992, loi du 20 décembre 1993) dont le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi.

2) La décision du Conseil du 6 novembre 1996 replace ce débat sur un terrain plus général. Si la loi détermine bien un plancher de garanties opposables aux partenaires sociaux, aucun principe constitutionnel n'impose qu'elle soit aussi un plancher pour le Parlement lui-même. Les *garanties constitutionnelles* qui s'imposent au législateur existent, mais elles ne procèdent pas d'une conception extensive du principe de faveur telle qu'elle a été décrite plus haut.

Il est significatif que le Conseil constitutionnel fasse application au droit du travail d'une jurisprudence classique: il est loisible au législateur, "dans le domaine de compétence qui est le sien, de compléter ou d'abroger des dispositions antérieures sous réserve de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels".

En d'autres termes, il ne lui est pas interdit par principe de revoir à la baisse telle norme qui constituait jusque là un plancher impératif. De telles évolutions n'échappent pas à un "encadrement" constitutionnel, mais celui-ci est resitué sur son vrai terrain. Selon la formulation retenue par Bruno Genevois (in "la jurisprudence du Conseil constitutionnel"), l'abrogation de lois

anciennes ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle, ou de priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

Des applications positives de cette jurisprudence existent en matière de libertés publiques (ex: pluralisme de la presse). L'avenir dira quelles exigences constitutionnelles se déduisent de l'énoncé de certains *droits sociaux* fondamentaux par le Préambule de 1946.

Dans une décision du 8 juillet 1994, le Conseil d'Etat a ainsi examiné, au regard du "principe de protection de la santé" garanti par le Préambule la légalité de dispositions réglementaires modifiant, pour partie dans un sens défavorable aux salariés, les conditions d'organisation de l'examen médical d'embauchage. Et s'il en a admis la légalité, c'est après avoir relevé que les modifications n'y apportaient que des "aménagements limités".

Dans sa décision du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel a jugé que relève des garanties légales des principes constitutionnels, auxquels le législateur ne peut pas porter atteinte, "la détermination d'un statut de nature à permettre aux personnes conduites à conclure des accords collectifs l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance". Et il n'a admis le mandat de négociation donné à un salarié par une organisation syndicale représentative que sous la réserve expresse que la protection conventionnelle définie par accord de branche assure à ce salarié, sous le contrôle du juge, des garanties au moins équivalentes à la garantie légale.

Le juge constitutionnel n'a donc pas hésité à recourir à une interprétation constructive des alinéas 6 et 8 du Préambule de 1946. Il pourra le faire à nouveau en se fondant sur d'autres alinéas, de sorte qu'une évolution "à la britannique" de notre législation se heurterait sans nul doute à des obstacles d'ordre constitutionnel.

3) Si, dans les limites ainsi précisées, le Parlement peut *abroger* des règles qu'il estime désormais inadéquates et leur *substituer* de nouvelles, susceptibles d'être à certains égards moins protectrices du salarié, au nom de quelle règle constitutionnelle lui serait-il interdit de subordonner cette évolution à la conclusion d'un accord collectif ?

L'opération consiste à transformer une norme auparavant impérative en tant que plancher en une norme supplétive, susceptible d'être écartée par voie d'accord.

Le choix de cette technique d'adaptation du droit du travail soulève des appréciations divergentes en *opportunité*. On relève l'aspect indigeste de ce mille-feuilles que forment les articles L.212 et suivants du code du travail, qui prévoient une vingtaine de thèmes pouvant donner lieu à dérogation, et où se mêlent règles de fond et de procédure; mais n'oublions pas que le droit de la durée du travail n'a jamais brillé par sa simplicité depuis soixante ans, et qu'en outre l'organisation du travail et les attentes des salariés ont beaucoup évolué dans le sens d'une diversification au cours de cette période.

Certains font valoir par ailleurs que, s'agissant essentiellement de la durée du travail, l'intervention des partenaires sociaux garantit la meilleure adaptation aux besoins divers des branches et des entreprises ou établissements. D'autres s'inquiéteront de cette mise en avant de la négociation collective - même ou surtout stimulée par des incitations financières - au moment où, pour la première fois depuis des décennies, un rapport de forces peu favorable aux salariés, lié à la pression persistante du chômage, n'assure pas les meilleures conditions pour une négociation équilibrée.

Ce débat est loin d'être clos mais deviendrait d'autant plus central que l'instrument de l'accord dérogatoire serait utilisé massivement au-delà du domaine du temps de travail.

Au strict plan juridique, on relèvera que si ce type d'accords collectifs de travail n'est pas par nature en contradiction avec des principes constitutionnels, en revanche le recours par le législateur à cette technique ne le fait pas échapper à deux types de contraintes évoquées plus haut et qui viennent en limiter l'usage:

- en premier lieu, la loi ne peut pas habiliter l'accord collectif à faire ce que le Parlement ne pourrait pas faire lui-même, c'est-à-dire priver de garanties légales un principe constitutionnel,

- en second lieu, le Parlement méconnaîtrait sa propre compétence si l'ampleur du champ ouvert à la négociation dérogatoire, par branche ou par entreprise, conduisait à restreindre à l'excès le tronc commun du droit du travail, d'application uniforme au plan national, que sont les "principes fondamentaux" visés à l'article 34 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré, dans sa décision du 6 novembre 1996, que la fixation des seuils d'effectifs, eu égard à ses conséquences sur le champ d'application des procédures de conclusion d'accords collectifs de travail, relève "en principe" de la seule compétence législative.

L'accord dérogatoire comportant des clauses moins favorables doit donc être *encadré* par la loi de manière suffisante. On peut penser en outre que les partenaires sociaux seront d'autant moins réticents à prendre une part active à ce type nouveau de négociation que la "règle du jeu" leur apparaîtra plus équilibrée et plus sécurisante.

C) L'ENCADREMENT DE L'ACCORD DEROGATOIRE COMPORTANT DES CLAUSES MOINS FAVORABLES

1) Son degré de précision doit être très différent selon les enjeux, c'est-à-dire selon l'objet et l'importance de la norme que les partenaires sociaux pourront écarter par voie d'accord.

On retrouve ici la grande *hétérogénéité des règles* de fond énoncées au fil du temps dans la partie législative du code du travail et dont le "poids", voire la pertinence, sont variables et ont d'ailleurs pu évoluer depuis leur édicition. Un diagnostic à froid, en liaison avec le Parlement et les partenaires sociaux, serait sans doute fructueux en confrontant les analyses des uns et des autres. Un bilan de l'application effective de ces normes, le cas échéant selon les branches, viendrait enrichir cette réflexion.

Le Conseil constitutionnel invite aussi à prendre en considération le caractère permanent ou au contraire *expérimental* de la loi, admettant dans le second cas qu'une plus grande latitude soit laissée aux partenaires sociaux sans que le législateur puisse se voir reprocher d'avoir méconnu sa compétence : s'agissant de la fixation par voie conventionnelle des seuils d'effectifs, il a admis cette "latitude laissée aux acteurs de la négociation collective" parce qu'elle devait permettre au législateur "d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées".

Selon la nature et la gravité des enjeux de la négociation dérogatoire, il importe que soient définies par la loi de manière adéquate les garanties de fond et de procédure.

2) S'agissant des garanties de *fond*, les exemples actuels sont très variables. Selon les cas, elles peuvent être absentes, ou énoncées en termes de normes minimales ou en nature de contreparties. L'exigence d'un niveau de protection du salarié globalement équivalent n'est généralement pas affirmée.

Cette diversité n'est pas en elle-même critiquable, chaque faculté de négociation dérogatoire donnant lieu à une appréciation au cas par cas. Néanmoins, plus cette négociation couvre un champ large, plus il y a lieu de s'attacher aux garanties de procédure.

Un effort d'imagination est certainement à susciter dans ce domaine, notamment pour ce qui est de la qualité de l'information économique et juridique des négociateurs, ainsi que du suivi et de l'évaluation des accords passés. On insistera ici sur deux autres aspects: le niveau de la négociation et le degré d'accord (explicite ou implicite) exigé des organisations syndicales.

3) En matière de temps de travail, la loi fait coexister trois schémas quant aux *niveaux de négociation*:

- l'accord de branche étendu
- l'accord de branche étendu ou l'accord d'entreprise ou d'établissement

-l'accord de branche étendu suivi d'un accord d'entreprise ou d'établissement (ou, à défaut, d'une autorisation de l'inspecteur du travail après consultation des représentants du personnel).

Les mérites et les limites respectifs des deux niveaux de négociation que sont la branche professionnelle, d'une part, et l'entreprise ou l'établissement, d'autre part, sont suffisamment connus pour qu'il soit inutile de les détailler. La *branche* assure un meilleur équilibre de la négociation et prévient le risque de distorsion de concurrence que crée la coexistence de normes différentes selon les entreprises; le jeu est plus ouvert dans *l'entreprise* ou l'établissement, où sont prises en compte des réalités économiques, sociales et humaines plus fines, et où, au-delà d'une certaine taille, les salariés sont couramment représentés par des négociateurs de poids.

Le choix, qui appartient au législateur, de privilégier en droit ou en fait l'un de ces niveaux ou au contraire de favoriser leur complémentarité est sans doute déterminant quant à l'avenir de la négociation collective. Or une part majoritaire des acteurs et des observateurs sont convaincus, en fonction de leur expérience, qu'un équilibre doit être recherché dans la *complémentarité* entre ces deux niveaux. L'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 reflète, sur ce point au moins, un assez large consensus.

Le besoin de "relancer" la négociation de branche est d'ailleurs un thème récurrent depuis de très longues années, comme si chacun ressentait à la fois sa nécessité et sa fragilité. Sans ouvrir ici un débat sur les mérites respectifs d'une structuration professionnelle et territoriale des partenaires sociaux, la branche paraît bien être un point de passage précieux aussi bien pour la diffusion sur le terrain des acquis de la négociation nationale interprofessionnelle que pour la formation des acteurs d'une négociation d'entreprise qui a le vent en poupe. A ce titre aussi tout affaiblissement de la branche a des effets sur l'ensemble de la dynamique de négociation sociale.

Or on peut se demander si le schéma le plus répandu, notamment depuis 1987, c'est-à-dire le *choix* entre l'accord de branche ou d'entreprise, favorise cet équilibre entre les deux niveaux qui n'est pas une donnée spontanée de notre système de relations du travail. Encore qu'il faille éviter toute

généralisation tant les branches sont hétérogènes, il est logique - et certains ne manquent pas de le relever - que les grandes entreprises donnent la préférence à une négociation à leur niveau plutôt que d'accepter de se lier par un accord de branche étendu qui viendrait restreindre leur marge de négociation. Or une négociation de branche ne peut pas se développer sans la participation active de ces grandes entreprises.

Dans ces conditions, plus l'on sera conduit à élargir le champ de l'accord d'entreprise dérogatoire, plus paraîtra s'imposer la conclusion préalable d'un accord de branche auquel serait assigné une fonction de *régulation*, quitte à ce que ce dernier laisse ouverte en l'encadrant la faculté de lui apporter certaines dérogations par accord d'entreprise. Le texte actuel de l'article L.132-23 du code du travail serait alors à réexaminer en conséquence.

On doit également admettre que certains domaines de négociation, parce qu'ils mettent en cause des droits fondamentaux des salariés, ne peuvent donner lieu à clauses dérogatoires à la loi que si un accord de branche étendu en décide ainsi, sans dérogation supplémentaire au niveau de l'entreprise. On notera que la *directive* CEE du 23 novembre 1993 relative à l'aménagement du temps de travail tient ce raisonnement dans des hypothèses où se manifeste une exigence particulière en matière de santé et de sécurité.

4) Au titre de l'encadrement par la loi de l'accord dérogatoire, la question de savoir quels sont, au niveau de l'entreprise, ses *conditions* de *négociation*, de *signature* et d'entrée en vigueur est tout aussi importante que la précédente.

Elle a été traitée en 1982 par le droit d'opposition accordé aux organisations syndicales non signataires à condition qu'elles aient recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. L'opposition doit être motivée et notifiée dans les huit jours de la signature (L.132-26 du code du travail).

Le législateur a bien ressenti alors que l'on ne pouvait traiter de manière identique la dérogation conventionnelle à la loi quand elle est favorable ou défavorable aux salariés.

Quinze années d'élargissement du champ de l'accord dérogatoire moins favorable et la perspective de voir ce mouvement se poursuivre suscitent des interrogations légitimes quant au caractère suffisant de cette garantie procédurale (dont le champ d'application est d'ailleurs interprété restrictivement par la jurisprudence).

Ici encore, tout dépend de l'ampleur de la dérogation possible et de l'existence ou non d'un encadrement au niveau de la branche. Mais on ne peut pas à la fois laisser se développer ce type de dérogation et écarter toute idée de renforcement des garanties quant au degré réel d'adhésion des salariés concernés:

- par un exercice moins restrictif du droit d'opposition (par exemple remplacer la moitié des inscrits par la moitié des votants, l'allongement du délai d'opposition, etc...)
- voire par une exigence accrue quant à la représentativité des organisations signataires, ou d'autres modalités à imaginer.

Si l'on s'est ici focalisé sur la question de l'accord dérogatoire, c'est parce que les interrogations qu'il soulève doivent trouver des réponses en l'absence desquelles, loin de favoriser la négociation collective, il risquerait de devenir un facteur de blocage du dialogue social.

Clarifications juridiques d'abord: l'ampleur des réflexions doctrinales à son propos n'est pas seulement le reflet de sensibilités différentes. Elle témoigne d'incertitudes dont la présente étude n'a évidemment pas la prétention de rendre compte de façon exhaustive, ni même de tenter la synthèse. Le dialogue social est suffisamment difficile à construire, compte tenu de la gravité des enjeux, pour que l'on souhaite le voir doté d'un cadre juridique bien repéré par les partenaires sociaux.

Mise en perspective ensuite: l'accord dérogatoire est-il l'instrument temporaire d'une transition, ou le support durable d'un nouveau mode de production du droit du travail ? Quinze ans après son apparition, une réflexion sur ce point mérite d'être menée, en s'appuyant sur la pratique de ces accords et avec la participation des partenaires sociaux et du Parlement. Il ne s'agirait pas seulement d'évaluer ce qu'a produit une nouvelle loi (à l'image de ce qui est très heureusement en cours pour la loi quinquennale de 1993), mais de mesurer la pertinence d'une technique législative par rapport à d'autres voies possibles pour atteindre un objectif déterminé.

Si la technique de l'accord dérogatoire présente l'inconvénient de nuire à la lisibilité du droit, elle se recommande du souci de concilier deux objectifs: ouvrir de nouveaux espaces de négociation sociale et garantir l'existence d'une norme étatique si la négociation n'aboutit pas. On a mentionné toutefois plus haut les obstacles à une extension massive de son champ. Il appartient au premier chef au législateur d'assumer la responsabilité de l'évolution du droit du travail, quitte à procéder le cas échéant à la pure et simple suppression de normes inadaptées sans les remplacer par de nouvelles, même à titre supplétif. Dans ce dernier cas, une obligation de négocier pourrait être instituée dans le champ ainsi laissé libre par la loi. Mais rien ne garantit alors la conclusion d'un accord, sauf à prévoir des incitations appropriées. Ce qui était ressenti comme un progrès s'agissant de la mise en oeuvre d'un droit nouveau comme le droit d'expression des salariés dans l'entreprise risque d'être perçu différemment s'agissant de thèmes qui étaient par hypothèse auparavant régis par des lois et règlements impératifs. Ce débat mérite en tout cas d'être approfondi.

III) L'ARTICULATION DES INITIATIVES DES POUVOIRS PUBLICS ET DES PARTENAIRES SOCIAUX

La loi du 12 novembre 1996 ne constitue pas seulement une illustration innovante de la relation entre la norme étatique et la norme négociée. Le débat qui s'est instauré à l'occasion de son vote, et qui n'était pas entièrement nouveau, a aussi une dimension institutionnelle. Une clarification des rôles respectifs du Parlement et des partenaires sociaux, mais aussi bien sur du gouvernement, est souhaitable. Elle peut même être une des conditions de la vitalité de la négociation interprofessionnelle nationale.

A) LA NEGOCIATION INTERPROFESSIONNELLE: UNE LEGISLATION DE FAIT ?

1) En décembre 1985, le ministre chargé du travail soulignait devant le Parlement que, "depuis vingt ans, la plupart des grandes lois votées en matière de droit du travail n'ont fait que reprendre les dispositions d'accords antérieurs conclus par les partenaires sociaux, qu'il s'agisse de la loi du 16 juillet 1971 sur la formation professionnelle qui a repris les accords du 9 juillet 1970; de la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation qui a repris les dispositions de l'accord du 10 décembre 1977; ou encore de la loi du 3 janvier 1975 qui a repris les dispositions des accords du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi et du 14 octobre 1974 sur l'indemnisation du chômage économique".

Six mois plus tard, la loi du 3 juillet 1986 supprimait, au 1er janvier 1987, l'autorisation administrative de licenciement et disposait en son article 3: " le gouvernement déposera au cours de la première session ordinaire du Parlement de 1986-1987 un projet de loi définissant compte tenu des résultats de la négociation collective entre les organisations patronales et syndicales les procédures destinées à assurer le respect de règles d'information et de

consultation des représentants du personnel et d'élaboration des mesures de reclassement et d'indemnisation envisagées par l'employeur en cas de licenciement pour cause économique". L'accord interprofessionnel sur l'emploi était signé le 20 octobre 1986 et "repris" par un projet de loi. Présentant ce texte au Parlement, le ministre en charge déclarait qu'il s'agissait de respecter "l'accord, tout l'accord, rien que l'accord"; l'opposition évoquait "l'accord subi".

La loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation va jusqu'à comporter en annexe l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 qui ne pouvait prendre son plein effet qu'après la modification de certaines dispositions législatives. Deux thèses s'affrontaient alors au Sénat: selon le gouvernement, l'accord annexé faisait partie du projet de loi et pouvait être amendé, mais il était inopportun de le faire car cela porterait atteinte à la politique contractuelle; le sénateur Dailly soutenait de son côté que le Parlement ne pouvait que dire "oui" ou "non" à "l'extension" de l'accord. Le Conseil constitutionnel estimera que la loi s'est approprié l'accord annexé, ce qui l'autorisa à faire porter son contrôle sur le contenu de l'accord lui-même.

Autre controverse, cette fois-ci entre les parlementaires et les partenaires sociaux: le législateur accueillit froidement l'accord national interprofessionnel sur le travail précaire de 1990, qui comportait une clause dite d'autodestruction dans le cas où la loi n'en aurait pas repris les dispositions principales.

2) La discussion parlementaire qui a conduit à la loi du 12 novembre 1996 a vu resurgir certains de ces débats, notamment du fait du choix du gouvernement d'annexer l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 au projet de loi, ce que le Parlement a perçu comme excluant de facto tout amendement.

D'autres motifs particuliers peuvent aussi expliquer les remous auxquels a donné lieu sa transcription par la loi:

- l'extrême sensibilité du sujet qui relève à l'évidence de la compétence du législateur (mais que celui-ci ne traitait pas, disent les signataires) et qui touche aux prérogatives des organisations syndicales (alors que le consensus n'est pas réuni, soulignent les non-signataires)

- la simultanéité de la transcription par le même projet de loi de la directive communautaire sur le comité d'entreprise européen, dont le Parlement pouvait retirer le sentiment que sa marge de manoeuvre était décidément bien étroite,

- enfin le délai d'un an entre la signature de l'accord et l'adoption de la loi par le Parlement (pourtant saisi avec célérité par le gouvernement), délai dont les signataires pouvaient regretter qu'il vienne casser une dynamique.

Sans s'attarder plus sur cet épisode, on s'attachera ici à poursuivre le travail de clarification juridique qu'appellent ces différentes controverses. Il n'est pas sûr que le dialogue social se nourrisse d'une certaine confusion des responsabilités. Deux propositions sont ici soumises au débat :

- 1) le rôle du Parlement n'est pas de "ratifier" les accords nationaux interprofessionnels mais de définir les espaces de négociation collective

- 2) il n'est pas pour autant illégitime que la négociation interprofessionnelle débouche sur des réformes législatives et que les partenaires sociaux participent ainsi à l'initiative des lois dans le cadre de procédures de concertation à améliorer.

B) LE ROLE DU PARLEMENT N'EST PAS DE "RATIFIER" LES ACCORDS NATIONAUX INTERPROFESSIONNELS MAIS DE DEFINIR LES ESPACES DE NEGOCIATION COLLECTIVE

On a noté plus haut qu'il convenait de distinguer ce qui doit relever de la loi par détermination de la Constitution ("les principes fondamentaux du droit du travail") et ce qui en relève, en fait, en raison de l'histoire (le législateur est intervenu à un moment donné). A cet égard, il y a lieu de se demander si le mouvement qui a conduit à ce que la loi "transcrive"

massivement le contenu d'accords nationaux interprofessionnels n'a pas sa part de responsabilité quant à l'insuffisante "respiration" de la négociation au niveau national.

Transcrire un accord national interprofessionnel dans la loi, c'est presque'inévitablement, pour le Parlement, aller au-delà de sa propre compétence car il lui est demandé de reprendre à son compte tout l'équilibre de l'accord, toutes les clauses et tous les termes en l'absence desquels il n'aurait pas été signé. D'où un effet boule de neige et une certaine *confusion* dont le droit de la formation professionnelle donne un bon exemple: on ne peut plus toucher la loi sans un accord préalable puisque sa légitimité tenait à son origine négociée; mais on ne peut plus négocier sans obtenir ensuite l'accord du Parlement car il s'agit de modifier la loi; et lorsqu'un amendement est présenté, qui touche au fond, les signataires de l'accord y verront - le plus souvent à juste raison - la revanche à peine masquée d'un non signataire ou d'un organisme mis en minorité au sein d'un organisme signataire.

Cette situation est malsaine. Cette sorte d'instance d'appel peut tuer la négociation elle-même. Par ailleurs, aucune renonciation du Parlement à exercer, ici comme ailleurs, son droit *d'amendement* n'est constitutionnellement, ni d'ailleurs politiquement, envisageable.

Tout parallèle avec la procédure *d'extension* d'un accord de branche par le ministre est bien sur à écarter. Les rôles des partenaires sociaux et du ministre sont distincts et complémentaires: le ministre ne peut étendre que s'il y a eu accord, et il n'aurait pas le pouvoir d'édicter des normes réglementaires dans le même champ que celui de l'accord de branche étendu; quant aux signataires de celui-ci, ils demandent au ministre d'exercer une compétence dont ils ne disposent pas eux-mêmes.

En revanche, en se limitant à "ratifier" un accord national interprofessionnel, le Parlement déciderait de ne pas exercer pleinement sa compétence constitutionnelle, du moins pour la partie de l'accord qui relève du domaine de la loi.

On évoquera peut-être la procédure de ratification d'un accord international que le Parlement ne peut qu'autoriser ou refuser. Mais le cas est

différent car le législateur national n'aurait évidemment pas compétence pour édicter lui-même des normes qui, par hypothèse, engagent non seulement la France mais aussi un ou plusieurs autres Etats.

Quant à la ratification des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, outre qu'elle est expressément prévue par ce texte, elle ne fait pas obstacle à une modification du texte des ordonnances à cette occasion.

La seule voie possible pour échapper à cette contradiction serait d'en revenir à une conception beaucoup plus stricte du domaine de la loi. Bien sûr, certains accords nationaux interprofessionnels exigent un support législatif ou à tout le moins l'abrogation préalable de dispositions législatives existantes. Mais ce n'est pas une raison pour considérer que toutes les clauses de l'accord touchent aux principes fondamentaux du droit du travail. Le propre de la loi, ainsi entendue, est d'avoir une autonomie par rapport aux normes réglementaires ou conventionnelles qui en assurent la mise en oeuvre en fonction des contingences de temps et de lieu. Elle doit tendre à un minimum de permanence en définissant le cadre dans lequel peut se dérouler librement la négociation collective. Si l'on constate que la loi évolue, dans un domaine déterminé, aussi fréquemment que les accords collectifs, c'est que l'esprit, sinon la lettre, de l'article 34 de la Constitution n'est pas respecté.

La conclusion d'un accord national interprofessionnel dans un domaine déterminé est peut-être le moment privilégié pour que le législateur s'interroge sur l'étendue de sa compétence et accepte de déplacer la frontière existante entre le droit étatique (législatif et réglementaire) et le droit négocié pour rendre une place plus grande au second. Aucun vide juridique ne sera en effet créé. Rien n'interdit non plus aux pouvoirs publics et aux partenaires sociaux de prendre l'initiative d'une réflexion commune, à froid, sur les espaces de négociation, au niveau national, susceptibles de se substituer, sans transposition ultérieure, à des dispositions législatives ou réglementaires devenues inadaptées.

La difficulté est ici de s'écarter d'une pratique mais aussi d'une culture bien ancrée dans notre tradition nationale. La loi doit définir ce qui peut être négocié et à quelles conditions; elle n'a pas vocation à apporter l'onction des représentants du peuple à ce qui a été négocié dans ce cadre.

C) LES PARTENAIRES SOCIAUX DOIVENT PARTICIPER A L'INITIATIVE DES LOIS SELON DES PROCEDURES RENOVEES

L'expression "*loi négociée*" a été souvent utilisée pour caractériser cette alchimie particulière qui caractérise la production du Parlement en matière de droit du travail. On a indiqué plus haut que ni le législateur ni les partenaires sociaux n'avaient sans doute intérêt à pousser trop loin la confusion des responsabilités en ce domaine. Mais des progrès sont possibles quant aux modalités de concertation.

1) "*L'initiative des lois* appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement" (article 39 de la Constitution de 1958).

Notre loi fondamentale ne réserve aucune place particulière aux organisations professionnelles et syndicales dans la procédure d'élaboration et de vote d'un projet ou d'une proposition de loi. De manière indirecte, mais néanmoins intéressante, la consultation du Conseil économique et social peut leur procurer un lieu d'expression collective, d'ailleurs enrichi par la confrontation avec d'autres forces sociales. Ce Conseil ne peut lui-même être saisi que par le gouvernement.

Dans la mesure où une bonne articulation de la loi et de la négociation collective, telle qu'on a cherché à en montrer la nécessité, exige un pilotage très fin, attentif aussi bien à la diversité et à l'acuité des demandes des acteurs sociaux qu'au respect des équilibres et cohérences à moyen terme, c'est bien sur le gouvernement qui assume à cet égard la responsabilité principale. Au contact permanent des organisations syndicales et professionnelles, il détient par ailleurs, dans notre système constitutionnel, un rôle clé dans l'initiative des lois.

Le gouvernement décide, lorsqu'il présente un projet de loi, du contenu, du type de concertation préalable avec les partenaires sociaux, et du moment. Bien sûr, les rapporteurs et les commissions compétentes des deux Assemblées procèderont ensuite aux auditions qu'elles estimeront souhaitables, et le Parlement aura le dernier mot. Mais la manière dont s'engage le débat est déjà cristallisée en amont du projet de loi sur le bureau des Assemblées.

Pour s'en tenir à deux grandes lois, certes anciennes mais qui relèvent sans hésitation du cœur de la compétence exclusive du Parlement, celles du 27 décembre 1968 sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise et du 13 juillet 1971 réformant le droit des conventions collectives, les observateurs ont relevé la dynamique de négociation qui a présidé à leur élaboration et facilité leur vote mais aussi leur acceptation. Il ne s'agissait pas pour le gouvernement de faire transcrire par la loi un accord préalable des partenaires sociaux, mais d'élaborer, conformément à un engagement pris lors de négociations antérieures, des projets de loi qui, prenant acte des points d'accord, tranchaient les points de désaccord qui subsistaient après de multiples réunions bilatérales et tripartites.

Les temps ont changé sans doute, mais demeure plus que jamais cette fonction de catalyseur qui incombe à l'Etat: impulser le dialogue social en favorisant la conclusion d'accords collectifs, et légiférer, après une étroite concertation avec les partenaires sociaux, sur ce qui doit faire l'objet de l'arbitrage politique, *in fine*, de la représentation nationale.

Tout ceci est bien sûr affaire de climat, d'état d'esprit plus que de formalisme. On notera toutefois qu'avec le tropisme procédural qui le caractérise le droit communautaire poursuit le même objectif par les articles 3 et 4 de l'accord sur la politique sociale annexé au traité sur l'Union européenne:

"article 3:

1. La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties.

2. A cet effet, la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire.

3. Si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action communautaire est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation.

4. A l'occasion de cette consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 4. La durée de la procédure ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission."

"Article 4:

1. Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords.

..."

Au delà de la spécificité institutionnelle qui interdit de pousser trop loin la comparaison, on retiendra de ces deux articles l'idée d'un "code de bonne conduite" quant à l'initiative en matière sociale: l'intervention unilatérale ne doit pas prendre le pas sur la production négociée chaque fois que celle-ci est possible, mais les institutions en charge doivent assumer leurs responsabilités propres si la négociation n'aboutit pas dans des délais raisonnables.

2) Les objectifs regardés comme prioritaires au long de cette étude n'appellent aucune réforme institutionnelle. Aucun des partenaires sociaux n'en exprime d'ailleurs le souhait.

En particulier, la *commission nationale de la négociation collective* remplit toutes les conditions pour être ce lieu d'échanges réciproques entre le pouvoir exécutif et les partenaires sociaux, doté de la permanence, et dont le rôle est distinct mais complémentaire des "sommets sociaux" réunis par le chef du gouvernement soit pour ponctuer une orientation politique forte, soit pour

négoier une sortie de crise. Et chacun sait qu'au-delà des nécessaires rencontres officielles, c'est à l'aune du nombre et de la qualité des contacts informels que s'apprécie aussi la qualité d'un dialogue social.

Deux préoccupations seront ici soulignées: mieux insérer l'intervention du Parlement dans ce dialogue social et mettre en place des procédures d'évaluation de la législation du travail.

a) Le président de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée Nationale, évoquant les réactions des parlementaires lors de l'adoption de la loi du 12 novembre 1996, estime qu'elles auraient pu être différentes si avait été mise en oeuvre une "*procédure d'association /concertation*" avec le Parlement. L'idée serait que les partenaires sociaux, dès lors qu'ils sont en train de négocier un accord dont la mise en oeuvre nécessitera la modification de textes législatifs existants, en informent le législateur selon des modalités à définir.

Cette réaction confirme d'abord qu'il n'y a, de la part du législateur, aucune réticence de principe à être saisi d'un projet de loi dont l'adoption en Conseil des ministres est directement consécutive à la conclusion d'un accord collectif. L'opinion parfois émise selon laquelle les partenaires sociaux ne seraient pas légitimés à négocier au-delà du cadre législatif du moment ne semble pas partagée par les représentants de la souveraineté nationale qui conservent en toute hypothèse le dernier mot en adoptant ou non la modification de ce cadre, laquelle conditionne bien sûr la validité de l'accord. Il serait d'ailleurs paradoxal que cette forme de participation à l'initiative des lois soit contestée, alors que les exemples abondent de propositions de loi ou d'amendements directement inspirés, dans des conditions de moindre transparence, par tel ou tel acteur de la vie économique et sociale.

La suggestion de prévoir une "*procédure d'association /concertation avec le Parlement*" confirme ensuite l'hypothèse de bon sens selon laquelle le législateur n'accorde pas le même accueil à un projet de loi selon l'information dont il a pu disposer en amont sur celui-ci. Même si le parallèle ne doit pas être poussé trop loin, il est significatif que la commission compétente de l'Assemblée nationale fasse spontanément la comparaison avec la procédure

d'information sur les projets d'actes communautaires prévue par l'article 88-4 de la Constitution. Sans que le Parlement puisse se lier à l'avance, il peut être utile aux partenaires sociaux en cours de négociation de connaître les premières réactions des commissions parlementaires compétentes sur les grandes lignes d'un accord qui se dessine et qui exigera une intervention ultérieure du législateur.

C'est donc un échange d'informations plus nourri qui est souhaité de part et d'autre, étant entendu que le gouvernement, loin d'en être tenu à l'écart, doit en être le facilitateur, la cheville ouvrière. Il lui appartient, de manière générale, de tenir informé le Parlement de l'ensemble, des négociations en cours, en particulier au niveau interprofessionnel, puisque c'est à ce niveau qu'il peut y avoir interférence avec la production législative.

Un tel échange d'informations n'a de sens que dans la *réciprocité*, ce qui implique que les initiatives tant du gouvernement que du Parlement en matière législative donnent lieu à une consultation systématique des partenaires sociaux à un stade d'élaboration où le débat a encore une utilité, où les demandes des uns et des autres peuvent encore être prises en compte sans que soit pour autant recherché à tout prix un illusoire consensus.

Ne faut-il pas alors imaginer entre le Parlement et les partenaires sociaux des modalités de travail qui seraient en partie déconnectées de l'urgence politique que constitue la discussion d'un projet de loi ? Pourquoi les rendez-vous périodiques seraient-ils réservés aux domaines appréhendés principalement sous l'angle des équilibres annuels des finances publiques ou sociales (lois de finances, lois de sécurité sociale) ? Au bénéfice de la session unique, on ne saurait nier l'intérêt d'une rencontre régulière entre les différents protagonistes, dont la périodicité *annuelle* conduirait chaque participant à aller au-delà de la réaction à l'actualité immédiate. Il ne s'agirait évidemment pas de créer une "grand-messe" que personne n'appelle de ses vœux. Il faut pour cela nourrir le débat autrement.

b) Sous l'expression toujours insatisfaisante car utilisée à des fins très variées "*d'évaluation*" de la législation du travail, ce qui est en cause ici c'est précisément le souhait de construire une passerelle entre deux types de réflexions:

- celle que suscite toute annonce de mesure gouvernementale dans un contexte social qui est toujours dominé par l'urgence, qu'il s'agisse de tirer à chaud les conséquences d'un conflit social ou de mettre en oeuvre une réforme dont on annonce, de plus en plus souvent, un impact immédiat sur l'emploi,
- celle qui se mène dans des lieux plus distanciés de l'actualité immédiate, tel le Commissariat général du plan (cf les développements du rapport Boissonnat sur "l'opérationnalité déclinante du droit du travail" p. 88 et s.).

Si l'on ne se donne pas les moyens de desserrer par moments la pression de l'urgence, le dialogue social risque de se ramener à un exercice convenu. C'est pourquoi on a évoqué à plusieurs reprises dans le présent rapport l'idée que certaines des questions posées exigeaient un examen "à froid".

Prenons l'exemple de la hiérarchisation des règles législatives existantes au regard de la notion de "principes fondamentaux", afin de resserrer sur l'essentiel l'intervention du Parlement. La réflexion ne peut être envisagée sur ce point qu'en présence d'une règle du jeu très claire distinguant, d'un côté, l'appréciation du champ couvert par le législateur au regard de l'article 34 de la Constitution, de l'autre, la pertinence de la règle de droit contenue dans le texte législatif ainsi passé au crible. En d'autres termes, aucun déplacement de frontière au profit de la négociation collective n'est susceptible de s'inscrire dans un consensus minimal si l'opération est perçue comme venant masquer une déréglementation inavouée. La règle du jeu consiste ainsi à prévoir qu'en principe le retrait du législateur doit correspondre à l'entrée en vigueur de normes négociées qui se substituent aux normes étatiques.

Prenons la question du degré d'application effective des normes, étatiques ou négociées, le cas échéant selon les branches. Selon les cas et les sensibilités seront invoquées, pour expliquer tel ou tel écart significatif, soit l'insuffisance de la répression soit l'inadaptation de la norme en cause. Mais le

plus frappant est la difficulté d'objectiver ce débat ; le non-dit l'emporte bien souvent.

Certes, un constat analogue pourrait être établi dans bien d'autres domaines que le droit du travail, et chacun connaît le travers hexagonal qui conduit à attacher une importance décisive à l'annonce d'une réforme (par la loi ou par l'accord) plutôt qu'au constat ultérieur de son succès ou de son échec par rapport aux objectifs poursuivis. Mais ici c'est le contenu même du dialogue social et sa capacité à prévenir des conflits ou à accompagner des évolutions sociales qui en sont directement affectés. Et il en est de même en ce qui concerne le débat parlementaire.

C'est pourquoi la clarification souhaitée des rôles respectifs du Parlement et de la négociation collective passe par un minimum de consensus sur les objectifs poursuivis à moyen terme et la définition des méthodes de travail indispensables pour faire avancer la réflexion des différents partenaires. La présente étude a tenté, parmi d'autres, d'y contribuer.