

Université Paris X Nanterre
DEA de droit social et syndical

***L'articulation des
niveaux de négociation :
les innovations de la loi
sur le dialogue social***

Clément MONNIER

avril 2005

Travail réalisé sur la base d'un exposé présenté le 7 avril 2005 sous la direction de Mme Marie-Armelle SOURIAU

L'articulation des niveaux de négociation : les innovations de la loi sur le dialogue social

Clément MONNIER

avril 2005

DEA Droit social et syndical

Travail réalisé sur la base d'un exposé présenté le 7 avril 2005 sous la direction de Mme Marie-Armelle SOURIAU

Sommaire

Une réarticulation décentralisatrice des niveaux de négociation.....	13
Une dérogation de principe.....	13
<i>I articulation dans le champ professionnel.....</i>	<i>14</i>
<i>I articulation dans le champ territorial.....</i>	<i>14</i>
<i>Une bien étrange rédaction.....</i>	<i>14</i>
Le déplacement du centre de gravité de la négociation vers l'entreprise.....	15
<i>Le primat de l'entreprise.....</i>	<i>15</i>
<i>Les limites de l'entreprise.....</i>	<i>16</i>
Ce qu'il reste de la branche.....	19
Une branche désormais dérogeable.....	19
<i>Une dérogeabilité de principe.....</i>	<i>19</i>
<i>Les domaines réservés de la branche.....</i>	<i>20</i>
Un nouveau rôle pour la branche.....	21
<i>Les atteintes portées à la branche historique.....</i>	<i>21</i>
<i>Les nouveaux équilibres de la négociation.....</i>	<i>22</i>

Si le terme de « niveau » manque assurément de précision juridique, on peut néanmoins distinguer au sein du système français des relations professionnelles plusieurs niveaux de négociation. Selon la conception que l'on se fait de la négociation collective, celle-ci prendra pied à des niveaux différents. Ainsi, une conception contractuelle de type anglo-saxon privilégiera une négociation d'entreprise, alors que les pays ayant une conception plus normative de la convention collective encourageront la négociation interprofessionnelle ou de branche. Mais au-delà des concepts, la réalité est bien plus complexe. Ainsi, en Allemagne on négocie aussi dans les entreprises ; au Québec (proche du système américain), on voit se développer la constitution de « secteurs », véritables pôles unificateurs de la négociation¹. La France a, quant à elle, au fil des réformes, adopté un système mixte permettant la négociation à de nombreux niveaux à l'articulation complexe.

Si bien qu'aujourd'hui, la norme conventionnelle peut être négociée au niveau interprofessionnel, de la branche, de l'Unité Economique et Sociale, du groupe, de l'entreprise et de l'établissement. A cette organisation verticale des niveaux de négociation collective vient se greffer une organisation horizontale qui distingue les accords selon leur champ d'application territorial. Ainsi, si les accords collectifs peuvent couvrir l'ensemble du territoire national, nombre d'entre eux se limitent à une zone géographique spécifique.

Au niveau le plus « centralisé », les accords nationaux interprofessionnels ont vu le jour en 1958 et ont connu une forte expansion à la fin des années 60 avec la signature des accords nationaux inter-

¹ cf. J. LE GOFF, "Droit du travail et société tome 2 Les relations collectives de travail", PUR 2002, p.439

professionnels sur l'indemnisation du chômage partiel², sur la formation professionnelle, sur les conditions de travail, sur la mensualisation...³.

La branche reste néanmoins le niveau historique de la négociation. Ainsi l'ANI du 21 mars 1989 définit la branche comme « le lieu d'élection de la politique contractuelle. Les accords de branche exercent une fonction d'impulsion et de régulation et les négociations sur l'aménagement du temps de travail (dans l'entreprise) tout en veillant au respect de la législation en vigueur, ne doivent pas se borner à aborder les domaines où les dérogations ne sont possibles qu'à la condition qu'un accord de branche les permettent ». Mais ce rôle d'encadrement de la négociation de branche, sorte de « loi de la profession », sans être frontalement contesté, se voit peu à peu vidé de sa substance.

Sans s'attarder à l'étude complexe de la notion de branche⁴, un constat s'impose : l'homogénéité d'antan de la branche n'est plus, sa pertinence est remise en cause⁵ par des entreprises aux formes et aux tailles très disparates qui souhaitent adapter à leurs réalités sociétales et économiques certaines règles jusqu'alors négociées à un niveau plus centralisé : la branche.

Dans cette quête de flexibilité, les employeurs sont séduits par l'accord d'entreprise qui, bien qu'apparu en 1955 au sein de Renault et véritablement légalisé en 1971⁶, ne connaît un réel essor que dans les années 80. Plusieurs facteurs y ont contribué.

De manière générale, on constate, à partir des années 80, une nette inflexion des politiques économiques dans le sens de la réhabilitation de la dimension économique des entreprises, en favorisant « le profit des sociétés au détriment des salariés. Ce choix s'est fait directement par le moyen de politiques fiscales et budgétaires, indirectement en permettant aux entreprises de déterminer librement leur politique de salaire et de prix »⁷.

Ainsi, le ministre du travail de 1982, dont l'ambition était de faire de chaque travailleur un « citoyen » de l'entreprise, observe qu'« il est évident que l'entreprise constitue le niveau de négociation le plus approprié pour répondre au besoin d'autonomie dont celle-ci a besoin dans l'élaboration et la ges-

² cf. ANI du 31 décembre 1958

³ cf. Jean PELISSIER, in *Mélanges à Jean-Maurice VERDIER*, p.95

⁴ Voir notamment en ce sens J. LE GOFF, "Droit du travail et société tome 2 Les relations collectives de travail", PUR 2002, p.440 s.

⁵ En ce sens : « Il est probable que dans 20 ans les branches professionnelles auront disparu car un découpage par branche n'est plus cohérent avec le fait que les technologies ne sont plus spécifiques à une activité » Alain LEBAUBE, *Le Monde*, 27 février 1991

⁶ Si la loi du 11 février 1950 cesse d'ignorer la convention d'entreprise, elle « visait plutôt à en marginaliser la pratique, puisque ces accords, dits « d'établissement », y étaient étroitement cantonnés à l'adaptation des conventions de branche ou à la fixation des salaires. (...) ce n'est qu'en 1971 qu'a été légalisé l'idée de conventions collectives d'entreprise à part entière. » (A. SUPIOT, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Droit Social 1989, p.196)

⁷ cf. P. BERNOUX, "Sociologie des entreprises", Seuil 1999, p.29

tion de sa politique sociale nécessitée par ses caractéristiques économiques ». Une idée à succès reprise fidèlement par les majorités successives⁸.

Les syndicats ne sont pas en reste. Treize ans plus tard, l'ANI du 31 octobre 1995 vante l'aptitude de la négociation d'entreprise « à gérer la complexité et maîtriser le changement qui constitue les défis majeurs de l'avenir ».

Mais cette volonté syndicale de permettre à l'entreprise de bénéficier d'un espace de liberté s'était toujours manifestée avec une certaine réserve. L'article 1.3.3. de l'ANI du 31 octobre 1995 illustre parfaitement cette réserve : « le niveau national interprofessionnel a un rôle clé à jouer. Il lui appartient de négocier les accords de gestion sociale qui mettent en œuvre des mécanismes de solidarité interentreprises qui, par définition, échappent à la compétence de la négociation de branche et plus encore d'entreprise. »

Se construit et se développe ensuite, malgré des employeurs dans un premier temps hostiles à la négociation d'entreprise⁹, une doctrine patronale dont l'essentiel se trouve aujourd'hui cristallisé dans les propositions d'« Entreprises et Progrès » au sujet du contrat collectif d'entreprise¹⁰. L'argumentaire est désormais bien connu¹¹ et rencontre un certain succès. Invoquant la mondialisation, les évolutions du marché, la rigidité sclérosante de la loi ou l'impossibilité de résorber durablement le chômage, il prône une plus grande flexibilité de la norme sociale ainsi en phase avec les réalités particulières de l'entreprise. Apparaît l'idée d'une nécessaire concordance entre le niveau d'élaboration et d'application de la norme sociale.

Dès les années 80, les arguments en faveur d'un développement de la négociation d'entreprise séduisent le législateur. « La réglementation de l'entreprise par l'Etat doit céder le pas à la réglementation de l'entreprise par elle-même ; (...) objet de droit l'entreprise doit devenir (...) sujet et source de droit »¹². La loi du 13 novembre 1982 rend obligatoire la négociation collective dans les branches professionnelles et dans les entreprises. La négociation d'entreprise, qui traditionnellement avait une place secondaire, occupe alors une place centrale dans le système conventionnel français. Alors qu'en 1970 on recensait 670 accords d'entreprises, on en dénombrait 30 434 en 2000, soit 50 fois plus.

⁸ "Le développement de la négociation d'entreprise répond (...) à une nécessité objective. On ne peut dès lors s'étonner qu'il ait dominé l'évolution récente de nos relations contractuelles" (Philippe SEGUIN, ministre du travail de 1986 à 1988)

⁹ Avant 1982 et la découverte, par les employeurs, des ressources de la négociation d'entreprise, celle-ci n'a pas les faveurs du patronat « qui redoute tout ce qui pourrait altérer l'absolutisme de son pouvoir dans les entreprises et apprécie dans les conventions de branche un moyen d'unification des conditions de la concurrence » (A. SUPPIOT, "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", Droit Social 1989, p.196)

¹⁰ Liais. Soc. V. n°27/85, 6 mars 1985

¹¹ cf. le triple argumentaire économique, social et politique développé par Alain SUPPIOT dès 1989 dans son article "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise" (Droit Social 1989, p.196)

¹² Cette formule d'Alain SUPPIOT est certes postérieure aux lois Auroux mais illustre néanmoins parfaitement l'état d'esprit du législateur de 1982 : A. SUPPIOT, "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", Droit Social 1989, p.196

Plus récemment, la position commune de 2001, qui permettra de légitimer la loi du 4 mai 2004, dispose que « garant du système, le niveau national interprofessionnel doit assurer une cohérence d'ensemble. La branche joue un rôle structurant de solidarité, d'encadrement et d'impulsion de la négociation d'entreprise à travers l'existence de règles communes à la profession. La négociation d'entreprise permet de trouver et de mettre en œuvre des solutions prenant directement en compte les caractéristiques et les besoins de chaque entreprise et ses salariés. »¹³ Ainsi, les intentions communes d'une réarticulation en faveur de l'entreprise sont, en 2001, très clairement énoncées.

Cette émergence, dès le début des années 80, de l'entreprise comme lieu privilégié de la négociation collective a peu à peu façonné une nouvelle articulation entre les niveaux de négociation, certains auteurs parlent même de "désintégration du modèle traditionnel d'articulation"¹⁴. Une « conception ethnocentrique de l'entreprise »¹⁵ qui trouve son point d'orgue avec la loi du 4 mai 2004, la toute nouvelle "distribution de l'action normative entre le niveau de la branche professionnelle et celui-ci de l'entreprise"¹⁶ et la généralisation d'une « logique de suppléativité très favorable au primat de l'accord d'entreprise »¹⁷.

Ce glissement de la branche vers l'entreprise nous invite à nous interroger sur l'articulation nouvelle entre négociation de branche et négociation d'entreprise. S'agit-il de complémentarité ou de parasitage entre ces niveaux de négociation, de l'encouragement à la négociation à tous les niveaux ou du simple déplacement du lieu de la négociation au détriment de la branche.

C'est donc à la lumière des innovations de la loi du 4 mai 2004 qu'il s'agira d'appréhender la nouvelle articulation des niveaux de négociation, et la place que fait cette dernière à la branche et l'entreprise.

Les principaux commentaires sur la volonté de renforcer la négociation collective ont porté sur le caractère dérogatoire à la loi de ces accords, sur la résistance du contrat de travail à ces accords ou encore sur la remise en cause du principe de faveur ou de l'ordre public social¹⁸. Mais si la place aujourd'hui donnée à l'accord d'entreprise modifie profondément les rapports de celui-ci à la loi et au contrat de travail, nous limiterons notre étude à son articulation avec les autres niveaux de négociation.

Ainsi, volontairement, nous n'aborderons pas les hypothèses de concours de conventions collectives pour lesquels il convient de se référer au principe de faveur qui fera l'objet d'une prochaine étude.

¹³ cf. Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective, 16 juillet 2001 ; LS, Conventions et accords, n°174.

¹⁴ cf. M-A. SOURIAU, "L'articulation des niveaux de la négociation", Droit social 2004, p.583

¹⁵ cf. G. BORENFREUND, "La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux", DS 2004, p.606

¹⁶ cf. P. RODIERE, "La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social", SS. Lamy, n°1148, 15 déc. 2003, spéc. N°21

¹⁷ cf. M-A. SOURIAU, "L'articulation des niveaux de la négociation", Droit social 2004, p.580

¹⁸ Voir en ce sens l'article de M-A. SOURIAU et G. BORENFREUND, *in* Mélanges à Jean-Maurice VERDIER, p.186

Nous ne reviendrons pas non plus sur les méthodes de comparaison des dispositions les plus favorables. La négociation territoriale, bien qu'en plein essor, ne sera pas traitée ; la négociation collective au niveau européen non plus.

Sans revenir sur l'articulation, désormais bien connue et abondamment commentée, des niveaux de négociation telle qu'issue de la loi du 13 novembre 1982¹⁹, nous nous intéresserons aux innovations de la loi du 4 mai 2004 portant réarticulation décentralisatrice des niveaux de négociation (I) pour ensuite s'interroger sur ce qu'il reste de la branche (II).

¹⁹ Voir notamment M-A. SOURIAU, "L'articulation des niveaux de la négociation", *Droit social* 2004, p.580 ; Y. CHALARON, "Négociation et accords collectifs d'entreprise", *Litec* 1990 pp.341 s. ; M-A. SOURIAU, "L'articulation des accords de branche et d'entreprise : une question de principe(s)", *S.S. Lamy* 2004 n°1084 p.9

I. Une réarticulation décentralisatrice des niveaux de négociation

La loi du 4 mai 2004, dans son ensemble, n'innove en réalité qu'assez peu. En mal d'inspiration, le législateur ne fait que vulgariser des mécanismes déjà existants (exigence majoritaire, dérogation, mandatement, ...). Si l'exigence majoritaire et le mandatement contribuent à l'essor de la négociation d'entreprise, c'est le principe dérogatoire qui donne les outils juridiques nécessaires à une véritable décentralisation de la négociation.

Ainsi, la loi du 4 mai 2004, par une généralisation de la dérogation (A), permet le déplacement du centre de gravité de la négociation vers l'entreprise (B) et une meilleure concordance entre l'édiction de la norme sociale et son lieu d'application.

A. Une dérogation de principe

Le principe dérogatoire concerne tant l'articulation des conventions au sein du champ professionnel (1) que territorial (2)

1. L'articulation dans le champ professionnel

L'article L132-23 du code du travail dispose en son dernier alinéa issu de la loi du 4 mai 2004 que « la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ». L'intention du législateur ne laisse planer aucun doute sur le sens à donner à la notion de dérogation, l'historique dérogation *in melius* consacrée en droit du travail est écartée au profit d'une dérogation dite au « sens moderne du terme ». L'accord d'entreprise peut donc désormais déroger à la branche dans un sens moins favorable.

Autre élément d'envergure, cette dérogation au sens moderne du terme – c'est ainsi que nous l'entendons désormais – devient le principe. L'absence d'interdiction de déroger suffit désormais pour permettre à l'accord d'entreprise de comporter des clauses différentes de celles de l'accord de branche.

Concernant la capacité dérogatoire de la branche, celle-ci est consacrée par l'article L132-13 qui dispose qu' « Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, à la condition que les signataires de cette convention ou de cet accord aient expressément stipulé qu'il ne pourrait y être dérogé en tout ou en partie ». La volonté du législateur de permettre de déroger à l'accord « couvrant un champ territorial ou professionnel plus large » dans un sens moins favorable est ici encore plus explicite qu'en matière d'accord d'entreprise.

Le pouvoir dérogatoire de la branche peut néanmoins être limité. L'accord de niveau supérieur peut prévoir expressément son impérativité, «les parties adaptent alors celles des clauses de leur convention ou accord de branche qui seraient moins favorables aux salariés»²⁰.

2. L'articulation dans le champ territorial

Concernant l'organisation horizontale des accords collectifs, la même articulation que pour le champ professionnel semble devoir être retenue. En effet, les dérogations autorisées par les articles L132-13 al.1 et L132-23 al.4 concernent «les conventions ou accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large». L'accord s'appliquant à une zone géographique limitée s'imposerait donc face à l'accord conclu dans un espace géographique plus large. L'accord conclu au niveau local primerait sur l'accord conclu au niveau régional.

3. Une bien étrange rédaction

Enfin, attardons nous quelques instants sur la rédaction même des articles L132-13 et L132-23.

²⁰ cf. Article L132-13 al.2

Le principe, dérogoire en l'espèce, y est défini par son exception : "La convention ou les accords peuvent comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés". Cette rédaction a de quoi laisser perplexe en ce qu'elle complexifie inutilement la lecture de dispositifs déjà fort compliqués. Certains y voient une sorte d'"hommage"²¹ au principe de faveur. Il s'agit plus vraisemblablement d'une survivance de l'ancienne rédaction que le législateur a sans doute souhaité rassurante.

Relevons également l'utilisation controversée du terme "déroger". Le choix d'une dérogation de l'entreprise plutôt que d'une supplétivité de la branche n'est pas sans conséquence. La branche, bien qu'affaiblie, garde sa valeur de norme de référence et les atteintes qui lui sont portées sont d'interprétation stricte.

De manière générale, la nouvelle articulation née de la loi de 2004 peut se résumer par l'application de la règle *specialia generalibus derogant*²². Un principe qui directement influe en faveur d'une décentralisation de la négociation.

B. Le déplacement du centre de gravité de la négociation vers l'entreprise

Avec la loi du 4 mai 2004 et le principe dérogoire, « le centre de gravité de la négociation est nettement déplacé vers l'entreprise, voire l'établissement »²³. Ce primat de la négociation d'entreprise (1) soulève néanmoins certaines interrogations quant à la pertinence de ce niveau de négociation (2).

1. Le primat de l'entreprise

Avant 2004, il n'existait pas de hiérarchie des normes à proprement parler. Aucun niveau de négociation ne primait sur aucun autre. Les éventuels conflits étaient alors tranchés grâce à la règle du plus favorable. Mais le temps où Mme Hélène TISSANDIER pouvait affirmer qu'"en principe, aucune convention n'a de supériorité intrinsèque sur aucune autre, et aucune n'est par nature supplétive à l'égard d'aucune autre"²⁴ est bel et bien révolu.

Ainsi, plutôt qu'inverser la hiérarchie des normes conventionnelle, la loi du 4 mai 2004 crée une véritable hiérarchie des normes conventionnelles qui jusqu'alors n'était qualifiée que de "hiérarchie

²¹ cf. F. SARAMITO, "Le nouveau visage de la négociation collective", droit ouvrier, octobre 2004 n°675

²² Ce qui est spécial déroge à ce qui est général. Cf. H. ROLAND et L. BOYER, Adages du droit français, Litec 1999, n°418

²³ cf. M-A. SOURIAU, "L'articulation des niveaux de la négociation", Droit social 2004, p.582

²⁴ cf. H. TISSANDIER, "L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes", Droit Social 1997, p. 1045

souple des normes²⁵. C'est l'entreprise, norme spéciale, qui prime désormais. Et l'entreprise, en plus de sa capacité de déroger à la branche, voit ses prérogatives considérablement accrues.

Bien que relevant de l'articulation entre la loi et la convention collective, et sans entrer dans le détail, notons le poids supplémentaire donné aux accords d'entreprise désormais autorisés à déroger à la loi dans les mêmes termes que l'accord de branche. Ainsi, comme n'a eu de cesse de l'affirmer M. François FILLON, alors ministre du travail, loi du 4 mai 2004 ne crée certes pas de nouvelles dérogations à la loi²⁶, mais elle multiplie considérablement les acteurs en mesure d'y déroger.

L'accord d'établissement connaît lui aussi un élan formidable. Si la possibilité de négocier au niveau de l'établissement était largement ouverte dès 1982²⁷, le législateur de 2004 fait de l'établissement un niveau de négociation à part entière. Au même titre que l'entreprise, la nouvelle rédaction de l'article L132-23 du code du travail autorise l'établissement à déroger à la branche. Une dérogation presque absolue grâce à la possibilité offerte à l'établissement de déroger à la loi. Au nom de la flexibilité, l'entité la plus décentralisée peut ainsi déroger jusqu'à la norme étatique.

Si la loi du 4 mai 2004 consacre – enfin²⁸ – l'existence des conventions et accords négociés au niveau du groupe et en précise le régime juridique en introduisant un article L132-19-1 dans le code du travail, nous ne traiterons pas de ce niveau qui fera l'objet d'une prochaine étude.

Mais l'entreprise, présentée comme *le* niveau de négociation optimal, n'est pas sans présenter certaines limites.

2. Les limites de l'entreprise

Cet essor de l'entreprise n'est pas exempt de critiques. Une littérature importante présente les nombreuses réserves tant doctrinales que syndicales. Est notamment montrée du doigt « la multiplication des dérogations (qui), à force de rendre les règles illisibles, ruine l'autorité de la loi et de l'accord et la sur-réglementation peut être une autre forme de déréglementation »²⁹.

²⁵ cf. H. TISSANDIER, "L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes", *Droit Social* 1997, p. 1045

²⁶ Extrait du compte rendu intégral de l'Assemblée nationale du 16 décembre 2003 : "D'abord, et tant pis s'il faut le répéter une énième fois, l'article 36 ne remet pas en cause le principe de faveur, tel qu'il est posé à l'article L. 123-13 du code du travail. Un accord collectif, qu'il soit de branche ou d'entreprise, ne pourra en aucun cas déroger à la loi, sauf si celle-ci lui en a expressément donné la possibilité. (...) C'est un mécanisme que vous connaissez bien, monsieur Gremetz, puisqu'il date de 1982 et que vos amis l'ont voté. L'article 36 vise à fixer les conditions dans lesquelles les dispositions des accords interprofessionnels s'imposent ou non aux accords de branche ; ni plus, ni moins."

²⁷ art L132-19 et L132-27 al.2 du code du travail : la référence au seuil de 50 salariés a été supprimée en première lecture à l'Assemblée nationale. Tout établissement ou groupe d'établissement pourra donc constituer un niveaux de négociation dans les entreprises où un syndicat se trouve implanté

²⁸ Selon l'exclamation de P-H ANTONMATTEI : « Enfin ! La convention et l'accord de groupe sont consacrés par la loi Fillon IV », *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations*, DS 2004, p.601

²⁹ cf. M-L MORIN, "Le risque de l'emploi", in *La revue CFDT*, n°30, avril 2000

De manière plus générale relevons l'apparente contradiction entre ce mouvement de parcellisation – certains parlent de balkanisation – de la norme sociale alors même que l'entreprise se trouve confrontée à une globalisation des échanges dont on cherche à harmoniser les règles. L'harmonisation des règles de concurrence, nécessaire à toute "entreprise" libérale, ne passera-t-elle pas nécessairement aussi par une harmonisation des conditions de travail ?

Le choix de l'entreprise comme espace privilégié de la négociation est-il tellement opportun ? En ces temps d'externalisation et de sous-traitance généralisée, de para-subordination, de faux indépendants, et de franchisés, l'entité « entreprise » peut en effet sembler manquer de pertinence. Alors que l'unité et la consistance juridique de la notion d'entreprise restent problématiques³⁰, d'autres formes d'organisations sociétales se développent en dehors de tout encadrement textuel. C'est par exemple le cas des réseaux d'entreprises.

Enfin, une autre question concerne le coût du dialogue social pour les entreprises. La négociation d'entreprise est en effet bien plus coûteuse que la négociation de branche, en terme de multiplication tant des acteurs que des revendications. Certains employeurs risquent donc d'être tenté par un « calcul savant » tendant à définir le seuil de « rentabilité » du dialogue social.

Alors que l'entreprise est présentée comme le niveau le plus opportun de négociation et s'autonomise, que reste-t-il de la branche, niveau historique de la négociation ?

³⁰ "Le moins que l'on puisse dire ici est que l'entreprise est précisément une notion dont l'unité, et même la consistance juridique, sont problématique" (A. SUPIOT, "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", Droit Social 1989 p. 195)

II. Ce qu'il reste de la branche

Le rôle d'impulsion, de régulation et d'encadrement de la branche semble aujourd'hui, sans être frontalement contesté, peu à peu vidé de sa substance. Si le principe de dérogeabilité de la branche est consacré (A), la négociation de branche, considérablement affaiblie, se voit attribué un rôle bien nouveau (B).

A. Une branche désormais dérogeable

Si la dérogeabilité de la branche des désormais de principe (1), certains domaines restent réservés à la branche (2).

1. Une dérogeabilité de principe

Corollaire du principe dérogatoire de l'entreprise, la branche devient désormais, par principe, dérogeable. En s'inclinant devant les dispositions de l'entreprise, la branche renonce à sa mission d'alors : uniformiser les règles du travail au sein d'une même « profession ». En matière de dérogeabilité, la branche qui ne dit rien consent.

Concernant les matières pour lesquelles les partenaires sociaux sont autorisés à déroger à la loi, la branche perd aussi son rôle protecteur. La loi du 4 mai 2004 fait « sauter le verrou de la branche »³¹ et « de l'extension dans nombre de cas »³² et autorise ainsi indirectement l'entreprise à déroger à la loi.

Certains domaines restent néanmoins réservés à la branche.

2. Les domaines réservés de la branche

L'article L132-23 du code du travail dispose en son troisième alinéa qu'« en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent code, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels ». La branche conserve donc certains domaines réservés ou « sanctuarisés »³³.

Mais à y regarder de plus près, ces domaines (garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent code : prévoyance et formation professionnelle) sont ceux qui par leur nature même ne peuvent prendre place qu'au niveau de la branche. Le rôle protecteur de la branche comme établissant une norme minimum n'est maintenu qu'en matière de salaires minima³⁴ et de classifications, avec toutes les réserves concernant les distinctions entre salaires minima hiérarchiques et salaires minima effectifs (incluant certaines primes)³⁵.

La branche peut néanmoins écarter le principe de dérogeabilité précédemment évoqué à la condition de stipuler expressément son caractère impératif. On retournerait alors à une articulation proche de celle qui préexistait à la loi de 2004. Les mécanismes de la règle de faveur retrouveraient une certaine vigueur.

Notons toutefois que les partenaires sociaux devront s'entendre sur les domaines d'impérativité de l'accord de branche pour revenir, ne serait ce que partiellement, à la « branche protectrice » d'avant 2004. Un tel accord ne sera pas aisé avec des employeurs qui, forts de leurs nouvelles libertés, disposent enfin d'outils de flexibilité formidables et dont ils auraient tort de se priver.

³¹ cf. M-A. SOURIAC, L'articulation des niveaux de la négociation, Dr. Soc. 2004, p.586

³² cf. M-A. SOURIAC, L'articulation des niveaux de la négociation, Dr. Soc. 2004, p.587

³³ cf. Circulaire DRT n° 09 relative au titre II de la loi 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, Fiche 2, page 2

³⁴ Cette prérogative laissée à la branche s'avère politiquement très commode, le gouvernement comme pour les employeurs peuvent ainsi sans scrupule botter en touche toutes questions relatives aux revalorisation salariales. Suite aux mouvements sociaux du jeudi 10 mars 2005, Jean-Pierre Raffarin souhaite voir revalorisés les salaires du privé. Il en appelle alors aux branches (?) pour qu'elles revoient les minima conventionnels

³⁵ Voir en ce sens M-A. SOURIAC, "L'articulation des niveaux de la négociation", Droit social 2004, p.584

Mais bien qu'affaiblie, la négociation de branche reste indispensable.

B. Un nouveau rôle pour la branche

Des atteintes portées à la branche historique (1), naît de nouveaux équilibres au sein de la négociation collective (2).

1. Les atteintes portées à la branche historique

L'accord de branche, en harmonisant les conditions de travail et d'emploi de la branche, a permis de garantir l'égalité de la concurrence entre les entreprises³⁶. La branche constituait un "plancher sur lequel pouvait s'appuyer la négociation d'entreprise"³⁷.

On peut désormais craindre que la remise en cause du rôle harmonisateur de la négociation de branche n'entraîne une déréglementation de la branche d'activité, laissant libre champ aux mécanismes de régulation chers à certains mouvements patronaux influents³⁸. Cette réarticulation des niveaux de négociation ne permet plus à la branche d'assurer son "rôle régulateur de la négociation d'entreprise"³⁹, ni de garantir les « règles du jeu » pourtant indispensables à l'exercice d'une concurrence saine, y compris dans une conception libérale.

Le glissement déjà évoqué de la négociation de branche vers l'entreprise modifie profondément les rapports de force entre les négociateurs d'un accord collectif. Les rapports employeurs/syndicats sont en effet beaucoup moins équilibrés dans l'entreprise qu'au niveau de la branche⁴⁰. "Au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, la négociation est le plus souvent inégale entre les partenaires sociaux"⁴¹. Et si certains feignent de l'ignorer au motif de l'exigence majoritaire, ce déséquilibre existe et ne doit pas être sous-estimé.

³⁶ « La convention collective est propre à régler, à moraliser la concurrence entre employeurs. Cet avantage me paraît aussi heureux qu'incontestable (...). La concurrence ne peut plus se faire au détriment du travailleur » : A. GROUSSIÉ dans son rapport parlementaire de 1913 sur les conventions collectives ; JO, annexes, n°2334

³⁷ cf. H. TISSANDIER, "L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes", *Droit Social* 1997, p. 1045

³⁸ Pour une étude plus approfondie des mécanismes de régulation voir A. SUPIOT, "Critique du droit du travail", PUF 1994 ; A. SUPIOT, "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", *Droit Social* 1989 p. 195

³⁹ cf. P. RODIERE, "La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social", *SS. Lamy*, n°1148, 15 déc. 2003, spéc. N°21

⁴⁰ Voir sur l'égalité des parties : A. SUPIOT, "Les syndicats et la négociation collective", *DS* 1983 p.63

⁴¹ cf. F. SARAMITO, "Le nouveau visage de la négociation collective", *droit ouvrier*, octobre 2004 n°675

Dans un rapport déséquilibré, on risque de voir apparaître "une négociation en trompe-l'oeil, qui donne seulement une forme conventionnelle à des règles élaborées unilatéralement par l'employeur"⁴². On assisterait alors à un risque d'instrumentalisation de la négociation par l'employeur. L'accord d'entreprise devient un moyen de pression de la partie patronale, nous l'avons notamment vu en matière d'accords sur l'emploi. « La négociation collective a été inventée il y a un siècle environ, pour renforcer la position des salariés, sinon isolés. Elle se présente depuis quelques temps comme un moyen pour les directions d'entreprise, de gérer le personnel, de s'affranchir de toute tutelle de l'Etat et d'imposer aux salariés leurs intérêts, via un interlocuteur syndical. »⁴³.

De nouveaux équilibres apparaissent alors entre acteurs de la négociation collective.

2. Les nouveaux équilibres de la négociation

La loi du 4 mai 2004 accorde une plus grande autonomie aux partenaires sociaux qui disposent désormais d'une plus grande latitude pour déterminer la portée exacte qu'ils entendent conférer aux accords qu'ils négocient.

Les partenaires sociaux se doivent désormais d'être responsables. Les négociateurs devront assumer les conséquences de blocages hypothétiquement préjudiciables à l'entreprise, à la flexibilité, à la rentabilité et donc à l'emploi. Apparaît alors la crainte d'une perte d'autonomie des syndicats qui seraient associés à la prise décision, et du passage d'une négociation sur les conditions de travail à une négociation sur les conditions d'emploi dans l'entreprise. Et l'idée, répandue, que le développement industriel n'est possible qu'au prix d'une réduction des coûts salariaux fait son chemin et s'impose finalement avec l'aval des syndicats.

Dans un premier temps hostiles à l'idée de négocier dans l'entreprise, les employeurs ont peu à peu pris conscience des avantages de la négociation d'entreprise, formidable outil de gestion.

Jusqu'alors, l'initiative de la négociation collective était du fait des salariés. Le droit à la négociation collective appartient aux seuls salariés, et non aux employeurs⁴⁴. Or, désormais, « ce sont les employeurs et non les salariés qui sont demandeurs de négociation »⁴⁵, porteurs de véritables revendications patronales.

⁴² cf. A. SUPIOT, "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", Droit Social 1989 p. 195

⁴³ cf. G. LYON-CAEN, "L'état des sources du droit du travail", DS 2001 p.1031

⁴⁴ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 8 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

⁴⁵ cf. M-A. SOURIAU et G. BORENFREUND, in Mélanges à Jean-Maurice VERDIER, p.219

Ainsi se rapprocherait-on de la pensée de Paul DURAND qui estimait que les rapports collectifs de travail avaient pour objet, plutôt que d'assurer la protection du travail dépendant, de permettre l'organisation des groupes sociaux et de fixer les règles aménageant leurs rapports⁴⁶.

Pour conclure, nous évoquerons le risque tant au niveau de la branche que de l'entreprise d'un immobilisme défensif. Les syndicats préféreront ne pas négocier que déroger à la branche ou la loi. Nous rejoignons alors l'interrogation de Mme SOURIAC et M. BORENFREUND concernant le glissement paradoxal d'un droit des salariés à négocier vers un droit des salariés à ne pas négocier⁴⁷, alors même que l'on cherche à promouvoir le dialogue social.

⁴⁶ cf. Paul DURAND et A VITU, "Traité de droit du travail – tome III", Dalloz 1956, p.13 à 15

⁴⁷ cf. M-A. SOURIAC et G. BORENFREUND, in Mélanges à Jean-Maurice VERDIER, p.181 s.

Bibliographie :

- * Circulaire DRT n°09 relative au titre II de la loi 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social
- * "Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective", 16 juillet 2001, Liaisons Sociales, Conventions et accords, n°174.

- * P BERNOUX, "Sociologie des entreprises", Seuil 1999
- * P. DURAND et A VITU, "Traité de droit du travail – tome III", Dalloz 1956
- * J. LE GOFF, "Droit du travail et société tome 2 Les relations collectives de travail", PUR 2002
- * A. SUPIOT, "Critique du droit du travail", PUF 1994

- * P-H ANTONMATTEI, "La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations", Droit Social 2004, p.601
- * G. BELIER – Le double niveau de négociation dans les lois Auroux : un atout pour la politique contractuelle – Droit social 1983 p.74
- * J. PELISSIER, in Mélanges à Jean-Maurice VERIDER, p.95
- * P. RODIERE – Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle – DS novembre 1982
- * P. RODIERE, "La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social", SS. Lamy, n°1148, 15 déc. 2003, spéc. N°21
- * F. SARAMITO, "Le nouveau visage de la négociation collective", droit ouvrier, octobre 2004 n°675
- * M-A. SOURIAIC et G. BORENFREUND, in Mélanges à Jean-Maurice VERDIER, p.186
- * M-A. SOURIAIC, "Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques", Droit Social 1991 p.491
- * M-A. SOURIAIC, "L'articulation des niveaux de négociation", Droit social 2004 p.579
- * A. SUPIOT, "Les syndicats et la négociation collective", DS 1983 p.63
- * A. SUPIOT, "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", Droit Social 1989 p. 195
- * H. TISSANDIER, "L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes", Droit Social 1997, p. 1045