

Entretien du Conseil d'État – droit social



LA PLACE DES PARTENAIRES SOCIAUX DANS L'ÉLABORATION DES RÉFORMES

Vendredi 5 février 2010

Dossier documentaire
du participant

- Les Entretiens du Conseil d'État – droit social : présentation du cycle et de l'entretien du 5 février 2010
- La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes
- Les débats : acteurs, enjeux et perspectives

Sommaire

1. Les Entretiens du Conseil d'Etat - droit social : présentation du cycle et de l'entretien du 5 février 2010	p. 3
1. Présentation du cycle « Entretiens du Conseil d'Etat – droit social »	p. 3
2. L'entretien du 5 février 2010 : la place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes	p. 3
2. La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes	p. 4
1. Contexte et problématique générale	p. 4
2. Code du travail	p. 4
3. Traité des Communautés européennes	p. 5
4. Eléments de droit comparé	p. 6
3. Les débats : acteurs, enjeux et perspectives	p. 7
Séance d'ouverture	p. 7
Table ronde n° 1 : genèse et objectifs de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (art L.1 du code du travail)	p. 9
1. Problématique générale	p. 9
2. Présentation des intervenants	p. 9
Table ronde n° 2 : la mise en œuvre de l'article L.1 : difficultés et perspectives	p. 11
1. Problématique générale	p. 11
2. Présentation des intervenants	p. 11
Séance de clôture	p. 14
Textes et documents de référence	p. 15
Bibliographie indicative	p. 46

Ce document a été préparé par la section sociale et par la section du rapport et des études du Conseil d'État, avec la participation de Simon Caqué, Mathieu Schimmel et Thibaut Herrero.

1. Les Entretiens du Conseil d'État - droit social

1. Présentation du cycle « Entretiens du Conseil d'État – droit social »

- L'objet de ce cycle est de favoriser les échanges avec les acteurs du monde du travail, les praticiens et les universitaires, en prenant appui sur les travaux menés au sein du Conseil d'État, en particulier ceux de la section sociale. Il doit permettre de mieux évaluer les acquis et les perspectives de la législation et de la réglementation dans les domaines du travail, de la sécurité sociale, de la santé, des solidarités et de la famille.

2. L'entretien du 5 février 2010 : la place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes

- Avec trois ans de recul sur l'application de la loi du 31 janvier 2007, l'objet de l'entretien est de dresser, sous le regard de la doctrine et avec le concours des acteurs directement impliqués dans la négociation préalable à la réforme, un premier bilan de son application.
- Programme :

09:00 - Ouverture

- **Jean-Marc SAUVÉ**, Vice-président du Conseil d'État

09:15 – Genèse et objectifs de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (article L.1. du code du travail)

Modérateur

- **Marie-Ange MOREAU**, Professeur à l'Institut universitaire européen

Intervenants

- **Jean-Emmanuel RAY**, Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et à l'IEP Paris
- **Jean-Denis COMBEXELLE**, Directeur général du travail
- **Dominique DORD**, Député de la Savoie, membre de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale

10:45 – La mise en œuvre de l'article L.1 : difficultés et perspectives

Modérateur

- **Yannick MOREAU**, Présidente de la section sociale du Conseil d'État

Intervenants

- **Maryse DUMAS**, Ancienne secrétaire confédérale de la Confédération générale du travail (CGT)
- **Marcel GRIGNARD**, Secrétaire général adjoint de la Confédération Française Démocratique du Travail (CFDT)
- **Benoît ROGER-VASELIN**, Directeur des ressources humaines du groupe Publicis et membre de la commission « Relations du travail et politiques de l'emploi » du MEDEF
- **Eric AUBRY**, Conseiller social auprès du Premier ministre
- **Pierre-Yves VERKINDT**, Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12:30 - Clôture

- **Alain SUPIOT**, Directeur de l'Institut d'études avancées de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France

2. La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes

1. Contexte et problématique générale

1.1. Contexte

- La loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social fait suite au retrait, fin 2006, du projet de loi relatif au contrat première embauche (CPE). Tirant les enseignements d'une absence de consultation des partenaires sociaux en amont d'une réforme du marché du travail, le Président de la République a souhaité introduire une obligation de saisir les partenaires sociaux en vue de négocier avant toute réforme.
- Au-delà de son origine conjoncturelle, cette loi s'inscrit dans la continuité d'une série de réformes intervenues depuis le début des années 2000 sur la place respective de la loi et de l'accord négocié en droit du travail. La mise en œuvre de la loi du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail a contribué à une réflexion sur ce sujet. La « refondation sociale » proposée par le Medef a notamment inspiré le développement de la négociation collective, le renforcement des moyens du dialogue social et l'instauration d'une dynamique de complémentarité entre le rôle de la loi et celui de la négociation.
- En adoptant cette loi, la France s'est par ailleurs rapprochée de la pratique prévalant déjà dans l'Union européenne depuis les années 1990 et consacrée par le Traité des Communautés Européennes (art 138 et 139), qui prévoit pour la Commission l'obligation de consulter les partenaires sociaux avant d'envisager de légiférer.

1.2. Problématique générale

- Il s'agira de rappeler les objectifs initialement visés, de mesurer, le cas échéant, l'écart entre les objectifs visés et les résultats obtenus, étant rappelé qu'une négociation ouverte peut ne pas déboucher sur un accord sans que cela doive être considéré comme un échec.
- Il s'agira aussi, en faisant appel au témoignage direct des acteurs, de recenser les difficultés d'application de la loi et d'identifier les points qui restent à clarifier ou à améliorer pour atteindre les objectifs initiaux.

2. Code du travail (Chapitre préliminaire : dialogue social)

Article L. 1

Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.

À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation.

Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en oeuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence.

Article L. 2

Le Gouvernement soumet les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés dans le champ défini par l'article L. 1, au vu des résultats de la procédure de concertation et de négociation, selon le cas, à la Commission nationale de la négociation collective, au Comité supérieur de l'emploi ou au Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie, dans les conditions prévues respectivement aux articles L. 2271-1, L. 5112-1 et L. 6123-1.

Article L. 3

Chaque année, les orientations de la politique du Gouvernement dans les domaines des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, ainsi que le calendrier envisagé pour leur mise en oeuvre sont présentés pour l'année à venir devant la Commission nationale de la négociation collective. Les organisations mentionnées à l'article L. 1 présentent, pour leur part, l'état d'avancement des négociations interprofessionnelles en cours ainsi que le calendrier de celles qu'elles entendent mener ou engager dans l'année à venir. Le compte rendu des débats est publié.

Chaque année, le Gouvernement remet au Parlement un rapport faisant état de toutes les procédures de concertation et de consultation mises en oeuvre pendant l'année écoulée en application des articles L. 1 et L. 2, des différents domaines dans lesquels ces procédures sont intervenues et des différentes phases de ces procédures.

3. Traité des Communautés européennes (extraits)

Article 138

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.

À 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.

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.

À l'occasion de cette consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 139. 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 139

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

La mise en oeuvre des accords conclus au niveau communautaire intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit [...], à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission.

4. Éléments de droit comparé

4.1. Pays-Bas : l'importance du Conseil économique et social et de la Fondation du travail

- Le *Social-Economische Raad* (Conseil économique et social) est un organisme de consultation et de concertation réunissant entreprises, salariés et experts indépendants. Il contribue à un consensus social à propos de questions touchant au domaine économique et social, tant sur le plan national qu'international.
- La *Stichting van de arbeid* (Fondation du travail) est une institution de droit privé qui constitue le cadre de concertation à l'échelon national de trois organisations patronales et de trois confédérations syndicales aux Pays-Bas. Cette fondation créée le 17 mai 1945, est le lieu de pourparlers sur des thèmes actuels concernant les questions de travail et les relations employeurs et travailleurs.

4.2. Grande-Bretagne et Etats-Unis : peu de place pour la négociation collective

- En Grande-Bretagne, le *Trade Union Congress* ne négocie jamais d'accord avec son équivalent patronal, la *Confederation of British Industry*. L'élaboration des projets de loi ne donne lieu qu'à une simple consultation des partenaires sociaux.
- Il n'y a pas aux Etats-Unis de procédure formalisée de négociations entre les partenaires sociaux. Certains projets de lois sont préparés par des commissions qui peuvent consulter des experts parmi lesquels figurent des syndicalistes ou des représentants des employeurs.

4.3. Allemagne : une grande autonomie pour les partenaires sociaux

- La Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) dispose en son article 9-3 que « le droit de fonder des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques est garanti à tous et dans toutes les professions ». Cette disposition interprétée par le Tribunal constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*) et complétée par une loi sur les accords collectifs adoptée en 1949, garantit aux partenaires sociaux une autonomie pour déterminer les règles relatives aux conditions de travail et aux rémunérations. Les partenaires sociaux ont également la possibilité de saisir le juge constitutionnel s'ils estiment que le législateur empiète sur leur domaine de compétence. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle apprécie si les circonstances justifient une intervention du Parlement.
- En pratique, les interventions législatives ont cependant été fréquentes. Il existe en effet des lois fédérales sur les congés payés (*Bundesurlaubsgesetz* de 1963), la promotion et la protection de l'emploi, la protection contre le licenciement, le transfert des salariés en cas de changement d'employeur, etc. Malgré plusieurs tentatives, l'instauration d'un salaire minimum n'a pas été possible, sans doute en raison de la crainte excessive des syndicats d'un empiètement sur leurs prérogatives en matière d'accords de salaire (*Tarifverträge*).

Ouverture

Jean-Marc SAUVÉ



Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques (IEP) et ancien élève de l'ENA, Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne.

Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995.

Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État.

Table ronde N°1 – Genèse et objectifs de l'article L.1 du code du travail

1. Problématique générale

Cadrage thématique

- L'objet de cette table ronde est de mesurer si les objectifs visés par les promoteurs de la réforme en 2007 sont de leur point de vue atteints et dans quelle mesure. Il s'agira dès lors d'analyser, d'une part, le contexte et les conditions dans lesquelles la loi a été élaborée et adoptée et, d'autre part, de s'interroger sur ses impacts sur la négociation collective.

Questions abordées

- On s'interrogera en particulier sur les impacts de la loi de 2007 dans trois domaines essentiels :
 - qui détermine l'agenda social et qui est le « maître des horloges » ? L'État n'est-il pas en train de se réapproprier la maîtrise de l'agenda social sous couvert de l'art L.1 ? Que reste-t-il de l'autonomie des partenaires sociaux ?
 - qu'est-ce qui se négocie et ne se négocie pas ?
 - la place respective de la convention et de la loi en droit du travail, sachant que la marge de manœuvre est limitée au regard de la constitution.

2. Présentation des intervenants

Présidence :

Marie-Ange MOREAU



Professeure à l'Institut universitaire européen de Florence

Marie-Ange Moreau est depuis 2003 Professeure à l'Institut Universitaire européen de Florence, titulaire de la Chaire de droit social international et européen. Professeure agrégée depuis 1987, elle a été successivement Professeure à Rouen, Paris XI-Dauphine et Aix- Marseille III, université dont elle est détachée jusqu'en 2011. Elle est membre du CRIMT (Centre de recherches interuniversitaires sur la mondialisation et le travail, basé à Montréal) et a orienté ses recherches en droit social comparé, européen et international autour des transformations des droits du travail en raison de la mondialisation. Elle est l'auteur de *Normes sociales, droit du travail et mondialisation* (Dalloz) 2006, a dirigé les publications, en collaboration avec F. Francioni, sur *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale* (PUAM, 2007), avec E. Blas Lopez *Restructuring in the New member states* (Peterlang, 2008), et avec S. Negrelli et P.H. Pochet *Building Anticipation of Restructuring in Europe*. Elle collabore régulièrement avec nombre de revues et en particulier : *Droit social, la Revue internationale de droit économique, Relations industrielles*.

Intervenants :

Jean-Emmanuel RAY**Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne**

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris en 1974, il poursuit à l'Université Paris I des études de droit privé (DEA Droit Social) et de sciences politiques (DESS Information et Communication).

Docteur en droit (1983) puis agrégé de droit privé et sciences criminelles (1984), il enseigne à l'université d'Angers de 1985 à 1990. Depuis 1991, il est professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne où il dirige le Master II " Développement des ressources humaines", en apprentissage depuis l'année 2009. Il est par ailleurs professeur de Droit du travail pour les élèves de licence, et les Masters 2 professionnel et recherche - Juristes de droit social.

Il enseigne également à l'Institut d'études politiques de Paris et à Mines ParisTech, et assure la chronique "Droit du travail et TIC" pour la revue *Droit social*.

Jean-Denis COMBEXELLE**Directeur général du travail**

Jean-Denis Combrexelle a commencé sa carrière au ministère de l'Industrie avant de devenir conseiller au tribunal administratif de Lyon (1982 à 1989).

Nommé maître des requêtes au Conseil d'Etat en 1994, il est Commissaire du gouvernement devant les formations contentieuses de 1995 à 1999.

Rapporteur général de la Commission pour les simplifications administratives au Secrétariat Général du Gouvernement (1999 à 2000) et directeur adjoint des affaires civiles et du Sceau au ministère de la Justice en 2000 et 2001, Jean-Denis Combrexelle est nommé directeur des relations du Travail en 2001.

Il est directeur général du travail depuis août 2006.

Dominique DORD**Député de la Savoie**

Dominique Dord est député de la 1ère circonscription de la Savoie depuis le 1er juin 1997, réélu le 16 juin 2002 et le 10 juin 2007. Il est membre, à l'Assemblée nationale, de la commission des affaires sociales.

Il est également maire d'Aix les Bains depuis le 24 mars 2001, réélu le 15 mars 2008 suite aux élections du 9 mars.

Dominique Dord est actuellement président du comité de surveillance du fonds de solidarité vieillesse et membre titulaire du conseil de surveillance de l'agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS).

Table ronde N°2 – La mise en œuvre de l'article L.1 : difficultés et perspectives

1. Problématique générale

Cadrage thématique

Cette seconde table ronde se focalise sur l'expérience des acteurs, sur l'atteinte des objectifs rappelés dans la première table ronde du point de vue des partenaires sociaux, sur les difficultés d'application rencontrées et sur les développements à attendre pour clarifier les points qui demeurent aujourd'hui obscurs.

Questions abordées

- Les questions susceptibles d'être abordées par cette table ronde sont les suivantes :

 1. le document d'orientation remis par l'État : la teneur du document et la plus ou moins grande explicitation des réformes envisagées (diagnostic ; objectifs poursuivis ; principales options) ;
 2. le délai laissé aux partenaires sociaux pour exprimer leur intention d'engager des négociations puis pour négocier ;
 3. la forme que doit prendre la manifestation de l'intention de négocier ;
 4. la « pause législative » pendant le temps de la négociation ;
 5. la règle du jeu que suit le gouvernement par rapport au résultat de la négociation (reprise intégrale/faculté de modification). Une loi qui intervient à l'issue d'une négociation a-t-elle le même contenu qu'une loi directement votée par le Parlement ?
 6. On peut aussi se demander si la négociation préalable avant les réformes a ou non changé la pratique des différents acteurs (Syndicats de salariés, d'employeurs et Etat) en matière de négociation, de décision et de conduite des réformes ? Le jeu d'acteurs s'est-il simplifié ou modifié à la faveur d'une relation Etat/partenaires sociaux mieux structurée et dans quelles directions ? La gouvernance en sort-elle améliorée ?

2. Présentation des intervenants

Présidence :

Yannick MOREAU

Présidente de la section sociale du Conseil d'Etat



Yannick Moreau a été nommée présidente de la section sociale du Conseil d'État en 2006. Diplômée de l'École des Hautes études commerciales, docteur en droit et ancienne élève de l'ENA, elle a rejoint le Conseil d'État en 1971 en qualité d'auditeur pour exercer notamment des responsabilités à la section du contentieux.

Yannick Moreau a également exercé à l'extérieur du Conseil d'État les fonctions de conseiller technique à la présidence de la République (1981-1984), de directeur de cabinet du ministre de l'éducation nationale (1984-1986), de directrice générale adjointe de la SNCF (1992-1995), de présidente de l'Institut de veille sanitaire (1999-2002) ou encore de présidente du Conseil d'orientation des retraites (2000-2006).

Intervenants :

Maryse DUMAS**Ancienne secrétaire confédérale de la CGT**

Maryse Dumas a été secrétaire confédérale de la CGT de 1995 à décembre 2009. A ce titre, elle conduisait la représentation CGT dans la Commission nationale de la négociation collective et participait à toutes les discussions essentielles avec le ministre du Travail, le Medef et les autres organisations syndicales.

Agée de 56 ans, postière, Maryse Dumas a exercé les fonctions de secrétaire générale de la fédération CGT des PTT de 1988 à 1997.

Elle a participé à toutes les concertations sur l'élaboration et la mise en œuvre de la loi de janvier 2007 sur le dialogue social.

Elle est membre du comité de coordination de la négociation collective de la CES.

Marcel GRIGNARD**Secrétaire général adjoint de la CFDT**

Marcel Grignard est, depuis juin 2006, responsable de la coordination de la politique d'action revendicative et du dialogue social, de la politique européenne, de la politique du développement durable, des politiques industrielles, de la recherche, et en matière de RSE, de la politique en direction des IRP. Il a été, de 1973 à 1993, salarié dans un grand groupe industriel de la métallurgie et a exercé également des mandats de représentant des salariés, des responsabilités syndicales locales et nationales.

Marcel Grignard a exercé des responsabilités au sein de la Fédération de la Métallurgie dont il a été Secrétaire général de 2000 à 2005. Il a auparavant été de 1993 à 2000 Secrétaire national de la FGMM-CFDT (Fédération générale des Mines et de la Métallurgie). Il a occupé, de 1993 à 2005, diverses responsabilités dans les institutions européennes (Comité consultatif CECA, FEM...).

Marcel Grignard a été le rapporteur de la résolution « Engagé dans un monde en mutations » au congrès confédéral de Grenoble en juin 2006.

Il a également co-écrit le rapport « Le syndicalisme face à un tournant, oser le changement ».

Benoît ROGER-VASSELIN**Directeur des ressources humaines du groupe Publicis et membre de la commission relations du travail et politiques de l'emploi du MEDEF**

Benoît Roger-Vasselín a fait l'essentiel de sa carrière dans les ressources humaines. Il a notamment été adjoint au directeur des ressources humaines du Groupe France Câbles et Radio (télécommunications internationales) de 1982 à 1985 et directeur des ressources humaines puis directeur général adjoint de Jean Patou (parfums et haute couture) entre 1985 et 1996.

Depuis 1996, il a été membre puis président de la commission sociale de l'Association des agences-conseils en communication (A.A.C.C.) et membre de la commission des relations du travail du MEDEF et de la commission sociale du GPS (groupement des professions de services).

Eric AUBRY**Conseiller social du Premier ministre**

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris (1977), licencié en droit et en histoire et ancien élève de l'Ecole nationale d'administration, Éric Aubry a commencé sa carrière en tant qu'administrateur civil au ministère du Travail et des Affaires sociales (1982 à 1987).

Il a notamment été conseiller chargé du travail et des relations sociales au cabinet du Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, François Fillon (2002 à 2004), directeur du Cabinet du Ministre délégué aux relations du travail, Gérard Larcher (2004 à 2005) et Inspecteur général des affaires sociales et Secrétaire général du Conseil d'orientation pour l'emploi présidé par Raymond Soubie (2005 à 2007).

Il est l'auteur de nombreux articles dans la revue *Droit social*.

Pierre-Yves VERKINDT**Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne**

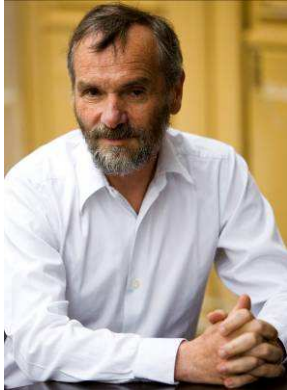
Docteur d'État en droit (1988), Pierre-Yves Verkindt est agrégé des Facultés de droit depuis 1989.

Avocat au Barreau de Lille de 1977 à 1983 puis Professeur à la faculté de droit de l'université de Lille 2 de 1989 à 2009, il est depuis septembre 2009 Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Il est également Membre du Conseil scientifique et pédagogique de l'Institut national du travail et de la formation professionnelle.

Séance de clôture

Alain SUPIOT



Directeur de l'Institut d'études avancées de Nantes

Alain Supiot est docteur d'État en droit (université de Bordeaux, 1979), agrégé des facultés de droit (1980), membre depuis 2001 de l'Institut Universitaire de France (chaire *Dogmatique juridique et lien social*), docteur *honoris causa* de l'Université de Louvain. Alain Supiot a été successivement Professeur à l'Université de Poitiers puis de Nantes (UMR-CNRS 6028) ainsi que chercheur invité dans diverses institutions étrangères (Berkeley, Florence, Berlin). De 1998 à 2001, il a présidé le Conseil National du développement des sciences humaines et sociales et il est, depuis 2008, membre du conseil scientifique de la Ville de Paris. Ses travaux portent sur le droit du travail et de la sécurité sociale et sur l'analyse des fondements dogmatiques du lien social (dernier livre paru : *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005).

(bibliographie et informations complémentaires sur le site de l'IEA de Nantes : http://www.iea-nantes.fr/fr/informations-pratiques/annuaire/bdd/personne_id/36)

Textes et documents de référence

1) Rapport de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de modernisation du dialogue social (extrait)

II.- L'HUMILITÉ D'UNE GRANDE AMBITION : CHANGER LES PRATIQUES

« (...) Pour une réforme d'une telle importance, tout ne peut résulter du texte législatif. C'est l'usage et la pratique qui donneront chair et consistance à la réforme ». Ces quelques mots prononcés devant la Commission nationale de la négociation collective par M. Gérard Larcher, ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes, le lundi 6 novembre 2006, à l'occasion de l'examen de l'avant-projet de loi, résumant l'ambition de ce texte : changer les pratiques, créer un état d'esprit et des habitudes, une culture. Un examen de la situation du dialogue social en France aujourd'hui montre que la France n'est pas condamnée par avance à l'échec en cette matière. Dans le même temps, force est de reconnaître, à la lumière des exemples étrangers, qu'il existe un réel retard français.

A. LE DIALOGUE SOCIAL EN FRANCE AUJOURD'HUI

Qu'est-ce que le dialogue social ? Il semble bien que poser cette question de manière frontale ne soit, paradoxalement, pas le meilleur moyen d'y répondre. Comme le montrent les développements qui précèdent, il est essentiel par-dessus tout de vivre ce qui doit être une réalité.

1. Le dialogue social, pratique plus que notion juridique

Comme l'a bien mis en évidence le Président de la République dans son discours devant le Conseil économique et social le mardi 10 octobre 2006, ce qui est en cause, c'est véritablement une logique, une culture : comment passer du conflit au compromis ?

Naturellement, il est toujours possible de partir à la recherche de la définition du dialogue social. La référence au dictionnaire *Robert* permet de se rappeler que la notion de dialogue renvoie non seulement à l'entretien entre deux personnes, donc à une réalité « formelle », mais aussi à l'ensemble des paroles que peuvent échanger les personnages d'un récit, soit une réalité « matérielle ».

Toutefois, il est vrai que le droit du travail français n'a pas consacré la notion de « dialogue social », sinon dans l'intitulé de la loi du 4 mai 2004 relative à

la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

Cette loi affichait la volonté de promouvoir le dialogue social. Elle a fait d'une certaine manière la démonstration que le dialogue social est une réalité des faits plus que des déclarations : on a rappelé le succès avec lequel cette loi a procédé à la transposition de l'accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle. Dans le même temps, l'exposé des motifs du projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale – qui, il est vrai, ne peut être considéré comme contenant des dispositions de nature normative, contrairement à la loi – marquait la volonté du gouvernement de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle les réformes de nature législative relatives au droit du travail, à un moment où les partenaires sociaux étaient notamment invités à négocier sur les règles applicables aux licenciements collectifs. Or, ainsi que le constate M. Dominique-Jean Chertier dans son rapport⁽⁵⁾, cet engagement « n'a pas depuis formellement donné lieu à une mise en œuvre concrète ».

Changer les habitudes par des procédures inscrites dans le droit positif plus que par des intentions, aussi louables soient-elles, telle est bien l'une des intentions fondamentales du présent projet de loi.

Pour l'ensemble de ces raisons, il serait vain de vouloir identifier le dialogue social, en France comme à l'étranger, autrement que par des pratiques.

C'est ainsi que l'on peut, à la suite de la distinction proposée par M. Dominique-Jean Chertier dans son rapport, identifier en définitive quatre « formes » du dialogue social en France :

« – les partenaires sociaux peuvent être simplement informés des orientations et décisions gouvernementales ;

– la décision peut faire l'objet d'une consultation des partenaires sociaux, qui peuvent faire état de leurs positions. Cette prise de position peut être officieuse ou officielle si la consultation s'inscrit dans le cadre

d'instances auxquelles appartiennent les partenaires sociaux ;

– la concertation avec les partenaires sociaux suppose quant à elle un processus interactif permettant la prise en compte, le cas échéant par modification du projet, des positions des partenaires sociaux, exprimées là encore officieusement ou officiellement ;

– enfin, la décision peut directement résulter d'une intervention des partenaires sociaux par la voie de la négociation. Cette négociation peut être tripartite et faire l'objet d'un accord entre gouvernement, organisations syndicales et patronales, ou bipartite entre les seuls partenaires sociaux ».

M. Dominique-Jean Chertier montre combien finalement le système français souffre de l'absence de cadre formel à un dialogue qui pourtant ne demanderait qu'à se déployer. Cela est indéniable et le rapporteur ne reviendra pas sur les développements de ce rapport fort pertinents à cet égard. Dans le même temps, il serait injuste de sous-estimer les capacités de la France à changer ses habitudes.

2. Ne pas sous-estimer la capacité institutionnelle de la France à prendre en compte le dialogue social

a) Un dialogue social réel dans les entreprises

On a vu plus haut le dynamisme de la négociation collective, en particulier interprofessionnelle. Par ailleurs, une récente étude de la direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques du ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement ⁽⁶⁾ a montré combien la négociation s'est fortement développée dans les entreprises au cours de la dernière décennie, même si les auteurs constatent aussi que les salariés ont tendance à rester éloignés du dialogue social institutionnel. Cette question ne concerne pas directement l'objet du présent texte, mais elle atteste tout de même d'un état d'esprit bien réel.

b) Une conflictualité en diminution dans les entreprises

Le dernier bilan de la négociation collective, pour l'année 2005, a montré qu'en 2005, si le nombre de conflits localisés est en hausse, le taux de participation des salariés aux conflits baisse de manière importante par rapport à 2004. Ce taux est en effet de 25 % en 2005, alors qu'il atteignait 32 % en 2004. Le rapport note qu'« en 2005, le nombre de grévistes augmente peu tandis que les effectifs des établissements concernés sont plus importants qu'en 2004. Par ailleurs, les grèves ont moins souvent pour origine des revendications liées à l'emploi. Or, la participation des salariés à un conflit est la plus forte lorsque l'emploi est en jeu ».

Il est vrai cependant que le phénomène de la conflictualité en France doit, en tout état de cause, être analysé avec grande précaution, comme le montre un ouvrage collectif récent consacré aux « *tendances et perspectives de la conflictualité contemporaine* », qui rappelle notamment la forte variabilité de la conflictualité en fonction des caractéristiques des entreprises, des secteurs d'activité ou encore de la structure de la main d'œuvre ⁽⁷⁾.

c) L'existence d'instances de consultation en matière de droit du travail

Plus encore, par-delà les évolutions conjoncturelles, il existe d'ores et déjà en France un certain nombre d'instances, qui sont le lieu du développement d'une certaine forme de dialogue social, et ce tout particulièrement en matière de droit du travail. Trois exemples peuvent l'illustrer.

– La *Commission nationale de la négociation collective* (CNNC) a été créée par la loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, autrement dit la troisième « loi Auroux ». C'est une institution tripartite réunissant les représentants des pouvoirs publics, des confédérations syndicales d'employeurs et des confédérations syndicales de salariés. Elle est présidée par le ministre en charge du travail ⁽⁸⁾.

Certaines de ses attributions sont déléguées à deux sous-commissions : d'une part, la sous-commission des conventions et accords, dont la vocation est principalement juridique dans la mesure où elle assure l'examen des textes conventionnels en vue de leur extension, ainsi que l'examen des projets de lois et décrets ; d'autre part, la sous-commission des salaires, principalement chargée du suivi de l'évolution des salaires.

La CNNC est traditionnellement réunie à la fin du mois de juin, avant le moment de la revalorisation du SMIC. Mais des réunions spécifiques se tiennent également, en formation plénière ou en sous-commissions, sur certains sujets de consultation, en particulier sur les projets de textes législatifs et réglementaires. Toutefois, il est vrai qu'aujourd'hui l'ensemble de ces textes relatifs au droit du travail n'est pas systématiquement soumis à la CNNC.

Il reste que le nombre de consultations des partenaires sociaux a évolué de façon significative ces dernières années : en 2005, 36 réunions ont eu lieu, contre 27 en 2004, 24 en 2003 et 27 en 2002.

En 2005, la CNNC a été réunie à deux reprises, lors de sa consultation traditionnelle précédant la revalorisation du SMIC, le 27 juin 2005, et à l'occasion de l'examen du projet de loi pour l'égalité des chances, le 12 décembre 2005. Par ailleurs, la

sous-commission des conventions et accords a examiné le projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes le 4 mars 2005 et le projet de loi pour le développement des services à la personne le 9 mai 2005.

Le rapport annuel de la négociation collective, qui retrace brièvement la teneur des échanges auxquels ont donné lieu ces réunions, fait état de certaines des observations des partenaires sociaux à cette occasion, mais de manière très synthétique il est vrai.

— *Le Comité supérieur de l'emploi* comprend des représentants des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs, deux membres du conseil d'administration de l'Unédic ainsi que des représentants des départements ministériels intéressés à l'emploi. Ses membres sont consultés sur la mise en œuvre de la politique en faveur de l'emploi. Ils émettent, en particulier, un avis sur les demandes d'agrément des accords conclus par les partenaires sociaux gestionnaires du régime d'assurance chômage et sur les demandes de conventions visant à la mise en œuvre des mesures d'accompagnement de restructurations financées par l'État. On peut toutefois regretter que ces avis ne soient pas obligatoirement requis.

— *Le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie* (CNFPTLV) a été créé par l'article 27 de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. Cette institution récente se substitue à trois instances préexistantes : le conseil national de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi ; le comité de coordination des programmes régionaux d'apprentissage et de formation professionnelle continue ; la commission des comptes de la formation professionnelle.

Son statut a été précisé par le décret du 15 octobre 2004 relatif au financement de la formation professionnelle continue et à la gestion des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), ainsi que par les décrets du 24 février 2005 et du 17 mai 2005 relatifs au Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie, s'agissant de sa composition, son organisation et son fonctionnement.

Le Conseil est composé de personnalités qualifiées, de représentants des administrations et du Parlement, d'élus représentant les conseils régionaux et la collectivité territoriale de Corse, de représentants des organisations syndicales de salariés et d'employeurs ainsi que de représentants

des organismes consulaires et des organismes intéressés à la formation professionnelle.

Il peut se réunir en assemblée plénière, au moins trois fois par an, à l'initiative du Président ou à la demande de la majorité de ses membres. L'assemblée plénière valide le rapport annuel sur les comptes de la formation professionnelle et le rapport d'évaluation. Elle débat sur les sujets qui lui sont soumis ou dont le conseil s'est saisi et donne un avis sur les textes législatifs et réglementaires. Le conseil comprend aussi trois commissions statutaires (deux commissions sont chargées respectivement des comptes et de l'évaluation et une commission spécialisée prend en charge la formation professionnelle continue des salariés). Enfin, un bureau prépare les travaux du Conseil national et contribue à la définition du calendrier de travail.

Le CNFPTLV assure les missions suivantes : favoriser, au plan national, la concertation entre les acteurs pour la conception des politiques de formation professionnelle et le suivi de leur mise en œuvre, en liaison avec les Comités de coordination régionaux pour l'emploi et la formation professionnelle (CCREFP), instances régionales tripartites de concertation créées par la loi de modernisation sociale en 2002 ; donner son avis sur la législation et la réglementation applicables en matière de formation professionnelle et d'apprentissage tout au long de la vie ; évaluer les politiques régionales d'apprentissage et de formation professionnelle continue, en liaison avec les travaux conduits par les CCREFP et transmettre tous les trois ans un rapport d'évaluation au Parlement ; établir à destination du Parlement un rapport annuel sur l'utilisation des ressources financières affectées à la formation professionnelle tout au long de la vie et à l'apprentissage et assurer un contrôle régulier de l'emploi de ces fonds.

Le conseil a été installé par M. Gérard Larcher, ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes, le 14 avril 2005. C'est donc une institution encore récente dont l'activité ne saurait déjà faire l'objet d'un véritable bilan, même si sa création contribue indéniablement au développement du dialogue social.

Au total, ces exemples attestent l'existence de pratiques institutionnelles en faveur du dialogue social en France et montrent la réceptivité du système de relations sociales français à ces enjeux. Mais les comparaisons internationales sont la preuve qu'il est impossible de se contenter de ces éléments encore insuffisants.

2) Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, CESARO Jean-François, La Semaine Juridique – Social, n°8, 2007, p. 9-17

La loi du 31 janvier 2007 introduit dans le Code du travail un titre préliminaire prévoyant que toute réforme gouvernementale en droit social doit être précédée d'une triple procédure d'information, de consultation et de concertation. L'affirmation est politiquement d'une importance majeure ; la réalisation est juridiquement porteuse de nombreuses incertitudes.

1. - Voeux. - Dialoguer avant de légiférer, un tel vœu ne choquera personne car tous l'ont formulé, sans que la pratique ait été toujours à la hauteur des déclarations d'intention. Qu'un Gouvernement prenne le 4 mai 2004 « l'engagement solennel », inscrit au frontispice d'une loi, « *de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail* », ne devait pas l'empêcher, quelques mois plus tard, de procéder par voie d'ordonnance à de multiples réformes. Certes le caractère estival de certaines d'entre elles et la probable indisponibilité en une telle période des partenaires sociaux pouvait peut-être expliquer pareille méthode. Le succès relatif de l'une d'elles, du moins auprès « des jeunes », devait toutefois conduire le Gouvernement, tout aussi solennellement, à engager une nouvelle réflexion sur le dialogue social.

Ce fut pour lui l'occasion de constater que certains sentiments ne sont pas partagés. Le 18 décembre dernier, M. Larcher déclarait devant le Sénat : « alors que les pouvoirs publics ont le sentiment de procéder par le biais de la concertation ou de la consultation sur les textes sociaux, les partenaires sociaux avaient inversement le sentiment d'être écartés de l'élaboration des textes essentiels qui régissent notamment les relations du travail ».

Mission fut confiée par le Premier ministre à M. Chertier de « faire des propositions sur les moyens d'améliorer le dialogue entre le Gouvernement et les partenaires sociaux, voire la société civile, afin de disposer d'un espace d'échange et d'information, dans les temps compatibles avec ceux de l'action politique »^{Note 1}.

2. - Propositions de M. Chertier. - Les conclusions de ce rapport^{Note 2}, rendu le 31 mars 2006, s'organisent pour l'essentiel autour de quatre propositions : « l'agenda partagé », « le temps réservé », « le vote bloqué » et « des lieux de dialogue restructurés ».

- **Partager la réforme** en obligeant le Gouvernement, d'une part, à préparer un programme pluriannuel d'action et, d'autre part, à le présenter, idéalement en début de législature. L'agenda des actions gouvernementales n'aurait pas vocation à être figé. Un réexamen annuel devrait s'imposer pour « tenir compte des sujets déjà traités, ajuster le cas échéant des éléments de calendrier et ajouter de nouveaux thèmes à l'agenda »^{Note 3}. Il devrait enfin pouvoir être ponctuellement – mais avec parcimonie – adapté en cours d'année pour répondre rapidement à « des problèmes nouvellement identifiés ou à des exigences politiques particulières »^{Note 4}. L'agenda partagé n'est pas, non plus, un agenda simplement annoncé : la fixation du programme, comme ses modifications ne seraient pas fixées unilatéralement par le Gouvernement mais devraient faire l'objet d'un travail préalable de concertation.

- L'instauration d'un « **temps réservé** », seconde grande proposition du rapport, consisterait à imposer le respect d'un délai minimal (environ trois mois) entre l'annonce d'un projet et son adoption en Conseil des ministres. S'ouvrirait alors une période de dialogue, propice au « refroidissement » du débat et permettant aux partenaires sociaux, le cas échéant, d'engager une négociation.

- **Le vote bloqué** serait selon le rapport Chertier une condition de l'effectivité de la négociation collective. Pour éviter des stratégies consistant à ne pas négocier de bonne foi en espérant obtenir directement satisfaction du législateur, l'accord conclu ne devrait pas pouvoir être modifié. Le Gouvernement puis le Parlement ne pourraient que l'adopter ou le rejeter.

- Enfin, le rapport se propose de **restructurer les lieux du dialogue social** : réformer le Conseil économique et social, réduire drastiquement le nombre des instances et modifier les pratiques administratives mises en oeuvre pour l'élaboration des textes.

3. - Faisant écho à ces propositions et annonçant le projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 22 novembre 2006 par M. Jean-Louis Borloo, le président de la République devait déclarer devant le Conseil économique et social que désormais, « il ne sera plus possible de modifier le Code du travail sans que les partenaires sociaux aient été mis en mesure de négocier sur le contenu de la

réforme engagée et aucun projet de loi ne sera présenté au Parlement sans que les partenaires sociaux soient consultés sur son contenu »^{Note 5}.

4. - Le règne de la loi négociée arrive-t-il enfin ? Nombreux sont ceux qui, contemplant l'obésité, la complexité et l'insécurité^{Note 6} de notre droit social, pourraient le souhaiter. Les partenaires sociaux, cela ne surprendra pas, n'y sont pas hostiles. Et les propositions formulées dans leur position commune du 16 juillet 2001^{Note 7} préfiguraient à bien des égards le rapport Chertier et la loi de modernisation du dialogue social. « Il conviendrait », déclaraient les partenaires sociaux, « de prévoir que :

- les interlocuteurs sociaux puissent au niveau national interprofessionnel, prendre, s'ils le souhaitent, le relais d'une initiative des pouvoirs publics dans leur champ de compétence ;

- les accords auxquels ils parviendraient dans une telle hypothèse, ou encore à leur propre initiative dans un domaine qui requiert des modifications législatives, puissent entrer en vigueur dans le respect de leur équilibre ».

Il faudrait encore, pour ces mêmes partenaires sociaux, que soit reconnu un domaine de compétence réservé à la négociation collective couvrant « l'amélioration des dispositions d'ordre public social et la création de droits nouveaux » d'où seraient exclus, d'une part, le pouvoir réglementaire, d'autre part, le pouvoir législatif.

5. - Il n'est pas sûr pourtant que la loi de modernisation du dialogue social enfin adoptée satisfasse ces attentes. Les rapporteurs l'ont dit : ils ont pris certaines distances avec le rapport Chertier^{Note 8}. Et ce rapport, dans un légitime souci de pragmatisme (éviter de tout demander car c'est, en matière politique, un bon moyen de ne rien obtenir), n'entendait pas réformer l'ensemble du dialogue social, notamment – mais c'est essentiel – la question brûlante de la représentativité.

En réponse à ces aspirations, la **loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007** de modernisation du dialogue social insère dans le Code du travail un titre préliminaire consacré au « *dialogue social* ». Le dialogue vient donc en premier. L'argument *a rubrica* suggère que la réforme est d'importance^{Note 9}. La réforme du Code du travail doit désormais débiter par le dialogue et se décliner en procédures de « *concertation* », « *d'information* » et « *de consultation* ».

De ces trois dérivées, la première est assurément la plus remarquable car s'y esquisse la possibilité, pour les partenaires sociaux, de participer à l'élaboration de la loi. Les deux autres procédures,

sans être mineures, sont d'une moindre importance car il s'agit d'imposer des dialogues qui auront vocation à encadrer la production, par le Gouvernement, des normes en droit social. Les trois processus se réduisent à deux formes de dialogue : la concertation permet de produire des lois (1), l'information et la consultation ont davantage vocation à encadrer cette production (2).

1. Le dialogue « légiférant »

6. - Désormais l'adoption des réformes en droit du travail doit être précédée d'une « procédure de concertation ». L'expression, nouvelle dans notre Code du travail^{Note 10}, désigne une pratique qui l'est moins. Il suffit à cet égard de songer aux multiples dispositions qui puisent leur source dans une négociation antérieure^{Note 11} ou, encore, au processus qui permet, en droit communautaire, aux partenaires sociaux de s'emparer de questions de politique sociale pour conclure un accord collectif de niveau communautaire^{Note 12}. Encore faut-il déterminer, avant de se féliciter d'une quelconque consécration de ces précédents, d'une part les contours (A) et d'autre part le contenu (B) de cette procédure.

A. - Le périmètre de l'obligation de concertation

7. - **La réforme.** - Selon l'article L. 101-1, alinéa premier, du Code du travail « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation* ». Le dernier alinéa du texte précise que « *le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence* ». La conjugaison de ces dispositions fait apparaître une triple délimitation du domaine d'application du texte en fonction de la norme concernée (1°), du thème traité (2°) et, enfin, de l'urgence affirmée (3°).

1° Les normes concernées

8. - **Décrets.** - La concertation est un préalable à « *tout projet de réforme* ». La formule qui vise les projets de loi et les ordonnances^{Note 13} peut-elle s'étendre aux projets de décrets ? Le texte ne distinguant pas entre loi et règlement, une réponse positive devrait s'imposer. Il serait regrettable, compte tenu de l'importance du pouvoir réglementaire en droit du travail, que les partenaires sociaux ne puissent discuter d'une question entrant dans le champ de l'article 37 de

la Constitution. La pratique montre qu'il est possible de faire succéder un décret à un accord collectif. Il suffit, pour s'en convaincre de renvoyer par exemple au décret sur le « *CDD senior* »^{Note 14} qui donne effet à l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à « *l'emploi des seniors* »^{Note 15}. Une telle position semble conforme à la définition retenue, lors des travaux préparatoires, du terme « réforme ». Selon le rapporteur au Sénat « il semble que l'interprétation la plus extensive de cette notion », seule conforme avec les intentions exprimées par le président de la République^{Note 16}, « doit être retenue »^{Note 17}. Dès lors, toute modification du Code du travail, « même anodine » constitue « une réforme »^{Note 18}.

9. - Exclusion de certaines directives. - La notion de réforme, si elle doit être largement entendue peut cependant servir de critère d'exclusion. Elle permet, selon le rapporteur au Sénat, d'exclure l'obligation de concertation s'agissant de certaines directives. La distinction proposée est la suivante : « si la directive laisse aux États un large pouvoir d'appréciation du contenu de la transposition, il paraît raisonnable de considérer la loi de transposition comme une « réforme » et d'engager la concertation ; en revanche, si la directive enserme les autorités nationales dans un cadre très strictement défini, qui prive la concertation de toute raison d'être, la loi de transposition ne saurait être considérée comme une réforme, mais plutôt comme une simple mesure d'adaptation du droit national aux dispositions communautaires »^{Note 19}.

Pareille distinction, un peu trop subtile, ne convainc pas vraiment. Si toute modification, même anodine, appelle une concertation, il sera difficile d'y soustraire la transposition des directives communautaires, même celles ne laissant pratiquement aucune marge de manoeuvre. Une continuité logique se trouverait ainsi assurée entre le modèle communautaire qui, par les articles 138 et 139 du traité de Rome, permet le dialogue social lors de l'élaboration de la norme communautaire et l'échelon national qui, par le même vecteur, en assure la réalisation dans l'ordre interne. La concertation pourra cependant avoir la vertu de rappeler aux partenaires sociaux l'origine de la disposition, leur permettant le cas échéant de tourner leurs critiques vers ses auteurs véritables. En pratique cependant, il n'est pas certain que les syndicats, s'ils sont correctement informés, soient désireux d'engager une négociation sur un sujet où il n'y a rien à discuter.

10. - Exclusion des propositions de loi. - N'entrent pas dans le champ de l'obligation de concertation préalable les propositions de loi. L'**article L. 101-1 du Code du travail** ne s'applique qu'aux textes « envisagés par le Gouvernement ». Dès lors, les propositions de loi, même si elles peuvent contenir d'importantes réformes ne sont pas soumises à l'obligation de concertation préalable. La procédure peut donc être relativement facilement « contournée ». Il suffit en effet au Gouvernement de faire supporter une modification du Code du travail par un parlementaire pour échapper à la procédure de concertation. Les auteurs du projet ont parfaitement conscience de ce risque : « Reconnaissons-le : il pourrait être juridiquement assez simple de contourner la nouvelle procédure de concertation (marques d'ironie sur les bancs socialistes) : **comme elle ne s'applique pas aux propositions de loi, le Gouvernement pourrait demander à un parlementaire de déposer un texte reprenant une réforme qu'il aurait lui-même élaborée** »^{Note 20}. Il doit cependant être doublement relativisé. D'une part, même s'ils ne sont pas visés par le texte les parlementaires peuvent respecter le processus de concertation, d'autre part, il sera probablement difficile de faire supporter à un parlementaire une réforme susceptible de lui coûter son mandat.

2° Les thèmes concernés

11. - Sujets de la réforme. - Selon l'**article L. 101-1 du Code du travail**, l'obligation de concertation porte sur « les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle » et les questions « qui relèvent du champ de la négociation nationale interprofessionnelle ». La délimitation ainsi opérée est donc thématique, professionnelle et géographique.

12. - Délimitation thématique. - La procédure de concertation s'impose pour toute réforme portant sur l'emploi (qui comprend notamment la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, les règles régissant le licenciement économique, le fonds national de l'emploi, les dispositions propres au travail des handicapés...), le contrat de travail (notamment les conditions de sa rupture ou les règles régissant la rétribution), les conditions de travail (notamment la durée du travail et la santé au travail), la situation juridique des institutions représentatives du personnel, le droit syndical, le droit de la négociation collective, le droit des conflits collectifs et la formation

professionnelle^{Note 21}. Ainsi délimité, le périmètre de l'obligation de concertation est extrêmement vaste dans la mesure où il correspond à l'ensemble des thèmes figurant « dans le Code du travail et faisant l'objet traditionnellement de la négociation collective, dans le cadre des réformes accompagnées par le ministère en charge du travail »^{Note 22}. Une différence existe cependant, au moins formellement, entre la concertation et le domaine traditionnel de la négociation collective. La référence faite, dans l'**article L. 131-1, du Code du travail** à une négociation possible sur « *les garanties sociales* » n'est pas reprise dans l'article L. 101-1. Cette éviction n'est pas un oubli^{Note 23}. Elle traduit la volonté de cantonner la procédure de concertation aux seules réformes concernant le Code du travail et de ne pas l'étendre, notamment, aux questions touchant à la sécurité sociale^{Note 24}.

13. - Délimitation professionnelle et géographique. - Seule est concernée la négociation nationale interprofessionnelle^{Note 25}. Se trouvent donc exclues des processus de concertation les réformes présentant un caractère sectoriel^{Note 26}. Néanmoins, même si la loi nouvelle ne les concerne pas, les organisations représentatives peuvent souhaiter, pour les réformes affectant spécifiquement leur branche, bénéficier d'une procédure de concertation. Engagement « solennel » a été pris en ce sens, devant le Sénat, par le ministre délégué à l'Emploi : « je l'ai dit devant votre commission, mais, à la tribune du Sénat, cela prend un sens particulier : il va de soi, et je m'y engage solennellement, que des projets de réforme relatifs au droit du travail qui concerneraient spécifiquement ces secteurs d'activité [agriculture, professions libérales] impliqueraient des procédures de concertation, sur l'initiative des pouvoirs publics, avec les organisations représentatives de ces secteurs, donc, par exemple, avec la FNSEA et l'UNAPL. C'est là une évidence, mais il est essentiel de le répéter pour éviter tout malentendu »^{Note 27}.

3° L'urgence du projet de réforme

14. - Exception à l'obligation de concertation. - Selon l'article L. 101-1, dernier alinéa, du Code du travail, la procédure de concertation ne s'applique pas en cas d'urgence. Une telle exception – présente dans de nombreux dispositifs – peut apparaître parfaitement justifiée en ce qu'elle est facteur de souplesse pour le Gouvernement. Elle a pu cependant inquiéter ceux qui ont constaté que les réformes récentes du Code du travail ont pratiquement toutes fait l'objet d'une déclaration

d'urgence^{Note 28}. Aussi un amendement destiné à apaiser ces craintes a été introduit dans l'**article L. 101-1 du Code du travail**, lors des débats devant l'Assemblée nationale, pour imposer au Gouvernement une motivation préalable. Obligation lui est faite d'une part, d'informer les partenaires sociaux de sa décision et, d'autre part, de leur transmettre un document avant de prendre « *toute mesure nécessitée par l'urgence* »^{Note 29}. Est-ce suffisant ? L'hésitation est permise. La lecture des motifs avancés pour les réformes intervenues en droit social ces dernières années laisse penser que le Gouvernement dispose d'une grande liberté. Liberté d'autant plus importante qu'aucun dialogue avec les syndicats ne lui est imposé sur le principe du recours à l'urgence^{Note 30}. Il est plus facile d'envoyer, à distance, un courrier d'explication que de rencontrer ceux auxquels on refuse le droit à la concertation. Certes, pour rassurer ces derniers, le Gouvernement et les rapporteurs ont indiqué que « l'urgence » devait se concevoir restrictivement, être réservée à « des situations exceptionnelles »^{Note 31}. Ont ainsi été mentionnés des « motifs d'ordre public », « de santé publique », « des phénomènes climatiques » ou encore « l'effondrement de notre système informatique »^{Note 32} (?). Cependant, il ne s'agit là que de « paroles purement verbales », d'un engagement sans portée juridique dont on peut craindre qu'il ne dure qu'un temps, celui désormais fort limité de l'actuel Gouvernement. On est fort loin des suggestions du rapport Chertier qui, sur ce point, proposait que le recours à l'urgence fasse l'objet d'un « contrôle d'ordre juridictionnel »^{Note 33}.

Enfin, l'affirmation selon laquelle « l'urgence pour la procédure avec les partenaires sociaux et l'urgence dans la procédure législative [...] devraient, à terme, être le plus souvent convergente »^{Note 34}, peut laisser perplexe compte tenu des motifs pour lesquels l'urgence a jusqu'à présent été employée dans la procédure législative. Souhaitons que, par cette affirmation, le gouvernement, rompant avec de mauvaises habitudes, marque le souci de n'y recourir qu'exceptionnellement.

B. - La réalisation de la concertation

15. - La procédure de concertation organisée par l'**article L. 101-1 du Code du travail** est très souple afin, probablement, de ne pas enfermer l'action du Gouvernement dans un cadre trop strict. Il lui revient d'engager une concertation préalable avec les syndicats représentatifs leur permettant, s'ils le désirent, d'engager une négociation.

L'exécution de cette obligation et les résultats qui peuvent en être attendus doivent être présentés.

1° Le régime de la concertation

16. - Les acteurs désignés. - Les « organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel » sont désignées par l'article L. 101-1 comme les destinataires de la procédure de concertation. Sont ainsi visées :

- côté salarié, les cinq centrales représentatives, que sont la Confédération générale du travail (CGT), la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO), la Confédération française démocratique du travail (CFDT), la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC) et la Confédération française de l'encadrement-confédération générale des cadres (CFE-CGC)

- côté employeur, le Mouvement des entreprises de France (Medef), la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME) et l'Union professionnelle artisanale (UPA).

17. - La question de la représentativité écartée.

La question de la représentativité a été soigneusement évitée par le Gouvernement qui a systématiquement repoussé les amendements portant sur cette question. La nécessité d'une réflexion approfondie^{Note 35} et le souci de réformer la représentativité en appliquant la procédure de concertation^{Note 36}, justifieraient que soit différé ce débat délicat. L'argument ne convainc pas vraiment. Peut-être eut-il été préférable, avant d'octroyer des prérogatives supplémentaires aux organisations syndicales, de se préoccuper de leur représentativité réelle. Car il faut faire un sacré effort d'imagination pour admettre que ces organisations puissent encore être considérées comme des interlocuteurs valables alors qu'elles ne représentent que 8 % des salariés au total et à peine 5 % des salariés du secteur privé^{Note 37}. La France affiche le taux de syndicalisation le plus faible de tous les pays de l'OCDE. Certes, et pour ne fâcher personne toutes les savantes études iront en ce sens^{Note 38}, la représentativité ne devrait pas se réduire au nombre de salariés syndiqués. Pourtant, les seuls dont on soit à peu près sûr qu'ils s'estiment représentés sont ceux qui ont fait acte d'adhérer. Pour les autres, soit près de 92 % des salariés tout de même, ils ne sont considérés comme représentés que par l'effet de dispositifs légaux où leur liberté individuelle est allègrement piétinée^{Note 39}. Le système est doublement pervers en ce qu'il impose une représentation à des salariés qui n'en veulent pas nécessairement et offre à ces mêmes

salariés des avantages pour lesquels ils n'ont mené aucun combat. Réserver les droits issus de la négociation collective aux syndiqués, comme cela a été suggéré lors des débats parlementaires^{Note 40}, permettrait de faire très probablement remonter le taux de syndicalisation et éviterait le comportement de « passagers clandestins » de salariés qui bénéficient des avantages de la négociation collective tout en prétendant rester extérieurs aux organisations qui les ont négociés. Cette voie, qui peut s'inspirer des modèles danois (87,5 % de salariés syndiqués) ou belge (69 % de salariés syndiqués), n'est pas cependant celle que les rapports et avis préparés sur la question envisagent^{Note 41}. D'autres voies, consistant notamment à fonder la représentativité sur des résultats électoraux, sont privilégiées. Une telle réforme constitue probablement un progrès notamment si elle conduit à supprimer la très contestable présomption irréfragable de représentativité dont bénéficient certaines organisations syndicales. L'avancée ne serait cependant pas entièrement satisfaisante. Elle fait toujours peu de cas du très faible taux de syndicalisation des salariés et néglige en particulier de respecter la liberté individuelle de ceux qui, parmi les 92 % de salariés qui ont choisi de n'adhérer à aucun syndicat, vont continuer à subir « la représentation » de syndicats qu'ils voudraient refuser. Pour peu que le taux de syndicalisation reste bas et que le taux de participation aux élections soit faible, on obtiendra des syndicats « élus représentatifs » par une minorité de salariés. Certes il sera rétorqué aux mécontents « qu'ils n'avaient qu'à voter » ou, pire, « qu'ils n'avaient qu'à fonder un syndicat ». C'est oublier un peu vite que l'abstention n'est pas nécessairement une négligence mais peut aussi exprimer un choix qu'il conviendrait de respecter. La liberté individuelle des travailleurs n'est pas seule en cause, l'équilibre des institutions pourrait à terme se trouver affecté. Le Parlement déjà fort mal traité par notre constitution et encore plus mal par sa pratique, risque de trouver dans cet ensemble élu de syndicats un nouveau concurrent qui ne manquera pas de lui opposer sa nouvelle légitimité.

Si la question n'est pas réglée et si les solutions proposées ne sont pas satisfaisantes, il faut convenir que désormais, au moins dans le discours, chacun semble admettre qu'une réforme est nécessaire. En des termes prudents le rapport Chertier faisait plus que le suggérer : « même si le présent rapport n'a pas vocation à se prononcer sur ce sujet, les critères de représentativité des acteurs sociaux et les modes de validation des accords méritent d'être réexaminés à l'aune des

pouvoirs qui pourraient être conférés aux partenaires sociaux dans le cadre de ces nouvelles procédures »^{Note 42}. Souhaitons que le discours soit suivi d'effet.

18. - Interlocuteurs gouvernementaux. - Le texte désigne « *le Gouvernement* » comme acteur^{Note 43} de la concertation sans plus de précision permettant d'envisager, en fonction notamment de l'importance politique de la question, la désignation de maints interlocuteurs tels le ministre du Travail, le Premier ministre^{Note 44} ou leurs délégués. Le projet ne prévoit pas d'associer à ce dialogue des représentants du Parlement.

19. - Formes de la concertation. - Celui qui assurera l'exécution de l'obligation de concertation dispose d'une grande liberté dans l'organisation de celle-ci. En effet, l'**article L. 101-1 du Code du travail** ne contient aucune information sur la forme que doit prendre celle-ci. Dès lors, tout ou presque est concevable des grandes réunions impliquant l'ensemble des partenaires sociaux concernés aux entrevues séparées ou aux prises de contacts informelles mais pas nécessairement inefficaces^{Note 45}. L'objectif essentiel de la concertation n'est pas de fournir au Gouvernement une matière préparatoire pour un projet de loi ou de décret mais de permettre aux partenaires sociaux d'engager une négociation^{Note 46}.

La possibilité avait été esquissée par l'Administration de réduire la concertation au seul envoi par le Gouvernement d'un document informatif ouvrant ensuite au Gouvernement « la faculté, en fonction de l'importance des sujets », de proposer aux partenaires sociaux d'engager une négociation^{Note 47}. La notion même de concertation, qui implique au moins la discussion, explique qu'une méthode aussi unilatérale n'ait finalement pas été retenue. La transmission du document n'est qu'un instrument de la concertation.

20. - Document préparatoire : moment de la transmission. - Le moment exact de celle-ci n'est pas clairement précisé par le texte. Trois possibilités sont envisageables : la communication du document peut avoir lieu avant le commencement – ou dès son déclenchement – de la procédure de concertation, pendant son déroulement ou à l'issue de celle-ci après que les partenaires aient annoncé leur intention de négocier. Une hésitation peut exister entre les deux premières formules, la dernière doit, en revanche être écartée^{Note 48}.

Imposer l'envoi du document avant le début des discussions présenterait l'avantage d'offrir aux

partenaires sociaux un temps étendu de réflexion leur permettant d'évaluer l'intérêt d'une négociation sur la réforme projetée. L'**article L. 101-1 du Code du travail** peut être interprété en ce sens : l'alinéa premier du texte impose une concertation et c'est « à cet effet » qu'un document préparatoire doit être communiqué. Le document « prépare » la concertation. C'est, semble-t-il, la position de Mme Proccacia pour qui « le document d'orientation permet de disposer d'une base de travail, facilitant les échanges entre le Gouvernement et les partenaires sociaux, et de mieux identifier les enjeux »^{Note 49}. Reste qu'à notre sens, ce document n'a pas uniquement pour objet de faciliter le dialogue entre le Gouvernement et les partenaires sociaux mais doit aussi servir la finalité de la procédure de concertation ; apprécier l'opportunité d'une négociation. Or, le document risque fort d'omettre les éléments d'appréciation qui pourraient résulter des échanges avec les partenaires sociaux.

Pour remédier à ce vice, il serait concevable de transmettre le document préparatoire après quelques échanges avec les partenaires sociaux mais avant qu'ils ne se prononcent sur la négociation collective. Le texte de l'**article L. 101-1 du Code du travail** peut-être interprété en ce sens : la concertation doit être réalisée « *en vue de la négociation* » (*al. 1 in fine*) et c'est « à cet effet » (*al. 2*) que le document préparatoire doit être transmis aux partenaires sociaux. Le risque est alors que les partenaires sociaux ne disposent pas d'éléments suffisants d'appréciation lors de la phase de concertation. Dès lors, il aurait peut-être été souhaitable que plusieurs documents préparatoires soient prévus aux différentes phases de la procédure. C'est d'ailleurs de cette manière qu'a été préparée la loi de modernisation du dialogue social : les différents documents produits – dont certains pouvaient préfigurer le « document préparatoire » – y avaient été établis au vu des résultats des rencontres avec les partenaires sociaux^{Note 50}. Cette manière de procéder, les rapporteurs l'ont clairement indiqué, devait préfigurer la manière dont devrait être conduite la concertation^{Note 51}. Ce n'est pas exactement le cas.

21. - Document préparatoire : contenu. - Selon l'article L. 101-1, alinéa 2, le document préparatoire doit contenir trois « éléments » : « *un diagnostic* », « *des objectifs* » et des « *options* ». L'énumération est suffisamment classique pour ne heurter personne (qui songerait à contester que la préparation d'une réforme doive reposer sur un bilan, étayé par des

« données économiques et sociales pertinentes », permettant d'identifier des difficultés et esquisser des solutions ?) tout en étant suffisamment vague pour laisser une importante latitude au Gouvernement^{Note 52}. Bien entendu, le meilleur usage de cette liberté consisterait à fournir aux négociateurs le plus grand nombre possible d'informations pertinentes.

22. - Temps réservé pour la concertation ?. - Est-il possible d'interdire l'adoption d'une réforme durant le temps réservé à la concertation ? Le rapport Chertier avait suggéré que l'action du Gouvernement, sur la question soumise à concertation, soit suspendue pendant trois mois : « La procédure de « temps réservé » consisterait à poser l'exigence d'un délai minimal à respecter entre l'annonce d'un projet d'une réforme (et le cas échéant de ses grandes lignes) et l'adoption du texte correspondant en Conseil des ministres »^{Note 53}. Cette proposition n'a pas été retenue. La procédure de concertation doit certes être, selon l'**article L. 101-1, alinéa 1er, du Code du travail**, « préalable » mais aucune durée n'est imposée pour sa réalisation. Si la lettre du texte suggère que la procédure doit être achevée avant que le Gouvernement ne puisse présenter un projet de loi, rien ne lui interdit de conduire une concertation réduite au strict minimum.

23. - Sanctions morales. - Les obligations résultant de l'**article L. 101-1 du Code du travail** n'ont encore très largement qu'une portée morale. L'article 39 de la Constitution octroie au Gouvernement, ainsi qu'au Parlement, l'initiative des lois sans assortir son exercice de conditions préalables. Il paraît donc difficile d'imposer juridiquement la suspension de toute initiative pendant le temps de la concertation. Ce d'autant plus qu'aucune autre disposition constitutionnelle ne paraît en mesure de soutenir un tel droit. En ce sens, le Conseil constitutionnel a décidé que « *ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 [...], ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchants aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux* »^{Note 54}.

Le Gouvernement, apparemment conscient de cette difficulté, a choisi de la résoudre par des formules mystérieuses. Après avoir affirmé qu'il fallait aller « au-delà de la seule déclaration solennelle, mais sans portée normative », le ministre a pu déclarer que la procédure de concertation trouvait à s'appliquer « très en amont des projets de loi **sans affecter les**

attributions constitutionnelles du Gouvernement et du Parlement en matière d'initiative des lois et de procédure législative »^{Note 55}. On comprend assez difficilement comment la procédure de concertation, si elle est vraiment obligatoire, ne pourrait pas « affecter » les attributions du Gouvernement en matière législative.

Reste la question de la sanction de la violation de la procédure de concertation lors de l'adoption d'une disposition réglementaire. Pour peu que l'**article L. 101-1 du Code du travail** puisse s'imposer, sans contrevenir à la Constitution, au pouvoir réglementaire – ce qui paraît incertain. La légalité d'un décret ne respectant pas la procédure de concertation pourrait être contestée devant le Conseil d'État par voie d'action, d'exception ou sur renvoi préjudiciel.

2° Les résultats de la concertation

24. - Le déclenchement de négociations. - Même si ce résultat n'est pas nécessairement toujours atteint, l'objectif de la concertation est de permettre le déclenchement de négociations entre les partenaires sociaux. Ici encore, le texte est particulièrement souple puisqu'il n'impose à ces derniers qu'une obligation d'information portant, d'une part, sur leur intention de négocier et, d'autre part, sur le délai qu'ils estiment nécessaire pour parvenir à un accord. L'article L. 101-1 du Code du travail ne prévoit pas expressément que cette déclaration d'intention doit être faite en cours de concertation ; il est donc concevable qu'elle soit formulée après qu'un projet de loi a été présenté. Il faudra cependant qu'une réponse arrive « dans un délai raisonnable », sans quoi le Gouvernement ne se sentira probablement plus lié – même moralement – et reprendra le plein exercice de ses prérogatives^{Note 56}.

25. - Durée de la négociation. - L'**article L. 101-1 du Code du travail** n'a pas, non plus, prévu de durée maximale. L'éventualité d'une négociation dilatoire, uniquement destinée à « enterrer » une réforme, aurait pu conduire à prévoir des délais stricts^{Note 57}. Cette voie n'a cependant pas été empruntée. Il était fort difficile de prévoir *a priori* le temps nécessaire à une négociation.

Par ailleurs, l'obligation qui est faite aux partenaires sociaux de rendre compte, chaque année, de l'état d'avancement de leurs négociations^{Note 58} est de nature à éviter un enlèvement volontaire de celles-ci. Le Gouvernement et le Parlement y puiseront d'utiles indications leur permettant, le cas échéant – puisque cette prérogative ne leur est

pas retirée –, de présenter un projet ou une proposition de loi. Ces derniers maîtrisent donc, de fait, le calendrier des négociations. Libre à eux de l'utiliser pour différer la réforme^{Note 59} ou, au contraire, l'adopter nonobstant la négociation en cours. Il appartiendra notamment au Gouvernement de veiller à ce que les délais de transposition des textes communautaires soient respectés. À cet égard l'annonce par les partenaires sociaux d'une durée trop importante de négociation devra le conduire dans un premier temps à leur impartir un laps de temps plus court et dans un second temps à présenter lui-même un projet de loi.

26. - Droit commun de la négociation. - La négociation est assujettie aux règles de droit commun. Il n'est donc pas nécessaire d'obtenir une majorité d'engagement. Un accord minoritaire peut parfaitement être conclu. Seule l'opposition de la majorité des organisations syndicales, exprimée dans les quinze jours de la notification de l'accord, permet de s'opposer à son entrée en vigueur (**C. trav., art. L. 132-2**).

27. - Mise en oeuvre de l'accord négocié. - Une fois conclu, un accord n'a pas nécessairement besoin, pour que force obligatoire lui soit reconnu, de l'intervention du législateur. Le droit commun du travail suffit à donner vigueur à ce contrat collectif. Pour autant, celle-ci n'est pas nécessairement suffisante, spécialement si des dispositifs législatifs ou réglementaires contraires aux stipulations de l'accord (dans un sens jugé plus favorable) préexistent. L'inscription en loi ou en règlement présente cependant des risques, notamment celui d'une dénaturation. Le rapport Chertier avait souligné que la loyauté sinon l'efficacité des négociations pouvaient être altérées si ses participants avaient le sentiment qu'il était possible de modifier le contenu de l'accord conclu en jouant de leur influence sur les pouvoirs publics^{Note 60}. Il suggérait donc une méthode radicale s'imposant au Gouvernement comme au Parlement. Le premier « aurait le choix entre adopter le texte négocié sans possibilité d'altération de son contenu ou le refuser en apportant des justifications ». Quant au second, il se verrait soit imposer un vote bloqué, soit le vote « d'une loi d'habilitation permettant au Gouvernement de transcrire par voie d'ordonnance l'accord des partenaires sociaux »^{Note 61}. Ces solutions n'ont pas été retenues par la loi de modernisation du dialogue social qui ne contient aucune indication sur la mise en oeuvre de l'accord négocié. Il n'existe donc aucune obligation juridique de transformer l'accord en loi ou en règlement. Et s'ils décident

de le faire, rien ne leur interdit d'en modifier le contenu. Les déclarations du ministre délégué à l'Emploi sont nettes : « si, à l'issue de la concertation, un accord interprofessionnel est conclu, et si son application implique des dispositions législatives ou réglementaires, il constituera la colonne vertébrale du futur projet de loi – sur lequel vous garderez votre entière liberté d'appréciation – ou du futur décret »^{Note 62}.

28. - Rapport annuel sur le dialogue social. - La liberté du Gouvernement trouve néanmoins une limite dans l'obligation qui lui est faite, par l'**article L. 101-3, alinéa 2, du Code du travail**, de présenter annuellement un rapport « *faisant état de toutes les procédures de concertation et de consultation mises en oeuvre pendant l'année écoulée* ». Cette disposition, introduite par l'Assemblée nationale, ne saurait se résumer à la seule indication de l'existence d'une procédure ; il faut en effet que le détail de celle-ci soit précisé. Le texte précise en ce sens que le rapport devra comprendre non seulement les thèmes abordés, mais aussi les différentes étapes de chaque procédure.

2. Le dialogue d'encadrement

29. - S'ajoutant à la concertation avec les partenaires sociaux, les nouvelles dispositions imposent d'une part l'échange d'informations et d'autre part la consultation de certaines instances à l'occasion de l'adoption de projets de loi. L'objet de ces dispositions est d'instaurer un dialogue plus formalisé à l'occasion de la formulation des normes. Les lieux (A) et les termes (B) de ce dialogue doivent être précisés.

A. - Les lieux du dialogue d'encadrement

30. - Une importante réforme suggérée. - La France ne manque pas d'institutions susceptibles d'être consultées. Leur nombre considérable, leur efficacité relative et les coûts qu'elles font supporter à la collectivité auraient pu inciter les rédacteurs du projet à procéder à d'importantes restructurations. Les conclusions du rapport Chertier qui recense plus d'une centaine d'instances (qui vont du comité supérieur de l'emploi au Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels en passant par le Conseil national du bruit – 73 membres ! – ou le Conseil national de l'air – 77 membres^{Note 63}) pouvaient y inciter. Les suivre aurait notamment conduit à :

- la réduction drastique du nombre des instances existantes. Ne plus admettre la création de nouvelles qu'en suggérant la disparition de

certaines de celles qui existent ou, solution également concevable, n'admettre la constitution de conseils ou de commissions spécialisés que pour une durée déterminée et avec une mission clairement fixée^{Note 64}. Ces mesures propres à nous épargner le coûteux ronflement d'institutions dont les travaux n'intéressent plus guère ont vocation à être accompagnées d'un contrôle continu de celles qui n'auront pas été éliminées afin qu'elles ne soient pas prises, elles aussi, d'assouplissement aux frais de la République ;

- faire du Conseil économique et social l'instance privilégiée de dialogue. Pareille décision suppose que sa composition^{Note 65} et son fonctionnement soient sensiblement modifiés^{Note 66}.

31. - Une réforme pour plus tard. - Prudence ou mollesse, selon le point de vue, le Gouvernement a, encore une fois, préféré renvoyer à plus tard le traitement de cette question. Il s'agirait, selon lui, « d'un exercice différent de celui, prioritaire, consistant à poser les principes de nouveaux rapports entre l'État et les partenaires sociaux »^{Note 67}. Mais si tel est vraiment le cas, pourquoi a-t-il jugé opportun de modifier les attributions de certaines instances de dialogue ?

En attendant cette hypothétique réforme des institutions, l'**article L. 101-3 du Code du travail** se contente de désigner certaines de celles qui existent déjà comme destinataires de prérogatives présentées comme nouvelles. Font partie des heureux élus, la Commission nationale de la négociation collective^{Note 68}, le Comité supérieur de l'emploi^{Note 69} et le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie^{Note 70}. La pérennité des instances ainsi désignées devrait – même dans l'hypothèse d'une réforme – être assurée, au prix peut-être de quelques ajustements. C'est en leur sein que les obligations d'information et de consultation vont devoir être exécutées.

B. - Les modalités du dialogue d'encadrement

32. - Agenda partagé. - La mise en place d'un agenda partagé pour assurer un échange fructueux entre Gouvernement et partenaires sociaux ne peut qu'être approuvée. Elle suppose, pour qu'il s'agisse d'un véritable travail de collaboration, qu'y soient annoncés suffisamment à l'avance l'ensemble des rendez-vous importants, que les intéressés en aient connaissance et qu'ils soient en mesure de faire évoluer cet agenda.

L'**article L. 101-3 du Code du travail** s'inspire de ces exigences, obligeant chacune des parties à présenter à l'autre son propre agenda devant la Commission nationale de la négociation collective.

C'est donc un échange d'information qui est envisagé, voire un dialogue puisque cet article dispose qu'une publicité « *des débats* » serait organisée (**C. trav., art. L. 101-3**, in fine).

C'est au Gouvernement qu'il revient en premier d'annoncer « les orientations » – terme suffisamment vague pour lui laisser une marge appréciable de manoeuvre – de sa politique « dans les domaines des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle » (**C. trav., art. L. 101-3, al. 1**). Obligation lui est également faite de présenter à cette occasion le calendrier de leur mise oeuvre. Ce dernier, même s'il a vocation à être plus concret que la simple annonce « d'orientations », présente un caractère simplement indicatif. La seule sanction encourue pour sa violation, mais elle ne doit pas être prise à la légère, est d'ordre politique. Elle ne guette pas uniquement le non-respect de l'agenda mais s'applique aussi à son élaboration. Chacun sait que d'un sujet sensible – et il en existe –, annoncé au mauvais moment, peut jaillir un conflit.

Les organisations syndicales représentatives concernées par la procédure de concertation précédemment décrite doivent faire état de l'avancement des négociations interprofessionnelles en cours. Le texte ne distinguant pas, cette obligation s'impose solidairement à l'ensemble des syndicats. Néanmoins ceux qui ont choisi de ne pas participer à ces négociations ne paraissent pas particulièrement qualifiés pour rendre compte de leur déroulement.

En pratique, même si une déclaration commune pourrait être envisageable, il est fort probable que chaque organisation présentera son propre bilan. Publiques, ces déclarations sont de nature à fonder l'intervention du gouvernement. En effet, l'annonce par une ou plusieurs organisations de l'enlisement des négociations est de nature à légitimer l'adoption d'une loi ou d'un règlement^{Note 71}.

Les partenaires sociaux doivent aussi indiquer « le calendrier de celles qu'elles entendent mener ou engager dans l'année à venir ». L'information fournie permet au Gouvernement de juger de l'utilité de son intervention. Certains pourraient être tentés d'annoncer un nombre considérable de négociations à venir dans l'espoir de paralyser toute intervention gouvernementale. Un tel procédé serait cependant d'une efficacité relative car seuls les thèmes que plusieurs négociateurs (au moins un patronal et un salarié) pourraient envisager ensemble seraient susceptibles de justifier l'abstention du Gouvernement. Le

procédé serait de surcroît dangereux pour la crédibilité de l'organisation qui y aurait recours car le Gouvernement pourrait parfaitement se prévaloir de ces affirmations pour expliquer l'absence de réforme sur un sujet que l'opinion aurait voulu voir traité.

Un bilan incomplet ou erroné des négociations en cours, un programme d'action non respecté seront sans conséquences juridiques pour les syndicats – sauf à y voir des fautes susceptibles d'engager leur responsabilité^{Note 72} ou à pouvoir trouver, dans les affirmations des uns ou des autres, des engagements unilatéraux, ce qui serait audacieux et assez improbable.

33. - Consultations. - L'instauration d'une procédure de consultation confiée aux trois instances que sont la Commission nationale de la négociation collective, le Comité supérieur de l'emploi et le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie, transformerait « de manière radicale les pratiques de consultation en matière de droit du travail »^{Note 73}. La possibilité octroyée à certaines de ces instances de prendre connaissance des textes concernant leur domaine de compétence n'est pas entièrement nouvelle. Elle se trouve renforcée par la loi de modernisation du dialogue social.

Si la Commission nationale de la négociation collective avait déjà pour mission « d'émettre un avis sur les projets de lois et décrets relatifs à la négociation collective » (**C. trav. art. L. 136-2**, ancien, 2°) et avait donc vocation à les recevoir avant leur adoption, il n'en allait pas de même pour le comité supérieur de l'emploi et le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie. S'agissant de ce dernier, l'**article L. 910-1 du Code du travail** – dont la rédaction n'a pas été modifiée – dispose qu'il « *donne son avis sur la législation et la réglementation applicables en matière de formation professionnelle tout au long de la vie et d'apprentissage* ». Seules les dispositions « *applicables* », donc en vigueur, faisaient partie de ses prérogatives. Il n'avait pas vocation, en revanche, à recevoir des projets de loi ou de règlement. Ces textes doivent désormais lui être soumis^{Note 74}. L'article 2 de la loi de modernisation du dialogue social précise que sont concernés par l'obligation de consultation « *les projets de loi, d'ordonnance et de décret* ».

La phase de consultation précède l'adoption du projet de loi (voire son inscription à l'ordre du jour des assemblées) ou de décret mais succède à la phase de concertation. Elle est en effet engagée « *au vu des résultats de la procédure de concertation et de négociation* ». Pareille

formulation rappelle que l'esprit du texte appelle l'abstention du Gouvernement lors des éventuelles négociations : ce n'est qu'au vu des « résultats » de celle-ci qu'un projet de loi ou de décret peut être déposé.

34. - Consultation pour les dispositions urgentes ?. - La formulation pourrait également être interprétée comme permettant d'écarter l'obligation de consultation pour les dispositions urgentes. En effet, dans ce cas la procédure de concertation prévue par l'**article L. 101-1 du Code du travail** ne s'applique pas. Les projets de loi ou de règlement ne peuvent donc être adoptés « au vu du résultat » de la concertation ou de la négociation. Renforçant une telle interprétation, l'article L. 101-2 dispose que l'obligation de consultation concerne les textes « élaborés dans le champ défini par l'**article L. 101-1 du Code du travail** ». Les textes urgents ne relèvent pas de cette procédure et peuvent, pour ce motif, être considérés comme n'entrant pas « *dans le champ* » de cet article.

Pourtant, il est souhaitable, même en cas d'urgence, qu'une procédure de consultation – parce qu'elle n'est pas de nature à différer considérablement l'adoption d'un texte et qu'elle constitue la forme minimale du dialogue social – soit respectée. En ce sens, il faut probablement considérer que l'objet de la consultation est le projet de loi ou de règlement et non la concertation qui l'a éventuellement précédé – de sorte que son absence n'est pas déterminante. L'**article L. 101-2 du Code du travail** rappelle simplement que ce projet doit s'inspirer, lorsqu'elle eu a lieu, de la concertation. Par ailleurs, le champ défini à l'**article L. 101-1 du Code du travail** ne désigne pas les questions non urgentes mais celles qui relèvent de la négociation nationale et interprofessionnelle. L'**article L. 101-1 du Code du travail** dispose que les textes qui sont soumis à concertation sont ceux qui relèvent « *du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* ».

35. - Répartition des thèmes. - Le texte n'impose pas, pour chaque projet, la consultation de l'ensemble des trois instances désignées. L'article 2 de la loi précise leurs domaines respectifs de compétence.

La Commission nationale de la négociation collective devra être consultée sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret « *relatifs aux règles générales relatives aux relations individuelles et collectives du travail, notamment celles concernant la négociation collective* ». C'est une amélioration du dispositif de l'article L. 136-2 qui prévoyait la formulation d'un avis uniquement

« sur les projets de lois et décrets relatifs à la négociation collective ».

Au Conseil supérieur de l'emploi seront présentés les textes concernant « l'emploi ».

Aucune disposition particulière n'a été adoptée pour le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie, les règles existantes ayant été jugées suffisamment claires. En conséquence, il faut considérer qu'il aura vocation à être consulté « en matière de formation professionnelle tout au long de la vie et d'apprentissage ».

En pratique il sera probablement parfois difficile de ne prétendre consulter qu'une seule de ces instances. Une même question, telle l'obligation d'adaptation, peut concerner à la fois l'emploi, le contrat individuel de travail, la négociation collective et la formation. De surcroît, un même projet peut aborder, dans des dispositions différentes, des thèmes relevant du champ de compétence de chacune de ces instances. La situation du Gouvernement aurait été plus simple s'il avait choisi de sérieusement réformer les instances de consultation pour ne choisir qu'un seul interlocuteur.

36. - Forme de la consultation ?. - La consultation pourrait consister à organiser un échange de vues non formalisé qui, pour peu qu'il soit soumis aux exigences de bonne foi, aurait éclairé les auteurs du projet sur l'opinion de l'instance concernée. La loi de modernisation du dialogue social a fait le choix de retenir une lecture procédurale de la consultation divisée en deux temps. D'abord, il incombe au Gouvernement de soumettre son texte à la commission ou au conseil concerné. À suivre la lettre du texte, le simple envoi d'un document – par exemple dactylographié ou sous forme électronique – suffit à satisfaire cette exigence. Aucune discussion, aucune rencontre, n'est prévue même si, en pratique, le Gouvernement pourra souhaiter en organiser. Second temps de la procédure : l'expression d'un avis sur le projet. Aucune disposition ne détermine le temps de réflexion accordé à l'instance pour donner sa position sur le texte. Rien n'est précisé non plus sur le contenu de l'avis. La commission ou le conseil est donc libre d'y exprimer une opinion voire – même si cela correspond davantage à une **recommandation** qu'à un **avis**^{Note 75} – d'y formuler des propositions.

L'article 2 de la loi de modernisation du dialogue social a jugé utile de reconnaître une telle prérogative à la Commission nationale de la négociation collective et au Conseil supérieur de l'emploi ; il n'a, en revanche rien prévu, pour la

dernière instance. Selon le rapporteur, une telle disposition est inutile puisqu'elle disposerait déjà de cette prérogative^{Note 76}. La lettre du texte ne confirme pas le propos : le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie ne peut rendre des avis que sur les textes « applicables » (**C. trav., art. L. 910-1, al. 1**), pas sur ceux qui sont en préparation. Le caractère obligatoire d'une disposition étant aussi affaire de croyance, une telle erreur restera sans conséquence tant que le Gouvernement et le conseil seront convaincus de l'exigence d'un avis préalable. Dans le cas contraire, le Gouvernement pourrait se contenter de ne respecter que la première phase de la consultation, c'est-à-dire le simple envoi du projet.

37. - Suites de la consultation. - L'avis éventuellement formulé par la commission ou le conseil n'a, juridiquement, aucune valeur obligatoire. Le Gouvernement reste donc libre de mettre en oeuvre son projet sans prendre en considération l'opinion ou les propositions qu'il pourrait contenir. L'obligation qui est cependant faite au Gouvernement de rendre compte, dans son rapport annuel sur le dialogue social, des consultations réalisées devrait – pour peu que le rapport soit vraiment lu et diffusé – l'inciter à de bonnes pratiques.

Textes : L. n° 2007-130, 31 janv. 2007. – C. trav., art. L. 101-1 à L. 101-3

Note 1 V. Rapp. D.-J. Chertier, Pour une modernisation du dialogue social – Rapport au Premier ministre : Doc. Fr., 2006, ann. 1, p. 80 ; **JCP S 2006, act. 173.** **Note 2** V. A. Souriac et Ph. Langlois, Que penser du rapport Chertier ? : RDT 2006, p. 216. – J.-É. Ray, 4 mai 2004 – mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois – À propos du rapport Chertier : Dr. soc. 2006, p. 981. Le rapport met habilement en lumière certains aspects des exemples étrangers pour appuyer les idées ensuite retenues ou au contraire en rejeter. V. not. l'étude de l'exemple néerlandais qui permet d'appuyer la proposition de réforme du Comité économique et social, ou l'invocation du modèle allemand qui conduit à écarter la proposition de thèmes de négociation réservés aux partenaires sociaux (un modèle faisant l'objet d'interrogations). **Note 3** Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 58. **Note 4** Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 58. **Note 5** V. not, **JCP G 2006, act. 484.** **Note 6** V. not., P.-Y. Verkindt, La sécurité juridique et la confection de la loi : Dr. soc. 2006, p. 720. **Note 7** Dr. soc. 2003, p. 92 et s. **Note 8** V. Rapp.

AN. n° 3465, M. Perrut, p. 8 : « Certaines idées contenues dans le rapport établi par M. Dominique-Jean Chertier ont été reprises, d'autres finalement non ». **Note 9** V. *Rapp. AN. n° 3465, préc., p. 74* : « Désormais, [le Code du travail] s'ouvrira sur un texte bref mais novateur qui démontre que, non seulement sur le fond mais aussi sur la forme, priorité est donnée au dialogue social ». Les chapitres préliminaires ont naturellement vocation (même s'il ne le font pas souvent, nombreuses sont les vocations qui ne se réalisent pas) à tracer des directives, poser des principes qui dominent et orientent les dispositions qui les suivent. Les principes directeurs du chapitre I en procédure civile directement inspiré des travaux de Motulsky ou l'article préliminaire du Code de procédure pénale. **Note 10** Le mot « concertation » figure déjà à maintes reprises dans le Code du travail : Cf **C. trav., art. L. 236-1** (concertation entre CHSCT assurée par un comité interentreprises de santé et de sécurité au travail) ; *art. L. 311-10-2* (missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes, qui « favorisent la concertation entre les différents partenaires en vue de renforcer ou compléter les actions conduites par ceux-ci [...] ») ; *art. L. 321-17* (licenciement économique : intervention de l'État, « en concertation avec les organismes mentionnés à l'article L. 311-1 et, le cas échéant, avec la ou les maisons de l'emploi »)... **Note 11** V. sur ce point, les nombreux exemples cités par le rapport Chertier, p. 19. **Note 12** Sur l'ensemble de ce processus, V. B. Teyssié, *Droit européen du travail : Litec, 3e éd., 2006, p. 44*. **Note 13** Expressément visées par l'article 2 de la loi. **Note 14 D. n° 2006-1070, 28 août 2006** aménageant les dispositions relatives au contrat à durée déterminée afin de favoriser le retour à l'emploi des salariés âgés : **Journal Officiel 29 Aout 2006**. **Note 15** Avenant signé le 9 mars 2006. **Note 16** V. l'affirmation du président de la République. **Note 17** *Rapp. Sénat n° 152, Mme. Procaccia, p. 24*. **Note 18** *Rapp. Sénat n° 152, préc., p. 24*. **Note 19** *Rapp. Sénat n° 152, préc., p. 24*. **Note 20** *Mme Procaccia, Sénat, séance, 17 janv. 2007*. **Note 21** *Rapp. Sénat n° 152, préc., p. 24*. **Note 22** V. *Rapp. AN, n° 3465, préc., p. 75*. **Note 23** Un amendement avait été déposé à l'Assemblée nationale pour ajouter cette formule à l'**article L. 101-1 du Code du travail** (amendement déposé lors de la deuxième séance du 6 décembre 2006 par Mme Martine Billard). Il a été repoussé au double motif que le domaine de la concertation a été défini par les partenaires sociaux et que seules les réformes « traditionnellement mises en oeuvre par le ministère de l'Emploi » sont en cause (V. la

réponse apportée par M. Perrut [*rapp. AN*], 6 déc. 2006, 2e séance). **Note 24** V. *Rapp. AN, n° 3465, préc., p. 85*. – *Adde, Rapp. Sénat, n° 152, préc., p. 25* : « les réformes qui ont un impact indirect sur l'emploi, une réforme des retraites par exemple, mais qui relèvent, par nature, davantage du domaine de la protection sociale ou de la politique fiscale devraient en revanche être exclues du champ de la procédure de concertation, sans quoi celle-ci aurait un périmètre excessivement large ». **Note 25** V. sur la notion d'interprofession, Ph. Langlois, *Qu'est ce que l'interprofession ?* : Dr. soc. 2006, p. 640. **Note 26** Réponse est ainsi apportée aux craintes exprimées, notamment, par certaines organisations syndicales du secteur agricole. V. les déclarations devant le Sénat de M. Larcher : « [...] il n'est pas imaginable que des dispositions spécifiques concernant les salaires où les contrats de travail dans l'agriculture puissent être prises sans concertation avec l'organisation professionnelle représentative du secteur. Mais le projet qui vous est soumis ne vise pas ce cas de figure. Il porte sur les réformes à caractère général et sur le seul niveau interprofessionnel. Il reste donc volontairement neutre sur la question du dialogue social et de la négociation collective au sein des secteurs d'activité et ne modifie en rien l'équilibre existant, dans lequel la FNSEA et L'UNAPL occupent une place particulière qui doit être préservée ». **Note 27** *Sénat, séance, 17 janv. 2007*. **Note 28** V. not., Mme Le Texier : *JO Sénat CR, 17 janv. 2007, p. 304*. **Note 29** Une lecture *a contrario* de cette formule suggère que certaines des mesures appartenant à la réforme (globalement urgente) et qui ne sont pas « nécessitées par l'urgence » pourraient même être adoptées sans concertation ni explication préalable. **Note 30** V. les déclarations de M. Nogrix : *JO Sénat CR, 17 janv. 2007, p. 298*. « *A minima*, il nous semble nécessaire que le Gouvernement, s'il invoque l'urgence, réunisse les partenaires sociaux. Les syndicats devront en effet pouvoir s'exprimer sur le recours à cette procédure ». **Note 31** *Larcher, JO Sénat, 17 janv. 2007, p. 293* – *Procaccia, JO Sénat, 17 janv. 2007, p. 294*, « L'urgence ne devrait être utilisée que dans des cas exceptionnels, qui ont été précisés sur notre demande en commission par M. le ministre, une crise sanitaire par exemple ». **Note 32** *Rapp. Sénat n° 152, préc., p. 44*. **Note 33** V. *Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 59*. Un tel contrôle aurait soulevé d'autres difficultés, peut être plus graves encore. Permettre à des juges (qui, faute d'élection, ne rendent jamais véritablement compte de leurs décisions devant le peuple et n'encourent de ce point de vue aucune

responsabilité) d'entraver la rapidité de réformes sur un concept aussi fuyant que « l'urgence » expose les institutions à d'importantes dérives en offrant une emprise au pouvoir judiciaire (*lato sensu*, puisque M. Chertier n'a pas précisé qui aurait cette fonction de contrôle) sur le Gouvernement. **Note 34** G. Larcher, *JO Sénat*, 17 janv. 2007, p. 293. **Note 35** Nourrie des observations consistantes du rapport de M. Hadas-Lebel (*R. Hadas-Lebel, Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales – Rapport au Premier ministre : Doc. Fr., Mai 2006*) et de l'avis du Conseil économique et social présenté par MM. P. Aurelli et J. Gautier (*Consolider le dialogue social, avis présenté le 4 décembre 2006*). **Note 36** Déclaration de G. Larcher : *AN*, 5 déc. 2006 : « Du point de vue de la méthode, il serait d'ailleurs paradoxal d'inscrire dans un texte organisant un nouveau mode de dialogue social entre partenaires sociaux et pouvoirs publics des dispositions essentielles pour les partenaires sociaux qui n'auraient pas fait l'objet d'un examen et de discussions assez approfondis avec eux et avec votre commission ». **Note 37** V. R. Hadas-Lebel, *préc.*, p. 10. **Note 38** V. en dernier lieu, l'étude présentée par le Conseil économique et social : P. Aurelli et J. Gautier, *Consolider le dialogue social : Avis et Rapports du Conseil Économique et social*, déc. 2006. **Note 39** Si les critères définis par la loi peuvent en certains cas traduire une inclinaison de tel ou tel salarié pour un syndicat ou un autre, ils n'apportent guère la certitude que ceux-ci s'estiment représentés par ceux-là. **Note 40** V. en ce sens, les déclarations de M. Vercaemer : *AN*, 2^e séance, 5 déc. 2006 : « [...] il faut inciter nos concitoyens à adhérer davantage. À titre personnel, je crois qu'un système, certes iconoclaste, dans lequel les résultats de la négociation ne s'appliquent qu'aux adhérents, mérite pourtant d'être examiné : chacun serait ainsi face à ses responsabilités. Les salariés qui bénéficient aujourd'hui d'accords d'entreprise alors qu'ils n'ont nullement pris part à la négociation seraient incités à adhérer. De même, les syndicats n'auraient plus la tentation de refuser de signer un accord, en sachant que son acceptation par une autre organisation le rendra applicable à tous les salariés ». **Note 41** La voie de l'élection est souvent envisagée. « Scénario de transformation » (*V. p. 80 et s.*) dans le rapport Hadas-Lebel qui envisage avec une certaine prudence la remise en cause de la présomption de représentativité (*V. p. 89*), l'élection devient une « proposition » du Conseil Économique et Social. Ce dernier suggère de ne permettre l'accès au vote qu'aux syndicats qui

satisfont aux critères de l'**article L. 133-2 du Code du travail**. Affirmation surprenante : ne seraient admises à participer au vote sur la représentativité que les organisations qui correspondent aux critères actuels de représentativité (l'avis suggère de faire évoluer ces critères, mais fort peu). **Note 42** V. *Rapp. D.-J. Chertier, préc.*, p. 63. **Note 43** V. *Rapp. AN n° 3465, préc.*, p. 75. **Note 44** C'est lui qui a, pour l'adoption de la loi de modernisation du dialogue social, procédé en juin 2006 aux premières rencontres d'échanges bilatéraux qui, selon les rapporteurs, préfigurent la forme que peut prendre la concertation (*V. Rapp. Sénat n° 152, préc.*, p. 17). **Note 45** V. Rapport Chertier qui constate que « le système français est un mélange de formel et d'informel. Il oscille entre des contacts officieux, utiles mais indicibles, des grands-messes, visibles mais rituelles et parfois improductives, et des procédures de consultation très formelles et souvent subalternes ». **Note 46** Certes en cas d'échec il est probable sinon souhaitable que les orientations éventuellement dégagées à cette occasion inspirent le Gouvernement. Telle n'est pas, cependant, la finalité première du texte qui, pour assurer le conseil du Gouvernement, a prévu une procédure spécifique de consultation. **Note 47** V. la fiche d'orientation rédigée par le ministère du Travail : *Rapp. AN, n° 3465, préc.*, p. 51. **Note 48** Il semble exclu de ne fournir un document préparatoire que lorsque les partenaires sociaux ont manifesté leur intention de s'engager dans la voie de la négociation. Un tel document, s'il peut prendre en compte l'ensemble des positions exprimées par ces derniers, risque en effet d'être trop directif, ne permettant ni de préparer la concertation ni d'éclairer la décision d'entrer, ou non, en négociation. **Note 49** *Rapp. Sénat n° 152, préc.*, p. 26. – V. dans le même sens : *Rapp. AN n° 3465, préc.*, p. 60 : « Cette concertation se fait sur la base d'un document d'orientation adressé par le Gouvernement à ces organisations, à charge pour ces dernières de dire si elles envisagent ou non de négocier un accord interprofessionnel, dans un délai qu'elles indiquent ». **Note 50** V. *Rapp. AN n° 3465, préc.*, p. 48. **Note 51** V. *Rapp. AN n° 3465, préc.*, p. 43 : « ce n'est donc pas exactement un projet comme un autre, et sa préparation répond à une logique propre, qui est celle que cherchent à promouvoir ses auteurs, à savoir un nouveau mode de travail en commun entre les partenaires sociaux et le Gouvernement. C'est pourquoi ce travail de préparation a tendu à une certaine exemplarité dans la mise en oeuvre de la concertation préalable ». **Note 52** À suivre le Gouvernement, le caractère général de

l'information transmise permettrait de ne pas préjuger du contenu des négociations à venir. Aussi l'idée de fournir aux partenaires sociaux une étude d'impact a-t-elle été écartée lors des débats. V. les échanges de M. Fischer et de Mme Proccacia : JO Sénat CR, 17 janv. 2007, p. 329.

Note 53 *Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 59. **Note 54** Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998 : RTD civ. 1998, p. 796, note N. Molfessis ; RFD const. 1998, p. 640, note M. Favoreu. **Note 55** G. Larcher : JO Sénat CR, 17 janv. 2007, p. 293. **Note 56** G. Larcher : JO Sénat CR, 17 janv. 2007, p. 292. **Note 57** V. not., sur ce point, Mme Procaccia : JO Sénat CR, 17 janv. 2007, p. 295.*

Note 58 C. trav., art. L. 101-3. – V. infra, le dialogue d'encadrement. **Note 59** J.-E. Ray, 4 mai 2004 – mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois – À propos du rapport Chertier, préc., p. 981 « [...] face à une demande socialement délicate de l'opinion du moment, [...] le Gouvernement aura beau jeu d'indiquer qu'en ce qui le concerne, la demande est légitime mais qu'il n'y peut [immédiatement accéder] : il faut attendre les partenaires sociaux qui, comme vous le savez, ont un train de sénateur ». **Note 60** V. *Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 63. **Note 61** V. *Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 63. **Note 62** G. Larcher : JO Sénat CR, 17 janv. 2007, p. 293. **Note 63** V. la liste D.-J. Chertier, préc., p. 88 et s. **Note 64** *Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 46. **Note 65** Trois collèges : représentants des salariés, représentants des employeurs et représentants de la société civile. Dans la composition de ce dernier groupe, propice aux dérives, une place plus importante devrait être réservée à des personnalités issues du monde associatif, mais également à des personnes qualifiées (« des juristes, des économistes, des scientifiques pourraient ainsi être plus fréquemment désignés »). La nomination de ces derniers devrait être soigneusement encadrée : « expression en amont de besoins en compétences particulières par le président de l'institution, avis public de celui-ci sur la proposition de nomination » (*Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 65*). **Note 66** *Rapp. D.-J. Chertier, préc., p. 65. **Note 67** V. *Rapp. AN n° 3465, préc., p. 55*, reprenant le discours tenu par M. Larcher, le 6 novembre 2006, devant la Commission nationale de la négociation collective. **Note 68 C. trav., art. L. 136-2.** Avant que cette nouvelle prérogative ne lui soit reconnue, la commission avait déjà, selon ce texte, près de huit missions, notamment : formuler des propositions au Gouvernement pour améliorer le développement de la négociation collective, émettre un avis sur les projets de lois et décrets relatifs à la****

négociation collective ou encore examiner le bilan annuel de la négociation collective. **Note 69 C. trav., art. L. 322-2.** Conseil qui peut être consulté (ce n'est jamais une obligation) sur toute mesure destinée à faciliter aux travailleurs la continuité de leur activité (cf **C. trav., art. L. 322-1**). **Note 70 C. trav., art. L. 910-1.** Ce conseil, dont la composition peut apparaître pléthorique (cf **C. trav., art. L. 910-1**) et qui se décline de manière tentaculaire en « comités régionaux et départementaux », a notamment pour mission d'évaluer les politiques régionales d'apprentissage et de formation professionnelle tout au long de la vie et de donner son avis sur la législation et la réglementation applicables en matière de formation professionnelle tout au long de la vie et d'apprentissage. **Note 71** Pour peu qu'ils aient une réelle portée médiatique, l'utilisation de ces bilans d'étape sera difficilement évitable. Il est fort probable que le Gouvernement y puisera une partie des arguments le conduisant soit à prolonger le dialogue sur une question qu'il ne souhaite pas trancher soit à mettre fin aux négociations annonçant que, de l'aveu même des négociateurs, elles se heurtent à une impasse. La loyauté voudrait que ni le Gouvernement, ni les syndicats n'instrumentalisent ce bilan. Il ne doit pas servir de « réservoir à prétextes », justifiant des interventions gouvernementales intempestives. Il ne doit pas davantage conduire les négociateurs à des déclarations exagérément pessimistes, éventuellement motivées par le sentiment qu'ils pourraient obtenir, par d'autres voies (une loi ou un règlement), un texte plus proche de leurs aspirations. **Note 72** Encore faut-il pouvoir identifier un préjudice. Celui, moral, de n'avoir pas été correctement informé ? Il paraît difficile d'imaginer qu'un Gouvernement ou la Commission nationale de la négociation collective envisage une telle action. De même, le salarié ne saurait juridiquement se plaindre de ce qu'une négociation annoncée, même si elle aurait pu lui apporter des droits nouveaux, ne s'est pas tenue. La perte d'une chance suppose que la probabilité de survenance de l'événement souhaité soit élevée et tel n'est manifestement pas le cas lorsqu'il s'agit de négociation. **Note 73** V. *Rapp. AN n° 3465, préc., p. 56. **Note 74** V. **C. trav., art. L. 101-2.** Que le texte lui soit soumis ne signifie pas qu'il soit habilité à émettre un avis préalable. **Note 75** Sur cette distinction dans les textes communautaires : B. Teyssié, *Droit européen du travail : Litec, 3e éd., 2006, p. 46, n° 102.* **Note 76** V. *Rapp. AN n° 3465, préc., p. 28 et p. 79 et s.**

3) Les accords nationaux interprofessionnels : quels acteurs, quels pouvoirs ? FABRE Dominique, *Semaine Sociale Lamy - CHAPITRE 3 Problématiques des accords interprofessionnels - n° 1361 Supplément du 07/07/2008*

L'accord national interprofessionnel n'est pas un genre nouveau (121). Ses liens avec la loi ne le sont pas davantage. Il l'a précédée, comme l'accord sur la mensualisation et les procédures conventionnelles du 10 décembre 1977, qui sera annexé à la **loi n° 78-49 du 19 janvier 1978** (JO, 20 janv.) avant d'être purement et totalement intégré au Code du travail (v. sur ce point la chronique critique de P. Morvan, JCP S 2008, n°s 18 à 20, p. 15). Il sera traduit, voire trahi, par le législateur (ex. accord du 24 mars 1990 sur les contrats à durée déterminée et le travail temporaire, source d'inspiration de la **loi n° 90-613 du 12 juillet 1990** sur les contrats précaires, JO 14 juill.). Il la suivra, pour en préciser les modalités d'application (ex. accords Unedic conclus en application de l'**article L. 5422-20 du Code du travail**) ou lui apporter des aménagements constitutifs d'avantages plus favorables selon le principe de faveur codifié sous l'**article L. 2251-1 du Code du travail** (ex. accord du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi).

Mais la loi le provoque aujourd'hui, l'incitant à la précéder pour mieux le suivre. Ce pas de deux est mis en musique par la loi de modernisation du dialogue social (**L. n° 2007-130 31 janv. 2007**, JO 1^{er} févr.) dont l'importance dans notre paysage juridique est soulignée par son positionnement dans le Code du travail du 1^{er} mai 2008. Elle en fait l'ouverture, et ce n'est pas un hasard mais une affirmation de principe. Il n'y aura plus de droit étatique sans apport renforcé de réflexion, d'initiative, de consensus, et, en tout cas, d'association des partenaires sociaux. Comme l'a dit G. Ripert (« Les forces créatrices du droit », LGDJ 1955, n° 45, p. 116), l'ordre légal ne peut être imposé à tous « *que s'il apparaît à la plupart comme un ordre raisonnable* », et la démarche induite en matière de lois sociales est ici exemplaire, faisant des syndicats représentatifs des acteurs du changement législatif.

Les liens ainsi créés dans la préparation ou la maturation de la loi, tant sur les grandes orientations que sur les projets de loi eux-mêmes, sont cependant éphémères et relatifs.

Le gouvernement (car c'est de lui qu'il s'agit, et non du Parlement) oriente, suggère, mais conserve la maîtrise de ses décisions inscrites dans le temps, dans un calendrier, dans des délais et parfois dans l'urgence (ces quatre mots sont inscrits dans l'article 1 du Code du travail). Au demeurant, c'est d'ailleurs

son droit et sa responsabilité, qu'il soumet ensuite au vote parlementaire.

Mais ils sont d'autant plus relatifs que les accords interprofessionnels ont pour objet propre de créer du droit et non d'être serviteurs de la loi. Même s'ils sont tenus de la respecter lorsqu'elle est d'ordre public, ils peuvent y déroger dans un sens plus favorable, en créant des droits nouveaux ou supplémentaires. Ils ont un rôle autonome s'ajoutant à celui délégué. Il est celui consenti aux partenaires sociaux dès lors que leur représentativité, ou plutôt leur légitimité, est avérée dans le champ d'application de l'accord (J. Barthélémy, « Les accords nationaux interprofessionnels », Dr. soc. 2008, p. 568 ; Ph. Langlois, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », Dr. soc. 2005, p. 642). Ce qui n'est pas sans soulever de véritables interrogations sur les pratiques actuelles en matière de légitimité des accords (1).

Il est d'autant plus nécessaire de s'y intéresser que le pouvoir normatif dévolu aux ANI s'est trouvé considérablement accru, ce que démontre la publication rapide du projet de loi de modernisation du marché du travail, consécutif à l'ANI du 11 janvier 2008, confirmé par la parution des premiers projets de décret, alors même que la loi n'était pas encore votée. Cette accélération et cette croissance de la prise en considération de la norme concédée au niveau interprofessionnel interrogent tout autant sur l'impact en résultant sur la négociation de branche, sur le dialogue parlementaire, mais aussi sur le rôle respectif de la loi et de l'accord interprofessionnel au regard du constat de l'identité, de leur fonction créatrice d'une norme à caractère général (Lamy Négociation collective, étude 116-16). C'est là se poser la question de la normativité de l'ANI (2).

1 LÉGITIMITÉ

Les syndicats sont par définition de la loi des regroupements de personnes « *exerçant la même profession, des métiers similaires, ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, ou la même profession libérale* » (**C. trav., art. L. 2131-2**). Fédérés en union, celle-ci bénéficie de tous les droits conférés aux syndicats. On ne s'arrêtera pas sur l'ambiguïté de trouver dans le Code du travail le fondement juridique du syndicalisme patronal autant qu'ouvrier (**C. trav., art. L. 2111-1**). L'histoire l'explique sans autre raison. Il

est plus étonnant de noter l'absence de tout élément textuel de nature à permettre d'identifier le titulaire tant salarial que patronal, du droit de négocier un accord interprofessionnel (*sur ce point, v. les chroniques précit. de P. Langlois et J. Barthélémy*). Il est vrai que la technique de leur élargissement (**C. trav., art. L. 2261-24 et s.**) semble permettre de passer outre de façon parfaitement régaliennne ce qui est une deuxième cause de surprise au moment où l'on prône une démocratie sociale participative.

• Les titulaires du droit de négocier

En principe, il doit s'agir de syndicats représentatifs. En pratique, toutes les parties ne sont pas présentes à la table des négociations d'un accord dont, jusqu'à ce jour, personne n'a contesté malgré ce, le caractère interprofessionnel.

Des syndicats représentatifs. Telle est la condition pour participer

• **Les syndicats de salariés** : cette condition résulte pour les salariés, de la définition de la capacité de négocier, reconnue aux seules organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord (**C. trav., art. L. 1223-1**). Par renvoi logique lorsque le champ d'application d'un accord interprofessionnel est national (**C. trav., art. L. 2232-1**), en résultent — tout à la fois la nécessité de la représentativité et la détermination de son niveau d'appréciation.

Pour autant, cela ne qualifie pas de plein droit n'importe quel syndicat de salariés et à tout le moins doit-on aussi exiger une capacité à engager l'interprofession pour sa partie salariale, c'est-à-dire en fait l'ensemble des professions. C'est donc au plan confédéral que se trouveront les négociateurs salariés, sauf délégation particulière consentie à un syndicat catégoriel ou régional (**C. trav., art. L. 2231-2**).

Au moment où l'on confère à ces organisations une parcelle supplémentaire de l'aura législative, la seule observation qui s'impose est celle de leur réelle représentativité.

La loi de 2007 contribuera peut-être à l'augmenter dès lors que serait compris le principe essentiel de toute négociation, qui est de créer une norme, de la faire évoluer, et non pas de s'y opposer. Ne pas accompagner le mouvement social revient à terme à s'en exclure. Les travaux actuels sur l'appréciation de la représentativité devront tenir compte du rôle nouveau donné aux syndicats.

• **Les syndicats employeurs** : du côté des employeurs, rien de tel. Il faut mais il suffit être une organisation syndicale. Nul besoin de représentativité déclarée ou prouvée. Du moins cela résulte-t-il du texte générique de l'**article L. 2231-1**

du Code du travail concernant la capacité à négocier, muet sur cette exigence. Une seule condition, celle de pouvoir agir en couvrant tout le champ d'application de l'accord c'est-à-dire au niveau national et interprofessionnel.

La discrimination entre les parties se confirme d'ailleurs par la réservation du droit d'opposition à la seule majorité des syndicats de salariés (**C. trav., art. L. 2232-2**, v. ci-après).

Certes, on pourrait retenir que « *l'application d'une convention ou d'un accord collectif dépend, du fait de l'article L. 135-2 du Code du travail* (Recod., C. trav., L. 2254-1), *de la seule situation de l'employeur* » (P. Langlois, art. précit., p. 641). Encore lui faut-il être lié par la décision du syndicat auquel il n'adhère peut-être pas, et surtout faut-il que celui-ci représente quelque chose, c'est-à-dire une partie significative des employeurs relevant du champ d'application de l'accord. On ne peut engager une profession et *a fortiori* une interprofession sans pouvoir de la représenter au sens de l'**article L. 2121-1 du Code du travail**, en démontrant par ses effectifs, son indépendance et ses cotisations la réalité de l'existence d'un être moral juridique, vivant et actif.

Le texte de l'article L. 2231-1 doit dès lors être revu pour réserver aux seuls syndicats d'employeurs représentatifs le droit de négocier un ANI. Cela permettra de le mettre en conformité avec la loi de janvier 2007 qui leur réserve ses faveurs. Selon l'article L. 101-1 de la loi (**C. trav., art. L. 1**), il ne peut en effet y avoir de concertation préalable qu'avec les organisations identiquement représentatives au plan national et interprofessionnel. Il en est de même de la composition de la commission nationale des conventions collectives qui leur est réservée (C. trav., art. L. 2272-1).

Quels syndicats représentatifs ? Merci au législateur de 2007 pour ses indications substantielles. On le sait désormais, sont éligibles au droit de se concerter sur « *tout projet de réforme [...] qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle [...] les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel [...]* » (**C. trav., art. L. 1**).

Première hypothèse : pour être admis à la négociation d'un accord national interprofessionnel il suffirait donc de prouver sa représentativité nationale et interprofessionnelle. Facile pour les confédérations de salariés à vocation omnibranche. Exit dès lors pour les autres syndicats patronaux nationaux, représentant un ensemble de branches, voire de professions (ex. les confédérations agricoles, l'Unapl pour les professions libérales, l'Unifed pour le secteur social et médico-social à but non

lucratif,...), mais pas toutes. Il s'agit des syndicats inter ou multibranches ou de syndicats interprofessions, qui, dès lors, ne peuvent avoir vocation et compétence à représenter l'ensemble des entreprises françaises. Tout comme les syndicats catégoriels de salariés (ex. Ugict), ils ne peuvent engager que leurs adhérents ou, par arrêté d'extension, les membres des branches représentées. Dès lors, il n'y a du côté patronal comme organisation nationalement ou interprofessionnellement représentative que celles dont les statuts sont ouverts au point de n'exclure personne et de rassembler le monde agricole, le monde libéral, artisanal, de l'économie sociale, etc. Cela ne signifie pas l'unicité confédérale, mais à tout le moins l'existence (et la représentativité) d'une union générale, sans autre critère d'admission que la qualité d'organisme employeur. Singulière conception qui va conduire les organisations patronales à se pencher sur leurs statuts et à décider de l'utilité de leur modification. Philippe Langlois en tire pour conséquences la seule éligibilité du Medef et donc constate devoir l'exclure pour l'UPA ou la CGPME, tout en actant que leur présence aux négociations était peut-être tolérée par le fait de leur représentativité d'entreprises présentes dans l'ensemble des branches professionnelles (art. précit., p. 642). Mais le Medef a-t-il vocation à représenter le monde rural, les professions libérales, les organismes de sécurité sociale à gestion paritaire, le secteur non lucratif... ?

À cette conception, Jacques Barthélémy oppose un argument de poids : « *Si les accords collectifs conclus du côté patronal par le Medef et la CGPME (ndla : peut-être eût-il dû l'exclure, ce syndicat excluant lui-même les grandes entreprises) pouvaient couvrir l'ensemble des secteurs professionnels, la technique d'extension suffirait. La technique d'élargissement ne serait d'aucune utilité, puisque son objet est d'exporter l'accord dans des secteurs hors de son champ professionnel* » (art. précité, p. 568). Et la lecture du 3^o de l'**article L. 2261-17 du Code du travail**, de confirmer l'effet de l'élargissement d'un accord qui est de le rendre obligatoire dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans son champ d'application. Autrement traduite, la conception extensive reviendrait à permettre au seul syndicat « *universel* » de négocier pour certaines branches seulement, avant de solliciter l'élargissement de l'accord. Ce serait contre nature et la négation même de l'essence du syndicalisme, à savoir la défense des intérêts professionnels.

On devrait admettre dès lors une conception souple de la notion d'interprofession qui ne se réduit pas à un syndicat « *toutes branches* », mais recouvre

également un ensemble de secteurs professionnels ou même le secteur d'un ensemble professionnel, ce que l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 mai 2002, établit en « *considérant que le champ d'application des accords étendus par l'arrêté attaqué [...] couvre 36 professions libérales et réglementées, que conformément aux dispositions précitées de l'article L. 133-1 du Code du travail, la représentativité des organisations syndicales doit être appréciée au niveau de ce champ d'application qui compte plusieurs activités économiques* » et surtout « *que cette union [...] est une organisation d'employeurs représentative des professions libérales au niveau national ; qu'ainsi, elle est représentative dans le champ d'application des accords étendus, sans qu'ait d'incidence la circonstance qu'elle ne soit pas signataire des conventions collectives conclues pour chacune des professions libérales comprise dans ce champ ; que cette représentativité lui permettait de négocier et conclure l'accord étendu sans avoir à justifier, au préalable, d'un mandat obtenu de chacune des organisations syndicales d'employeurs présentes au sein des différentes professions libérales concernées* ».

Rajoutant que l'Unapl est membre de droit de la commission de négociation collective (**C. trav., art. R. 2272-3**), il en tire pour conséquence son pouvoir de représenter l'ensemble des professions libérales sans avoir besoin d'un mandat de chacune des organisations d'employeurs présentes au sein des différentes professions libérales concernées (CE, 31 mai 2002, n^o 229574).

Au sein des professions libérales, l'Unapl est donc un syndicat interprofessionnel, comme au sein du secteur industriel, commercial ou des services le Medef ou la CGPME et dans le monde agricole la FNSEA...

En revanche, dès qu'il s'agit d'embrasser l'ensemble des activités françaises pour être réellement interprofessionnel, il n'est personne, et le Medef n'a aucune vocation à représenter les professions libérales. Comme le dit Jacques Barthélémy, il n'y a pas une mais des professions, et la définition en est variable.

Il est clair par exemple que la procédure de préconsultation législative de l'**article L. 1 du Code du travail**, en ce qu'elle vise la consultation des organisations professionnelles au sujet d'un projet de réforme, conduit du fait du champ d'application de la loi à la concertation avec l'ensemble desdites organisations, et que l'UPA ou l'Unapl ne pourraient pas en être écartés. Ils représentent une interprofession.

Pour faciliter la compréhension du droit à ce moment fort de l'histoire du dialogue social, on

pourrait solliciter du législateur une définition plus précise, au moins par orientation, de son entendement des diverses notions employées par le code en la matière : branche, activité, secteur professionnel et interprofession.

• **De la négociation à l'élargissement des ANI**

Négociation et conclusion. Tous les syndicats nationaux représentatifs dans le champ d'application des accords doivent être conviés à la concertation. Non écrite, la condition d'unanimité est cependant de droit, excluant toute discrimination (CE, 15 déc. 1978, n° 99866, D. 1979, IR 332, obs. P. Langlois ; CE, 24 juin 1987, D. 1987, IR 1973). Tous peuvent donc participer et bénéficier d'un niveau d'information identique. En revanche, sont exclues les organisations représentatives d'une partie seulement de l'interprofession (CE, 31 mai 2002, n° 229574).

Du côté salarial, la signature de l'accord est sans particularisme, une signature non catégorielle suffit pour valider cet accord, sauf droit d'opposition.

Du côté patronal, c'est plus complexe, et la signature n'engage que le signataire, en l'espèce les branches ou secteurs qu'il représente par adhésion. Un accord signé par le Medef ne peut engager les adhérents de l'Unapl, et le Medef ne peut engager que les branches d'activité industrielle y ayant adhéré (**Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-16.616**, Dr. soc. 2005, p. 640, note Ph. Langlois). Réciproquement, l'Unapl ne pourrait engager le Medef et l'extension de l'accord ne saurait faire sortir celui-ci de son champ d'application, réservé aux professions représentées par l'institution signataire. Cela explique d'ailleurs l'absence de droit d'opposition consenti aux organisations patronales. Il n'en est nul besoin car l'accord ne leur est pas opposable si elles n'en sont pas directement ou indirectement signataires.

En fait, pour accroître le champ d'application de l'accord et en forcer le périmètre professionnel, il faut l'élargir après l'avoir étendu.

L'élargissement spécifique des ANI. L'article **L. 133-12 du Code du travail** du 30 avril 2008 est aujourd'hui reproduit à l'identique dans notre tout nouveau Code (**C. trav., art. L. 2261-17**). Il autorise le ministre du Travail, en cas d'absence ou de carence des organisations de salariés ou d'employeurs se traduisant par une impossibilité persistante de conclure un accord dans une branche d'activité ou un secteur territorial déterminé (autre que national), à prendre un arrêté rendant obligatoire l'accord professionnel étendu, dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans son champ d'application.

Ce droit est quasi régalién puisqu'exercé à la demande d'une des organisations représentatives intéressées ou de la propre initiative du ministre. Le constat d'une absence ou d'une carence des syndicats suffit, c'est-à-dire leur non-signature. Aucun délai de grâce n'est laissé, contrairement à la procédure spécifique d'élargissement des accords de branche où il ne peut y avoir carence qu'après vide conventionnel quinquennal.

Il est finalement un seul obstacle sérieux, le droit d'opposition écrite et motivée de la majorité des membres de la commission de la négociation collective.

La composition de celle-ci laisse toutefois penser que ce droit est bien virtuel. Du côté patronal, le Medef détient à lui seul la moitié des voix, de sorte qu'il est seul maître du jeu. Autrement dit, il n'y aura arrêté d'élargissement que si le Medef le souhaite, le ministre demandant alors au représentant des entreprises publiques (choisi après consultation du Medef), d'ajouter sa voix, qui fait majorité patronale. Le vote d'opposition pourrait plus facilement être acquis par les syndicats salariaux, mais dans quel but refuser une extension de droits constitutifs d'avantages pour les salariés ?

Rajoutons qu'à la seule condition d'absence ou de carence de la ou des branches d'activités visées par l'élargissement, l'arrêté est sans limite. Il peut élargir à toutes les branches et sans avoir à les viser expressément dans l'arrêté (à propos de l'ANI sur les VRP, CE, 17 janv. 1986, n° 55509 ; deuxième arrêt du même jour, n° 55715). Il suffit de constater l'absence d'accord portant sur le même objet pour que l'accord soit élargi dans la branche d'activité concernée.

Peu importe d'ailleurs que la profession « *rattrapée* » ait été expressément exclue de l'accord interprofessionnel en cause. Il lui appartenait de négocier sur le même thème. Il y a même carence quand la négociation de branche a été fructueuse mais n'a pas porté sur tous les sujets visés à l'accord interprofessionnel dont on sait qu'il peut porter sur un ou plusieurs sujets relevant du domaine de la négociation collective (**C. trav., art. L. 2221-1**) ? Il y a bien carence sur les sujets non traités. Quant à ceux déjà négociés dans la branche, ils seront simplement confrontés aux règles dites d'« *articulation des conventions et accords* » dans le nouveau Code du travail (**C. trav., art. L. 2252-1 et s.**). Il n'est donc guère de véritable obstacle à la procédure d'élargissement.

Par celui-ci, l'accord acquiert une dimension de véritable « *loi professionnelle* » et ses auteurs, par effet de retour, infléchissent le droit national. Il est donc d'autant plus nécessaire de vérifier la

représentativité de ceux invités à la négociation pour la faire correspondre à la réalité de notre tissu économique.

2 NORMATIVITÉ

Signé, étendu, élargi, l'accord s'applique dans sa sphère plus ou moins large d'influence. Il a son pouvoir normatif propre, dont la volonté des parties peut faire varier l'intensité des effets. Plus contre nature peut sembler son lien ancien, et aujourd'hui officialisé, avec la loi. Cela permet à l'expression politique de la démocratie d'être enrichie par celle de la démocratie sociale et donc, à celle-ci de mieux accepter celle-là. Déléguer le pouvoir de « légiférer » à ceux qui vont devoir l'appliquer est un gage de bonne application de ce à quoi l'on aura consenti.

• Normativité propre

Légalement, les ANI articulent leurs effets selon les dispositions générales du Code du travail (**C. trav., art. L. 2251-1 et s.**), et cela ne paraît pas appeler de regard particulier sur un schéma juridique connu.

À tout le moins doit-on signaler deux tendances fortes des négociateurs à multiplier les déclarations d'intention d'une part, et ensuite à essayer de préserver l'intégrité de l'accord, fruit de concessions réciproques.

De nombreux engagements de négociation. L'ANI sur la modernisation du marché du travail est topique de la première observation où les engagements à la négociation à venir se multiplient, peut-être pour occuper le terrain et ne pas le laisser au législateur, peut-être car les orientations gouvernementales étaient d'une telle ampleur qu'elles auraient nécessité une négociation bien plus longue pour être complète, peut-être aussi car les partenaires sociaux voulaient rapidement aboutir sur leurs préoccupations d'actualité mais l'étaient moins sur les autres (v. les libres propos de F. Favennec-Hery, JCP S, 19 févr. 2008, p. 3 et s.).

Sauf engagement ferme et précis, ces déclarations d'intention n'ont aucun pouvoir contraignant et ne pourraient acquérir une quelconque épaisseur juridique qu'au travers de la démonstration d'un manquement à l'obligation de loyauté dans l'exécution de la convention. Cela justifierait l'octroi de dommages et intérêts, mais certainement pas une condamnation à exécution.

Mais au-delà des intentions se profile la silhouette d'un droit immédiatement exigible, l'accord s'imposera (**122**).

Le lecteur de l'ANI de janvier 2008, lorsque celui-ci sera applicable, devra par exemple identifier si la rupture de l'essai jusqu'ici discrétionnaire (**Cass. soc., 22 oct. 1991**, Bull. civ. V, n° 814) sauf abus (**Cass.**

soc., 6 déc. 1995, n° 92-41.398, Bull. civ. V, n° 330) sera désormais réservée au seul cas d'une évaluation négative des compétences du salarié dans son travail, ce qui en facilitera la contestation judiciaire (ANI, art. 4).

À l'inverse, il pourra imaginer contester la réduction d'ancienneté nécessaire au bénéfice d'une indemnisation complémentaire de maladie lorsque celle-ci sera prévue par des dispositions conventionnelles et non par un accord de mensualisation, source juridique très spéciale visée par l'article 5 de l'ANI. La loi devrait corriger cette impropriété.

La protection des ANI. Les auteurs des ANI s'ingénient ensuite à protéger le résultat de leurs transactions. Ceux qui les construisent connaissent les véritables stratégies d'échange conduisant au consensus final. La floraison de clauses évoquant l'indissociabilité de l'accord ou de façon moins affirmée comme l'ANI de janvier 2008, l'existence d'un « *équilibre d'ensemble* » en est la traduction.

On ne peut traiter ces clauses à la légère, sauf à faire fi du processus contractuel. Les clauses contraires à l'ordre public seront écartées aussitôt qu'écrites, sans remettre en cause l'édifice, car nul ne peut ignorer la loi (**C. trav., art. L. 2251-1**). De même, et pour la même raison, l'application de la loi ou d'une convention de branche plus favorable en lieu et place de l'accord interprofessionnel, ne déséquilibre pas l'accord, le principe de faveur étant présumé connu lorsqu'il n'est pas exclu.

Mais l'évolution législative ultérieure plus favorable aux salariés ne permettrait-elle pas de remettre en cause les abandons sur d'autres thèmes ? Cela justifierait certainement que la loi accepte de respecter, c'est-à-dire traduise dans le Code du travail, tous les droits négociés, contractuellement présentés comme équilibrés, ce qui vaut bien sûr pour l'ensemble du droit conventionnel et donc, au-delà des seuls ANI.

L'impact de la loi est vraiment majeur et ce, y compris lorsqu'il prétend déléguer son pouvoir.

• Normativité déléguée

Historiquement et généralement serviteur de la loi qu'il ne pouvait négliger sauf dans un sens plus favorable ou lorsque celle-ci le lui autorisait, l'ANI est promu au rang de bureau d'étude du législateur.

L'ANI au service de la loi. Par définition de la loi (**C. trav., art. L. 2251-1**), l'ANI peut contenir des dispositions qui lui sont plus favorables. En cela il ne diffère pas d'accords d'autres niveaux.

Tout aussi classique est le rôle dévolu dans la mise en œuvre de la loi (v. J. Barthélémy, « Les accords nationaux interprofessionnels », art. précité, p. 569).

Cela vise les accords de protection sociale fondés sur la solidarité nationale tels l'assurance chômage ou les retraites complémentaires. L'**article L. 921-4 du Code de la sécurité sociale** donne aux ANI compétence pour instituer les régimes de retraite complémentaire déclinant le principe d'adhésion obligatoire et générale institué par l'article L. 921-1. De même, l'**article L. 5422-22 du Code du travail** (ancien art. L. 351-8) réserve-t-il aux accords nationaux et interprofessionnels le droit d'être agréé, condition de leur existence prévue à l'article L. 5422-20.

Le contrôle judiciaire et administratif des accords est alors un véritable contrôle de légalité, c'est-à-dire de conformité à la norme supérieure.

La délégation de pouvoir réglementaire, puisqu'il s'agit de textes d'application, est de ce fait strictement encadrée, l'agrément n'étant possible qu'en l'absence de stipulation incompatible avec la loi, respectant ainsi la hiérarchie normative (**C. trav., art. L. 5422-22, 2^e al.**, pour les régimes d'assurance chômage; nécessité de l'extension et de l'élargissement et donc contrôle légal de conformité de l'autorité déléguée pour les régimes de retraite). Pour autant les partenaires sociaux restent très libres du contenu de l'accord, ce qui se conçoit car la chronologie démontre la préexistence des accords créateurs des régimes en question que la loi a eu pour simple et unique mérite de généraliser. En cela, les partenaires sociaux avaient déjà joué le rôle pré législatif que l'on entend leur confier et il est logique que le législateur n'ait pas voulu déranger un ordre contractuel qui fonctionne bien. Il est alors normal que la main soit laissée aux partenaires sociaux.

La loi au service de l'ANI ? Inscrite dans la loi du 31 janvier 2007, la fonction de bureau d'étude renverse la donne. Sur la base de projets gouvernementaux de modification législative et d'un document de cadrage faisant état des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis, et même les principales options des réformes envisagées, les organisations représentatives au plan national sont invitées à se concerter en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation interprofessionnelle dans un délai qu'elles fixeront... avec la menace sous entendue d'une loi plus rapide que le pas des négociateurs. Bref, pas d'obligation, mais une forte incitation, voire même une certaine excitation qui pousse à négocier pour éviter le pire.

La loi peut ou non, tenir compte de l'ANI conçu comme un avis. Elle peut le faire plus ou moins. Le droit des contrats, et notamment la stipulation de conditions, vient au secours de la préservation de la volonté des parties lorsque celles-ci ne souhaitent pas être trahies. On peut ici songer à une loi plus

favorable sur certains points et à l'extension et l'élargissement de l'ANI entraînant addition d'avantages les plus favorables. En intégrant des conditions résolutoires des avantages contractuels consentis par l'accord en contrepartie de la renonciation des organisations de salariés sur d'autres avantages, on préservera l'économie de l'accord en laissant au législateur la responsabilité sociale et politique de sa disparition.

Les échanges entre la loi et les ANI sont enfin stimulants. En voici un proposé à l'investissement doctrinal : l'article 5 de l'ANI de janvier 2008 modifie la condition d'ancienneté pour bénéficier de l'indemnisation en cas de maladie prévue par l'article 7 de l'ANI de mensualisation du 10 décembre 1977. Or, d'une part, cet ANI aurait, selon la Cour de cassation, acquis une valeur législative du fait de son annexion à la loi (**Cass. soc., 17 janv. 1996, n° 93-20.066**, Dr. soc. 1996, p. 643, obs. J. Barthélémy), d'autre part, fort de cette légalité par annexion, le nouveau Code du travail en a intégré les dispositions (**C. trav., art. L. 1226-1**). De plus, ledit Code résulte d'une loi antérieure à l'ANI, mais son entrée en vigueur est postérieure à la signature de celui-ci, quoiqu'antérieure à sa propre entrée en vigueur elle-même conditionnée à la publication des dispositions législatives et réglementaires indispensables à son application. Dans tout cela, une seule solution et une certitude. Le législateur n'ayant pas le pouvoir d'annuler l'ANI de mensualisation de 1977, les partenaires de 2008 peuvent toujours le modifier et à la date d'entrée en vigueur de l'ANI, les salariés pourront compter sur le bénéfice de ses dispositions. Mais fallait-il codifier l'accord en suivant la position pourtant changeante de la Cour de cassation, qui en 1991 donnait à l'accord sa pleine valeur conventionnelle (Cass. soc., 17 oct. 1991, n° 99.866, Bull. civ. V., n° 414) ? L'élargissement de l'accord n'aurait-il pu être envisagé et la loi de 1978 remise en question ?

Délicat exercice de faire surchaper des normes de nature différente et le législateur devrait y réfléchir à deux fois avant de recommencer. Et pourtant... il compte le faire encore, ce que la loi portant modernisation du marché du travail révèle et alors même qu'elle n'avait pas besoin d'intervenir (ex. sur la motivation de la période d'essai). Si l'ANI considéré comme bureau d'étude sert à fabriquer des lois là où cela n'est pas nécessaire, cela entraîne en fait un recul du contrat.

(Note 121) Sans souci d'être exhaustif, il suffira de rappeler ceux de 1947, création du régime Agirc ; 1958 sur l'assurance chômage ; 1961, organisation des régimes de retraite non cadres ; 1969 sur la sécurité de l'emploi ; 1975 sur l'amélioration des

conditions de travail ; 1977 sur la mensualisation ; 1987, relatif à la garantie de ressources – démission ; 1990, sur les contrats à durée déterminée et le travail temporaire ; 1991, relatif à la formation professionnelle ; 1995, sur la durée du travail ; 2003, sur l'accès à la formation professionnelle tout au long de la vie ; 2004, concernant la mixité et l'égalité professionnelle ; 2006, sur la diversité de l'entreprise...

(Note 122) Ex. pour la désignation d'un représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les entreprises de plus de 300 salariés en application de l'article 23 de l'ANI du

17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail : Cass. soc., 20 nov. 1991, deux arrêts, no 89-12.787 et no 88-20.039. Dans le cas d'espèce, l'accord lui-même faisait la distinction entre les principes d'orientations destinées à orienter et faciliter la négociation de branche et les dispositions directement applicables. Autre exemple dans Cass. soc., 16 juin 1984, Desvignes c/Font, arrêt non publié, no 1556, accordant le bénéfice de l'indemnité de départ en retraite au salarié en garantie de ressources-démission et ce, alors même que les stipulations évoquées figuraient dans le seul préambule de l'ANI du 13 juin 1977.

4) Conseil d'État, Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, p.264

Ne pas attribuer de domaine législatif propre aux partenaires sociaux mais assurer le plein respect de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007

Considérant que la Constitution confère à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, le Conseil d'État n'est pas favorable à ce qu'un domaine propre soit réservé aux partenaires sociaux dans lequel ils disposeraient de l'initiative et de la maîtrise de la règle de droit. L'expérience montre d'ailleurs que la détermination d'un tel champ, à la supposer possible, serait provisoire, insatisfaisante et inopérante. Car, s'il existe des sujets consensuels comme la formation professionnelle où les oppositions d'intérêt sont faibles et la probabilité d'accord élevée, il existe aussi de nombreux domaines peu propices à la négociation en raison de leur complexité 919 ou des oppositions irréductibles d'intérêt : les négociations n'ayant que peu de chances d'aboutir, déléguer le pouvoir de légiférer aux partenaires sociaux n'y aurait guère de sens. Par ailleurs, les conflits sociaux, l'actualité ou l'urgence se chargeraient de rendre rapidement caduque toute répartition rigide des matières.

L'expérience italienne confirme le bien-fondé de cette appréhension. La loi du 29 mars 1983 y avait organisé dans le domaine de l'emploi une séparation entre les règles relevant de la loi et celles nécessitant un accord de type contractuel avec les syndicats. Près de quinze ans plus tard, cette loi-cadre apparaît à certains comme un « *mero canovaccio* », c'est-à-dire un simple canevas à partir duquel les acteurs ont tenté une « *invasione di campo* », c'est-à-dire une incursion dans l'autre camp 920, législatif ou contractuel. Une instabilité normative en est

résultée, le Parlement et, sur habilitation, l'administration empiétant sur des aspects du droit du travail réservés théoriquement à la négociation, tandis que les syndicats ont exigé une négociation dans des matières pourtant clairement attribuées au domaine unilatéral.

Le Parlement français doit naturellement, après avoir fixé ce qui relève des principes fondamentaux, conserver sur tout sujet la possibilité de renvoyer à une négociation des partenaires sociaux et le Conseil d'État ne voit que des avantages à promouvoir, lorsque cela est possible et comme y invite la loi du 31 janvier 2007, la norme sociale négociée comme source de la loi, comme viennent de le faire l'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, ou la convention comme modalité d'application de la loi se substituant au règlement.

La focalisation du débat depuis 2000 sur la répartition du champ normatif entre législateur et partenaires sociaux a en outre eu pour effet de détourner l'attention d'autres questions très importantes comme celles de l'application et de l'administration par les partenaires sociaux eux-mêmes de la norme négociée postérieurement à son adoption. Elle a fait oublier que l'essentiel de la vie pratique consiste, notamment pour les branches et les entreprises, à appliquer et à administrer cette norme. Les questions de maintenance et d'interprétation de la norme négociée – dont on a souligné l'insuffisante qualité – de réécriture ou de dénonciation des conventions ayant mal vieilli ou étant devenues incompatibles avec une loi ou une

jurisprudence nouvelles 921, de la conciliation et de l'arbitrage en droit du travail 922 requièrent aux yeux du Conseil d'État une attention plus grande que la controverse sur la question de savoir qui, du législateur ou des partenaires sociaux, doit fixer le temps de travail.

En revanche, il fallait impérativement que les règles du jeu soient précisées quant à la place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes concernant le droit du travail. L'un des bénéfices que l'on peut attendre de **la loi du 31 janvier 2007** est de freiner la profusion normative qui caractérise un pays où il est de tradition, dans toutes les familles politiques, d'alterner éloge du dialogue social et marginalisation de celui-ci.

Cette loi **sur le dialogue social paraît ainsi en l'état suffisante au Conseil d'État. Il s'agit maintenant de**

l'appliquer de bonne foi, en particulier pour ce qui concerne la gestion de l'agenda partagé des réformes et la définition de leur champ. Si cette loi ne comporte pas de sanction apparente pour le

Gouvernement, ce dernier s'est interdit de légiférer sur les sujets dont les partenaires sociaux se sont emparés. Par ailleurs, le Conseil d'État, qui s'est attaché dans ses formations consultatives à en donner une interprétation conforme à la volonté du législateur 923, ne manquerait pas de procéder à la disjonction de tout article de projet de loi qui en méconnaîtrait les dispositions. De même, le Conseil d'État statuant au contentieux pourrait être conduit à apprécier si une réforme faite par la voie réglementaire a été précédée de la procédure prévue par la loi.

5) Conseil d'État, Rapport public 2008, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, p. 135

Projet de loi pour le pouvoir d'achat ; projet de loi sur la continuité du service public des transports ; application de l'article L. 100-1 du code du travail ; projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations

Le Conseil d'État a eu à apprécier, dans trois cas, la notion de réforme au sens de l'article L. 100-1 du code du travail. Aux termes de cet article, issu de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 relative à la formation tout au long de la vie et au dialogue social, « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives (...) en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* ».

Le projet de loi pour le pouvoir d'achat autorisait, dans certaines conditions, le déblocage immédiat des heures de travail épargnées et des droits à participation, pour un paiement aux salariés avant la fin du premier semestre 2008. Le Conseil d'État a estimé que de telles mesures, parce qu'elles ont un effet strictement limité dans le temps et même si cet

effet a vocation à toucher un grand nombre de salariés, ne modifient pour l'avenir ni les règles applicables à la réduction du temps de travail ni celles relatives au blocage de la participation. Elles n'ont, dès lors, pas le caractère de « réformes » au sens de l'article L. 100-1 du code du travail, qui auraient justifié la concertation préalable avec les partenaires sociaux en vue d'une éventuelle négociation.

Saisi d'un projet de loi relatif à la continuité du service public dans les transports, le Conseil d'État a constaté que cette réforme sectorielle ne relevait pas du « champ de la négociation nationale et interprofessionnelle » et que n'avaient pas à être appliquées les dispositions de l'article L. 100-1 du code du travail.

Le Conseil d'État a estimé que les deux articles du projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations qui modifient le code du travail, sont des articles de coordination, la transposition des directives communautaires dans le code du travail ayant déjà eu lieu, et que le projet de transposition pouvait dès lors être regardé comme n'étant pas une réforme au sens de l'article L. 100-1 mentionné ci-dessus.

6) Conseil d'État, Rapport public 2009, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, p. 161

Saisine des partenaires sociaux avant toute réforme

L'article L. 1 du code du travail dispose : « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. / À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. / Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. »

Le Conseil d'État a rendu en 2008 comme en 2007 (voir rapport public 2008, page 135) plusieurs avis sur l'obligation d'une telle concertation avant de le saisir de projets de réforme. Compte tenu de la rédaction de l'article L. 1, le Conseil d'État s'est fondé sur les trois critères cumulatifs suivants :

- les modifications apportées au droit existant sont-elles suffisamment importantes pour pouvoir être qualifiées de réforme au sens de l'article L. 1 ?
- le projet recouvre-t-il les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle, c'est-à-dire, pour l'essentiel, le périmètre du code du travail ? – le projet relève-t-il du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ?

En application de ces critères, le Conseil a estimé, selon les cas, que la saisine des partenaires sociaux aux fins de négociation préalable était ou non nécessaire.

Cas où l'invitation à la négociation est nécessaire.

Il s'agit notamment des grandes réformes en matière de relations du travail, qui ont effectivement été précédées, sur invitation du Gouvernement, par une négociation nationale et interprofessionnelle :

- le projet de loi relatif à la modernisation du marché du travail, qui a été précédé de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 ;
- et le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, qui a été présenté après l'adoption de la position

commune par plusieurs organisations d'employeurs et de salariés le 9 avril 2008.

Cas où l'invitation à la négociation préalable n'est pas nécessaire. Trois motifs permettent de se dispenser de cette invitation.

1° Il ne s'agit pas d'une réforme :

- certains projets ne modifient pas de manière durable l'état du droit positif, notamment le projet de loi pour le pouvoir d'achat, sur le déblocage de la participation ou sur les conditions de rachat des heures de RTT. Il en a été de même pour le projet de loi dit « TEPA » qui ne faisait qu'anticiper la mise en œuvre d'une mesure déjà décidée sur la majoration des heures supplémentaires dans les PME ;
- le projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations se bornait à compléter la transposition d'une directive ;
- il en est allé de même en matière de formation professionnelle pour une simple mesure de lissage au profit des entreprises de l'effet financier du passage des seuils de 10 et de 20 salariés.

2° La réforme ne porte pas sur les relations du travail, l'emploi ou la formation professionnelle :

- les exonérations fiscales et sociales ne relèvent pas, par principe, du champ de l'article L. 1, même si la politique de l'emploi à laquelle elles contribuent rentre dans ce champ ;
- les projets qualifiés de réforme par le Gouvernement mais dont les dispositions relatives au droit des relations du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, seules susceptibles de faire l'objet d'une négociation, ne constituent qu'un aspect mineur et ne sont pas suffisamment substantielles pour être qualifiées elles-mêmes de réforme : le Conseil d'État s'est prononcé en ce sens lors de l'examen du projet de loi de modernisation de l'économie sur des exonérations fiscales liées au plan d'épargne d'entreprise.

3° La réforme ne relève pas de la négociation nationale et interprofessionnelle :

- la suppression de l'autorisation préalable des heures supplémentaires par l'inspecteur du travail – un régime de police administrative – est sans doute une réforme importante, mais elle ne relève pas de la négociation collective et se trouve donc hors du champ défini par l'article L. 1 du code du travail ;
- les projets de réforme en matière de santé et de sécurité au travail ne relevaient pas de la négociation nationale et interprofessionnelle, dès lors qu'ils

comportaient la fixation unilatérale d'obligations pour les employeurs – le décret relatif au contrôle du risque chimique sur les lieux de travail – ou organisaient des consultations préalables dont l'État juge utile de s'entourer – décret créant le Conseil d'orientation des conditions de travail ;

– des dispositions qui présentent un caractère sectoriel et ne relèvent donc pas du champ de la négociation interprofessionnelle mais seulement le cas échéant de la négociation de branche, comme celles du projet de loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, expressément limité à une branche professionnelle.

Le Conseil d'État n'a pas encore eu à se prononcer souvent sur les modalités d'application de l'article L. 1 et notamment sur la teneur du document d'orientation et le délai laissé à l'expression d'une volonté de négociation, voire à la négociation elle-même. Il a eu toutefois à apprécier la teneur du document d'orientation par lequel le Gouvernement avait saisi les partenaires sociaux d'une réforme de la démocratie sociale, et notamment de l'avenant à cette saisine relative au temps de travail. Il a considéré que le document d'information, d'ailleurs complété par le Gouvernement dans un second

temps, était suffisamment précis. Dès lors que l'objet affiché de la réforme était de modifier la part respective de la loi et de l'accord collectif, le Gouvernement pouvait, sur la base d'une telle saisine, remplacer des pans entiers de dispositions relatives au temps de travail par des dispositions renvoyant à la négociation d'entreprise, subsidiairement à la négociation de branche, et doublement subsidiairement au décret. Il résulte des dispositions de l'article L. 1 que la négociation d'une stipulation en cette matière dans la position commune du MEDEF, de la CGT et de la CFDT en date du 9 avril 2008 ne lie en rien le Gouvernement quant au fond de la réforme. Enfin, le Conseil d'État n'a pas eu à statuer sur les modalités dans lesquelles s'exprime – ou ne s'exprime pas – la volonté des partenaires sociaux d'engager des négociations sur le projet de réforme dont ils sont saisis.

La section a examiné de nombreux projets de décret relatifs aux relations du travail et à l'emploi, à commencer par le décret de recodification de la partie réglementaire du code du travail.

7) Extraits de manuels relatifs à l'article L. 1 du code du travail

Droit du travail, Françoise FAVENNEC-HÉRY, Pierre-Yves VERKINDT, 2^e éd., L.G.D.J., p. 154-155

La loi de « modernisation du dialogue social » du 31 janvier 2007 n'adopte pas dans son dernier état les préconisations des rapports Hadas-Lebel (notamment sur la réforme des règles de la représentativité), ni celles du rapport Chertier (notamment sur l'idée d'un agenda partagé entre les partenaires sociaux et les pouvoirs publics)¹. Reprenant ce qu'exprimait déjà l'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004, elle prévoit que tout projet de réforme portant sur le dialogue social, les relations individuelles ou collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle fera l'objet d'une « concertation préalable » avec les partenaires sociaux en vue de l'ouverture d'une négociation interprofessionnelle. Si l'un des objets doit faire l'objet d'une loi, le gouvernement, sauf urgence

avérée, fournira aux organisations professionnelles un document d'orientation établissant un diagnostic de la situation à régler ainsi que les objectifs du texte envisagé. L'initiative passe alors aux partenaires sociaux qui indiqueront au besoin leur volonté d'engager des négociations interprofessionnelles sur le thème et le délai dont elles ont besoin pour la mener à bien. Par ailleurs, le gouvernement présentera chaque année à la Commission nationale de la négociation collective les orientations et le calendrier des actions qu'il entend mettre en œuvre dans les domaines susvisés. Ces dispositions figurent désormais aux articles L. 1 à L. 3 composant un chapitre préliminaire de la partie législative du Code du travail.

¹ Sur les rapport Chertier et Hadas-Lebel, v. M.A. SOURIAU et Ph. LANGLOIS, « Que penser du rapport Chertier ? », *Controverse, RDT 2006*, p.216 ; J-E. RAY, « 4 mai 2004-mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois. À propos du rapport Chertier », *Dr. Soc.*, 2006, p.981.

Droit du travail, droit vivant, RAY Jean-Emmanuel, 18^e éd., Ed. Liaisons, p. 42

Entérinant une vieille pratique nationale (cf. accord national interprofessionnel de décembre 2003 sur la formation tout au long de la vie devenu loi du 4 mai 2004) et directement inspirée des pratiques communautaires, la loi du 31 janvier 2007 a une forte valeur symbolique au pays de Colbert et de Napoléon.

Mais faute de modification de la Constitution, elle a un impact réduit.

- Seuls les projets du Gouvernement sont pour l'instant visés par cette concertation préalable avec les partenaires sociaux. Au-delà du net renforcement du rôle du Parlement depuis 2009, il n'est pas impensable qu'un député proche dépose, à l'occasion du vote d'une loi sociale, un amendement prérédigé par le ministre en charge. Sans parler de l'exception de « l'urgence » évoquée par le texte et à géométrie politiquement variable.
- Contrairement à ce que proposait le rapport de D.-J. Chertier de mai 2006 voulant se caler sur la pratique communautaire (cf. J.-E. Ray, *Dr. Soc.*, novembre 2006, p. 981), Gouvernement et législateur gardent tous deux les mains libres. Si un accord national interprofessionnel est finalement signé, il peut – et non doit – être repris, et le cas échéant *modifié* par le Parlement (cf. dans la loi de transposition du 25 juin 2008, le bloc de compétence judiciaire pour la nouvelle rupture conventionnelle créée par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008). Ce qui évidemment contrariera vivement les signataires qui avaient négocié trois heures l'article 32, nécessaire contrepartie de l'article 18... qui vient d'être supprimé par voie

d'amendement, détruisant le subtil équilibre forcé global d'un tel accord.

Il n'est d'ailleurs pas certain que ce texte mette fin aux mauvaises habitudes des partenaires sociaux français : plutôt que de négocier ensemble longuement et devoir faire des concessions, saisir un ministre politiquement proche est souvent plus rapide et moins coûteux. Ainsi le Médef était-il très attaché à la primauté du dialogue social lorsque la gauche était au pouvoir. Et « *les confédérations sont-elles prêtes à sortir du double langage consistant à vanter les vertus du dialogue social tout en préférant, en pratique, la voie politique ?* », demandait F. Chérèque avec sa franchise habituelle au Congrès de Grenoble en juin 2006.

Deux avantages à cette loi :

1. Dans notre société hypermédiatisée, ces nécessaires délais permettent parfois de calmer le jeu politique sur un sujet point ou émotionnel ayant surgi lors d'un journal télévisé, ou fait l'objet de réaction moutonnaire habituelle quand un grand journal du soir aura donné le la, malgré son peu d'intérêt au niveau du pays ou le fait qu'une loi existe déjà. Cette très utile *période de refroidissement* permet donc de laisser passer l'orage médiatique, d'éviter ainsi une nouvelle loi annoncée sur le perron de l'Élysée, tout en donnant aux experts du temps pour réfléchir à froid sur l'intérêt de légiférer et, *si oui*, dans quelles conditions précises.
2. La *double légitimité* d'une loi votée après cette double procédure (sociale par l'ANI, politique par le vote du Parlement) lui donne une force d'application supplémentaire, et rend sa remise en cause ultérieure plus difficile car elle devrait toucher également l'ANI. Cette stabilité, source d'une sécurité juridique si rare en droit du travail, doit évidemment être encouragée.

8) Protocole organisant, à titre expérimental, la concertation avec les partenaires sociaux préalablement à l'examen, par le Sénat, des propositions de loi relatives aux relations individuelles et collectives du travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, approuvé par le bureau du Sénat le 16 décembre 2009

L'article L. 1 du code du travail prévoit que tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement, qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle, fait l'objet d'une concertation préalable avec les partenaires sociaux en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation.

Le présent protocole se propose de mettre en place, à titre expérimental, une procédure analogue destinée à garantir le dialogue social pour les propositions de loi traitant des mêmes matières, dans le respect du droit d'initiative et d'amendement des sénateurs tel qu'il est garanti par la Constitution et le Règlement du Sénat, et sans préjudice des compétences de la Conférence des Présidents en matière de fixation de l'ordre du jour. Cette expérimentation fera l'objet d'une évaluation d'ici au 30 septembre 2011.

Art. 1 – Le présent protocole s'applique aux propositions de loi portant réforme, au sens du premier alinéa de l'article L. 1 du code du travail, des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle qui relèvent du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle.

Art. 2 – Lorsque l'inscription à l'ordre du jour du Sénat d'une proposition de loi entrant dans le champ du présent protocole est envisagée par la Conférence des Présidents, le Président de la commission des affaires sociales informe par écrit les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, en vue de recueillir leur avis sur la proposition de loi ainsi que sur l'éventualité de l'ouverture d'une négociation. Une copie du présent protocole est jointe à cet envoi.

Art. 3 – Les organisations représentatives ont quinze jours pour faire part de leurs intentions.

Art. 4 – En l'absence de réponse dans le délai fixé à l'article 3, la proposition de loi peut être inscrite à l'ordre du jour par la Conférence des Présidents.

Si les organisations représentatives souhaitent donner leur avis sans solliciter l'ouverture d'une négociation, l'auteur ou le premier signataire de la proposition de loi reçoit leurs observations, puis modifie, le cas échéant, son texte. La proposition de loi, éventuellement corrigée, est ensuite instruite par la commission des affaires sociales selon la procédure habituelle en vue de son examen en séance publique.

Lorsque les organisations représentatives font connaître leur intention d'engager une négociation, le Président de la commission des affaires sociales leur accorde un délai raisonnable pour sa conduite. Le cas échéant, il accepte la prorogation de ce délai, à la demande des organisations représentatives, pour permettre l'aboutissement de la négociation.

Dans ce cas, il en informe la Conférence des Présidents et l'auteur ou le premier signataire de la proposition de loi.

Art. 5 – En cas de conclusion d'un accord national interprofessionnel, le Président de la commission des affaires sociales en informe l'auteur ou le premier signataire de la proposition de loi.

En l'absence d'accord, chaque organisation représentative a la faculté de faire connaître son point de vue.

Art. 6 – Les auditions de la commission visées au second alinéa de l'article 4, l'avis des organisations et, le cas échéant, le texte de l'accord national interprofessionnel sont annexés au rapport de la commission.

Art. 7 – En cas d'urgence reconnue par le Président du Sénat en Conférence des Présidents, la procédure de concertation prévue aux articles précédents n'est pas applicable. La décision de déclarer l'urgence est communiquée aux organisations représentatives dans un document qui en expose les motifs.

9) Proposition de loi n°1872 « Poisson » tendant à formaliser la consultation des partenaires sociaux dans le cadre d'une proposition de loi

Exposé des motifs

La loi du 31 janvier 2007 a instauré l'obligation pour le Gouvernement de solliciter les partenaires sociaux avant toute modification portant sur la réglementation du travail. L'inscription de cette obligation est devenue l'article L. 1 du code du travail : cette place symbolique à l'entrée du code en dit l'importance et la portée symbolique. Pour mémoire, voici ce que dispose l'article L. 1 du code du travail : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence.* »

L'adoption de la nouvelle Constitution, à l'été 2006, a renforcé les droits du Parlement, et tout particulièrement la capacité d'initiative législative. Les partenaires sociaux n'ont évidemment pas vocation à être écartés de cette initiative. Du reste, depuis la mise en œuvre des dispositions de la loi organique, deux propositions de lois portant sur la réglementation du travail ont été inscrites à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale : la première visant à favoriser le maintien et la création d'emplois (adoptée par l'Assemblée nationale le 9 juin 2009), et la seconde sur les dérogations au repos dominical. Dans ces deux cas, les rapporteurs ont évidemment demandé l'avis des partenaires sociaux, et sollicité leurs contributions, comme le réclamait le bon sens, en même temps que la précision du droit.

Bien sûr, cette consultation des partenaires sociaux, dans le cadre de cette initiative, n'a pas lieu selon les mêmes modalités que celles qui s'imposent au Gouvernement dans le cadre d'un projet de loi.

C'est du reste tout à fait compréhensible : le Gouvernement a une certaine forme de capacité, de par la loi, à enjoindre les partenaires sociaux à négocier sur les questions à propos desquelles ils sont sollicités. Cette capacité du Gouvernement à « passer commande », en quelque sorte, aux partenaires sociaux (y compris en fixant une date butoir de réponse) n'est pas un apanage du Parlement.

Cette différence de posture ne justifie pas que le Parlement s'exonère d'une consultation des partenaires sociaux (à laquelle, il faut le répéter, les parlementaires se prêtent systématiquement). Elle justifie cependant que cette obligation de consulter soit formalisée d'une façon différente. Cette consultation doit pouvoir s'inscrire dans les délais propres de la procédure parlementaire : aux termes de l'article 91 du règlement de l'Assemblée nationale, il doit s'écouler au moins six semaines entre l'inscription de la proposition de loi à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale et son examen en séance. La consultation des partenaires sociaux doit pouvoir être effectuée dans ce délai, de sorte que deux exigences puissent être tenues en même temps :

1. Disposer d'une version définitive de la proposition de loi.
2. Laisser suffisamment de temps aux partenaires sociaux pour qu'ils puissent se prononcer, soit sous la forme d'un accord interprofessionnel soit sous la forme d'une position commune, soit séparément.

Ces différents impératifs, en même temps que la nécessaire liberté d'appréciation qui doit être laissée à la souveraineté nationale, justifient la proposition de loi que j'ai l'honneur de vous soumettre, en vous remerciant de vous y associer

Proposition de loi

Article unique

Il est ajouté au code du travail un article L. 1-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 1-1.* – L'auteur d'une proposition de loi inscrite à l'ordre du jour du Parlement sollicite, dans la semaine qui suit l'inscription, l'avis des partenaires

sociaux sur le contenu de cette proposition. Cette consultation est effectuée par écrit. »

Il est ajouté au code du travail un article L. 1-2 ainsi rédigé :

« *Art. L. 1-2.* – Lors de la première séance d'examen de la proposition de loi par la commission saisie du fond, le rapporteur pour la commission présente aux commissaires le résultat de cette consultation. »

Bibliographie indicative

■ Ouvrages, dossiers

- BIRIEN, Jean-Louis, *Pratique des relations et négociations sociales* - 3e éd. - Paris : Dunod, 2006.
- CHAUCHARD, Jean-Louis, *Réussir le dialogue social* - Paris : Ed. d'Organisation, 2004.
- CHERTIER, Dominique-Jean, *Pour une modernisation du dialogue social : rapport au Premier Ministre*, Paris, 2006.
- Commissariat général du plan, *L'Europe et le dialogue social* – Paris, 2005.
- Conseil économique et social, *Consolider le dialogue social : avis du Conseil économique et social sur le rapport présenté par Paul Aurelli et Jean Gautier, rapporteurs au nom de la commission temporaire, séance des 28 et 29 novembre 2006*. - Mandature 2004-2009. - Paris : Éd. des Journaux officiels, 2006.
- COUTURIER, Gérard, *La négociation collective* - Gérard Couturier, Françoise Favennec-Héry, Antoine Mazeaud et al. - Paris : Université Paris II Panthéon-Assas, 2004.
- DAVID, Lydia, *Conduire les négociations sociales autrement* - Paris : ESF : CEGOS, 2003.
- Direction générale du travail, *La négociation collective en 2007*, Paris : Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité, 2008.
- FAVENNEC-HERY Françoise, VERKINDT Pierre-Yves, *Droit du travail*, 2e éd. - Paris : LGDJ, 2009.
- HADAS-LEBEL, Raphaël, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales : rapport au Premier ministre*, Paris, mai 2006.
- *Quel droit pour la négociation collective demain ?* : [dossier] In : Droit social, n° 1, 2008, janvier, 88 p.
- *Vers une refonte du dialogue social ?* Dossier de la Documentation Française clos en janvier 2008, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/dialogue-social/index.shtml> [consulté le 02/11/2009]

■ Articles

- AMOSSE, Thomas, *Bilan 2007 de la négociation collective*, in : Liaisons sociales quotidien, Conventions et accords. Accords de branche, n° 172, 2008, 30 juillet, 15 p.
- CESARO, Jean-François, *Consolider le dialogue social : avis du Conseil économique et social*, in : Liaisons sociales. Documents, n° 73, W 426, 2006, 15 décembre, 9 p.
- COMBREXELLE, Jean-Denis, *Sur quelques évolutions récentes du droit du travail*, Droit social novembre 2008
- MAZUYER, Emmanuelle, *Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification*, in : Droit social, n° 4, 2007, avril, p. 476-485