



HAL
open science

Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?

Emmanuel Dockès

► **To cite this version:**

Emmanuel Dockès. Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?. Le Droit ouvrier, 2015, pp.1-7. hal-02068796

HAL Id: hal-02068796

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02068796>

Submitted on 15 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Synthèse

Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?

par Emmanuel DOCKES, Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre (CEJEC)

I. Directions

- A. Ce vers quoi nous ne nous dirigeons pas
- B. Ce vers quoi nous nous dirigeons

II. Équilibre de la négociation collective et légitimité de la convention

- A. Un négociateur unique pour contrebalancer l'unicité de l'employeur
- B. Un négociateur soutenu par la collectivité des salariés
- C. L'exclusion de la négociation individuelle

En droit du travail français, l'agencement des sources du droit est une question grave. C'est à travers elle que les principales régressions de la matière se sont produites. Pour reprendre les multiples citations des *Tontons flingueurs* qui ont agrémenté ce colloque, on pourrait dire : « *c'est du brutal* » ; le droit du travail français a été « *éparpillé façon puzzle* », depuis trente ans, par simple réorganisation de la hiérarchie des sources.

Cette histoire, bien connue, est principalement celle de l'essor des conventions collectives, devenues aptes à détruire les protections de lois devenues dérogeables, puis supplétives. L'évolution est allée si loin que le Conseil constitutionnel lui-même a fini par calmer l'ardeur du législateur. Il lui a fallu rappeler que l'article 34 de la Constitution exige que la loi fixe « *Les principes fondamentaux du droit du travail* » pour interdire au législateur de tout déléguer aux interlocuteurs sociaux (1). La déréglément s'est aussi appuyée sur la montée de la convention d'entreprise face à la convention de branche. Et il est de plus en plus question, aujourd'hui, d'aller plus loin encore et de permettre aux négociations collectives de détruire certains avantages issus des contrats individuels de travail. À la manière de ce qui s'est passé pour la loi, faudra-t-il bientôt dire qu'un avantage contractuel ne vaut qu'en l'absence de convention collective contraire ?

Cette solution est encore lointaine. Mais de petits pas législatifs insistants s'y dirigent (2). La loi du 19 janvier 2000 sur les 35 heures, dite loi *Aubry II*, a ouvert la voie en prévoyant que la réduction conventionnelle du temps de travail n'était pas une modification du contrat de travail (art. L. 1222-7 du Code du travail). La loi du 22 mars 2012, dite loi *Warsmann*, prévoit que la mise en place conventionnelle d'une modulation du temps de travail ne modifie pas, non plus, les contrats de travail (art. L. 3122-6 du Code du travail) (3). La loi du 14 juin 2013, qui crée

les accords de mobilité interne et les accords de maintien de l'emploi, peut paraître plus modérée, puisque les salariés conservent formellement un droit de refuser les modifications prévues par ces accords. Cependant, ce droit à la résistance y est affaibli, le licenciement des salariés récalcitrants étant grandement facilité (4). Ces petits coups de canif dans le principe de faveur, qui continue à régir, en principe, les rapports entre contrat et convention collective, rappellent la méthode législative stroboscopique qui a permis, par petites avancées succes-

(1) C. const. 7 août 2008, n° 2008-508 DC (nécessité de fixer quelques bases sur les contreparties obligatoires en repos dues en cas d'heures supplémentaires travaillées au-delà du contingent annuel) ; 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC, Dr. Ouv. 2014 p.683 n. P.-Y. Gahdoun (nécessité, pour le législateur, de fixer les bases du portage salarial).

(2) Ce qui peut inquiéter lorsque l'on se souvient que ce fut cette méthode des petits pas qui parvint à détruire, progressivement, le principe de faveur qui gouvernait les rapports entre la convention collective et la loi.

(3) sur les aspects de temps de travail v. I. Odoul-Asorey p.XXX.

(4) Il s'agit d'un licenciement individuel pour motif économique, dont il est douteux que la cause réelle et sérieuse puisse être mise en cause (v. les arts. L. 2242-23 et L. 5125-2). Sur ces accords, v. A. Soumeire, p. XXX ; S. Lardy, p. XXX ; C. Ménard, p.XXX.

sives et opiniâtres, de rendre les lois supplétives (5). Et il convient, par conséquent, de les prendre très au sérieux. Ces petits pas pourraient nous faire parcourir de grandes distances. Mais dans quelle direction exactement ?

L'affaiblissement du contrat face à la convention collective peut, en effet, avoir plusieurs sens. L'analyse de ces directions possibles (I) conduit à s'interroger sur la légitimité de l'interlocuteur syndical à consentir à d'éventuelles destructions d'avantages contractuels (II).

I. Directions

L'affaiblissement du contrat face à la convention collective peut avoir des significations multiples. Certaines d'entre elles doivent être écartées (A). La tendance actuelle est simplement duelle (B).

A. Ce vers quoi nous ne nous dirigeons pas

Deux directions doivent être envisagées, puis écartées.

1. Vers un renforcement du collectif au dépend de la dimension individuelle ?

L'affaiblissement du contrat de travail face à la convention collective pourrait conduire, progressivement, à quelque chose qui ressemble au modèle actuellement de droit positif en Amérique du Nord. Au Canada comme aux États-Unis, la convention collective se substitue aux contrats individuels. La conclusion d'une convention collective interdit toute négociation individuelle en moins favorable, mais aussi en plus favorable (6). Lorsqu'une convention collective est applicable, l'octroi d'un avantage particulier en faveur de tel ou tel salarié serait considéré comme une pratique antisyndicale, illicite. En particulier, les grilles de salaires conventionnels sont des grilles de salaires effectifs, insusceptibles de dérogation, même en plus favorable. Le « tarif syndical » s'impose.

Cette tradition est bien éloignée de la tradition française de négocier des salaires minimaux (7). La faculté de l'employeur d'accorder, salarié par salarié, des montants de salaires supérieurs, permet une gestion individualisée, qui laisse beaucoup plus de place au pouvoir patronal (8). Cette faculté n'est

pourtant guère contestée. La négociation individuelle, qui demeure la plus déséquilibrée de toutes, obtient même une certaine faveur actuelle sous la plume du législateur, lorsqu'il s'agit de justifier l'abandon de protections. La loi inventa ainsi, entre 2005 et 2008, les heures de travail « choisies », que le salarié pouvait accepter afin de dépasser le contingent annuel d'heures supplémentaires (9). Aujourd'hui, c'est le projet de loi *Macron* qui affirme le droit au refus du salarié individuel, pour légitimer son passage au travail de soirée et mieux justifier la disparition des protections antérieures relatives au travail de nuit (10). Dans ce contexte d'individualisation du droit du travail (11), il est plus que douteux que l'essor actuel de la convention collective face au contrat de travail soit le signe d'un affaiblissement de la dimension individuelle, pour mieux renforcer la dimension collective.

Mais alors, de quoi s'agit-il ?

2. Vers un principe de défaveur ?

Un tel principe ferait systématiquement prédominer la source la moins favorable. Le contrat individuel ne pourrait déroger qu'en moins favorable aux conventions collectives, et vice versa. On peut citer quelques petites solutions qui pourraient faire penser à une telle évolution. Du côté des conventions collectives, qui peuvent détruire des avantages contractuels, il suffit de rappeler les exemples précités tirés, notamment, des lois du 19 janvier 2000 et du 22 mars 2012. Du côté des contrats individuels, dotés d'une faculté de détruire les avantages issus d'autres sources du droit, il faut rappeler le fameux *opt out* de l'article 22 a de la directive 2003/88/CE du

(5) E. Dockès, « *Le stroboscope législatif* », Dr. Soc. 2005, p. 835.

(6) Cour suprême des États-Unis, 28 février 1944, *J. I. Case Co. c. NLRB*, 321 US. 332 (1944) ; Cour suprême du Canada, 27 janvier 1959, *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Cie Paquet Itée*, (1959), RCS 206, 212. Adde, not. X. Blanc-Jouvan, *La négociation collective d'entreprise : l'expérience des États-Unis*, Dr. Soc. 1990. 638

(7) Cf. M. Henry, *Salaires et classifications*, XXX.

(8) Sur le pouvoir de récompenser, v. P.-E. Berthier, *La récompense en droit du travail. Contribution à l'étude du pouvoir de l'employeur*, LGDJ 2014.

(9) Art. L. 3121-17 du Code du travail, issu de la loi du 31 mars 2005, en vigueur jusqu'à ce que ces heures « choisies » redeviennent des heures supplémentaires normales avec la loi du 20 août 2008.

(10) Art. L. 3122-29-1 du Code du Travail, issu du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (*sic*), dans sa version adoptée par l'Assemblée nationale le 17 février 2015.

(11) Cf. P. Adam, *L'individualisation du droit du travail : essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, LGDJ 2005.

4 novembre 2003. Selon ce texte, les États membres peuvent, en cas d'accord individuel du salarié, autoriser celui-ci à travailler plus de 48 heures par semaine en moyenne sur quatre mois, sans qu'aucun plafond ne soit prévu. Cette faculté, actuellement refusée par le droit français, est intégrée dans le droit d'autres pays membres, dont le Royaume-Uni. Et une proposition de modification de la directive de 2003, adoptée par le Conseil européen (12), mais repoussée par le Parlement européen (13), visait à renforcer ce droit d'*opt out*.

La généralisation d'un principe de défaveur consisterait, toutefois, à interdire aux contrats individuels de prévoir des avantages par rapport aux conventions collectives, ce qui empêcherait les employeurs de récompenser individuellement les travailleurs méritants. Ce dont il n'est pas question, comme nous venons de le voir. Pas plus qu'il n'est question d'interdire aux conventions collectives de prévoir des avantages qui s'imposent aux contrats individuels de travail : une telle prohibition signerait la fin de la force obligatoire des conventions collectives... alors même que la force de celles-ci semble plutôt s'accroître, face à la loi comme face aux contrats individuels. Il faut donc en déduire qu'aucun principe de défaveur n'émerge.

Mais alors, où donc allons-nous ??

B. Ce vers quoi nous nous dirigeons

Les conventions collectives qui traitent de sujets traditionnellement régis par le pouvoir unilatéral de l'employeur, parfois dites « organisationnelles », se développent. On pense, notamment, aux conventions collectives de GPEC, aux PSE conventionnels (14) ou aux accords de maintien de l'emploi (15), lesquels correspondent à des pratiques anciennes, aujourd'hui reconnues et favorisées par le législateur. L'apparition (ancienne) et le développement (plus récent) de ce type de négociation ne sont contestables ni du point de vue des syndicats (qui tentent d'infléchir ainsi l'exercice du pouvoir patronal), ni du point de vue des employeurs (qui

tendent ainsi de mieux légitimer certains de leurs actes de gestion) (15 bis). Il convient simplement de reconnaître que la convention collective peut désormais être un des modes d'expression du pouvoir de direction de l'employeur. Sur le principe, il n'y a là rien de choquant, ni même rien de problématique. *Tant que les limites contractuelles du pouvoir de direction sont respectées*, il est logique que ce que l'employeur peut faire seul, il puisse aussi le faire avec l'accord des syndicats.

La difficulté à laquelle le droit positif actuel nous confronte est celle du dépassement ou de l'effacement de ces limites contractuelles. Le contrat individuel de travail s'efface progressivement devant le pouvoir patronal, mais aussi, et c'est plus nouveau, devant le possible essor d'un pouvoir syndical.

1. L'effacement du contrat face à l'essor du pouvoir patronal

Le contrat individuel de travail ne peut être modifié unilatéralement par l'employeur. Cette règle jurisprudentielle forte, nécessaire, exprime une idée essentielle. En démocratie, il ne saurait exister aucun pouvoir juridique, aucun pouvoir légitime, d'une personne privée sur une autre personne privée, majeure et responsable, qui ne soit préalablement consenti par la personne soumise. La soumission du salarié est volontaire dans son principe, mais aussi dans son étendue. Et pour cette raison, le contrat fonde et limite le pouvoir unilatéral de l'employeur.

Lorsque cette règle est reconnue et appliquée par la Cour de cassation (16), l'observateur démocrate du droit positif respire. Lorsque cette règle est affaiblie ou violée par la Cour de cassation, le même ne peut qu'être inquiet.

La règle est affaiblie lorsque le contrat est vidé de sa substance utile par les juges, aux fins d'accroître l'étendue du pouvoir patronal. C'est le cas, par exemple, lorsque la Cour de cassation affirme que l'employeur a le pouvoir de se saisir du temps libre des salariés, en modifiant à sa guise leurs horaires (17), lorsqu'elle affirme que certaines clauses

(12) Position commune (CE) n° 23/2008 du 15 septembre 2008, JOUE C 254 E du 7 octobre 2008.

(13) V. not. EP-PE_TC2-COD/2004/0209.

(14) V. J. Krivine, p. XXX ; J.-Ph. Mazaud, p. XXX.

(15) V. Alexandra Soumeire, p. XXX ; S. Lardy, p. XXX ; C. Ménard, p. XXX.

(15 bis) S. Saadat, p. XXX.

(16) Elle l'est régulièrement et fréquemment, au moins depuis que se sont établies les jurisprudences *Le Berre* (Cass. Soc. 10 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 278, Dr. Ouv. 1996 p.459 n. P. Moussy ; *Grands arrêts*, n° 50) et *Hôtel le Berry*, (Cass. Soc. 16 juin 1998, Bull. civ. V, n° 320 ; Dr. Soc. 1998. 803, rapp. Ph. Waquet ; *Grands arrêts*, n° 67), et depuis que la faute disciplinaire est définie comme une violation des obligations *contractuelles* du salarié

(v. not. Cass. Soc. 4 juillet 2000, Bull. civ. V, n° 263 ; Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803 P, D. 2007. 2137, obs. J. Mouly ; Sem. soc. Lamy 2007, n° 1310, n. Ph. Waquet ; RDT 2007. 527, obs. T. Aubert-Montpeyssen ; Dr. Ouv. 2008. 25, n. S. Ducrocq ; CE 15 décembre 2010, n° 316.856, concl. G. Dumortier, RDT 2011. 99 ; 3 mai 2011, n° 09-67.464 P, Sem. soc. Lamy 2011, n° 1492, p. 12, n. F. Champeaux).

(17) V. not. Cass. Soc. 16 mai 2000, Dr. Soc. 2000. 776, obs. J.-E. Ray ; 17 octobre 2000 (2 arrêts), Bull. civ. V, n° 327, 328 ; 27 juin 2001, Bull. civ. V, n° 234 ; 9 avril 2002, Dr. Soc. 2002. 665, obs. J. Savatier ; 25 mars 2009, n° 07-44.744 et 07-44745 ; 3 novembre 2011, Sté GSF Orion, n° 10-30.033 P, A. Fabre, Sem. soc. Lamy 2011, n° 1518, pp. 11 et s. ; E. Dockès, Dr. Soc. 2012. 147-151 ; P. Lokiec, D. 2012. 67.

contractuelles sont simplement informatives (18), ou lorsqu'elle accepte que certains éléments de salaire soient laissés au bon vouloir de l'employeur et, au besoin, détruits unilatéralement par simple acte unilatéral (19).

La règle du consentement au pouvoir est même parfois franchement violée par la Cour de cassation, lorsqu'elle affirme qu'un employeur peut exceptionnellement muter unilatéralement un salarié au-delà des limites d'une clause de mobilité (20).

Dans tous ces cas, le pouvoir de l'employeur est accru. Et le pouvoir qui peut s'exprimer dans une convention collective l'est aussi, *a fortiori*. Si cette tendance à vider le contrat de travail de son contenu se poursuit, la possibilité d'une résistance de dispositions contractuelles plus favorables deviendra bien théorique, faute de dispositions qui pourraient encore être dites « contractuelles ».

Nous n'en sommes certes pas là. Il ne s'agit que d'une direction. Certaines clauses contractuelles demeurent. Ce qui permet de déceler une autre tendance : celle d'un effacement de ces dispositions contractuelles en cas d'accord en ce sens de l'employeur et des syndicats.

2. L'effacement du contrat face à l'essor du pouvoir syndical

La convention collective peut parfois déroger à certaines prévisions contractuelles. Ainsi, le changement, non plus seulement de répartition du temps de travail, mais de type même d'organisation du temps de travail, n'est pas possible sur un simple acte unilatéral de l'employeur (21), mais l'est parfois par convention collective. Telle est la problématique de la loi de 2012, qui permet aux accords de modulation de s'imposer aux contrats individuels. Telle est aussi la logique de la loi de 2000 sur la réduction conventionnelle du temps de travail, ou de la loi de 2013, lorsqu'elle affaiblit les facultés de résistance individuelle aux accords de maintien de l'emploi et aux accords de mobilité (22).

Dans tous ces cas, ce n'est plus simplement le pouvoir de l'employeur qui s'accroît. L'accord des syndicats à l'exercice de ce pouvoir permet d'aller plus loin que ce que le pouvoir unilatéral aurait pu faire. À la force patronale s'ajoute la force du syndicat.

Ces solutions, ponctuelles et encore relativement marginales, sont fort hétérodoxes comparativement aux solutions traditionnelles françaises. En principe, en droit français, le syndicat n'est ni le mandataire, ni le commettant de ses membres. Il n'a aucun pouvoir sur les salariés syndiqués, ni, *a fortiori*, sur les salariés syndiqués dans un autre syndicat ou bien non syndiqués. Pourtant, par son consentement à l'accord collectif, il imprime à cet accord une légitimité telle qu'elle a permis au législateur d'autoriser certaines conventions collectives à modifier ou à détruire certains avantages contractuels.

Cette solution est fondée par l'idée de nécessaire discipline collective, lorsqu'il s'agit de mettre en place une sauvegarde des emplois, une mobilité nouvelle, une modulation nouvelle... Le récalcitrant n'est plus un simple opposant à l'employeur. Il s'oppose aussi à la volonté du syndicat. Et même si, juridiquement, l'employeur est dépourvu de pouvoir sur les dispositions contractuelles, et même si, juridiquement, le syndicat est lui aussi dépourvu d'un tel pouvoir, le salarié doit céder. La somme de deux incompétences produit, curieusement, une compétence. S'agit-il d'une violation assumée de l'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (personne ne peut transférer à un autre plus de droits qu'il n'en a lui-même) ? Ou bien s'agit-il de la reconnaissance embryonnaire d'un véritable pouvoir des syndicats sur les salariés ?

Quelle que soit l'explication, derrière ce qui est souvent présenté de manière impropre, voire trompeuse, comme une « autonomie » collective croissante (23), se cachent bien des pouvoirs croissants. S'agissant de l'essor du pouvoir patronal, il est tentant d'y voir simplement la transposition en

(18) Cass. Soc. 3 juin 2003 (2 arrêts), Dr. Soc. 2003. 884, obs. J. Savatier ; Dr. Ouv. 2003 p.523, obs. P. Moussy et F. Saramito ; JCP 2003. II. 10165, n. M. Véricel (« la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement en ce lieu ») ; 21 janvier 2004, Sem. soc. Lamy 2004, n° 1154, n. G. Lyon-Caen ; Dr. Ouv. 2004. 222, n. B. Lardy-Pélessier ; 15 mars 2006, JCP S 2006. 1329, n. B. Bossu ; 26 septembre 2006, n° 04-46.734 D.

(19) Il s'agit de la jurisprudence qui considère qu'un engagement unilatéral relatif au salaire n'est pas un élément de l'équilibre contractuel et qu'il peut, dès lors, être dénoncé unilatéralement... Pour la destruction unilatérale d'une prime de 13^e mois, parce qu'issue d'un usage d'entreprise, v. Cass. Soc. 13 février 1996, Bull. civ. V, n° 53 ; pour la suppression unilatérale de primes d'assiduité et de vacances, pourtant payées depuis plus de vingt ans, Cass. Soc. 24 septembre 2008, n° 07-42.488, inédit.

(20) Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-41.412 P, Dr. Ouv. 2010. 359, n. crit. B. Lardy-Pélessier ; RDT 2010. 226, J.-Y. Frouin.

(21) V. not. Cass. Soc. 10 mai 1999, n° 96-45.652, Bull. civ. V, n° 208 ; 22 octobre 2003, n° 01-42.651 ; 7 avril 2004, Bull. civ. V, n° 107 ; 30 octobre 2007, n° 06-43.455 ; 2 mars 2011, n° 09-43.223, P ; 3 novembre 2011, *Berkman*, n° 10-30.033 P, Dr. Soc. 2012. 151, obs. E. Dockès.

(22) Sur ces exemples, v. ci-dessus.

(23) À proprement parler, l'« autonomie » vise la capacité des sujets à produire eux-mêmes les normes qui s'imposent à eux. En droit du travail, s'agissant de normes qui s'imposent aux salariés, il ne saurait être question d'« autonomie » qu'avec l'accord des salariés. Parler d'« autonomie », fut-elle collective, pour viser la mise en place de règles qui s'imposent aux salariés sans, voire contre, leur volonté est, au mieux, une méprise et, plus probablement, une supercherie de communiquant.

droit du travail des tendances autoritaires qui se développent dans l'ensemble de la société, lesquelles fragilisent, au passage, les bases de notre démocratie.

Lorsqu'il s'agit de renforcement du pouvoir des syndicats, la question est plus complexe. Le syndicat est, dans l'entreprise, un contre-pouvoir. Et l'on pourrait se réjouir de l'essor d'un tel contre-pouvoir. L'évolution pourrait se lire comme la voie d'un certain rééquilibrage des forces. Pour les plus optimistes, ce serait l'apparition d'un embryon de cogestion

à la française. Pour les plus pessimistes, il s'agirait seulement de permettre à l'employeur d'obtenir une nouvelle extension de son pouvoir, en usant du voile pudique que lui offre le consentement, souvent forcé, du syndicat. La question alors se déplace. L'interprétation qui sera donnée à l'évolution en cours dépend du poids que peut avoir le représentant syndical, de l'équilibre ou du déséquilibre de la négociation collective, en un mot de la légitimité des conventions collectives.

II. Équilibre de la négociation collective et légitimité de la convention collective

Le contrat individuel de travail fut le modèle sur lequel se créa la théorie du contrat d'adhésion. L'employeur, détenteur de l'emploi et source possible du revenu du travailleur, est en position de force dans la négociation, ce qui fait du contrat de travail une source déséquilibrée. Cette constatation fonde le droit du travail en général. Elle fonde, en particulier, l'importance accordée à la négociation collective, négociation située à un niveau où l'équilibre est meilleur qu'au niveau individuel. La force reconnue à l'accord collectif est liée à cet équilibre retrouvé. Plus précisément, la légitimité des conventions collectives est d'autant plus grande que les forces en présence dans la négociation collective sont plus équilibrées.

Le modèle français s'est construit sur l'existence d'un socle de protection légale important et sur une convention collective ne pouvant créer que des avantages supplémentaires, par rapport à la loi comme par rapport aux contrats individuels. Dans un tel contexte, il était possible de se contenter d'une légitimité relativement légère de la convention collective et d'un interlocuteur syndical relativement faible. Un accord collectif pouvait être signé par des syndicalistes isolés, divisés, incapables de contre-balancer sérieusement le pouvoir de l'employeur. Ce n'était pas si grave : la convention ne pouvait, en toutes hypothèses, que créer des avantages supplémentaires au bénéfice des salariés.

Cette situation a, chacun le sait, profondément changé, du fait, notamment, de la multiplication des lois supplétives. La convention collective peut désormais écarter des protections légales et même, progressivement, certaines protections incluses dans les contrats individuels. Dans un tel contexte, la légitimité des conventions collectives doit être fortement renforcée, ce qui signifie que l'équilibre de la négociation collective doit être bien mieux assuré que précédemment.

C'est pour cette raison que la loi du 20 août 2008 a légèrement accru la légitimité de l'interlocuteur syndical, en l'appuyant sur un commencement de légitimité électorale. Comparativement aux pouvoirs nouveaux de la négociation collective, cette évolution apparaît toutefois bien insuffisante. Comparativement à ce qui existe dans les pays où la négociation collective est considérée comme la source principale du droit du travail, la légitimité de l'interlocuteur syndical français demeure, même après la loi du 20 août 2008, faible jusqu'au ridicule.

Le droit comparé nous enseigne les conditions d'une négociation collective plus équilibrée, et la distance qui reste à parcourir dans cette direction pour que les conventions collectives françaises puissent prétendre devenir supérieures, non seulement à certaines lois, mais aussi à certaines dispositions contractuelles.

A. Un négociateur unique pour contre-balancer l'unicité de l'employeur

L'unicité du représentant syndical habilité à négocier dans l'entreprise est la règle dans les pays où la convention collective est conçue comme la source principale du droit du travail, notamment en Allemagne, aux États-Unis, au Canada, en Suède...

En France, pour être représentatif dans l'entreprise et être invité à la table des négociations, il suffit d'avoir recueilli plus de 10 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles, ce qui laisse la place à une pluralité d'interlocuteurs syndicaux. Cette pluralité permet de possibles divisions du front syndical. Et l'employeur n'aura plus qu'à s'inspirer de la devise « diviser pour régner » pour mieux opposer certains négociateurs aux autres.

Les négociations interprofessionnelles, qui opposent un patronat relativement uni à un syndi-

calisme divisé, sont l'image du déséquilibre que la division produit. Cette division des organisations syndicales empêche la partie salariale de présenter des textes sur lesquels négocier ou un agenda de négociation. Elle permet au patronat d'être le maître de l'objet de la négociation, du lieu de la négociation, du texte négocié, de l'agenda, etc. Une négociation équilibrée ne peut se faire qu'à un contre un. Équilibrer un tant soit peu la négociation collective d'entreprise supposerait donc d'accorder le droit de conclure une convention collective à un unique interlocuteur syndical. Ce pourrait être le syndicat arrivé en tête aux élections professionnelles, lequel obtiendrait un monopole de la négociation collective. Les autres organisations syndicales devraient, jusqu'aux élections suivantes, se contenter de la place d'observateurs à la négociation. Cette solution radicale supposerait, sans doute, des élections plus fréquentes (tous les ans ? tous les deux ans ?). Elle aurait aussi le mérite de forcer les organisations syndicales à s'allier, pour avoir une chance d'arriver en tête au premier tour. Ce qui permettrait de réduire l'éclatement du paysage syndical français.

B. Un négociateur soutenu par la collectivité des salariés

Toute négociation équilibrée suppose que chaque interlocuteur puisse avoir sur l'autre des moyens de pression de poids similaire. Les moyens de pression de l'employeur sont connus. Propriétaire de l'entreprise, il lui est possible d'utiliser des menaces sur l'emploi, sur les salaires, sur les conditions de travail... Il apparaît peu probable que le syndicat négociateur puisse jamais, dans l'entreprise, avoir des moyens de pression d'un tel niveau. Mais au moins convient-il qu'il ait *certain*s moyens de pression pour tenter de contrebalancer ceux de l'employeur. Ce qui suppose qu'il bénéficie, au minimum, d'un véritable soutien de la part des salariés, et qu'il puisse s'appuyer, en cas de besoin, sur une menace crédible de grève.

Dans les pays d'Amérique du Nord, notamment, pour qu'un syndicat soit habilité à négocier, il doit être *accrédité*. Ce qui signifie qu'il doit avoir recueilli l'adhésion d'une proportion importante des salariés de l'entreprise, voire de la majorité de ces salariés. L'accréditation d'un syndicat dans une entreprise est alors une chose fort difficile. Mais lorsqu'une telle accréditation est obtenue et qu'une négociation subséquente est organisée, le négociateur syndical bénéficie, par hypothèse, du soutien effectif, réel, des salariés.

À l'heure actuelle, en droit français, il suffit de quelques syndiqués pour qu'une section syndicale soit reconnue et pour qu'un délégué syndical soit

désigné. Le délégué syndical peut donc n'avoir qu'une petite poignée de militants derrière lui. Sa force repose alors quasiment sur ses seules épaules. Quelle que soit sa bonne volonté, il vient, dès lors, bien démuni à la négociation collective. Pire, certaines négociations sont possibles, en France, sans délégué syndical et même sans présence syndicale...

Comparativement, le système de l'accréditation présente l'inconvénient d'une présence syndicale relativement peu fréquente dans les entreprises. Mais il a l'avantage de garantir une forte base au négociateur. Une solution mixte, et respectueuse du droit européen de ne pas se syndiquer, pourrait être d'imposer que l'employeur envoie à chaque salarié un chèque syndical, qu'il reviendrait aux salariés de remettre (s'ils le souhaitent) à l'un des syndicats présents dans l'entreprise. Le droit de négocier une convention collective pourrait alors être subordonné à un pourcentage d'adhésion minimale au syndicat arrivé en tête aux élections, peut-être même à une adhésion majoritaire des salariés de l'entreprise. La légitimité électorale serait ainsi appuyée par un financement et par une légitimité d'adhésion.

Cette solution réduirait le nombre d'entreprises dans lesquelles une négociation pourrait avoir lieu. Mais elle peut apparaître bien préférable à une multiplication des négociations d'entreprise, y compris là où l'absence totale de rapport de forces digne de ce nom conduit la convention collective à ne plus guère exprimer que la volonté de l'employeur.

C. L'exclusion de la négociation individuelle

En France, la négociation collective porte traditionnellement sur des minima qui peuvent être dépassés par des dispositions contractuelles plus favorables. Cette solution permet aux employeurs d'accorder peu par convention collective et d'accorder plus aux salariés individuellement. De telles négociations individuelles accroissent les risques d'inégalités injustifiées. Elles permettent, surtout, aux employeurs de décrédibiliser facilement les syndicats. En accordant peu par convention collective et plus par contrat individuel, ils font passer aux salariés le message suivant : « regardez comme vous êtes mal représentés par vos syndicats : en négociation directe avec moi, vous obtenez plus ». C'est par crainte de cette manœuvre que la négociation individuelle est prohibée dans les pays d'Amérique du Nord, dès lors qu'une convention collective est conclue. Toute augmentation individuellement accordée par l'employeur y serait considérée comme une manœuvre déloyale de l'employeur vis-à-vis du syndicat.

Dans ce contexte, l'idée d'une négociation collective supérieure au contrat de travail fait sens. Elle est un moyen de renforcement du collectif et de rééquilibrage de la négociation.

Telle n'est, bien entendu, pas le cas de la faculté française, pour une convention collective, de détruire certains avantages contractuels, puisque cette faculté n'interdit nullement à l'employeur d'accorder par ailleurs, unilatéralement, tel ou tel petit supplément pour tel ou tel ou salarié.

Conclusion

Plusieurs systèmes juridiques sont possibles et légitimes. Le système français traditionnel, avec un interlocuteur syndical faible et une convention collective faible, mais qui ne peut que créer des avantages nouveaux, est cohérent. Le système nord-américain d'un interlocuteur syndical fort, apte à

conclure des conventions collectives fortes, qui se substituent aux contrats individuels de travail, a lui aussi sa cohérence. La seule situation incohérente, finalement, est celle que l'on essaie de nous vendre actuellement, à savoir celle d'un interlocuteur syndical faible, parfois jusqu'à la caricature, mais néanmoins capable de détruire des avantages légaux et même, désormais, des avantages contractuels.

Tant qu'il en sera ainsi, tant que la négociation collective continuera d'être organisée « à la française », c'est-à-dire dans la division, avec des sections syndicales faméliques et une faculté accordée aux employeurs d'accorder des petits avantages individualisés et unilatéraux, l'essor des conventions collectives ne sera qu'un habillage destiné à masquer la destruction des protections du droit du travail et l'accroissement du pouvoir patronal.

Emmanuel Dockès