

UN DEMI-SIECLE D'EVOLUTION :
LA NEGOCIATION COLLECTIVE
(22-23 juin 2001 - Institut d'Études du Travail de Lyon)

Dans une perspective d'évolution, prenant pour objet la négociation collective, la loi promulguée le 11 février 1950, relatives aux conventions collectives et aux procédures de règlements des conflits collectifs du travail paraît déterminante. La loi de 1950 ouvre, en effet, une ère nouvelle puisque son article 1^{er} abroge et remplace la loi du 23 décembre 1946, laquelle avait pareillement mis fin aux lois du 19 mars 1919 et du 24 juin 1936 relatives aux conventions collectives. Cependant, si la loi du 11 février 1950 marque une rupture franche avec la mise sous tutelle de la négociation opérée par la loi de décembre 1946¹, elle s'avère surtout un texte de synthèse renouant avec les principes déterminés quinze ans plutôt. Ainsi, les conventions collectives s'inscrivent-elles dans un cadre défini par la loi tendant à l'organisation professionnelle des rapports entre employeurs et travailleurs où coexistent conventions collectives ordinaires et conventions étendues.

Dans ce contexte, la Doctrine², unanime, salue l'originalité de cette institution, qui consacre la liberté contractuelle des acteurs sociaux et souligne la dimension collective des relations de travail. Cependant, elle s'accorde également à constater l'échec, au moins relatif, du phénomène de la négociation³. Plusieurs facteurs concourent à freiner le développement du droit négocié, au premier rang desquels les contradictions portées par les acteurs eux-mêmes. Une différence assez nette se dessine ainsi entre la pratique de la négociation et l'idée de coopération fréquemment évoquée à l'époque⁴. Au demeurant l'atonie de la négociation ne saurait être imputée aux seuls négociateurs ; l'État, acteur à part entière, joue un rôle déterminant, comme en témoigne alors l'importante question des salaires⁵. En effet, si la loi de 1950 a permis le retour à la libre discussion des salaires par voie conventionnelle, l'État n'entend pas tout déléguer à l'autonomie collective, il pose, notamment dans ce domaine, des limites tels que le salaire minimum national garanti ou encore l'interdiction, par l'ordonnance du 30 décembre 1958, des clauses d'indexation sur ce SMIG.

¹ La loi du 23 décembre 1946 prévoyait un système hiérarchisé avec un contrôle important des pouvoirs publics. Chaque branche d'activité devait être dotée d'une convention collective nationale unique agréée par le ministre du travail.

² A. Rouast et P. Durand, Précis de Législation industrielle, 4^{ème} éd., 1953, p. 229 et suiv. ; A. Brun et H. Galland, Traité de droit du travail, G. Lyon-Caen,

³ Par exemple, A. Rouast et P. Durand, op. cit., p. §

⁴ Cf. : \$. Contra GLC

⁵ M.-C. Escande Varniol, §

Mais, l'action des pouvoirs publics ne se limite pas à encadrer la négociation ; l'État ambitionne de la stimuler. L'idée émergente d'une « politique contractuelle » prend alors un relief particulier puisque la négociation collective a vocation à devenir la clé de voûte des relations sociales.

Le champ ouvert à la négociation est donc considérable et la loi du 11 février 1950 fournit un cadre juridique favorable au développement de la pratique de la négociation collective. Depuis, aucune des réformes n'a cherché à bouleverser le système mis en place ; il sera aménagé mais toujours dans le sens de l'expansion progressive de la négociation, ce qui sera examiné dans un premier temps. Cependant, à la faveur de cette expansion et de l'évolution du rapport de la convention collective à loi s'opère une mutation de la négociation collective qu'il conviendra de mesurer dans un second temps.

- I) L'expansion de la négociation collective
- II) Les mutations de la négociation collective

I) L'EXPANSION DU DROIT CONVENTIONNEL

Quelle est la place occupée par le droit conventionnel dans la production du droit du travail ? Les observateurs contemporains s'accordent à constater que le droit actuel du travail est en grande partie négocié, au point que la loi est parfois la simple transposition de grands accords nationaux⁶. Cette observation suffit à trancher avec la situation connue en 1950. Cependant, cette expansion du droit conventionnel, fondée sur la liberté contractuelle des acteurs, a du constamment être stimulée, d'une part, en assurant le rayonnement de la convention collective au plus grand nombre d'employeurs et de salariés (A), d'autre part, en ouvrant plus largement le champ de la négociation (B).

A) *Le rayonnement juridique de la convention collective*

La nature juridique de la convention collective a donné lieu à d'importantes controverses, avant que Paul Durand n'en livre, sous forme de synthèse, une analyse dualiste. Mais les règles posées par la loi du 11 février 1950 marquent un recul significatif du recours aux principes généraux du droit des contrats cantonnés à la phase de conclusion de l'accord. Ainsi, le législateur et le juge ont progressivement supprimé les obstacles entravant l'application de la convention collective. Alors que la loi du 19 mars 1919 autorisait les membres des groupements signataires à se soustraire à la convention collective par démission, la Cour de cassation énonce que, malgré la démission, les règles de la convention collective leur restent applicables⁷. Toutefois, si cette limitation permet de faire échec aux nombreux abus alors imputés aux employeurs, les groupements signataires conservent la possibilité de dénoncer la convention collective, sous réserve d'un préavis. En dépit du risque de vide conventionnel, la loi ignorera pendant longtemps les suites de cet acte, laissées à la discrétion des acteurs sociaux. Peu compatible avec le souci du développement de la négociation, le législateur finira par encadrer la dénonciation afin d'en limiter les effets négatifs, alors que les juges avaient rejeté la thèse de l'incorporation de la convention collective au contrat de travail⁸.

⁶ Spécialement, Despax, De l'accord à la loi, *Dr. Soc.* 1987, 184 et accord national interprofessionnel sur l'emploi du 20 octobre 1986 et les propos de M. Séguin, alors ministre du travail, « l'accord, tout l'accord, rien que l'accord. »

⁷ Cass. Soc. 1^{er} fév. 1957, *Bull. IV.*, n°131.

⁸ Cass. Soc. 23 mai 1957, *Dr. Soc.* 1957, 49.

Surtout l'application automatique des conventions collectives ordinaires a caractérisé son éloignement du régime juridique du droit commun des contrats. Jusqu'alors, procédant à l'examen du champ d'application personnel de la convention collective, les auteurs pouvaient identifier des tiers à la convention. Telle pouvait être notamment la qualité d'un salarié lié à son employeur par un contrat de travail contenant une clause écartant l'application de la convention collective. Or, il résulte désormais du texte de 1950 « *que lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective du travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui* » ; la convention collective est bien traitée comme un règlement dans son application laissant pour indifférente l'affiliation syndicale du salarié. Rediscutée lors du vote de la loi, au nom de la liberté contractuelle des parties au contrat de travail, la faculté de renoncer à l'application de la convention collective fut écartée par les députés, à une large majorité. Il est ainsi affirmé qu'aucune volonté contraire procédant d'un contrat particulier ne peut s'opposer à un contrat général et les non-syndiqués, les plus nombreux dans les entreprises, loin d'être lésés seront protégés par l'application automatique de la convention collective. Cette règle fondamentale contribue efficacement à élargir au maximum le domaine personnel d'application de la convention collective, à tel point qu'on a pu parler alors d'extension automatique de la convention⁹.

Le véritable mécanisme de l'extension, qui assure pour sa part l'application de la convention collective à tous les employeurs et tous les salariés dans le champ territorial et professionnel qu'elle détermine, est également révélateur de la place qu'entend occuper l'autorité publique dans la sphère d'autonomie attribuée aux acteurs sociaux. En effet, l'État, gardien de l'intérêt général, n'entend pas abandonner tout pouvoir de contrôle sur le contenu des conventions collectives soumises à extension comme le Conseil Économique et Social a pu le proposer. Néanmoins, confronté à une jurisprudence restrictive du Conseil d'État qui subordonnait la validité de l'accord à la signature unanime des organisations syndicales les plus représentatives, le législateur n'aura de cesse d'en assouplir les conditions de mise œuvre. Mais la procédure d'extension reste encore lourde et peine à assurer la couverture conventionnelle de chaque travailleur, justifiant la création de la procédure d'élargissement présentée comme une véritable menace face à la carence des organisations professionnelles.

⁹ P. Durand, *Dr. Soc.* 1950

Nécessaire à l'expansion de la négociation, l'étendue du rayonnement juridique des conventions collectives s'est pourtant révélé insuffisant pour en assurer la diffusion. L'ouverture du champ de la négociation y a contribué.

B) L'ouverture du champ de la négociation

Le particularisme de la convention collective a, sans doute, cristallisé les préoccupations du législateur soucieux, dans un premier temps, de la doter d'un régime juridique indispensable à en assurer l'efficacité. A cet égard, la discrétion de la loi de 1950 sur les mesures d'administration de la convention, telles que la dénonciation et surtout la révision, révèle une conception statique de l'acte lui-même et par voie de conséquence de la négociation. L'absence de négociation, donc d'accord, le dépérissement des accords conclus ou la pauvreté de leur contenu a incité le législateur à réagir. Processus dynamique, la négociation a dû s'ouvrir sur de nouveaux espaces et à de nouveaux acteurs.

La pratique de la négociation à tous les niveaux correspond à une recherche constante d'efficacité de la négociation. Conçue originellement comme une charte professionnelle, la convention collective s'est élaborée au niveau de la branche. Mais la branche définit un espace à la fois trop restreint pour édicter des règles plus générales et trop vaste pour appréhender concrètement les conditions de travail des salariés dans l'entreprise. Pourtant, alors que l'obligation de conclure d'abord au niveau national a été supprimée, la loi du 11 février 1950, d'une part, ignore le niveau interprofessionnel et, d'autre part, n'envisage l'entreprise que comme un espace résiduel de négociation. Ainsi, le contenu de l'accord d'établissement limité aux salaires, en l'absence de convention collective de branche comme sa dénomination « accord » et non point « convention » indiquent clairement la place résiduelle à laquelle il semble voué. Il faudra que la loi du 13 juillet 1971, tenant compte du développement de ces accords et de la décision rendue par le Conseil d'État le 21 juillet 1970, érigeant le droit des salariés de négocier dans l'entreprise en principe général du droit, pour que l'accord d'entreprise soit enfin reconnu comme une véritable convention collective. Au demeurant, il serait inexact de ne considérer l'expansion de la négociation collective que par le prisme de sa décentralisation puisque la loi du 13 juillet 1971 va autoriser l'extension des accords nationaux interprofessionnels, extension jusqu'alors uniquement possible au niveau de la branche. Or, faut-il rappeler que de grandes innovations (régime de retraite des non cadres, assurance chômage, mensualisation, formation professionnelle) sont le résultat de

négociations intervenues au niveau interprofessionnel, dont l'application ne pouvait résulter que d'agrément ministériels.

Cette construction du droit conventionnel sur plusieurs niveaux est cohérente avec le souci d'étendre le champ de la négociation. Toutefois, le paysage qui se dessine apparaît fragmenté et son unité plus difficile à mettre en œuvre, comme en témoigne la délicate question de l'articulation des conventions collectives entre elles. Surtout, ce système n'a contribué qu'insuffisamment à l'expansion de la négociation car elle demeure, avant tout, conditionnée par la présence et à la liberté des acteurs. Ainsi, alors que la loi du 11 février 1950 a supprimé, du côté des salariés, la possibilité pour de simples groupements de fait, c'est-à-dire ne revêtant pas la forme syndicale, de négocier et conclure des conventions collectives, l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 pour vivifier la politique contractuelle favorise l'apparition d'acteurs de types nouveaux. Les élus du personnel ou des salariés mandatés, sans remettre fondamentalement en cause le monopole syndical de conclusion des conventions collectives, ouvrent désormais la possibilité de conclure de telles conventions en l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise.

Toutefois, si la présence d'acteurs sur le terrain de la négociation est une chose, autre chose est de les amener sinon à conclure, au moins à entamer un dialogue sans heurter le principe de la liberté des négociateurs. En cela, la loi de 1996 relative au mandatement et celles concernant la réduction du temps de travail, pour les dispositions intéressant la négociation, conduiront peut-être à une simple poussée de la négociation, observée d'ailleurs à chaque réforme. Cependant, en tendance, le bilan de l'activité de négociation souligne plutôt son irrégularité. Ainsi, ni la grève, ultime moyen de pression, ni la reconnaissance par la loi d'un droit des salariés à la négociation, ni encore les multiples, mais indirectes, incitations à négocier n'ont véritablement vaincu les résistances des négociateurs. Parce que s'opposant de front à la liberté dont sont investis les acteurs sociaux, la contrainte, souvent évoquée, avait été jusqu'alors repoussée. L'instauration d'obligations de négocier par la loi du 13 novembre 1982 constitue, dans cette perspective, une évolution majeure. Depuis, le nombre d'accords conclus est en nette augmentation, mais si l'obligation de négocier tend à instaurer une négociation permanente, elle ne garantit nullement l'émergence de l'accord.

On peut le constater, le renforcement de la négociation collective a souvent été stimulé par les pouvoirs publics, sans ménagement parfois pour la liberté contractuelle. Ces

interventions animées par une volonté constante d'assurer une couverture conventionnelle à l'ensemble des salariés, apparaît comme un trait essentiel de l'évolution ; et ce d'autant plus que le déplacement du centre de gravité de la négociation interroge la fonction même qui lui était dévolue. Ainsi un éminent auteur affirmait que la raison d'être de la négociation collective est de porter le progrès le social. Dès lors, comment ne pas se demander si cette logique de la négociation peut ne pas se trouver transformée lorsque la négociation elle-même subit de si profondes mutations ?

II) LES MUTATIONS DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

La négociation a continuellement été traversée par des interrogations qui découlent de ces propres mutations. Ainsi, la question de la qualité des négociateurs a-t-elle toujours été posée. De même, la confrontation de la négociation à ses propres fonctions n'est pas nouvelle. En revanche, les incidences pratiques, les enjeux ont évolué et la fonction de progrès social interrogée à l'aune de ces mutations rend plus délicate l'appréciation de cette orientation (A), et encore plus nécessaire le questionnement sur la moralisation sur la négociation (B).

A) Diversification des fonctions

La négociation collective est, par nature, présentée comme un instrument de protection des salariés, justifiant l'objectif de son expansion. Pourtant, l'étude des textes de mars 1919 et juin 1936 qui précèdent la loi du 11 février 1950 montre que ceux-ci sous-tendent des fonctions tout autant économiques que sociales assignées aux conventions collectives. En réalité, la promotion du progrès social, réalisée par la négociation collective, semble résulter certes de l'intérêt porté par les acteurs à la négociation mais plus encore de la place dédiée à la convention collective par la loi.

On sait que la création des conventions collectives fut l'œuvre des acteurs sociaux avant de recevoir un encadrement juridique. Ces conventions ont initialement permis de retrouver une relative paix sociale, là où elle avait disparue, en évitant les conflits ou en y mettant fin. Elles ont ainsi pour partie compensée l'égalité perdue des salariés grâce à l'amélioration des droits existants et l'acquisition de droits sociaux nouveaux. Cependant, au-delà de la situation des salariés, la négociation a également permis au patronat d'homogénéiser les conditions de travail afin de réduire la concurrence entre entreprises. Mais la rencontre de ces intérêts est insuffisante pour assurer une dynamique de progrès social, dès lors que la convention collective ne garantit nullement la paix sociale, 1. La place réservée à la convention collective dans l'ordre juridique y contribue efficacement.

Précisément, les rapports entre la convention collective et loi ou le contrat de travail sont organisés par la loi du 11 février 1950 et révèlent à la fois le contrôle qu'entend assurer l'État sur le contenu de l'accord et la liberté qu'il entend accorder aux négociateurs. Ainsi, la

convention collective a vocation à améliorer les dispositions d'ordre public de la loi ; elle constitue alors une protection complémentaire. En revanche, dans son rapport au contrat de travail, la convention collective fixe un minimum de protection que le contrat individuel peut toujours dépasser mais ne jamais écarter. Ce nouvel agencement des sources du droit du travail imprime à la négociation son orientation vers le progrès social et invite les juges et la doctrine à forger de nouveaux concepts tels que ceux « d'ordre public social » et « de principe de faveur ». Ainsi, en raison de la rencontre entre règles, négociées et étatiques, les questions relatives à la dérogeabilité à la loi, à l'appréciation de la disposition la plus favorable commencent à se poser, sans véritable difficulté lorsqu'il s'agit de comparer des avantages individuels. C'est à propos des clauses de maintien des avantages acquis contenus dans des conventions de branche, et non d'hypothèses de concours comme nous les envisageons aujourd'hui, que les modes de comparaison (non cumul d'avantages concurrents, analyse par avantages ayant la même cause) ont été dégagés par les juges. En revanche, la question des droits collectifs paraît plus délicate à résoudre compte tenu de l'objet même des règles conduisant, jusqu'au milieu des années soixante, la jurisprudence à en refuser tout aménagement même plus favorable¹⁰.

Cependant plusieurs facteurs vont remettre en cause cette tendance à la standardisation du droit conventionnel et infléchir la fonction progressiste de la négociation collective. Au plan juridique, la faculté pour la convention collective de déroger à loi prend un sens nouveau puisque désormais l'aboutissement d'une négociation, sous certaines conditions cependant, permet d'écartier l'application de règles d'ordre public. L'analyse de la convention collective s'en trouve indiscutablement modifiée. Si la possibilité pour les négociateurs d'écartier l'application de règles étatiques a été introduite par l'ordonnance du 27 septembre 1967 relative à l'aménagement et à la répartition des horaires de travail, le législateur va étendre plus largement le domaine de la dérogation dans les années quatre-vingt. Pourtant, dès 1950 Paul Durand estimait qu'une partie des règles d'ordre public pouvait devenir supplétive vis-à-vis de la convention collective au motif que cette dernière rétablissait un équilibre des forces entre cocontractants. Cette conception singulière, qui n'a n'avait pas eu jusqu'alors les faveurs du législateur, était défendue dans un contexte où la branche constituait le niveau quasi exclusif de négociation. Or, depuis, tant le tissu économique français que les entreprises se sont transformés. Ainsi, les besoins des entreprises, comme les contraintes qui pèsent sur

¹⁰ Par exemple : Civ. 2^{ème} 4 oct. 1961 D. 1961, 684, 533. La loi (18 juin 1966, 27 déc. 1968 - droit syndical) ouvrira la possibilité d'aménagements plus favorables par voie d'accord.

elles, les poussent au contraire à rechercher une plus grande diversification des règles, non à parvenir à leur homogénéisation. C'est par la dérogation que cette diversité est la mieux à même de s'exprimer, favorisée en cela par la consécration de la négociation et l'instauration d'obligations de négocier dans les entreprises.

La relation nouvelle que la convention collective peut entretenir avec la loi invite à s'interroger sur la légitimité des syndicats pour discuter et engager les salariés lors de négociations qui ne sont plus seulement des négociations d'acquisition. Les conditions d'une « moralisation » de la négociation ont en réalité toujours été présentes dans les débats. Mais alors que la garantie de la négociation a été recherchée dans la représentativité, son application est aujourd'hui remise en cause.

B) « Moralisation » de la négociation

Jusqu'en 1936, un grand libéralisme se manifestait quant à l'aptitude à conclure une convention collective. Cependant le législateur a progressivement introduit dans le système de la négociation la catégorie « d'organisations syndicales les plus représentatives » opérant ainsi une sélection entre organisations syndicales, désormais seules habilitées à négocier et conclure des conventions collectives. La condition de représentativité est depuis une constante, que la loi de 1971 a généralisé à toutes les conventions collectives afin de moraliser la négociation, c'est-à-dire d'empêcher la signature d'accords par des syndicats non représentatifs. Parmi cinq critères retenus par la loi¹¹, celui de l'effectif, c'est-à-dire du nombre d'adhérents au syndicat, complété par celui de l'audience, non mentionné par la loi mais utilisé par les juges¹², éclairent sur la qualité du lien devant relier les travailleurs aux syndicats, dès lors que ces derniers ont désormais pouvoir d'engager tous les salariés et pas seulement leurs membres. Cependant, cette légitimité syndicale va se trouver profondément altérée lorsque, dans les entreprises, les syndicats affiliés aux confédérations nationales officiellement considérées comme représentatives n'auront plus à faire la preuve de leur représentativité. Le droit de négocier va ainsi, pour partie, se détacher de toute exigence de représentativité réelle.

¹¹ Circulaire du 28 mai 1945 repris par la loi du 11 février 1950 : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté, l'attitude patriotique pendant l'occupation.

¹² Cass.

La signature d'accords par des syndicats minoritaires mais représentatifs ne suscite guère de critiques tant que l'objet de la négociation ne s'éloigne pas de son objectif de progrès social. En revanche, la légitimité de l'acteur syndical se pose avec une acuité nouvelle lorsque le résultat de la négociation s'éloigne de cet objectif notamment par la perte d'avantages. Plus significativement encore, la représentativité doublée de l'unicité de signature peuvent être discutées lorsque, dans les entreprises, l'accord collectif sur les conditions de travail ou l'emploi ne permet plus de définir la négociation par opposition au pouvoir du chef d'entreprise¹³ mais comme une participation, sans distance, aux décisions de l'employeur¹⁴. On sait, en effet, que du fait de l'objet même des accords dérogatoires, un employeur disposera de pouvoirs auxquels il ne peut prétendre sans négociation. Dans un tel contexte puisque la représentativité par affiliation comme la règle d'unicité de signature n'assurent plus la préservation des intérêts des salariés qu'elles prétendaient jusqu'alors servir, d'autres voies sont explorées pour tenter de préserver l'équilibre de la négociation. A des degrés divers, le droit d'opposition à l'entrée en vigueur de certains accords et désormais l'accord majoritaire, l'obligation de consultation du comité d'entreprise lorsque l'objet de l'accord entre dans son champ de compétence ou encore la référence implicite à l'obligation de loyauté¹⁵ dans la négociation collective y concourent.

A n'en pas douter, au sein de l'institution « négociation collective », qui participe aujourd'hui pleinement à la régulation des relations du travail, et au côté du droit des conventions collectives, s'affirme un droit de la négociation collective en tant que mode de réalisation du droit des salariés à la négociation inconnu en 1950.

¹³ En ce sens GLC « Critique de la négociation collective », *Dr. Soc.* 1979, 350.

¹⁴ AJ, ALC, MLF, « L'ordonnancement des relations de travail » Dalloz, 1998

¹⁵ Appel négocié à toutes organisations syndicales dans l'entreprise hors du cadre de la négociation annuelle obligatoire (Cass. Soc. 2 déc. 1998, « les accords successifs conclus au niveau de l'entreprise pour mettre en œuvre dans celle-ci des dispositions d'une convention collective sont des accords d'entreprise qui doivent être négociés conformément à l'article L. 132-19 du Code du travail avec toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise »), information suffisante des délégations syndicales