

Rapport au Premier ministre



Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles

JEAN-FRÉDÉRIC POISSON
DÉPUTÉ DES YVELINES

[EXTRAIT]

Sommaire

Synthèse du rapport	5
Introduction générale	25
Principales recommandations de la mission	29
Conclusion générale	31

Synthèse du rapport

En France, suivant une tendance largement entamée au plan mondial, l'inclination est à la polarisation de la négociation collective vers le niveau interprofessionnel, d'une part, et vers l'entreprise voire l'établissement local, de l'autre.

Pourtant, l'idée que les relations professionnelles peuvent relever d'un même modèle, unique, n'est pas devenue plus opérante que par le passé. Dans un but de régulation, la pluralité et la diversité des modèles de relations professionnelles ne peut pas être, non plus, celle de chacune des entreprises.

La réalité, économique et sociale, est faite de configurations suffisamment proches pour donner prise à des régulations professionnelles collectives d'un niveau intermédiaire (les services de propreté ne sont pas la banque ou la chimie, qui diffèrent de la restauration rapide).

Si des doutes, voire davantage, peuvent prospérer quant à la possibilité même de telles régulations, c'est parce que l'efficacité et la pertinence des régulations de branche, telle qu'elles fonctionnent maintenant, sont mises en cause. Si l'on a l'espoir d'assurer une forme de développement social durable, de nouvelles dynamiques et de nouvelles capacités appellent la création de branches nouvelles.

Une construction au long cours, dont l'efficacité et la pertinence sont maintenant mises en cause

Pour les économistes, la « branche » renvoie à un marché de produits ou de services supposé homogène. Pour les statisticiens, elle peut être employée concurremment avec la notion de secteur, c'est-à-dire un ensemble d'entreprises regroupées selon un critère d'activité dominante, et non à partir d'un critère d'activité homogène.

Du point de vue du droit du travail, les « branches » sont des constructions de la négociation collective. Autrement dit, les branches professionnelles

ne sont pas des cadres préétablis (donnés par le marché, établis par la science ou constitués par l'administration), dans lesquels on ferait entrer des acteurs eux-mêmes préexistants. Cadres pour l'action, leurs contours résultent de compromis entre les acteurs que cette négociation engage.

Bien sûr, une recherche commune court au travers de ces différents usages de la métaphore qu'est la «branche» : celle d'une activité économique identifiée⁽¹⁾. Aussi la branche économique, la branche statistique et la branche professionnelle peuvent-elles s'imbriquer voire, à certains égards, se façonner mutuellement. Mais jamais elles ne se recourent.

Ce n'est pas un handicap, au contraire. L'absence de définition *a priori* donne sa souplesse d'usage indispensable à la norme de composition des branches professionnelles, autorisant des interprétations différenciées de la notion d'activité économique. Dès lors qu'il s'agit de négociation collective, en raison même des objets de la représentation d'intérêts collectifs et des modes d'exercice de celle-ci, cette notion commune d'activité économique doit pouvoir se prêter, légitimement et logiquement, à des interprétations diverses et évolutives. Celles-ci sont précisément l'enjeu premier d'une négociation libre ou autonome.

Il s'agit de négociation collective, c'est-à-dire d'une forme, parmi d'autres, de régulation des relations professionnelles et non seulement, trop globalement dit, de régulation de la concurrence. La difficulté et l'intérêt de ce type de construction renvoient plutôt à l'articulation de l'économie et du droit : c'est un sujet d'actualité dans les périodes de crises que nous traversons. Or la construction des branches professionnelles manque maintenant de la lisibilité, de la visibilité et de l'efficacité permettant aux partenaires sociaux d'espérer agir sur le cours des choses, les privant de fait de la capacité de régulation autonome qui peut motiver leur rencontre.

La définition des contours des branches professionnelles n'est pas une opération administrative ou scientifique : c'est l'enjeu premier de toute négociation à ce niveau

Depuis les premiers pas de la négociation de branche au sens actuel⁽²⁾, l'événement fondateur est d'abord la définition, par elles-mêmes, du champ de compétences des organisations patronales engagées dans les négociations sociales.

(1) Article L. 2222-1 du Code du travail : « Les conventions et accords collectifs de travail, ci-après désignés «conventions» et «accords» dans le présent livre, déterminent leur champ d'application territorial et professionnel. Le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques.

Pour ce qui concerne les professions agricoles mentionnées aux 1^o à 3^o, 6^o et 7^o de l'article L. 722-20 du Code rural, le champ d'application des conventions et accords peut, en outre, tenir compte du statut juridique des entreprises concernées ou du régime de protection sociale d'affiliation de leurs salariés. Les conventions et accords dont le champ d'application est national précisent si celui-ci comprend les départements d'outre-mer, Saint-Barthélemy, Saint-Martin ou Saint-Pierre-et-Miquelon ».

(2) Décret Millerand de 1899 sur les marchés publics, création de l'Union des industries et métiers de la métallurgie (IMM) en 1901.

Pour l'essentiel, les processus de construction et d'identification des branches professionnelles combinent ainsi, selon des modes très divers :

- le fait générateur du découpage ou du regroupement des activités en branches : celui du périmètre, en termes d'activités économiques, des organisations d'employeurs participant à la négociation de branche ;
- dans la plupart des cas, une appréciation du critère d'activité économique sous l'angle d'un produit ou d'un service, plutôt que sous celui d'une filière, bien que plusieurs regroupements de branches aillent dans ce sens ;
- au-delà de ce qu'autorise le code du travail, c'est-à-dire au-delà de l'agriculture, un croisement assez contingent de l'activité, au sens de produit ou service, avec le statut de l'employeur (artisanat, professions libérales) ou le mode d'exploitation des entreprises (économie sociale) ;
- des coïncidences et recoupements de droit entre le périmètre d'une branche et celui des accords collectifs qu'elle produit (conventions collectives, accords collectifs thématiques) à géométries variables, organisées par la voie contractuelle, celle de la volonté des parties, sauf cas tout à fait exceptionnel d'élargissement par voie de décision administrative unilatérale.

On ne peut perdre de vue que la délimitation de la règle négociée est un élément fondateur de celle-ci. L'extension par voie administrative de la portée des accords collectifs produits par la négociation de branche consolide et arrête les choix des parties à la négociation, leur conférant une nature réglementaire opposable aux non-signataires compris dans le champ, territorial et d'activité, qu'elles ont définies.

Si elles ne découlent pas d'une définition *a priori* (les codes NAF ne sont pas constitutifs d'intérêts collectifs...), les identités de branche ne résultent pas non plus de déterminismes, économiques ou autres. Fruit de compromis, leur part de contingence est inévitablement forte.

Dans tous les cas, la recherche d'une position permettant aux acteurs, notamment l'acteur patronal, d'être interlocuteurs légitimes des pouvoirs publics donne un sens aux agencements retenus. On le voit notamment lorsque les pouvoirs publics exercent une forme de « tutelle » sur les activités concernées (exemple des transports).

La construction que sont les branches professionnelles est en difficulté : la capacité d'agir de leurs acteurs n'est pas à la hauteur des enjeux

Une première difficulté se présente à qui veut connaître et analyser la négociation collective de branche. La connaissance des acteurs et, plus encore, celle des jeux d'acteurs, sont lacunaires ou difficilement accessibles d'un point de vue d'ensemble. Malgré les efforts remarquables de la Direction générale du travail, notamment au travers du bilan annuel de la négociation collective examiné en Commission nationale de la négociation collective, l'information que recouvre l'évocation récurrente des « 687 branches »⁽¹⁾, est demeurée de nature

(1) Voir chiffres clés en début de la deuxième partie de ce rapport.

administrative, avec son empirisme et ses cloisonnements, d'un partage très difficile. Pourtant, le BIT considère, non sans raison, qu'il devrait s'agir d'un « bien public », de nature à permettre une « négociation mieux informée des réalités économiques et plus équilibrée ».

De ce fait, le travail réalisé dans le cadre de la mission confiée au député Jean-Frédéric Poisson est une première.

La segmentation, parfois l'étanchéité, des administrations intervenant dans les régulations professionnelles, dans des rôles comparables, a d'ailleurs des incidences directes sur les institutions de la négociation collective de branche elles-mêmes. L'exemple le plus net est dans les différences entre la négociation collective dans les branches dont les salariés relèvent du régime agricole de sécurité sociale (256 conventions collectives, moins d'un million de salariés couverts) et celles dont les salariés relèvent du régime général (687 conventions collectives, 14 millions de salariés couverts). De ce point de vue, il n'est pas incohérent que la grille d'analyse des conventions collectives et accords collectifs de branche élaborée par la DARES (« conventions regroupées pour l'information statistique » - CRIS) fasse de la « tutelle » administrative le premier des quatre critères hiérarchisés de tri des informations⁽¹⁾.

La mission a cependant traité, parmi d'autres, les trois questions suivantes, avec l'appui de la Direction générale du travail pour ce qui concerne la première.

Comment fonctionnent aujourd'hui les négociations de branche ?

• Premier constat, global : l'activité d'une moitié des champs des 657 conventions collectives étudiés par la Direction générale du travail, à la demande de la mission, peut être considérée comme productive, l'autre moitié doit être considérée comme moribonde voire éteinte.

Le dynamisme est apprécié, de façon très large, par le taux dont le numérateur est le nombre d'années avec signature d'au moins un accord et le dénominateur le nombre d'années qui ont suivi la conclusion d'une convention collective fondatrice (100 % correspondant donc à un accord par an).

Les catégories retenues (dynamisme, régularité) sont les suivantes :

- 1) Très dynamique : 70 % d'activité ou dans sur la période
- 2) Productif : 30 à 70 % d'activité dans la période
- 3) Moribond : 10 à 30 % d'activité dans la période
- 4) Présumé éteint : activité très faible voire inexistante (< = 10%)

Catégories (dynamisme)	Champs conventions collectives	% conventions collectives
1	87	13
2	243	37
3	83	13
4	244	37
Total	657	100

Source : Direction générale du travail.

(1) La tutelle, la proximité de négociation, la filière, la proximité des activités.

Selon ce calcul, parmi les **87** champs conventionnels très dynamiques, on compte deux tiers (66 %), soit **58** champs conventionnels, qui sont très dynamiques et pratiquent un dialogue social soutenu au-delà des accords portant sur les salaires (sur 657). Un tiers, soit une trentaine de champs, est très dynamique mais n'assure pas dans les autres domaines le dynamisme qu'ils montrent dans la négociation de salaires minima.

On peut relever des différences de dynamisme selon la taille des champs des 657 conventions collectives, mesurée par les effectifs couverts lorsqu'ils sont connus, c'est-à-dire à partir de 2000 salariés (43 % des cas seulement) :

- les champs de tailles moyennes et grandes (au-delà de 35 000 salariés) se situent pour l'essentiel entre « productif » et « très dynamique » ;
- les champs de tailles petites et moyennes (2 000 à 35 000 salariés) connaissent en général une négociation « productive » ;
- les champs dont l'effectif n'est pas connu, généralement, parce qu'il est inférieur à 2000, comptent l'essentiel des champs « présumés éteints », et « moribonds » ;
- on relève quelques exceptions, dans les champs sans effectif connu, caractérisés par un très fort dynamisme ; il s'agit de champs conventionnels plutôt récents (après 1982) : ports de plaisance, centres de gestion agréés, lin rouissage-teillage, enseignement privé à distance, BTP de la Guadeloupe, sport, vétérinaires, métallurgie de l'Oise (2008).

Cependant, s'il est heureux que les champs de la négociation de branche couvrant les effectifs les plus importants soient dans l'ensemble plutôt « productifs », il apparaît qu'il n'y a pas de lien évident entre taille et dynamisme. Couvrant respectivement 85 000 et 45 000 salariés, les champs conventionnels de la publicité et des grands magasins populaires sont à considérer comme moribonds. Par contre, nombreux sont, parmi les 71 champs conventionnels de la branche de la métallurgie (13 % des 657 conventions collectives étudiées), ceux qui sont très dynamiques ou productifs alors qu'ils couvrent, chacun, moins de 35 000 salariés.

• Deuxième constat, plus qualitatif : le taux global de couverture recèle en fait de très graves lacunes, au-delà de la négociation des normes salariales.

Grâce à l'extension administrative, la France maintient certes un des taux de couverture par la négociation de branche les plus élevés du monde, avec 90 % des salariés des secteurs non agricoles, malgré un taux de syndicalisation exceptionnellement faible.

Mais les 330 champs conventionnels considérés comme productifs ou très dynamiques, dont 21 % relèvent de la seule branche de la métallurgie, produisent essentiellement des accords salariaux. Dans le strict domaine salarial, une négociation collective vivante permet ainsi de couvrir par des accords collectifs jusqu'à 49 % de l'ensemble des champs conventionnels des secteurs non agricoles. Mais une négociation collective vivante ne couvre que 42 % du même ensemble avec des accords collectifs traitant de tous les autres thèmes possibles de négociation.

De plus, il s'agit, en grande majorité, des classifications et des dispositifs ou financements de la formation professionnelle. Les autres sujets sont

très peu abordés et donnent lieu à très peu d'accords. Les obligations légales de négocier au niveau des branches sont massivement lettre morte, sauf exceptions notables, dans des domaines aussi sensibles que l'égalité entre femmes et hommes, l'emploi des handicapés, les conditions de travail et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Il s'agit pourtant de domaines dans lesquels la négociation de branche pourrait apporter de vraies ressources dont la majorité des entreprises, de tailles modestes, ne peut disposer sans cela.

Encore cette relativement bonne tenue de la négociation des normes salariales, cœur et moteur symbolique de la négociation de branche, doit-elle beaucoup à l'impulsion et à l'accompagnement des pouvoirs publics. Depuis mars 2005, la négociation des salaires minima fait l'objet, en effet, d'un suivi attentif des pouvoirs publics et des partenaires sociaux, maintenant réunis, à la demande de ces derniers, au sein du « *comité de suivi de la négociation salariale de branche* », mis en place dans le cadre de la Commission nationale de la négociation collective et pérennisé par un décret publié en juillet 2007.

Malgré l'affichage d'un taux de couverture maximal, le système présente en fait des lacunes au moins aussi préoccupantes, pour l'utilité et l'avenir de la négociation collective, que les manques « physiques » dans la couverture. Elles minent sa légitimité. Il y a trop de conventions désuètes, peu ou pas renégociées, pouvant laisser place à des rituels creux. Il y a trop de blocages des négociations qui comptent.

Or la négociation d'entreprise ne peut pas compenser ces faiblesses. En effet, la quasi-totalité des accords sont conclus dans des entreprises d'au moins cinquante salariés, ce qui exclut la majorité des salariés de leur bénéfice. La négociation de branche peut, elle, s'adresser à tous. Elle peut surtout offrir le recul nécessaire à la recherche de repères communs permettant d'assurer les équilibres de moyen et long termes, dans une aire définie par un même « modèle » de relations professionnelles.

Quelles sont les difficultés structurelles auxquelles se heurtent les négociations de branche ?

Un point mérite tout d'abord attention : le caractère quasiment universel, parmi les acteurs, de deux assimilations - ou confusions - totalement dissymétriques.

Ces deux assimilations sont caractéristiques, en cela, d'une institutionnalisation pour le moins précaire de la négociation de branche, indépendamment de la solidité des appareils et statuts supposés être, par ailleurs, des instruments de la négociation de branche.

Il s'agit de l'affirmation par les uns, le patronat, que la branche n'est rien d'autre que la fédération patronale, et de l'affirmation par d'autres, les syndicats et l'administration, que la branche n'est autre que la convention collective.

La branche n'est jamais spontanément présentée comme la rencontre d'acteurs collectifs constitués en vue de la négociation de branche. Or, sauf habitudes de pensée héritées des administrations de la sphère publique, un tour de table peut tout à fait former une institution sans qu'il soit nécessaire de l'assimiler soit à un appareil, soit à un statut.

Dans le cas présent, lorsque la branche est assimilée à un appareil, c'est soit à celui de l'une des parties à la négociation soit à un organisme paritaire de type organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), dont les liens avec la négociation collective sont pour le moins peu clairs.

Lorsqu'elle est assimilée à un statut, c'est sous l'angle des droits et obligations, donc des valeurs qui en découlent, ce qui est somme toute plus proche de l'institution, sauf qu'il s'agit plutôt d'un instrument que l'on assimile à l'institution.

Lorsqu'il est question d'organisation, ce n'est jamais d'une organisation des pouvoirs des parties en présence pour concrétiser des compromis, l'un des trois éléments constitutifs d'une institution de négociation, conjointement avec l'idée d'un projet à réaliser et avec la dynamique propre de cette réalisation.

Cette faible institutionnalisation et ce poids des appareils (ces « institutions choses » selon l'expression du doyen Maurice Hauriou) et instruments sont le cœur des difficultés de la négociation de branche, alors qu'elle est en concurrence avec d'autres lieux ou points d'appui de la négociation collective et du dialogue social, au plan national comme dans des aires plus vastes, européennes et internationales.

Les appareils, non plus que les statuts, ne peuvent à eux seuls donner vie à la négociation et faire que celle-ci soit la force d'adaptation que l'on attend dans un monde de plus en plus confronté à l'incertitude et aux mobilités. Sans élan vital qui lui soit propre, la branche est une proie dans les conflits d'appareil (voir notamment les OPCA).

Or, depuis l'introduction, en 1982, de la possibilité de déroger au droit commun (légal et réglementaire) au niveau des entreprises, l'évolution du droit des salariés à la négociation collective de leurs conditions de travail et à la participation à la gestion des entreprises⁽¹⁾ est allée plus vite que la construction d'un nouveau droit de la négociation collective. Ce décalage met en cause le rôle de la branche tel qu'il s'était jusqu'alors construit et, surtout, tel que les appareils l'assurent. En effet, avec la loi de juillet 1950, la « loi de la profession » avait jusqu'alors pour point d'appui exclusif les branches, très largement instituées en organisant ce type de régulation, au point que le droit de la négociation collective était « le droit des conventions collectives ».

Longtemps point d'appui exclusif puis pivot du système français des relations professionnelles, la négociation collective de branche est maintenant un point d'appui parmi d'autres. Dans la pratique, cet ordre collectif est maintenant caractérisé par l'absence de spécialisation ou de priorité assurées des champs de responsabilité, entre législation et négociation collective, comme entre niveaux de la négociation collective. L'introduction d'une règle de suppléativité de l'accord de branche vis-à-vis de l'accord d'entreprise en matière de temps de travail, par la loi du 20 août 2008, relative à la modernisation de la démocratie sociale et au temps de travail, est une tentative pour mettre un certain ordre dans ce qu'il est devenu difficile de reconnaître comme « l'ordre public social ».

(1) Alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution.

Lisibilité et visibilité des branches et de leurs règles sont maintenant parmi les principales difficultés d'une gouvernance de la négociation collective. Le paysage devient illisible. La complexité et le manque de lisibilité ne rendent pas seulement plus difficile l'élaboration et la mise en œuvre de la règle de droit, à la fois au niveau des branches et à celui des entreprises, ils nuisent surtout à la légitimité de leurs acteurs et règles, aux deux niveaux. Or le Conseil constitutionnel a fortement relevé que l'idée même de dérogation impliquait une légitimité spéciale des négociateurs à l'égard de la collectivité concernée.

Légitimité n'est pas seulement reconnaissance de représentativité, surtout si celle-ci ne concerne que l'une des parties. Elle repose, on le voit à l'exemple des fragilités liées à la complexité, sur les procédures d'élaboration de la règle et sur l'organisation concrète des pouvoirs qui vont lui donner vie. Autrement dit, les relations d'autonomie entre deux niveaux (branche et entreprise), dans l'élaboration des règles, créent une exigence de légitimité nouvelle, qui ne résulte pas de la seule représentativité syndicale, il s'en faut de beaucoup. La loi du 20 août 2008 appelle des prolongements. **Le «verrouillage» généralisé⁽¹⁾, par les branches, des possibilités de dérogations aux règles qu'elles produisent, à la suite de la loi du 4 mai 2004, justifie que l'on réexamine les conditions de cette articulation.**

Une articulation positive entre règles de branches et entreprises, par l'organisation d'une subsidiarité, est à construire. Les règles de branches sont à concevoir et à administrer comme des ressources pour les acteurs des entreprises plutôt que comme des contraintes. L'accessibilité et l'interprétation des règles qu'ils produisent devraient être l'un des éléments essentiels d'une administration, par leurs auteurs eux-mêmes, des normes négociées aux niveaux des branches. Cela suppose des moyens que peu d'acteurs actuels de la négociation de branche peuvent déployer.

Considérer les règles produites comme une ressource mise à disposition des acteurs des entreprises par la branche en tant qu'institution de négociation collective, et non par chacun de ses acteurs agissant séparément, devrait avoir pour corollaire une information et une interprétation des règles assurées de façon partagée au niveau de la branche, à l'aide de moyens communs dédiés.

Plus les champs conventionnels sont fragmentés, plus développé l'empilement théoriquement «impératif» des normes, plus difficiles sont l'accès et la compréhension du droit, donc son effectivité. Si cette complexité se combine avec l'éclatement des voies d'accès et d'interprétation, le manque de visibilité de la négociation de branche atteint des niveaux qui la fragilisent radicalement.

Quels sont les mécanismes aboutissant à maintenir voire à augmenter le morcellement des branches ?

En France, se doter de sa convention collective de branche est demeuré, depuis l'origine des branches professionnelles au sens actuel, le principal moyen d'exister en tant que groupe de représentation d'intérêts économiques sectoriels (exemple historique : industries et métiers de la métallurgie)

(1) Plusieurs auteurs, notamment Gilles Béliet, parlent de «glaciation».

ou statutaires (exploitations agricoles, artisanat, professions libérales, économie sociale). En poussant la logique à l'extrême, plus le périmètre est réduit, plus nécessaire peut s'avérer la convention collective.

Pour faire bref, l'absence de reconnaissance des groupements de défense d'intérêts économiques sectoriels en tant que tels joue un grand rôle dans la fragmentation du paysage conventionnel, sauf regroupement spécialisé dans la négociation sociale l'Union des industries et métiers de la métallurgie (UIMM). Pour bénéficier de cette reconnaissance et des ressources importantes qui l'accompagnent en France, les groupes d'intérêts ont jusqu'alors pour voies principales celles de leur participation à la négociation des conditions du travail et aux politiques sociales.

C'est spécialement évident dans les périodes et dans les secteurs d'activité marqués par l'interdépendance avec les pouvoirs publics (contrôle des prix par le passé, professions réglementées de nos jours). Les périodes de protectionnisme il y a un siècle, celles du contrôle des prix ensuite, ont été les moments fastes de l'organisation patronale pour la négociation sociale.

L'idée et les pratiques institutionnelles laissant espérer que les marchés de produits ou services, d'une part, le marché du travail, d'autre part, peuvent être effectivement régulés et articulés pas la seule fixation des « tarifs » que seraient les salaires minima, renforce par ailleurs les risques de fragmentation des champs conventionnels. Sauf à s'en tenir au niveau de l'établissement local, lui-même de plus en plus appelé à différentes formes de mobilités, la recherche devenue vaine d'une coïncidence entre marché de produits ou services et marché du travail pousse à circonscrire de plus en plus étroitement, sans espoir de succès, le champ de ce mode théorique de régulation.

Les branches au champ le plus large et le plus dynamique sont des branches dans lesquelles la fixation des normes salariales est la plus décentralisée (métallurgie, bâtiment, production agricole). Au contraire, celles dans lesquelles les normes salariales sont les plus centralisées connaissent blocages généralisés et durables des négociations dans leur ensemble et menaces d'explosion (transports routiers de marchandise et activités auxiliaires). L'idée, très théorique, que la négociation de branche n'est justifiée que par une « égalisation » des conditions de concurrence par les seuls minima salariaux est devenue totalement contreproductive. Non seulement les minima salariaux n'ont pas du tout la même fonction dans les grandes et petites entreprises. Mais surtout, c'est le caractère multidimensionnel des objets de négociation qui permet l'efficacité de celle-ci.

Face aux processus de fragmentations et aux chevauchements, les procédures administratives sont faibles, sauf lorsqu'elles aboutissent à conforter l'autonomie des parties à la négociation.

En l'état actuel du droit de la négociation collective et du système de représentativité des intérêts en présence, les procédures préparant une décision administrative unilatérale (extension, élargissement) sont de faibles instruments face aux risques de fragmentations, encore plus face aux risques de chevauchements entre champs conventionnels. Ceux-ci sont nombreux et mal connus.

L'énergie que l'administration du travail doit déployer pour essayer de compenser ces risques est excessive au regard des résultats. Le plus souvent,

c'est par le dialogue suscité par de telles procédures, notamment au sein de la Commission nationale de la négociation collective, que des voies de compromis peuvent être trouvées. Elles le sont par les acteurs eux-mêmes ou avec l'aide d'un tiers, dans le cadre d'une commission mixte paritaire.

Les commissions mixtes paritaires présidées par un tiers nommé par le ministre du Travail, parce qu'elles confortent, paradoxalement, l'autonomie des acteurs, semblent jouer un rôle plutôt favorable à des regroupements dynamiques et viables (cas récent du spectacle vivant). Pour aller vite, les commissions mixtes paritaires contribuent, pour une large part, à réduire les tensions au sein de la partie patronale. Par là, elles offrent un levier pour prévenir les risques de fragmentation. Elles peuvent même, comme on le voit au cas des spectacles, faciliter les rapprochements entre organisations d'employeurs et, par là, des regroupements de champs de la négociation de branche.

Or les évolutions entamées depuis longtemps dans la vie des entreprises sont de nature à accélérer maintenant deux transformations 1) la pluralité « consubstantielle » du patronat et le mouvement permanent qui traverse ses organisations représentatives, 2) le moindre intérêt d'un rôle de relais avec les pouvoirs publics (dans les deux sens), dans un nombre croissant de cas. Ceci pour deux raisons :

- d'une part, le développement d'entreprises de toutes tailles et de groupes aux frontières et aux activités mouvantes, en réseaux, ainsi que celui des activités transversales aux découpages sectoriels, mettent à mal la pertinence des compromis politiques qui ont institué ceux-ci. Au 1^{er} janvier 2004, il existait en France 31 000 groupes, hors secteurs financier et agricole. Les sociétés contrôlées par un groupe employaient 56 % des salariés de l'ensemble des entreprises non agricoles, hors intérim, soit 7 851 000 salariés. Les grands groupes comme Veolia ou Saint Gobain peuvent entrer dans les champs d'application de douze à quinze conventions collectives différentes ;
- d'autre part, les politiques publiques de régulation sont de moins en moins généralement et durablement sectorielles au niveau national : être relais entre l'État et les entreprises sur un plan sectoriel, dans les deux sens, n'a plus la même portée qu'auparavant. Si les crises économiques peuvent donner un spectaculaire coup de fouet à des relations de coordination voire de coopération entre les pouvoirs publics et des organisations professionnelles ou groupements de défense d'intérêts sectoriels⁽¹⁾, la tendance de long terme n'est pas favorable à leur institutionnalisation durable au plan national, en tout cas dans les domaines de politiques industrielles. La légitimité et les ressources des organisations patronales doivent être appréhendées de nouvelle manière, plus favorable à des regroupements et, sous certaines conditions, à l'exercice plus autonome de responsabilités plus claires.

(1) Voir la « charte nationale de coopération pour le soutien et l'accompagnement des entreprises du secteur de l'automobile et de leurs salariés », conclue le 3 juillet 2008 entre l'État, l'Union des industries et métiers de la métallurgie (UIMM), le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA), une majorité d'organisations syndicales de salariés représentatives, ainsi que par la Fédération des équipementiers (FIEV), associant le Groupement des fédérations industrielles (GFI) et les entreprises de l'intérim (PRISME).

À nouvelles dynamiques, nouvelles capacités : vers des branches nouvelles

Au total, le paysage de la négociation de branche présente un état de grande faiblesse : visibilité, lisibilité, effectivité, efficacité en perte de vitesse ou gravement menacées. Il en découle une capacité d'inégalité croissante à :

- négocier des normes adaptées à la diversité des situations concrètes ;
- administrer les normes, y compris celles qui concernent les salaires et classifications ;
- aider aux anticipations : pénibilité, santé au travail, valorisation et qualification des compétences, égalité entre femmes et hommes, gestion dynamique des âges au travail ;
- promouvoir l'équité : emploi des handicapés, respect de la diversité ;
- aider à gérer les restructurations : en Lorraine, la mission a relevé de sérieuses carences dans la chimie.

Cela étant, la nouvelle donne juridique, amorcée en 1982, instituée par les lois de 2004, 2007 et 2008, organise des « déplacements » : la permanence apparente des trois niveaux de la négociation collective recouvre de profonds changements dans la manière de les activer. Il s'agit de nouvelles dynamiques, avec ce qu'elles recouvrent comme épuisements d'anciennes manières de faire et de voir. Il faut maintenant gérer les deux : déplacements (nouveau) et épuisements (caducité).

La régulation de branche est en principe plus riche, plus complète et plus opérationnelle que la régulation interprofessionnelle. C'est à ce niveau que peuvent se régler nombre de conditions concrètes d'exercice de la concurrence économique et de la prévoyance sociale. Il s'agit d'anticiper pour pouvoir agir sur le cours des choses, plutôt que seulement espérer gérer des statuts. La nouvelle donne juridique, notamment depuis la loi du 20 août 2008, invite à changer de modèle en conséquence.

Seules des branches nouvelles, institutions autonomes de la négociation collective, permettront le sursaut nécessaire. Cette autonomie est d'intérêt croissant avec le caractère mouvant des entreprises et de leurs activités, avec le développement des incertitudes, qui nécessitent une capacité de régulation d'un autre niveau que celui de l'entreprise, pour anticiper, pour adapter, pour gérer les risques et, mieux encore, saisir les opportunités de développement. Le jeu des acteurs peut consister pour une large part à changer les termes d'un problème dans lequel ils sont bloqués.

Les nouvelles voies d'une régulation de branche

Nouveaux projets de régulation pour répondre aux besoins réels des acteurs des entreprises, complexité accrue des négociations : les nouvelles voies de la négociation collective de branche appellent un changement de modèle. La nouvelle donne juridique issue de la loi du 20 août 2008 invite à ce changement.

a) Tout d'abord, les mutations socio-économiques auxquelles sont confrontés les acteurs des entreprises doivent devenir le « cœur de métier » de la négociation de branche.

Le modèle historique des branches, celui de la coïncidence entre un marché de produits ou services circonscrit, un marché du travail bien identifié et la convention collective-statut comme instrument de leurs régulations est devenu depuis longtemps plus que théorique. C'est pourquoi la recherche d'une nouvelle articulation, par la négociation collective de branche, entre l'économique et le social apparaît bien comme la préoccupation la mieux partagée des acteurs. Mais c'est aussi leur difficulté la plus marquée.

De fait, cette préoccupation et cette difficulté des acteurs motivent en grande partie leur propension générale à « verrouiller » la dérogation de droit prévue, par la loi du 4 mai 2004, au niveau de la négociation d'entreprise. La dérogation au droit commun de la branche demeure en effet perçue comme un risque de concurrence entre la branche et l'entreprise, de nature à mettre en cause le projet collectif fondateur de celle-ci, avec le « dumping social » comme enjeu le plus généralement mis en avant.

Comment trouver les voies d'un nouveau projet de régulation ? Alors que l'impact concret des mutations socio-économiques est généralement difficile à prévoir ou anticiper au niveau des entreprises, sauf lorsqu'il est trop tard, la négociation de branche peut et doit apporter des ressources appréciables.

Bien sûr, l'anticipation, l'interface entre prospective et action, tout cela fait appel à des expertises qui demeurent encore loin de la portée de la grande majorité des branches actuelles.

Mais, à bien regarder, la difficulté n'a-t-elle pas une origine plus interne à l'organisation de la régulation de branche elle-même, telle qu'elle résulte de la conception d'une « loi de la profession » de type exclusivement réglementaire, peu reliée à la *soft law* qu'appellent l'anticipation et l'accompagnement des mutations socio-économiques, trop souvent dans l'urgence des crises ?

Pour reprendre les propos du professeur Jean-Claude Javillier : « *C'est la régulation qu'il convient de dynamiser par des méthodes adaptées, pour partie toujours juridiques. Car une simple réglementation, dans des sociétés complexes et avec une économie mondialisée, ne saurait apporter de réponse pertinente et suffisante. Il faut développer des instruments pour une régulation* »⁽¹⁾. Cette idée que la dynamisation de la régulation fasse appel, pour partie, à des méthodes juridiques, nous paraît une voie à explorer davantage au niveau de branches nouvelles. Cela suppose que l'on n'oppose plus droit « dur » pour réglementer *a priori*, en toutes circonstances, et droit « progressif » ou « à réalisation progressive » (selon la traduction que donne Jean-Claude Javillier de la notion anglaise de *soft law*), pour la résolution de problèmes. Avec les mutations socio-économiques dans lesquelles nous sommes engagés, « *c'en est fini des mondes normatifs clos et séparés, réglementation contre régulation, hard law contre soft law* », pour reprendre là encore l'expression du professeur Jean-Claude Javillier.

(1) Propos recueillis par la mission.

Or, à quel autre niveau que celui de branches nouvelles est-on le mieux placé pour assurer cette articulation et sortir de cette opposition entre «loi dure» et «droit progressif»? Telle paraît être la voie d'un nouveau projet fondateur, à la fois économique et social, pour les branches nouvelles. À défaut, elles risquent fort d'être très vite reléguées à certaines formes d'administration de normes sociales sans prise sur les mutations socio-économiques. Cette perspective du repli sur des fonctions sociales externalisées au niveau des branches, pour mieux libérer la gestion des entreprises, n'est pas la mieux adaptée aux besoins réels, en tout cas ceux des différents acteurs de la grande masse des petites en moyennes entreprises.

Parmi tant de sujets, les relations avec les pôles de compétitivité (prêts de main-d'œuvre, mises à disposition), les méthodes de négociation et de dialogue social d'entreprise pour la prévention et la gestion des situations de crise, la «gestion prévisionnelle des emplois et des compétences», sont autant de domaines dans lesquels la norme de branche doit être une ressource pour les acteurs des entreprises. Si les articles L. 2242-15 à L. 2242-20 du Code du travail créent une obligation de négocier par période de trois ans sur la «gestion prévisionnelle des compétences et des emplois» dans les entreprises de 300 salariés et plus, il est nécessaire que les branches apportent un cadre de cohérence, de capacité et de légitimité, on ne peut plus utile pour la régulation «à froid» qu'appelle une telle approche de la gestion de l'emploi, notamment auprès des plus petites entreprises, dans les territoires.

b) Les négociations de branche doivent trouver leurs voies dans un processus de décentralisation vers l'entreprise et non d'empilement : la négociation change de nature, elle devient plus complexe et plus contractuelle, en tout cas moins exclusivement normative.

Les négociations de branche doivent prendre en compte, plus qu'avant, l'hétérogénéité des entreprises. Quelles ressources le dialogue social de branche doit-il offrir aux acteurs du dialogue social d'entreprise, de nature à conforter leur propre légitimité et leur capacité à négocier, à leur niveau, des normes du travail et des relations au travail, alors qu'ils sont de plus en plus diversement confrontés aux mutations économiques et territoriales, ainsi qu'à la désyndicalisation?

Elles doivent prendre en compte l'hétérogénéité des territoires. Si les entreprises sont de plus en plus mouvantes, les salariés sont de plus en plus mobiles, avec des segmentations du marché que les institutions ne doivent pas durcir, en premier lieu au plan local : l'enjeu est ardu pour les branches, car il peut mettre en cause des identités professionnelles qui, souvent, leur donnent leur légitimité.

Avec l'excessive fragmentation actuelle des branches, le besoin en information et en compétences des négociateurs, comme les besoins en expertise, dépassent de plus en plus souvent des champs de vision trop limités et les capacités de mobilisation des ressources par les parties aux négociations. Leurs compétences sont de plus en plus souvent faibles face à la complexité des enjeux du dialogue. C'est spécialement marqué dans les domaines ardu de l'employabilité sous ses formes diverses, objet de négociations de portée économique et, par là, sociale.

Les interactions croissantes entre objets de négociation, comme entre ceux-ci et les multiples paramètres de marchés du travail plus ouverts ou plus compétitifs, rendent les domaines de la négociation collective de branche plus difficiles à circonscrire. Leurs articulations sont plus difficiles à organiser dans le cadre de stratégies de négociation. La négociation en devient beaucoup plus complexe à mener, de part et d'autre.

Ceci peut et doit renforcer la nature contractuelle de la négociation collective de branche et des normes qu'elle produit. En effet, les négociateurs ne peuvent espérer maîtriser cette complexité qu'en négociant d'abord un compromis destiné à faire la loi des parties dans les processus et dans l'organisation de la négociation eux-mêmes, puis dans l'administration des normes qu'ils produisent. L'accord relatif aux règles, méthodes et moyens de la négociation est décisif pour leur permettre d'assurer une véritable ingénierie de celle-ci. Cette dernière doit d'ailleurs faire l'objet d'une formalisation, acquérant le statut de règle contractuelle. Il devient essentiel qu'elle soit une référence commune, d'ordre contractuel, entre les parties à la négociation.

Dans tous les cas, la capacité d'adaptation et d'innovation (thèmes, partage des rôles branches/entreprises, méthodes de travail) est devenue la clé des dynamiques attendues par les acteurs des entreprises. La nouvelle donne juridique fait de cette exigence une condition de légitimité.

c) La nouvelle donne qu'organise la loi du 20 août 2008 précise les enjeux institutionnels au niveau des branches : la loi des parties doit être au fondement d'une « loi de la profession » plus autonome.

La nouvelle donne juridique issue de la loi du 20 août 2008 invite maintenant, face à ces évolutions, à changer de modèle.

Avec la loi du 20 août 2008, la branche est maintenant au croisement d'enjeux institutionnels nouveaux, par sa position charnière entre audience électorale des syndicats dans les entreprises et représentativité syndicale au niveau interprofessionnel. Il est encore trop tôt pour aller vraiment, sans conjecture risquée, au-delà d'une conclusion aussi générale. En tout cas, la loi du 20 août 2008 renouvelle le positionnement de la branche et peut en conforter l'importance, parmi les institutions de la négociation collective, **en fonction de ses relations avec les acteurs des entreprises.**

Cette conclusion très générale est cependant d'une grande portée : elle nous fait passer du registre de la reconnaissance de représentativité syndicale vers celui de la légitimité de la négociation. Elle invite à aller au-delà des procédures de comptage des voix et de consolidation de leurs résultats pour établir l'audience syndicale. Elle invite à traiter les questions de long terme, relatives au droit processuel d'établissement et d'administration des normes négociées dans la collectivité professionnelle que doivent former de nouvelles branches.

Ce droit processuel implique chacune des parties aux négociations, à des niveaux, branche et entreprise, plus ou moins interdépendants entre eux. Cela concerne au moins autant la partie patronale que la partie syndicale. La loyauté et le sérieux de la négociation, par exemple, se vérifient bien à chaque niveau, mais ils mettent généralement en cause, par là même, les relations entre acteurs de différents niveaux. Ils relèvent d'un autre registre que celui de la reconnaissance de la représentativité syndicale.

De ce point de vue, l'exclusivité des thèmes de branche peut être, en réalité, chronophage. En effet, cette approche par l'exclusivité apparaît comme la condition de survie de la branche et des appareils de branche, alors qu'une approche par la valeur ajoutée en termes d'efficacité, traitée dans un cadre de gouvernance de la branche, permettrait d'organiser la subsidiarité dans la nouvelle collectivité que formeraient de nouvelles branches et de concentrer la négociation de branche sur les thèmes, objets, objectifs dont le traitement par la branche est la meilleure façon de les traiter, voire la seule.

On le voit, la notion d'équilibre entre parties à la négociation fait maintenant appel à des règles dont la négociation est première, car elles doivent apporter aux uns et aux autres de nouvelles capacités à négocier avec une volonté d'aboutir d'autant mieux assurée qu'elle fera appel de façon prévisible, car programmée d'un commun accord, à des informations, des instruments, des expertises et des calendriers. Il s'agit des points d'appui et d'une forme à donner à la bonne foi dans la négociation comme à la loyauté dans l'exécution des accords.

Autrement dit, le cadre de cohérence et de méthode des négociations défini d'un commun accord est devenu le complément indispensable de la seule représentativité des parties. Il devient en effet le cadre indispensable à la légitimité et à la solidité contractuelle de leurs négociations et de leurs accords, car il assure de meilleure manière leur bonne foi (volonté d'aboutir en se donnant les moyens d'y parvenir).

Dès lors que les négociateurs de la branche ont par la loi pouvoir d'organiser le régime des dérogations, par les acteurs des entreprises, aux normes qu'ils fixent, cette exigence de légitimité se combine avec celle d'une gestion maîtrisable de la complexité pour justifier pleinement le caractère substantiel de leurs accords de méthode.

Les difficultés de la gouvernance de la négociation dans le périmètre de la branche sont devenues, avec celles des articulations entre niveau de la branche et celui des entreprises, le premier frein à l'autonomie responsable des négociateurs, à chacun des deux niveaux.

Elles peuvent devenir fatales à la négociation collective, on l'a vu, par glaciation au niveau de la branche, et par dispersion, voire éclatement, au niveau des entreprises. Dans les deux cas :

- les TPE voire PME n'entrent pas dans les chemins de la négociation collective ;
- les grands groupes négocient pour eux ;
- on peut faire tout, partout, aux trois niveaux (8^e alinéa de la Constitution, son interprétation par le droit et sa pratique) ;
- on négocie plutôt sous la pression ou la contrainte (marché, loi, Europe).

Pourtant, négocier d'initiative sur un terrain prospectif répondrait à des attentes légitimes à chacun de ces niveaux. La négociation de branche d'aujourd'hui et de demain doit avoir pour rôle de stimuler et faciliter une initiative organisée et outillée, selon les voies les plus diverses : à elle d'en organiser les cohérences et la légitimité.

Enfin, formation et application des accords ayant vocation à interagir plus qu'avant, la question des moyens du dialogue social mérite d'être posée de nouvelle manière. Elle doit prendre en compte les besoins d'un certain

pilotage de leur mise en œuvre et des bilans/évaluation. Il ne s'agit pas du financement des organisations et appareils engagés ou contribuant à la négociation, mais bien de celui de la négociation elle-même. Une programmation de la négociation collective peut alors être envisagée, car il faut bien ajuster entre eux, d'un commun accord, quelques objectifs et des ressources.

Il ne peut s'agir dès lors que de ressources communes aux négociateurs (par exemple experts), non de moyens à répartir entre eux, c'est essentiel.

Des branches nouvelles

Compte tenu de l'analyse qui précède, on comprend que l'approche proposée soit tout sauf celle d'une réorganisation administrative, dont la réalisation devrait se caler dans les formes et procéder avec l'esprit et les outils d'un « mécano ».

Pour répondre à la demande du Premier ministre, il est proposé de conforter l'autonomie des acteurs de la négociation, y compris voire surtout quant à la délimitation de la portée des normes qu'ils produisent (leur champ). Il n'y avait en réalité pas d'autre choix possible. Parce qu'elle est l'élément d'une démocratie sociale, la négociation collective mérite d'évidence une telle attention. Toute démarche contraire heurterait la liberté d'association et les libertés syndicales.

Surtout, la contribution de la négociation collective de branche au développement social durable, dans cette période de crises, paraît le bon angle d'approche pour mettre en mouvement les acteurs. C'est affaire politique plutôt que technique ou juridique.

La mission formule une trentaine de recommandations. Celles-ci peuvent être regroupées selon trois ensembles. Même si la création d'un environnement administratif plus favorable à l'autonomie des acteurs est indissociable des deux autres ensembles de recommandations, ces dernières méritent plus spécialement une présentation dans le cadre de cette note.

Les branches nouvelles : idée directrice, pouvoir organisé, dynamique collective

L'autonomie de la délimitation du champ et de ses sous-ensembles est l'élément sans lequel il ne peut y avoir négociation collective entre acteurs qui se reconnaissent. La négociation mère, en quelque sorte, porte sur le champ des normes dont la négociation est envisagée. En cela, elle institue une forme d'identité collective qui, en retour, devient créatrice, par les limites qu'ils ont tracées, des acteurs de la régulation professionnelle eux-mêmes et de leur légitimité à agir.

La reconnaissance réciproque doit se faire d'abord au sein de chacune des parties, patronale et syndicale. Pour ce qui concerne la partie syndicale, elle se fait selon les procédures prévues par la loi du 20 août 2008, tous les quatre ans. Pour ce qui concerne la partie patronale, elle peut se faire par mise en visibilité des adhésions de chacune des organisations.

Pour éclairer cependant ce que doit être, selon elle, la reconnaissance de la représentativité patronale, la mission propose quelques repères essentiels. La représentativité s'apprécie d'abord au regard du champ d'application matériel de la négociation. À cet égard, une notion clé pourrait être celle d'une « *représentativité cumulée suffisante* ». La représentativité pertinente des organisations d'employeurs dans la négociation collective de branche a ceci de particulier qu'elle doit être, très probablement, une représentativité institutionnelle, d'ordre statutaire, non électorale.

L'approche recommandée permet d'étoffer la représentation des intérêts patronaux et de la structurer chemin faisant, facilitant par là des rapprochements et regroupements sur des bases volontaires et contractuelles (avec les incitations que propose par ailleurs la mission), dans le cadre de procédures de reconnaissance réciproque engageant au final le tour de table dans son entier.

Cette reconnaissance réciproque de toutes les parties au tour de table amorce ainsi un processus continu, dont des aspects essentiels seront rythmés par la possible remise en question quadriennale de sa parité syndicale.

La mission recommande que la convention de reconnaissance réciproque institue la branche. C'est un contrat d'engagement collectif, dont la nature en droit du travail peut se rapprocher de celle d'un protocole préélectoral d'entreprise ou d'établissement (élections aux comités d'entreprise ou des délégués du personnel).

Une instance authentiquement paritaire (égalité d'initiative, établissement conjoint du calendrier des négociations, processus de décision adopté en commun, moyens communs) doit pouvoir assurer la gouvernance de la négociation collective dans la branche sans être elle-même instance de négociation. Elle a pour rôle de veiller à une organisation des pouvoirs qui favorisent les coordinations, veille aux cohérences et aux règles de légitimité des négociations. C'est le corollaire de la reconnaissance réciproque. L'essentiel est dans la reconnaissance d'une régulation conjointe, dans la création d'une zone de consensus autour des règles de production des accords et de leur administration, en limitant les contraintes normatives externes au strict nécessaire.

Dans un but purement pratique, l'organe que constitue l'instance paritaire de gouvernance de la négociation collective dans la branche peut être doté par le législateur de la personnalité civile, à l'instar d'un comité d'entreprise. Cela permet de circonscrire la personnalité civile à des rôles qui ne peuvent valablement être exercés sans un patrimoine et une capacité strictement proportionnés aux buts poursuivis. Les associations créées dans plusieurs branches dans une optique comparable évoluent dans des zones de flou qui peuvent soulever des difficultés.

Différencier gouvernance et fonctionnement de la négociation présente cet avantage essentiel d'instituer la branche en préservant la liberté des uns et des autres de signer ou de ne pas signer, voire de quitter la table des négociations, sans casser pour autant le corps de règles qui assure la cohésion de l'institution.

Parmi les règles substantielles de gouvernance, celle d'une programmation du fonctionnement de la négociation collective, établie conjointement, paraît constituer un élément décisif des nouvelles dynamiques collectives

à favoriser. L'application d'une telle règle est de nature, en effet, à concrétiser la légitimité paritaire du fonctionnement de la négociation collective dans la collectivité qu'est la branche, en reliant grands objectifs et ressources, et en organisant leurs ajustements, dans les deux sens. Cela peut contribuer à la visibilité et à la lisibilité de l'activité de branche dans le champ de négociations qu'elle constitue. C'est un point d'appui pour le caractère incitatif du financement de la négociation collective proposé par ailleurs.

Ceci donnerait leur pleine portée aux dispositions nouvelles de l'article L. 2122-8 du Code du travail (loi du 20 août 2008) : « *Lorsque la représentativité des organisations syndicales est établie, celles-ci fixent, en lien avec les organisations d'employeurs, la liste des sujets qui font l'objet de la négociation collective de branche ainsi que les modalités de son organisation* ». Cela permettrait, dans les branches dont la convention de reconnaissance réciproque serait agréée, de substituer aux obligations légales de négociation, restées théoriques, des obligations de nature contractuelle. Leur réalisation progressive serait plus probable car appropriée aux réalités concrètes et aux engagements réciproques.

Incitation au changement et accompagnement

Il convient d'encourager la création de branches répondant aux critères visés en conditionnant l'autonomie renforcée de leurs acteurs, ainsi que ses conséquences, par un agrément de la convention de reconnaissance réciproque, après examen dans le cadre de la Commission nationale de la négociation collective.

L'agrément permettrait de limiter l'examen des demandes d'extension au seul contrôle de légalité, pour sécuriser les accords. En cas d'absence de convention de reconnaissance réciproque ou de retrait d'agrément, il devrait être possible, par contre, d'aller jusqu'au retrait de l'extension.

L'élargissement par voie contractuelle serait favorisé : c'est une forme de reconnaissance réciproque.

En l'absence de convention de reconnaissance réciproque ou en l'absence d'agrément, il y aurait possibilité de conclure des conventions simples ou des conventions susceptibles d'extension avec contrôle complet (légalité, opportunité), sans financement de la négociation collective.

Assurer un financement de la négociation collective à prélèvements constants, aux fins d'incitation est cohérent avec cette approche. Son intervention devrait se faire exclusivement sur agrément de la convention de reconnaissance réciproque et production d'une programmation de la négociation, après examen dans le cadre de la Commission nationale de la négociation collective.

Il doit sans doute être envisagé que des conditions objectives, prévisibles et mesurables constituent des critères d'agrément, pour inciter aux regroupements légitimes (effectifs d'adhérents des organisations patronales, nombre minimum de salariés couverts par les accords en vue d'une extension). Ces conditions, si elles étaient reprises par voie législative ou réglementaire, pourraient exposer l'arrêté d'agrément et les arrêtés d'extension subséquents qui les méconnaîtraient à l'annulation pour erreur de droit manifeste ou pour excès de pouvoir.

Cela permettrait de revenir, dans le cadre de procédures prenant appui sur la Commission nationale de la négociation collective, sur le « stock » des conventions collectives existantes. Le ministre du travail a la faculté d'abroger les arrêtés d'extension. La loi peut lui en donner les moyens, après négociation interprofessionnelle en application des dispositions de la loi du 31 janvier 2007. À partir de là, trois procédures peuvent être utilisées : l'élargissement contractuel, l'élargissement administratif et l'extension, en favorisant l'élargissement contractuel, forme de reconnaissance réciproque.

Il est souhaitable que les partenaires sociaux soient en effet invités à négocier une définition de la branche-institution favorisant les regroupements nécessaires à l'autonomie visée. Cette négociation peut être le préalable à l'intervention du législateur, conformément à la loi du 31 janvier 2007.

En appui au changement, des équipes pluridisciplinaires, bénéficiant du respect de l'autorité de l'État, avec le concours des compétences que ses services peuvent mobiliser, doivent être déployées dans le cadre de procédures garantissant leur autonomie, ainsi que la pertinence et la qualité de leur intervention.

À l'instar de ce que le Canada et le Royaume-Uni ont réalisé, il pourrait y avoir agrément ou habilitation de personnes « indépendantes » par le ministre du Travail, dont le vivier serait renouvelable. La qualité de fonctionnaire ne serait pas un critère pour l'agrément ou l'habilitation, ni d'ailleurs une contre indication : il s'agirait de désignations *intuitu personae*.

L'ensemble doit certes produire et administrer des standards, mais selon des techniques de réseaux coordonnés, et non selon des logiques d'homogénéisation ou d'intégration : « *On se marie quand il faut* ».

Plutôt que la création d'une nouvelle haute autorité ou que l'adossement de l'accompagnement au Haut Conseil du dialogue social, dont ce n'est pas la fonction, il peut être envisagé d'identifier, dans le cadre des programmes budgétaires de la mission « travail », une action, voire d'un programme spécifique, dédiés à cet accompagnement.

Il est plus commode et plus cohérent, mais aussi plus efficient, y compris du point de vue des retombées positives sur la transformation de l'administration du travail et de son rôle, que le dispositif d'accompagnement soit adossé à l'autorité chargée, par ailleurs, du contrôle de légalité. Ce contrôle peut et doit être vu comme une garantie de sécurisation et de liberté pour les acteurs de la négociation collective. La Direction générale du travail serait pleinement reconnue comme chef de file au sein de l'administration de l'État.

Conclusion

Sauf à se restreindre au rôle d'une régulation sociale déconnectée des réalités économiques, la régulation de branche doit renouveler ses relations avec les acteurs des entreprises. La gouvernance de la négociation collective et du dialogue social dans la collectivité professionnelle que peuvent former des branches nouvelles est sans doute la voie de ce renouvellement.

Ce renouvellement est l'une des clés ouvrant la voie vers un développement social durable.

Ni trop près des contraintes de la gestion de court terme, ni trop éloignée de celle-ci, la négociation de branche peut et doit offrir le nouveau cadre de régulation dont nous avons le plus grand besoin. Les difficultés face aux crises actuelles nous y invitent : de nouvelles capacités, dans des périmètres plus larges, sont nécessaires.

Les comparaisons internationales le montrent⁽¹⁾ : plus large est l'étendue des sujets dont le traitement est possible et plus élevé le taux de couverture conventionnel, plus forte est la progression des salaires et moindres sont les inégalités salariales. Une négociation collective active dans tous les domaines soumis à négociation conduit à la fois à des salaires moyens plus élevés que dans les pays où cette négociation est plus étroitement circonscrite, ainsi qu'à une plus grande réduction de l'inéquité salariale. Cet effet résulte plutôt de la latitude des choix des négociateurs quant aux objets de leurs négociations que d'une concentration de celles-ci sur les seules normes salariales minimales.

Après les réformes de 2004, 2007 et 2008, les recommandations de la mission sont des repères pour une étape nouvelle, amplement justifiée, de la refondation des régulations professionnelles en France. Cette étape doit permettre aux acteurs de la négociation collective de reprendre leur part d'initiative.

(1) Bureau international du travail (BIT), *Global wage report*, 2008.

Introduction générale

Que n'a-t-on pas dit de la négociation collective de branche ? Elle serait morte depuis l'abandon du principe de faveur et l'adoption de la loi du 4 mai 2004 : « *Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie. Lorsqu'une convention ou un accord de niveau supérieur à la convention ou à l'accord intervenu est conclu, les parties adaptent les stipulations de la convention ou accord antérieur moins favorables aux salariés si une stipulation de la convention ou de l'accord de niveau supérieur le prévoit expressément* » (article L. 2252-1 du Code du travail).

Ensuite, cette même négociation collective de branche aurait été comme enterrée par l'adoption de la loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociale et le temps de travail. Même d'éminents juristes de droit du travail peuvent avoir cette perception, si l'on en croit ce propos de MM. Gilles Bélier et Henri-José Legrand : « *S'il est vrai que le texte de la position commune portant sur la représentativité et le droit de la négociation collective a été respecté, force est de constater l'ampleur anormale des distances prises avec elle s'agissant de la durée du travail et de certaines dimensions essentielles du droit de la négociation collective, notamment du renversement explicite de la hiérarchie des normes adopté par la loi du 20 août 2008 pour les négociations sur le temps de travail* »⁽¹⁾. Dans le cadre de cette loi, la primauté accordée à l'accord d'entreprise sur l'accord de branche en matière de temps de travail semble accréditer cette thèse.

Plus généralement, chacun constate - et beaucoup le regrettent - que les vingt-cinq dernières années de notre histoire sociale ont consacré la force des accords nationaux interprofessionnels et des accords d'entreprise au détriment de la négociation collective de branche. Du reste, on n'a pas tardé à s'engouffrer dans cette brèche : la thèse selon laquelle la constitution de droits et de normes sociales devrait *in fine* être laissée à deux niveaux (accords nationaux interprofessionnels et accords d'entreprise) se fait de plus en plus entendre. Au total, la cote de la négociation collective de branche serait à la baisse.

Un rapide constat sur l'état et le nombre des conventions collectives renforce cette impression mitigée. Les 687 conventions collectives enregistrées à la Direction générale du travail, et les 256 conventions collectives enregistrées par les services du ministère de l'Agriculture constituent plus de 900 sources

(1) Gilles Bélier, Henri-José Legrand, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008. Nouveaux acteurs, nouveaux accords*, Paris, éditions Liaisons, 2009, p. 12.

normatives de droit social dont la diversité s'explique souvent, mais se justifie beaucoup moins.

La très forte proportion de conventions à caractère local (régional, départemental ou infra-départemental) trouve sans doute sa légitimité dans le déroulement de l'histoire socio-économique de notre pays. En particulier, il n'est ni illégitime ni insensé de prendre en compte les particularités géographiques des territoires pour définir les contraintes liées à l'activité économique : ceci est particulièrement pertinent dans l'agriculture, dans le bâtiment ou dans le commerce. On ne peut davantage rayer d'un trait de plume la manière dont s'est constituée la métallurgie dans notre pays, qui s'origine dans une multitude de petites entreprises petit à petit rassemblées au sein d'opérateurs plus importants. De ce fait, la nécessité de maintenir à un niveau local la possibilité de décliner les obligations du Code du travail ou celle des conventions collectives nationales ne peut être contestée.

Cela étant, la fragmentation, pour explicable qu'elle soit, ne contribue pas à la force du dialogue social de branche. Elle est en elle-même facteur d'affaiblissement, provoquant, selon les termes de d'Annette Jobert, « *un manque de visibilité, de lisibilité et d'efficacité* » de la négociation collective.

Pour autant, les lois successives de 2004, 2007 et 2008 ne sont pas revenues sur les domaines réservés des conventions collectives de branche, tels que précisés dans le Code du travail : les salaires minima de branche, la prévoyance, la formation professionnelle, les classifications, les périodes d'essai demeurent effectivement dans les compétences « réservées » de la négociation collective de branche.

En fait, si la volonté des législateurs successifs a clairement - et dans une certaine mesure constamment - cherché à donner davantage de souplesse à la négociation collective, la branche professionnelle conserve dans ce contexte un nombre important de prérogatives destinées à lui permettre de remplir sa première fonction : harmoniser le contenu contractuel du travail afin d'éviter autant que possible des distorsions de concurrence dont les conditions salariales (au sens large du terme) seraient une variable d'ajustement.

La conjonction de cette force donnée par le droit et de cet affaiblissement structurel ne manque pas d'interroger, d'autant plus que notre pays a besoin d'une négociation collective de branche renforcée. La lettre du Premier ministre François Fillon, en date du 4 novembre dernier, marque cette volonté et souhaite que cette situation exagérément plurielle des conventions collectives et, par là, des branches professionnelles, soit examinée : « *Le nombre important de ces branches et notamment de celles employant peu de salariés... est régulièrement mis en avant comme un facteur d'affaiblissement d'un dialogue social pérenne et de qualité... C'est pourquoi il est aujourd'hui nécessaire d'examiner les voies et moyens de permettre à la négociation de branche de jouer pleinement son rôle dans toutes les branches, et faire ainsi en sorte que tous les salariés de notre pays puissent en bénéficier* ».

« Il y a trop de branches » : ce constat est unanime, au point que l'on peut en venir à souhaiter une réduction drastique de leur nombre. Mais à quelles données objectives ce « trop » doit-il se référer ? Le nombre incomparablement élevé de conventions collectives de branches (notamment au regard de ce qui se passe dans

d'autres pays) est problématique : mais ce nombre est-il le seul, ou même le premier facteur de l'affaiblissement de la négociation collective de branche ?

« Puisqu'il y en a trop, il faut les regrouper » : oui, sans aucun doute. Mais comment ? Faut-il s'inspirer de la mécanique préconisée pour les projets de regroupement des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), et donc déterminer des seuils quantitatifs en dessous desquels on ne reconnaîtrait plus les branches ni leurs conventions collectives ? Mais alors que faire des fondements essentiels de notre Code civil concernant le respect absolu des contrats répondant à toutes les exigences formulées dans notre droit ?

Ces deux questions principales ont guidé l'élaboration de notre méthode d'investigation, qui repose sur quatre volontés ou principes :

- **Tenter de figurer non pas l'avenir des branches professionnelles, mais l'évolution de leurs missions** : les mutations importantes que connaît notre environnement social et économique, les mesures de survie que certains secteurs ont été amenés à négocier, la nécessité de se préoccuper au moins autant du maintien de la capacité à employer dans certains métiers que d'en définir les règles, etc. : tout cela concourt à s'interroger sur la façon dont les branches professionnelles pourront et devront, demain, envisager leur activité.

- **Trouver le bon ordre entre une approche purement quantitative des conventions collectives et des branches, et une appréciation qualitative de leur activité** : à l'examen, le dynamisme et la capacité des branches professionnelles à remplir leurs missions de négociation collective ne sont pas directement ni seulement liés à leur taille. Certaines conventions collectives initiées par un très petit nombre de salariés (parfois seulement quelques dizaines) sont plus dynamiques et plus utiles à leurs employeurs et leurs salariés que d'autres qui rassemblent de nombreuses entreprises et des salariés par dizaines ou centaines de milliers. Dès lors, il semble plus pertinent de regarder les branches professionnelles en regard de leur capacité à fournir des repères et garanties à leurs entreprises et salariés. C'est cette approche qualitative que nous avons souhaité privilégier, et donc la recherche de moyens visant à faciliter la qualité et la pertinence des ressources qu'offre la négociation collective aux acteurs des entreprises.

- **Inciter plutôt que contraindre** : la convention collective, quoi qu'on en dise, relève tout de même de la sphère du contrat passé entre les parties. Certes, il est toujours possible de conditionner les effets des contrats à venir ou de leurs compléments. Mais il est très difficile, en respectant les principes fondateurs de notre droit, de mettre fin par décision administrative aux conventions enregistrées, qui ont été régulièrement conclues. C'est pourquoi nous avons cherché des mécanismes incitatifs, plutôt que des contraintes, pour inviter leurs acteurs à faire évoluer le rôle et le paysage des branches.

- **En termes de méthode, auditionner le plus largement possible, et dans toutes les spécialités, en raison de la complexité et du caractère transversal du sujet à étudier** : dans la mesure où l'avenir des branches professionnelles met en cause des dimensions sociales, juridiques, sociologiques, organisationnelles, politiques, il nous a semblé nécessaire de solliciter, au-delà des partenaires sociaux, tous les types de spécialistes.

Tous ces éléments ont conduit à poser les questions suivantes :

- Quel constat peut-on dresser aujourd'hui de l'état de la négociation collective de branche ? Comment approcher sa réalité par quelques indicateurs quantitatifs simples ? Comment en apprécier la qualité et le contenu ? Enfin, quels enseignements peut-on tirer de l'histoire de la négociation de branche dans notre pays ?

- Qu'est-ce qu'une branche professionnelle ? Que dit la doctrine du droit à ce sujet, et comment doit-on prendre en compte le fonctionnement actuel des branches professionnelles pour en cerner la réalité ?

- Quel est le contexte juridique ouvert par la loi du 20 août 2008 ? Indépendamment des questions touchant à la représentativité syndicale en tant que telle, comment la nouvelle manière d'estimer et d'organiser la représentativité au niveau des branches peut-elle faire évoluer la posture des acteurs employeurs comme salariés ?

- Comment évaluer les capacités actuelles des branches professionnelles, au travers des accords collectifs et conventions collectives, au regard du droit ? Les domaines de compétence de la négociation collective sont-ils appelés à évoluer ? Dans quelle direction et pourquoi ?

- Quelles évolutions faut-il imprimer à la négociation collective de branche ? Comment identifier précisément la fonction de négociation collective dans chaque branche professionnelle ? Comment asseoir plus solidement sa légitimité et les moyens de son fonctionnement ? Quels moyens d'incitation doivent permettre la constitution de branches professionnelles plus fortes, dont l'action sera plus visible, plus anticipatrice et plus stratégique ?

- Que dire et que faire des conventions collectives qui ne parviennent pas à remplir leur mission de création de dialogue social, et qui ne seraient pas entraînées dans le mouvement créé par les mécanismes incitatifs mis en place ?

La mission s'est rendue en Allemagne, au Canada, en Espagne et en Belgique. Elle a rencontré enfin des interlocuteurs dont l'apport s'est confirmé comme décisif, d'abord au Bureau international du travail, où elle a rencontré M. Juan Somaria, son directeur général, mais aussi à Bruxelles, à la Commission et à la représentation de la France auprès de celle-ci.

Principales recommandations de la mission

N°	Recommandations
Créer l'environnement administratif favorable à l'autonomie des acteurs	
1	Considérer comme bien public la connaissance partagée du dispositif et des acteurs de la négociation collective
2	Élargir à tous les champs de la négociation collective de branche et unifier le dispositif de recueil d'information, les grilles d'analyses et les enquêtes
3	Unifier le suivi de la négociation par les administrations de l'État (collecte des données, enregistrement des accords)
4	Engager sans tarder l'analyse des chevauchements de champs de la négociation collective de branche
5	Étudier le déploiement d'un dispositif régionalisé pour assurer sur le terrain la lisibilité du paysage des branches et celle de leurs règles
6	Inscrire dans les programmes budgétaires de la mission « travail » une action « connaissance partagée des acteurs du dialogue social », avec pour objectif la connaissance partagée par tous les acteurs
Créer les branches nouvelles	
7	Les règles des branches sont à considérer comme une ressource pour les entreprises
8	Contrat d'engagement collectif, une convention de reconnaissance réciproque institue les branches nouvelles
9	La reconnaissance de la représentativité syndicale a pour corollaire la reconnaissance de la représentativité patronale
10	Le Haut Conseil du dialogue social est informé de la reconnaissance de représentativité patronale dans chacun des champs où elle intervient
11	La reconnaissance réciproque prend appui sur une instance authentiquement paritaire de gouvernance de la négociation collective dans la branche
12	Participent à cette instance, à parité, les organisations d'employeurs et de salariés reconnues représentatives dans le champ de la négociation
13	Cette instance paritaire, à partir d'une capacité mutuelle reconnue, produit et administre les normes du droit processuel de la branche
14	Cette instance paritaire se prononce sur les évolutions du champ conventionnel de la branche
15	Dans un but purement pratique, l'organe que constitue cette instance paritaire peut être doté de la personnalité civile
16	La production et l'accompagnement de la mise en œuvre des normes de branche relèvent d'instances paritaires de fonctionnement de la branche
17	Une programmation de l'activité et du fonctionnement de la négociation collective dans la branche est validée et suivie par l'instance paritaire de gouvernance pour quatre ans
18	L'activité et le fonctionnement programmés de la négociation collective, au sens strict, font l'objet d'un financement à prélèvements constants
19	Pour aboutir à la définition des institutions que seront les branches nouvelles, le Gouvernement saisit les partenaires sociaux dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail
Assurer l'animation, l'appui et la sécurisation	
20	Une procédure d'agrément des conventions de reconnaissance réciproque est créée

N°	Recommandations
21	Cet agrément constate les capacités d'autonomie renforcée des acteurs de la branche, après examen dans le cadre de la Commission nationale de la négociation collective
22	Des conditions objectives constituent des critères d'agrément, pour inciter aux regroupements légitimes : <ul style="list-style-type: none"> - les organisations d'employeurs participant au tour de table peuvent être invitées à réunir une proportion minimale des entreprises du champ couvert, en termes d'adhérents (au moins 5 %, plutôt 10 %, selon les configurations) et de salariés employés par leurs adhérents - un nombre minimum de salariés couverts par les accords collectifs de la branche peut être fixé pour qu'ils puissent être valablement étendus
23	Cet agrément emporte pour conséquences : <ul style="list-style-type: none"> - une dispense des obligations périodiques de négocier, hors négociation salariale - la possibilité d'appliquer, dans la branche, la règle selon laquelle un accord ne peut déroger à un accord de niveau plus large que si ce dernier l'a prévu, hors temps de travail - une limitation du contrôle au contrôle de légalité dans le cadre des procédures d'extension - la facilitation d'expérimentations programmées - le bénéfice du financement de la négociation collective
24	Le respect de l'agrément fait l'objet d'un suivi et peut être retiré au terme de quatre ans, après examen dans le cadre de la Commission nationale de la négociation collective
25	L'élargissement par voie contractuelle doit être favorisé : c'est une forme de reconnaissance réciproque
26	L'élargissement par voie administrative peut être envisagé pour inciter à des regroupements ou pour constater des caducités
27	Un réseau d'appui est nécessaire, pour accompagner et rythmer un processus. Il est formé d'équipes pluridisciplinaires, dont les membres sont nommés <i>intuitu personae</i> par le ministre du Travail
28	Pour aller vers le succès, le processus doit être rythmé par des avancées visibles
29	À l'échéance de 2017, la couverture par de nouvelles branches des champs conventionnels actuels des quatre grands secteurs d'activité doit être majoritaire du point de vue du nombre de salariés concernés
30	Pour faciliter l'animation répondant aux besoins, la Direction générale du travail est chef de file reconnu au sein de l'administration de l'État

Conclusion générale

L'évolution du système français de relations professionnelles, amorcé depuis déjà longtemps, appelle maintenant un nouveau rôle pour de nouvelles branches.

Les branches sont et seront ce que les acteurs de la négociation collective feront d'elles. Il s'agit, rappelons-le, des responsables d'entreprises et des salariés, des organisations appelées à représenter leurs intérêts dans le domaine des relations professionnelles et auprès des pouvoirs publics.

L'enjeu est d'intérêt supérieur, car, l'évolution du système français des relations professionnelles dépend maintenant, plus que jamais, de la qualité de l'insertion des branches dans celui-ci. Et ce n'est pas d'abord, loin s'en faut, affaire de technique juridique.

C'est affaire politique.

Non seulement du succès de cette évolution dépendra l'avenir du système dans son ensemble. Mais surtout les branches peuvent être de la sorte un atout dans la compétition : les comparaisons avec les systèmes d'autres pays dans lesquels la mission s'est rendue en fournissent l'indication.

Il s'agit de nouvelles dynamiques et de nouvelles capacités, plus encore que de conversion d'une organisation. En effet, c'est aussi, voire surtout, parce qu'elle constitue un atout majeur face aux enjeux de la compétition mondiale que la négociation collective de branche mérite bien mieux qu'une opération de taille « à la française ». Elle appelle tout sauf une organisation figée, alors que tout est mouvement.

Sauf à se restreindre au rôle d'une régulation sociale déconnectée des réalités économiques, la régulation de branche doit renouveler ses relations avec les acteurs des entreprises. La gouvernance de la négociation collective et du dialogue social dans la collectivité professionnelle que peuvent former des branches nouvelles est sans doute la voie de ce renouvellement.

Ce renouvellement est l'une des clés ouvrant la voie vers un développement social durable.

Ni trop près des contraintes de la gestion de court terme, ni trop éloignée de celle-ci, la négociation de branche peut et doit offrir le nouveau cadre de régulation dont nous avons le plus grand besoin. Les difficultés face aux crises actuelles le montrent. Il ne s'agit assurément pas de revenir sur l'intérêt des négociations salariales de branche. Il s'agit, au contraire, de reconnaître enfin la pertinence de leur insertion dans un tableau plus large, plus dynamique et dans un processus de décentralisation, avec l'organisation qui convient. Cela justifie de nouvelles capacités, dans des périmètres plus larges.

Les comparaisons internationales le montrent : plus large est l'étendue des sujets dont le traitement est possible et plus élevé le taux de couverture conventionnel, plus forte est la progression des salaires et moindres sont les inégalités salariales. Une négociation collective active dans tous les domaines soumis à négociation conduit à la fois à des salaires moyens plus élevés que dans les pays où cette négociation est plus étroitement circonscrite, ainsi qu'à une plus grande réduction de l'inégalité salariale. Cet effet résulte plutôt de la latitude des choix des négociateurs quant aux objets de leurs négociations que d'une concentration de celles-ci sur les seules normes salariales minimales.

Donnant une certaine distance entre le conflit salarial et la vie quotidienne des entreprises, la négociation collective de salaires minima au niveau des branches permet, dans ces conditions, d'inscrire l'évolution salariale dans une logique de long terme, favorable à la cohésion sociale, plutôt que de la soumettre aux seules exigences, certes légitimes, de la rentabilité immédiate.

Après les réformes de 2004, 2007 et 2008, les recommandations de la mission sont des repères pour une étape amplement justifiée de la refondation des régulations professionnelles en France. Leur opportunité et leur faisabilité sont à apprécier à l'aune des difficultés dont l'acuité se révèle face aux crises actuelles. Celles-ci appellent une nouvelle étape, qui permettra aux acteurs de la négociation collective de reprendre leur part d'initiative.

L'importance de l'enjeu justifie amplement que les pouvoirs publics stimulent et facilitent cette évolution par tous moyens dont ils disposent, notamment la procédure prévue depuis la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

