



Droits et Débats

L'accord : mode de régulation du social

**Un colloque organisé par le Conseil d'État
le 13 novembre 2015**





Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et Documents du Conseil d'État », EDCE)

- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? – étude annuelle 2012, n° 63.
- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.
- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes : anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.

Collection « Droits et Débats »

- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7, 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Les enjeux juridiques de l'environnement, n° 9, 2014.
- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2014.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.
- Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique – Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, n° 12, 2014.
- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Où va l'État? – Tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.
- La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux?, n° 16, 2016.
- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- Où va l'État? – Tome 2, n° 19, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.

Collection « Histoire et mémoire »

- Conférences Vincent Wright – volume 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX^e siècle, 2014.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, 2014.
- Conférences Vincent Wright – volume 2, 2015.

Collection « Jurisprudences ».

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015, 2016.





Sommaire

Avant-propos.....	5
Programme du colloque	7
Séance d'ouverture.....	9
1^{ère} table ronde - À quoi sert l'accord ?.....	19
Présentation des intervenants.....	21
Actes – À quoi sert l'accord ?.....	23
Échanges avec les participants.....	43
2^{ème} table ronde - Négociation : la salle des machines	47
Présentation des intervenants.....	49
Actes – Négociation : la salle des machines.....	51
3^{ème} table ronde - De l'accord à la norme.....	75
Présentation des intervenants.....	77
Actes – De l'accord à la norme.....	79
Échanges avec les participants.....	99
4^{ème} table ronde - Fortune et infortune de l'accord	103
Présentation des intervenants.....	105
Actes – Fortune et infortune de l'accord	107
Échanges avec les participants.....	125
Séance de Clôture.....	127
Annexes	131
Bibliographie indicative	133
Le développement de l'accord dans le social.....	135
Sélection de jurisprudences.....	149





Avertissement – les fonctions des intervenants sont celles exercées à la date des conférences.





Avant-propos

Maryvonne de Saint Pulgent

Présidente de la section du rapport et des études

Les domaines du travail, de l'emploi, de la sécurité sociale ou de la santé sont devenus des champs d'action publique considérables. Corrélativement, ils occupent une place importante dans l'activité, tant consultative que contentieuse, du Conseil d'Etat. Or, si « *juger l'administration, c'est encore administrer* »¹, conseiller les pouvoirs publics et contrôler leur action en matière sociale revient aussi à agir sur celle-ci. Connaître intimement le terrain sur lequel il intervient correspond, pour le Conseil d'Etat, à son ambition de toujours. Cette connaissance contribue grandement à sa légitimité. L'institution s'efforce de l'acquérir en allant à la rencontre des acteurs, en échangeant avec eux.

Le cycle des « Entretiens en droit social », co-organisé par la section sociale et la section du rapport et des études, procède de cette démarche. Démarche d'autant plus pertinente lorsqu'il est question de l'accord, qui est d'abord le fruit de la négociation collective et dont seuls les quelques initiés qui ont pu pénétrer dans la « salle des machines » connaissent les logique et dynamique propres.

Or, l'accord renvoie au contrat, mode d'action publique et de production de normes en plein essor : le Conseil d'Etat avait donné la mesure du phénomène, dès 2008, en y consacrant son étude annuelle. C'est particulièrement vrai en matière sociale, non seulement dans les domaines du droit du travail et de la sécurité sociale, où il est classique de recourir aux partenaires sociaux en vue de la conclusion de cette convention si particulière qu'est l'accord collectif, mais aussi, et de plus en plus souvent, dans d'autres domaines, tel celui des politiques de santé.

Le colloque du 13 novembre 2015, consacré à « l'accord : mode de régulation du social », s'est tenu dans un contexte marqué par une forte volonté gouvernementale de revoir l'architecture du code du travail, en redéfinissant ce qui relève de l'ordre public social et ce qui doit être laissé à la négociation des partenaires sociaux, afin « *d'élargir la place de l'accord collectif dans notre droit du travail et la construction des normes sociales* » selon les termes de la commande passée par le Premier ministre à Jean-Denis Combrexelle, président de la section sociale. Les préconisations formulées par ce dernier dans son rapport, remis le 9 septembre 2015 et point d'orgue d'une importante réflexion sur ce thème, ont servi de point de départ aux échanges entre les participants. Cette réflexion est au cœur d'une réforme de notre droit du travail qui demeure au centre de l'actualité.

Les débats qui se sont tenus aux cours de ce colloque ont rappelé combien l'accord, s'il est une *norme négociée*, ne saurait être abordé uniquement sous l'angle juridique : la négociation collective est indispensable en elle-même à notre

¹ Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, T. Barois père, 1818, VIII.





démocratie sociale et à la vie de nos entreprises ; l'intérêt d'y recourir ne se borne pas à la conclusion d'un accord, qui n'est pas toujours un instrument pertinent de mesure du succès, ou, au contraire, de l'échec de la négociation. Le véritable enjeu est plutôt la construction d'une culture du compromis, propre à dépasser les antagonismes au nom de l'intérêt général. Une telle culture est seule à même d'assurer une véritable régulation du social. Or, elle reste largement à acclimater en France. Il s'agit de ne pas l'étouffer sous un « juridisme » exacerbé, largement dénoncé au cours des débats.

Pour autant, les participants se sont accordés à souligner combien une parfaite mise en forme juridique du fruit des négociations était indispensable pour que l'accord puisse remplir sa fonction, et combien son effectivité et son efficacité à long terme en dépendaient : sa pleine conformité au réseau normatif, toujours plus complexe, dans lequel il s'inscrit, mais aussi sa clarté, sont, à cet égard, décisifs. Compte tenu de son essor, la qualité et la simplification de notre droit en dépendent largement. Or il s'agit là d'un enjeu contemporain majeur : en 2016 encore, il a mobilisé le Conseil d'État, qui en a fait le thème de son étude annuelle.





Programme du colloque

9h30 - 9h45 – Séance d'ouverture

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'état

9h45 - 11h15 – Table ronde né 1 :   quoi sert l'accord ?

Président : **Éric Aubry,** conseiller d'état, conseiller spécial auprès du président du Sénat

Intervenants : **Paul-Henri Antonmattei,** professeur à l'université de Montpellier
Jean-Dominique Simonpoli, directeur général de Dialogues, ancien secrétaire général de la fédération CGT banques et assurances
Didier-Roland Tabuteau, conseiller d'état

11h15 - 12h45 – Table ronde né 2 : Négociation : la salle des machines

Président : **Jean-Emmanuel Ray,** professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po

Intervenants : **Laurent Berger,** secrétaire général de la CFDT
Michel Chassang, président de l'Union nationale des professions libérales
Jean-François Pilliard, vice-président du MEDEF en charge du pôle social

14h30 - 16h00 – Table ronde né 3 : De l'accord à la norme

Présidente : **Pascale Fombeur,** présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d' tat

Intervenants : **Thomas Fatome,** directeur de la sécurité sociale
Stéphane Lardy, secrétaire confédéral de Force ouvrière
Raymond Soubie, président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF

16h00 - 17h30 – Table ronde né 4 : Fortune et infortune de l'accord

Président : **Jean-Yves Frouin,** président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Intervenants : **Anelore Coury,** inspectrice des affaires sociales, ancienne sous-directrice des relations individuelles et collectives du travail
Marie-Sophie Desaulle, ancienne directrice générale de l'ARS Pays-de-la-Loire
Jean-Patrick Gille, vice-président de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale

17h30 - 17h45 – Séance de clôture

Jean-Denis Combrexelle, président de la section sociale du Conseil d' tat







Séance d'ouverture

Jean-Marc Sauvé

Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration, Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président du conseil d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives. En 2012, il a été élu président de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne.

Mesdames et Messieurs,
Mes chers collègues²,

En matière de régulation des rapports sociaux, comme en d'autres domaines, l'exception française prend la forme d'un paradoxe : alors que notre pays ouvre plus que ses voisins un large champ à la négociation collective, qui est devenue une source autonome et importante de notre droit social, le poids de la loi apparaît écrasant et comme une source d'inhibition. Les dispositions du code du travail sont certes trop nombreuses et trop complexes mais, dans le même temps, ont été signés en 2014 par les partenaires sociaux neuf cent cinquante et un accords de branche et trente six mille cinq cents accords d'entreprises³. Pour comprendre ce paradoxe, il faut tout à la fois déconstruire l'image d'Épinal d'un État à propension dirigiste, étouffant par ses lois et règlements les voix du dialogue social, et évaluer l'inapparente vitalité de la négociation collective, qui est forte mais aussi trop

² Texte écrit en collaboration avec Stéphane Eustache, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

³ DGT-DARES, *La négociation collective en 2014*, rapports et bilans, mai 2015, pp. 15-16.





peu fluide et innovante. La clé de compréhension réside sans doute dans les imperfections de notre cadre juridique et, notamment, dans celles de notre droit du travail, trop massif et trop vertical qui, comme le soulignent Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen, peut « *joue[r] contre les travailleurs qu'il est censé protéger* »⁴. Mais ce paradoxe s'explique aussi par une insuffisante appropriation du domaine reconnu par la loi à la négociation collective et dans une faible maniabilité de ses outils : l'accord collectif en France semble trop souvent le fruit d'une contrainte extérieure ou inadaptée.

Sur chacun de ces points, des diagnostics ont été posés, des propositions formulées et des projets de réforme engagés. Dans le prolongement du rapport de mon collègue Jean-Denis Combrexelle⁵, le Gouvernement a présenté, le 4 novembre 2015, les lignes directrices d'un chantier de refonte du droit du travail. Le présent colloque, organisé par le Conseil d'État dans le cadre de ses *Entretiens en droit social*⁶, s'inscrit par conséquent dans une actualité dense, dont il est naturellement question. Mais ce colloque est aussi l'occasion de s'intéresser aux accords collectifs dans le domaine de la santé. C'est ainsi la logique contractuelle elle-même, au-delà des seules conventions collectives, qui sera au cœur des réflexions et des échanges de ces interventions.

Les organisateurs de la manifestation d'aujourd'hui – le président Combrexelle et la présidente de Saint Pulgent, dont je salue l'heureuse initiative et l'implication personnelle – ont choisi de partir des expériences « *de terrain* » et d'exemples concrets, selon une approche axée sur les politiques publiques et, par suite, de déborder la seule optique contentieuse que ne dédaigne pas le Conseil d'État, mais à laquelle son activité et sa vision ne sauraient se réduire. Nous avons ainsi le plaisir d'accueillir des personnalités représentant l'ensemble des « *parties prenantes* » des accords en matière sociale, issues des organisations professionnelles, des administrations sociales, de l'université, du Barreau et des juridictions suprêmes : la Cour de cassation et le Conseil d'État.

Après avoir montré combien s'est développée en France la « *méthode contractuelle* » comme mode de régulation du social, non sans imperfections et difficultés **(1)**, j'examinerai quelles sont les perspectives actuelles d'un redéploiement de cette méthode **(2)**.

4 R. Badinter et A. Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, éd. Fayard, Paris, 2015, p. 11.

5 J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre*, septembre 2015.

6 Le présent colloque est la 5^{ème} édition des *Entretiens du Conseil d'État en droit social*. Les quatre premiers entretiens ont porté, le 5 février 2010, sur la place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes ; le 11 février 2011, sur les fraudes et la protection sociale ; le 29 mars 2013, sur la décentralisation des politiques sociales ; le 27 juin 2014, sur le thème « impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ? ».





1. La méthode contractuelle, en se développant dans le champ du travail et de la santé, a complexifié, sinon brouillé, l'articulation entre les normes unilatérales et conventionnelles. Elle a aussi soulevé des problèmes de gestion et de gouvernance.

1.1. La régulation conventionnelle, qui avait longtemps été à la fois minorée et subordonnée, est montée en puissance et elle s'est en quelque sorte émancipée à compter des années 1980.

1.1.1. Elle est en effet une pratique ancienne de notre modèle social.

Dans le domaine du travail, elle a été légitimée dans son principe et étendue dans son champ grâce à une interprétation dynamique des règles constitutionnelles, du 8^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, comme de l'article 34 de la Constitution en particulier. S'il revient au législateur de déterminer les conditions et garanties de mise en œuvre du principe de participation, il lui est en effet loisible « *de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte* »⁷. Le législateur peut par exemple « *renvoyer au décret ou confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève* »⁸.

Dernièrement, la loi dite « *Macron* » du 6 août 2015⁹ a confié aux partenaires sociaux la mise en œuvre du nouveau dispositif en matière de travail dominical. Comme l'a relevé le président Dutheillet de Lamothe, « *en mettant exactement sur le même plan le recours au décret et le recours à la négociation collective, [la jurisprudence du Conseil constitutionnel] consacre l'accord collectif comme une source constitutionnelle du droit du travail* »¹⁰. Une fois adoptée, une convention collective voit, au même titre que les contrats légalement conclus, sa sécurité juridique constitutionnellement protégée : une loi ne saurait porter à un accord collectif antérieur une atteinte qui ne serait pas justifiée par un motif intérêt général suffisant¹¹.

Dans un autre domaine, celui de la santé, la méthode contractuelle est aussi un outil traditionnel, qui permet de réguler le secteur de la médecine ambulatoire : depuis 1971, des conventions nationales sont ainsi conclues par la Caisse nationale

7 CC n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, cons. 8 ; v. dès 1996 CC n° 96-383 du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, cons. 12, 13, 21 et 22.

8 CC n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 7.

9 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. V. sur ce point : CC n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

10 O. Dutheillet de Lamothe, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} octobre 2014, n° 45, p. 7.

11 CC n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 40 à 45 ; v. aussi CC n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 4 et, plus récemment, CC n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, cons. 18.





d'assurance maladie (CNAM), puis l'Union nationale des caisses d'assurance-maladie (UNCAM) avec les représentants des professions de santé et, d'abord, des médecins.

1.1.2. Peu à peu, le champ de la régulation conventionnelle a été étendu.

Toujours dans le domaine de la santé, le périmètre des conventions médicales a été élargi, tandis que la norme négociée joue désormais un rôle central dans la régulation globale de l'offre de soins. À cet égard, peuvent être mentionnés les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) conclus par les agences régionales de santé (ARS) avec les établissements de santé. Dans le domaine du travail, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 avril 2004, le législateur peut « *laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des accords d'entreprises* »¹². Ne revêt donc pas une valeur constitutionnelle le principe dit « *de faveur* », selon lequel « *la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés* »¹³. Ainsi, dans le cadre défini par la loi, une régulation conventionnelle dérogatoire s'est-elle développée, non seulement à l'égard des lois et règlements, depuis les lois dites « *Auroux* » de 1982¹⁴, par exemple en matière de contingent d'heures supplémentaires, mais aussi à l'égard des accords collectifs supérieurs, sauf s'ils s'y opposent, depuis la loi dite « *Fillon* » de 2004¹⁵ – cette dernière permettant à un accord d'entreprise de déroger à un accord de branche ou à un accord interprofessionnel, sauf si ce dernier en dispose autrement et à l'exception de certaines matières¹⁶. Comme dans d'autres pays européens, s'est dès lors produite une décentralisation de la négociation collective, au plus près des réalités locales, qui peut déboucher sur une régulation de proximité.

1.1.3. Ce développement de la méthode contractuelle et, au-delà, de la norme négociée est, il faut le souligner, un facteur d'acceptabilité de la norme sociale et de responsabilité des acteurs sociaux. C'est aussi, par conséquent, un facteur de stabilité de cette norme¹⁷.

12 CC n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, cons. 8.

13 CC n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 3 ; v. également : CC n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, cons. 9.

14 Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

15 Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

16 En matière de salaires minimum, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle (art. L. 2253-3 du code du travail).

17 Le président Olivier Dutheillet de Lamothe cite, à cet égard, l'exemple de la législation relative aux contrats à durée déterminée ; alors que cette législation avait changé quatre fois en dix ans – en 1979,





Le temps consacré à l'élaboration d'accords, même lorsqu'ils ne sont pas juridiquement contraignants (comme les accords sur la régulation des dépenses de santé) ou même lorsqu'ils imposent – pour être mis en œuvre – le vote d'une loi apparaît en effet comme un investissement utile qui favorise le développement d'une pédagogie, l'adhésion aux normes négociées et une meilleure appropriation de celles-ci par le corps social. De cette manière, s'est révélée particulièrement féconde la mise en œuvre de l'article L. 1 du code du travail¹⁸ qui subordonne l'élaboration de tout projet de réforme sur les relations individuelles et collectives du travail et relevant du champ de la négociation nationale interprofessionnelle à une concertation préalable avec les organisations syndicales en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation. Cet article, né des controverses ayant entouré le lancement en 2006 du projet de « *contrat première embauche* » sans aucune concertation préalable, a permis, sans mettre en cause les compétences du Parlement, d'associer les partenaires sociaux et de faire progresser les consensus sur les réformes intervenant dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Toutes les réformes importantes menées à bien dans ces champs ont depuis lors été précédées d'une telle concertation et, le plus souvent, d'une négociation conclusive.

1.2. En dépit de ces avancées indiscutables, l'essor de la norme négociée présente, de l'avis unanime des experts, un bilan mitigé qui s'explique par plusieurs facteurs.

1.2.1. Si le bilan statistique de la négociation collective apparaît satisfaisant, le contenu des accords révèle une insuffisante appropriation des outils très sophistiqués mis à la disposition des partenaires sociaux et un manque d'intérêt, voire une certaine défiance à l'égard de l'efficacité de la régulation conventionnelle.

La faculté de passer des accords d'entreprise dérogatoires n'a pas été pleinement utilisée, tandis que « *les accords porteurs d'innovation sociale restent peu nombreux, généralement portés par quelques branches ou groupes d'entreprises* »¹⁹. Rares sont ceux qui « *portent un regard tourné sur l'extérieur et, plus particulièrement, sur la précarité et les personnes au chômage* »²⁰. Cette situation, qui accentue une forme de « *dualisation* » du marché du travail, se reflète dans la moindre implication des dirigeants d'entreprise et de leurs directions des ressources humaines – les procédures de négociation collective étant perçues comme trop longues, complexes, coûteuses et juridiquement incertaines. Elle se manifeste aussi par un certain manque de confiance des responsables syndicaux – les temps de négociation étant parfois vécus comme une obligation formelle et peu attractive.

1982, 1985 et 1986 – l'accord national interprofessionnel (ANI) du 24 mars 1990 sur l'emploi précaire a été transposé par la loi n° 90-613 du 13 juillet favorisant la stabilité de l'emploi en l'adaptation du régime des contrats précaires et cette loi n'a pas été modifiée depuis lors. Mon collègue ajoute que cette stabilité « *est un atout essentiel quand on sait que le principal reproche fait par les investisseurs à notre droit du travail est moins sa complexité, et même sa rigidité, que son instabilité et son imprévisibilité* ».

18 Issu de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

19 J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre*, septembre 2015, p. 30.

20 *Ibid.* p. 30.





Par ailleurs, même si des progrès considérables ont été accomplis ces dernières années, la régulation conventionnelle s'est, dans le champ de la santé et de l'assurance maladie, mâtinée de beaucoup d'unilatéralisme. En dépit de la logique d'autonomie du système conventionnel, l'État s'immisce de plus en plus, depuis un quart de siècle, dans la régulation des dépenses de santé pour en renforcer l'efficacité et aussi pour se conformer à nos engagements européens, résultant notamment du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) au sein de l'Union européenne²¹.

En outre, malgré les avancées enregistrées, il est apparu que la régulation conventionnelle peine à assurer la pleine maîtrise des finances sociales – qu'il s'agisse du financement des dépenses de sécurité sociale, de l'assurance-chômage ou même des régimes obligatoires de retraite complémentaire des salariés du secteur privé. Ces derniers, gérés par les partenaires sociaux au travers de l'AGIRC²² et de l'ARRCO²³, se trouvent selon les termes mêmes de la Cour des comptes²⁴ dans une situation financière « *alarmante* » : déficitaires depuis 2009, ces régimes couvrant plus de dix-huit millions de salariés et douze millions de retraités, ne disposeraient plus des réserves nécessaires au versement des pensions, dès 2018 pour l'AGIRC et en 2023 pour l'ensemble AGIRC-ARRCO. C'est pourquoi, l'accord conclu le 30 octobre 2015 par les partenaires sociaux revêt une importance cruciale.

1.2.2. Les facteurs expliquant ce bilan mitigé sont multiples.

Outre les problèmes de gestion et de gouvernance, très prégnants dans le domaine de la santé, ces facteurs résident dans l'imperfection du cadre juridique actuel. Dans le domaine du travail, les marges de manœuvre laissées par la loi à la négociation collective ne sont pas clairement délimitées en raison de l'instabilité des dispositifs légaux et de leur stratification désordonnée. Ces marges apparaissent aussi trop étroites – la norme unilatérale étant excessivement imbriquée à la norme conventionnelle – dans des champs aussi essentiels que le temps de travail, les salaires, l'emploi ou les conditions de travail. Par ailleurs, au sein de la hiérarchie conventionnelle, l'articulation entre les accords de branche et d'entreprise n'a pas été repensée, afin de permettre l'essor d'une régulation de proximité dans le respect des garanties communes propres à chaque secteur d'activité.

La même exigence de complémentarité doit être recherchée à l'échelle individuelle : la protection des contrats de travail en cours d'exécution ne saurait entraver la défense des intérêts collectifs légitimes, qui procède des accords négociés par les partenaires sociaux. À cet égard, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel en 2012²⁵, l'adaptation du temps de travail des salariés à l'évolution des rythmes de

21 Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) ou pacte budgétaire européen, signé le 2 mars 2012 par les chefs d'État et de Gouvernement, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Il s'agit d'un mécanisme sur lequel se sont accordés vingt-cinq des vingt-huit États membres de l'Union européenne sur la convergence de leur union économique et monétaire, notamment la zone euro.

22 L'Association générale des institutions de retraite des cadres (AGIRC), créée en 1947.

23 L'Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés (ARRCO), créée en 1961.

24 Cour des comptes, *Garantir l'avenir des retraites complémentaires des salariés (AGIRC et ARRCO)*, décembre 2014.

25 CC n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, cons. 14.





production de leur entreprise peut être réalisée par voie d'accord collectif, sans même l'accord préalable de chaque salarié – cette adaptation revêtant un intérêt général suffisant²⁶. À ces problèmes d'articulation normative, s'ajoutent des fragilités juridiques : la régulation conventionnelle s'est révélée, dans les champs spécifiques de la santé et du travail, particulièrement vulnérable. En amont comme en aval de la saisine du juge, il importe par conséquent de consolider l'accord collectif, alors que se décentralise la négociation sociale et que s'individualisent les relations du travail.

2. Pour atteindre cet objectif, la place de l'accord doit être clarifiée et son usage devrait être rendu plus simple et plus attractif.

2.1. En premier lieu, le redéploiement de la méthode contractuelle requiert une redéfinition de son objet et une sécurisation de ses outils.

2.1.1. Nous avons moins besoin d'une rupture ou d'un « big bang », que d'une refonte pragmatique de notre cadre juridique, dans la fidélité à nos valeurs et à la diversité de notre modèle social.

Dans le domaine du travail, les bases d'une telle refonte ont été définies le 4 novembre 2015 par le Premier ministre sous la forme d'une architecture tripartite²⁷. Au niveau de la loi, les principes fondamentaux du droit du travail constituent l'« *ordre public social* », c'est-à-dire l'ensemble des règles auxquelles aucun accord collectif ne peut déroger, qu'elles soient strictement internes ou issues du droit de l'Union européenne. Dans le cadre ainsi défini, devrait se déployer à un deuxième niveau le champ de la négociation collective selon un principe de subsidiarité : aux accords de branche, la définition d'un « *ordre public conventionnel* », garantissant un socle pertinent de règles communes et prévenant ainsi tout risque de dumping social ; aux accords d'entreprise, la régulation de proximité, en fonction des caractéristiques propres à chaque structure locale. En troisième lieu, existeraient des dispositions supplétives, en principe de niveau réglementaire, pour les matières non couvertes par un accord collectif. Naturellement, la restructuration des branches professionnelles est un préalable nécessaire à cette refonte²⁸.

2.1.2. Une telle clarification peut permettre de libérer les initiatives, sans porter atteinte au socle des droits fondamentaux.

Elle devrait consolider la place de l'accord collectif, dont les règles de validité ont été renforcées par les lois du 20 août 2008²⁹ et du 5 mars 2014³⁰ et qui bénéficie

²⁶ Le législateur a ainsi réaffirmé la possibilité pour l'accord collectif, dans le cadre prévu par la loi, de s'imposer au contrat de travail individuel (v. Cour de cassation, chambre sociale, 28 septembre 2010, n° 08-43.161).

²⁷ *Simplifier, négocier, sécuriser : un code du travail pour le XXI^e siècle*, v. le dossier de presse du 4 novembre 2015 à l'adresse suivante : <http://www.gouvernement.fr/partage/5775-orientations-du-gouvernement-pour-la-reforme-du-code-du-travail>

²⁸ Leur nombre – on en compte actuellement environ sept cents – apparaît comme une entrave à leur rôle de « sas » entre la loi et l'entreprise. Le calendrier annoncé par le Premier ministre prévoit à court terme la disparition des branches « *territoriales* » ou de celles inertes avant, d'ici trois ans, de procéder à des regroupements pour les branches les moins nombreuses – celles comportant moins de cinq mille salariés.

²⁹ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

³⁰ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.





d'une présomption de légalité, selon cinq arrêts aussi récents qu'importants de la chambre sociale de la Cour de cassation³¹, qui reviennent sur la très critiquée jurisprudence *Pain* de 2009³².

Pour autant, en réservant à la loi les principes fondamentaux, l'accord collectif ne s'émancipera pas du bloc de légalité et, le cas échéant, les juges judiciaire et administratif continueront d'y veiller. Comme le souligne Yves Struillou, ceux-ci auront à définir un « *nouveau référentiel* », « *qui assure une conciliation entre l'impératif de légalité inhérent à tout État de droit et l'autonomie des parties à la négociation* »³³. À cet égard, il ne saurait y avoir de confrontation brutale, voire de contradiction entre une norme négociée et un droit fondamental. À titre d'exemple, par un arrêt du 5 octobre 2015³⁴, le Conseil d'État a censuré un dispositif de différé d'indemnisation, prévu par une convention collective d'assurance-chômage et agréé par le ministre du travail, conduisant à priver certains³⁵ salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse de leur droit à réparation³⁶.

2.2. Si une refonte du cadre juridique s'impose, elle doit s'accompagner en second lieu d'actions de mobilisation auprès des différents partenaires sociaux et de mesures tendant à renforcer la robustesse de la régulation conventionnelle.

Comme le résume Jean-Denis Combrexelle, « *l'une des difficultés principales réside dans la façon qu'ont les acteurs, pas seulement les syndicats, mais aussi les entreprises et leurs organisations, d'aborder la négociation collective, de la considérer comme utile, équitable et efficace, et de s'emparer des ressources que le droit leur offre* »³⁷.

2.2.1. Plusieurs pistes ont été tracées pour renforcer l'attractivité des procédures de négociation.

L'objectif est de garantir la loyauté de leur méthode et les rendre plus accessibles et plus maniables, notamment grâce à des clauses de « *revoyure* » et des règles simplifiées de révision ou de dénonciation. En complément, doit être garanti l'accès des salariés à une information compréhensible et complète sur les accords et conventions les concernant.

C'est ainsi qu'une approche pragmatique et constructive du dialogue social pourra être pleinement promue. Car si, par notre droit et nos organisations, nous

31 C. cass., ch. soc., 27 janvier 2015, n° 13-22179. Désormais, les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

32 C. cass., ch. soc., n° 07-42675.

33 Y. Struillou, « la place de la négociation dans la hiérarchie des normes de droit », *Semaine sociale Lamy*, 2012, p. 1555.

34 CE, 5 octobre 2015, *Association des amis des intermittents et précaires et autres*, n° 383956 (conclusions R. Decout-Paolini).

35 Les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse qui comptent moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ou dont l'entreprise emploie moins de onze salariés (art. L. 1235-5 du code du travail).

36 Cette annulation a été prononcée avec un effet différé, afin de prévenir les conséquences manifestement excessives qui résulteraient d'une annulation immédiate avec effet rétroactif, sur la continuité du versement des allocations et du recouvrement des cotisations.

37 J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre*, septembre 2015, p. 47.





plaçons la négociation collective au cœur de notre tradition démocratique, nous n'en avons pas encore pleinement acquis la culture. D'une manière générale, la pratique de la négociation se heurte encore trop souvent à une « *représentation belliciste de la vie sociale, pensée sur le mode de la confrontation militaire* »³⁸, peu favorable à un ajustement réciproque des exigences économiques et sociales. Une telle représentation ne peut qu'engendrer « *une forte demande d'État en qualité de garant et de médiateur* »³⁹. L'État doit garder la maîtrise de ses compétences régaliennes et, notamment, sa faculté d'étendre des accords de branche, mais, hors de ce champ, il ne saurait se substituer aux corps intermédiaires pour pallier l'insuffisance du dialogue social – son rôle s'inscrivant davantage dans l'accompagnement, l'écoute et la pédagogie⁴⁰, ce qui représente déjà une tâche importante.

2.2.2. Un autre objectif s'impose à l'ensemble des parties prenantes. Il consiste à lutter efficacement contre l'insécurité juridique de la régulation conventionnelle.

Il convient de l'encadrer par des règles aussi simples et stables que possible qui puissent être effectivement respectées. Il convient aussi de tenir compte de l'office particulier des partenaires conventionnels qui, sur la base du 8^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, sont investis par la loi de la défense des droits et intérêts des salariés et qui sont habilités à cette fin par la participation directe, c'est-à-dire le vote des salariés⁴¹.

S'agissant du régime contentieux des accords collectifs, un équilibre doit être préservé entre, d'une part, l'exercice du droit au recours et la protection du principe de légalité et, d'autre part, l'objectif de stabilité des accords et de loyauté des relations conventionnelles.

Cet équilibre doit régir non seulement les conditions dans lesquelles peuvent être contestés les accords collectifs et, dès lors, les conditions de saisine du juge, mais aussi les conditions dans lesquelles le juge exerce son contrôle de légalité et, par suite, la nature et l'étendue de son office. À cet égard, l'impact d'une irrégularité formelle ou procédurale sur la validité d'un accord doit être finement mesuré dans l'esprit de la jurisprudence *Danthony* de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État⁴².

Il apparaît aussi nécessaire de s'assurer que les vices affectant un accord entraînent des conséquences graduées et proportionnées sur ses stipulations, son économie et, en dernier ressort, sa vie même – dans la ligne, par exemple, de la jurisprudence

38 J. Le Goff, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 551.

39 *Ibid.*, p. 554.

40 À ce titre, depuis la loi dite « *Larcher* » du 31 janvier 2007, tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle doit faire l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation (art. L. 1 du code du travail).

41 Citation libre des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 27 janvier 2015.

42 De telles irrégularités ne doivent entacher la validité d'un acte (accord ou décision unilatérale), que si elles ont privé les personnes concernées d'une garantie ou si elles ont exercé une influence sur le sens de l'acte pris au terme de la procédure (CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335477).





récente en matière de contrats de la commande publique⁴³. De même, dans les conditions fixées par le juge et notamment dans le délai qu'il a fixé, certaines irrégularités doivent pouvoir être régularisées par les autorités compétentes.

C'est dans cet esprit qu'à défaut de régularisation et lorsque s'impose une refonte substantielle de l'acte annulé, a été forgée en 2004⁴⁴, à des fins de sécurité juridique, une jurisprudence permettant de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse et d'éviter ainsi l'apparition d'un *vide juridique*. En un mot, le juge doit rester pleinement maître de son office et conscient de ses responsabilités, en reconnaissant la spécificité de l'accord collectif et en conjurant tout risque d'instrumentalisation préjudiciable à l'intérêt général. Les récents arrêts du 27 janvier 2015 de la chambre sociale de la Cour de cassation vont précisément dans ce sens. Il n'est pas douteux que ces perspectives doivent aussi être transposées dans le champ de la régulation contractuelle en matière de santé et de protection sociale.

Conclusion

Sur l'ensemble des points que je viens d'évoquer, le présent colloque permettra d'identifier des bonnes pratiques, d'échanger des expériences et des points de vue et d'envisager des perspectives d'avenir. Le déroulement du colloque suivra naturellement le cycle de vie d'un accord : depuis sa conception et l'examen de ses finalités, jusqu'à son exécution, en passant par sa négociation et son entrée en vigueur et, le cas échéant, sa reprise par un texte législatif ou réglementaire.

Je tiens à remercier pour leur présence et leur implication les présidents des quatre tables rondes ainsi que l'ensemble des intervenants qui ont accepté de partager avec nous leurs réflexions et leurs expériences.

L'identité de notre modèle social s'est forgée autour du principe de participation et par un large recours à la norme négociée. Les transformations contemporaines de notre démocratie et, en particulier, des relations entre les administrations et le public, montrent la pertinence et la modernité de ce modèle, auquel nous pouvons moins que jamais renoncer et au service duquel nous devons mobiliser nos facultés collectives d'adaptation et d'innovation.

43 V. en particulier les arrêts *Tropic* (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545), *Béziers I* (CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802), *Béziers II* (CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806) et de *Département de Tarn-et-Garonne* (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994).

44 CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886 ; v. sur ce point : O. Mamoudy, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony, dix ans d'application de la jurisprudence AC ! – bilan et perspectives », *AJDA*, 2014, p. 501 ; A.-C. Bezzina, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », *RFDA*, 2014, p. 735.





Première table ronde

À quoi sert l'accord ?

Cette première table ronde s'attache à définir, dans une perspective historique et doctrinale, les enjeux du recours à l'accord collectif. Elle s'interroge sur l'évolution de la place de l'accord, et sur l'importance aujourd'hui accordée à la négociation collective dans les domaines du travail, de l'emploi et de la sécurité sociale.

Elle analyse les principaux motifs de recours à l'accord collectif, ainsi que les avantages et les limites que présente un tel mode de régulation.

Sommaire

Présentation des intervenants	21
Actes.....	23
Échanges avec les participants	43







Présentation des intervenants

Président

Éric Aubry

Conseiller d'État, conseiller spécial auprès du président du Sénat

Diplômé de Sciences Po Paris, licencié en droit et en histoire et ancien élève de l'ENA, Éric Aubry a commencé sa carrière au ministère du travail et des affaires sociales en 1982. Il a exercé les fonctions de conseiller social à l'ambassade de France en Grande-Bretagne, puis à la représentation permanente auprès de l'Union européenne. Sous-directeur de la négociation collective à la direction des relations du travail du ministère de l'emploi et de la solidarité à partir de 1997, il a ensuite été directeur des affaires sociales à la Fédération française des sociétés d'assurances. Conseiller chargé du travail et des relations sociales au cabinet du ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité F. Fillon à partir de 2002, il a été en 2004 directeur du cabinet du ministre délégué aux relations du travail Gérard Larcher. Inspecteur général des affaires sociales et secrétaire général du Conseil d'orientation pour l'emploi entre 2005 et 2007, il est conseiller social au cabinet du Premier ministre de 2007 à 2011. Conseiller d'État en 2011, il est, depuis 2014, conseiller spécial auprès du président du Sénat. Il est, par ailleurs, l'auteur de plusieurs articles dans la revue *Droit social*.

Intervenants

Paul-Henri Antonmattei

Professeur à l'université de Montpellier

Agrégé des facultés de droit, Paul-Henri Antonmattei est doyen honoraire de la faculté de droit et de science politique de Montpellier, président honoraire de la Conférence des doyens droit-science politique et directeur de l'École de droit social de Montpellier. Il est également directeur scientifique du *Lamy Négociation collective* et avocat associé au cabinet Barthélémy avocats. Il a été membre de la commission « de Virville » en 2004, et de la Commission « Combrexelle » en 2015. En 2007, il a rédigé avec Philippe Vivien, directeur des ressources humaines du groupe Areva, un rapport intitulé *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, remis le 6 mars 2007 au ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes (éd. La documentation Française, 2007). Il a également rédigé, en 2008, avec J.-C. Sciberras, directeur général adjoint, chargé des ressources humaines de Pôle emploi, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, rapport remis le 7 novembre 2008 au ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité.





Jean-Dominique Simonpoli

Directeur général de l'association Dialogues

Ancien élève de Sciences Po Paris, titulaire d'une maîtrise d'administration économique et sociale obtenue à Paris I Panthéon-Sorbonne, Jean-Dominique Simonpoli a commencé sa carrière au Crédit Lyonnais. Il a été dirigeant de la CGT jusqu'au début des années 2000. De 2000 à 2003, il a été directeur du Laboratoire social d'actions, d'innovations, de réflexions et d'échanges, composé de dirigeants d'entreprise, de responsables syndicaux et d'économistes, où étaient élaborées des propositions pour une Europe sociale. En 2003, il a été membre de la commission ministérielle présidée par Michel de Virville pour un code du travail plus efficace. En 2004, en tant que membre de la mission ministérielle présidée par Claude Bébéar, il a participé aux travaux favorisant l'accès à l'emploi des Français d'origine étrangère. En 2015, en tant que membre de la mission ministérielle présidée par Jean-Denis Combrexelle, il a participé à la réflexion portant sur la négociation collective, le travail et l'emploi (rapport au Premier ministre). Depuis 2003, M. Simonpoli dirige, anime et développe l'association *Dialogues*, qu'il a créée. Celle-ci composée de dirigeants d'entreprise et de responsables syndicaux a pour objet la mise en relation et l'aide au dialogue entre les différents acteurs, la médiation, les audits sociaux, l'accompagnement des partenaires sociaux lors de négociations d'entreprise et de branches. M. Simonpoli a dispensé des cours sur les relations sociales et leur évolution, à l'ESCP, ainsi que sur la place de la grève dans les relations sociales, à l'ENA. Il a participé à des entretiens et des émissions de télévision et rédigé des articles pour des publications et journaux à caractère syndical, économique et social.

Didier-Roland Tabuteau

Rapporteur à la section sociale du Conseil d'État

Didier Tabuteau, conseiller d'État, est également responsable de la chaire Santé à Sciences Po Paris, professeur associé et codirecteur de l'institut Droit et santé à l'université Paris-Descartes (INSERM UMRS 1145), rédacteur en chef de la revue *Les tribunes de la santé* et codirecteur de la rédaction du *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie*. Il a été deux fois directeur du cabinet du ministre de la santé (1992-1993 et 2001-2002) et à deux reprises directeur adjoint du cabinet du ministre des affaires sociales (1988-1991 et 1997-2000). Il a dirigé l'Agence du médicament de 1993 à 1997. En 2000, il a été chargé de la préparation du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Il est ancien élève de l'École Polytechnique et de l'ENA, docteur en droit et titulaire de l'habilitation à diriger des recherches. Il a publié ou coordonné différents ouvrages parmi lesquels *Droit de la santé* (avec A. Laude et B. Mathieu, PUF, 3^{ème} éd., 2012), *Traité de santé publique* (avec G. Brückner et F. Bourdillon, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007), *Traité d'économie et de gestion de la santé* (avec P.-L. Bras et G. de Pourville, Sciences Po et Éd. de santé, 2009), *La judiciarisation de la santé* (avec A. Laude et J. Pariente, Éd. de santé, 2012), deux *Que-sais-je ?* (PUF) : *La santé publique*, avec A. Morelle (2010) et *Les assurances maladie* avec P.-L. Bras (2012), et *Démocratie sanitaire, Les nouveaux défis de la politique de santé* (Odile Jacob, 2013).





Actes – À quoi sert l'accord ?

Éric Aubry

*Conseiller d'État, conseiller spécial auprès du président du Sénat,
président de la table ronde*

Cette première table ronde est consacrée aux enjeux du recours à l'accord collectif. Comme son titre l'indique, nous allons essayer de répondre à la question : « *à quoi sert l'accord ?* ». En d'autres termes, il s'agit de s'interroger sur ce que pourrait être le meilleur outil juridique entre la norme législative et la norme contractuelle au regard de l'intérêt général.

Pour formuler différemment la question, il s'agit de savoir si l'accord, c'est-à-dire le contrat entre deux parties, patronale et syndicale, ou bien le contrat entre l'État et ses opérateurs, est plus efficace que la loi dans le champ du travail et de l'emploi ; plus efficace que la tutelle classique entre l'État et les opérateurs chargés de la gestion d'un service public dans le champ de la santé et de la protection sociale.

1. Une plus grande efficacité dans le champ du travail et de l'emploi ?

L'accord assure-t-il, de façon plus performante que la loi, l'équilibre entre progrès économique et progrès social ? Chercher l'équilibre entre le progrès économique et le progrès social n'est, en effet, ni faire preuve d'un marxisme sommaire, ni d'un libéralisme débridé, mais souligner que le « *grain à moudre* »⁴⁵ suppose une économie compétitive et un marché du travail favorisant la croissance et la création d'emplois. La question n'est donc ni de pourfendre le code du travail tel que nous le connaissons, au motif qu'il serait obèse, ni de le considérer comme sacré ou intouchable, au nom des avantages acquis ou de la défense des corporatismes. Chercher l'équilibre entre le progrès économique et le progrès social nous invite simplement, comme le fait un rapport très récent du Conseil d'orientation pour l'emploi (COE)⁴⁶, à réaliser des réformes structurelles aussi rapidement et aussi complètement que nos voisins européens, afin de lutter contre le chômage et à nous interroger également en ces temps « *d'ubérisation de l'économie* »⁴⁷ sur la meilleure façon d'adapter nos règles juridiques à de nouvelles formes d'activités.

N'oublions pas, enfin, que si l'accent mis sur la négociation collective est pour certains le masque d'une régression et d'une remise en cause des acquis obtenus par la loi, pour d'autres, il est en revanche le paravent de l'inaction des gouvernements qui, n'osant pas prendre leurs responsabilités et assumer des réformes structurelles, s'en remettent à des demi-mesures des partenaires sociaux.

45 « *Pour négocier il faut qu'il y ait du grain à moudre* » (André Bergeron, 1922-2014). Cette expression l'avait rendu célèbre et c'est aussi le titre de l'un de ses ouvrages : *Tant qu'il y aura du grain à moudre*, Robert Laffont, Paris, 1988.

46 Rapport du COE, *Les réformes des marchés du travail en Europe*, Tome 1 (rapport général) et Tome 2 (dix monographies), novembre 2015. Disponible sur le site <http://www.coe.gouv.fr>

47 Le terme « *d'ubérisation* » évoque la peur des organisations traditionnelles de subir la concurrence d'un acteur issu de l'économie numérique ou sachant tirer partie des outils numériques.





Notre table ronde va, par conséquent, examiner comment le droit négocié, contractuel, conventionnel, a pris son essor. Comment dans un « *tripartisme innové* », pour reprendre une expression du rapport Chertier de 2006 sur la modernisation du dialogue social⁴⁸, ce droit négocié s'est plus ou moins imposé au niveau interprofessionnel. Mais aussi comment, au niveau de l'entreprise et des branches, la vie contractuelle se développe avec des accords plus légitimes et des acteurs plus représentatifs.

Ce sera le sens d'abord de l'intervention de Paul-Henri Antonmattei, professeur à l'université de Montpellier, avocat associé au cabinet Barthélémy et auteur de plusieurs rapports sur l'emploi, puis de Jean-Dominique Simonpoli, directeur général de l'association *Dialogues*, qui œuvre pour favoriser le dialogue social en entreprise et dans les branches. M. Simonpoli a été responsable syndical en entreprise, dans une grande banque, ainsi qu'au niveau de la branche des banques.

2. Deuxième aspect de la question soulevée : le contrat entre deux parties, l'État et les opérateurs, est-il un moyen d'action efficace dans le champ de la santé et de la protection sociale ?

La question qui se pose est de savoir si cette méthode contractuelle assure, de façon plus performante que la tutelle classique, la réalisation des objectifs de bonne gestion dans le champ de la santé, de l'action sociale et de la sécurité sociale. Elle est aussi de savoir si cette méthode contractuelle responsabilise mieux les professionnels, par exemple les médecins avec les conventions médicales.

Le recours aux contrats (COG, CPOM)⁴⁹ renforce-t-il la responsabilité des acteurs ? Améliore-t-il le service rendu aux usagers en garantissant *in fine* un meilleur usage de l'argent public qui y est consacré ? C'est Didier Tabuteau, Conseiller d'État, responsable de la chaire Santé à Sciences Po et acteur des politiques de santé en cabinet ministériel et à la tête d'une agence sanitaire, qui présentera les facettes de ce recours au contrat et à la convention dans le champ sanitaire et social.

Paul-Henri Antonmattei

Professeur à l'université de Montpellier

« À quoi sert l'accord ? ». Poser cette question en 2015 peut relever de la provocation tant l'accord collectif a le vent en poupe. En début d'année, le revirement de jurisprudence sur l'application du principe d'égalité de traitement aux avantages

48 Rapport au Premier ministre, *Pour une modernisation du dialogue social*, Dominique-Jean Chertier, La documentation Française, Paris, mars 2006.

49 Les conventions d'objectifs et de gestion (COG) sont conclues entre l'État et les caisses nationales des principaux régimes de sécurité sociale. Leurs objectifs sont ensuite déclinés sous forme d'orientations opérationnelles en contrats pluriannuels de gestion (CPG) entre la caisse nationale et les caisses locales.

Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM) a été créé par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 et introduit à l'article L. 313-11 du code de l'action sociale et des familles (CASF). Ce contrat peut être conclu entre des personnes morales gestionnaires d'établissements et services sociaux et médico-sociaux et les personnes publiques chargées de leur autorisation (agences régionales de santé, conseils généraux, administrations déconcentrées de l'État).





catégoriels d'origine conventionnelle⁵⁰ a exprimé un « *hommage de la chambre sociale à la négociation collective* »⁵¹. Il y a quelques jours, dans le sillage du rapport Combrexelle, le Gouvernement a dévoilé un projet de refondation du droit du travail donnant plus de place à la négociation collective.

Cette situation ne surprend pas, tant les réformes menées depuis plusieurs années ont permis cet épanouissement normatif de l'accord collectif dans le cadre d'un consensus politique rassurant. Mais nous ne sommes pas encore au bout de ce chemin vertueux de la négociation collective. Il faut franchir d'autres étapes et continuer à convaincre de la pertinence de ce choix. C'est d'autant plus nécessaire que ces réformes n'ont guère été expliquées à nos concitoyens et que, dans cette période compliquée, un procès en illégitimité et en incompétence des partenaires sociaux est régulièrement orchestré.

La révolution numérique démontre, s'il en était encore besoin, la nécessaire adaptation des règles sociales aux mutations technologiques et économiques de plus en plus fortes et de plus en plus rapides. Or, la loi, par nature impersonnelle, permanente et générale, ne peut plus assumer seule l'organisation de cette diversité du monde du travail. Le relais de l'accord collectif est indispensable sans que cette promotion n'ait pour ambition d'instaurer un règne qui réduirait le législateur, voire le juge, au rang de vassal. Une nouvelle répartition de compétence s'organise dans le cadre d'une articulation mieux précisée des sources juridiques. L'accord collectif permet aussi une conciliation plus pertinente de la protection du travailleur et de l'efficacité économique de l'entreprise.

L'accord collectif présente d'autres atouts qui diffèrent selon le niveau de négociation.

La fonction pré-législative de l'accord national interprofessionnel (ANI) conclu dans le cadre de l'article L. 1 du code du travail est importante, et ce n'est pas l'échec de la négociation de ce début d'année qui doit faire douter de la pertinence de cette procédure intelligente de concertation⁵². Ce serait vite oublier les succès d'hier et singulièrement les ANI de 2008 et de 2013 sur la flexisécurité. Ceci étant, l'échec de janvier 2015 révèle sans doute une méthode de négociation qui a atteint ses limites. Faut-il continuer à négocier au siège du MEDEF à partir d'un projet préparé par la délégation patronale ? Négocier un *accord de méthode* de la négociation interprofessionnelle permettrait de redynamiser cette négociation interprofessionnelle, mais il ne faut toutefois pas se tromper sur le sens de cette procédure. L'article L. 1 du code du travail instaure une coopération : ce n'est ni

50 « *Les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées* » (Cour Cass., ch. soc., 27 janvier 2015, n° 13-22.179, V. notre article in *Droit social* 2015, p. 351).

51 Selon l'expression de L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1663, 9 février 2015.

52 V. Les actes de la première conférence du cycle des entretiens du Conseil d'État en droit social, *la place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes, premier bilan de l'application des articles L. 1 et suiv. du code du travail*, colloque du 5 février 2010, revue *Droit social*, n° 5, mai 2010, pp. 489 à 532.





une défausse du Gouvernement sur les partenaires sociaux, ni un *oukase* de ces derniers sur le législateur. La conclusion d'un accord ne nous paraît pas toujours indispensable pour orienter l'action du Gouvernement. Déjà pratiquée, la position commune est une voie intéressante.

La branche reste un lieu pertinent de négociation qui n'est pas fondamentalement menacé par la promotion de l'accord d'entreprise comme le démontre clairement le rapport Combrexelle⁵³. Elle reste source de garanties sur des sujets essentiels ; elle contribue à réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application et elle peut maîtriser la dérogation offerte à l'accord d'entreprise. Son avenir sera d'autant plus assuré que le chantier de la restructuration des branches professionnelles sera réussi.

Reste l'accord d'entreprise qui a les faveurs des pouvoirs publics. Il est vrai que c'est au niveau de l'entreprise que la capacité d'adaptation de l'accord collectif est le plus fort. Le débat va se concentrer sur la primauté de l'accord d'entreprise ouverte en 2008 en matière de durée du travail. Il faut bien admettre que la loi et la branche ne peuvent pas ajuster des mécanismes d'organisation dont l'efficacité dépend des spécificités des milieux de travail : l'annualisation du temps de travail en est un bon exemple.

Mais, avec la primauté de l'accord d'entreprise, l'objectif d'adaptation permet aussi une meilleure conciliation des performances économiques et sociales. Élément de compétitivité, la conciliation entre le niveau d'avantages accordés au salarié et la capacité économique de l'entreprise à l'assumer est plus finement déterminée par la négociation d'entreprise.

Si les atouts de l'accord collectif ne manquent pas, la réussite est-elle au rendez-vous ?

Vous avez souligné dans vos propos liminaires, M. le vice-président, que le verre n'est pas totalement plein. Le Premier ministre l'a aussi constaté : « *en dépit de ces évolutions, la place donnée à l'accord collectif par rapport à la loi dans le droit du travail en France est encore trop limitée. Le champ concerné reste restreint, et si la norme négociée est reconnue comme étant mieux à même de prendre en compte la diversité économique et sociale des entreprises tout en garantissant les droits des salariés, les partenaires sociaux ne se saisissent pas suffisamment des souplesses que la loi leur donne pour déroger au cadre réglementaire standard* »⁵⁴.

53 J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au Premier ministre, septembre 2015. Dressant un bilan mitigé du fonctionnement de la négociation collective en France, le rapport considère pourtant qu'elle est un outil irremplaçable de cohésion sociale et d'adaptation réciproque de l'économique et du social, et présente une réforme visant à renforcer la négociation collective en s'appuyant sur deux axes : 1) créer chez les partenaires sociaux, les chefs d'entreprise et les salariés les conditions d'un besoin, d'une volonté de négociation, et 2) ouvrir de nouveaux champs de négociation avec une répartition plus équilibrée entre ce qui relève du code du travail et ce qui relève des accords collectifs de branche ou d'entreprise.

54 Lettre de mission du Premier ministre du 1^{er} avril 2015 à J.-D. Combrexelle.





Les réformes juridiques ne suffisent pas à dynamiser la négociation collective. Il est désormais indispensable de passer d'une pratique à une culture de la négociation collective. Trop nombreux sont encore les témoignages de négociations marquées par des postures, des dogmes, des suspensions et des ignorances. La négociation n'est ni un combat ni une compromission. Elle requiert le respect de l'autre et une volonté réelle et sérieuse de parvenir à un accord.

Le choix du rapport Combrexelle d'appeler prioritairement à une « *dynamique de la négociation collective* » n'est pas « *un choix de confort visant à évoquer des sujets réputés vagues et consensuels sur les pratiques de la négociation pour retarder l'heure de traiter des questions réputées plus délicates sur le droit de la négociation collective* »⁵⁵. La démarche mérite d'être relayée surtout par les juristes trop souvent tentés par la joute ou la chicane technique. Mais le politique a aussi sa partition à jouer. Il ne suffit pas d'offrir un environnement législatif favorable à un épanouissement de la négociation collective : l'explication politique de la place de l'accord collectif et du jeu des acteurs ne doit pas rester confidentielle. Or, le sens des réformes de la dernière décennie est encore largement méconnu de nos concitoyens, faute d'avoir été expliqué ; le discours politique doit accompagner le décryptage juridique. Aux organisations syndicales et patronales de participer aussi plus activement à cet éclairage stratégique.

Côté patronal, il est encore nécessaire, singulièrement au sein des PME, de détruire la perception négative de la présence syndicale : sans délégué syndical, pas d'accord et donc pas de droit conventionnel offrant des règles d'organisation adaptées et innovantes. En l'absence de délégué syndical, il y a certes la négociation dérogatoire avec les acteurs supplétifs (élus, salariés mandatés), mais c'est peu dire que les formules législatives pratiquées depuis 1996 n'ont pas produit les résultats escomptés et, même après la loi « *Rebsamen* »⁵⁶, le doute est toujours légitime. Côté syndical, la valorisation des parcours professionnels des élus et des titulaires d'un mandat syndical, utilement généralisée par la même réforme, doit permettre d'enrayer la crise des vocations et attirer une nouvelle génération de négociateurs conscients de l'importance des accords collectifs. Aux salariés, dont le vote est déterminant, de choisir aussi en fonction des résultats de la négociation collective.

La question de la formation des négociateurs ne peut plus être occultée tant la négociation d'organisation sur des sujets nombreux et complexes est plus exigeante que celle consistant seulement à accorder des avantages. La connaissance de l'entreprise, la compréhension de l'environnement juridique des négociations, la maîtrise de la technique contractuelle sans compter l'aptitude personnelle à discuter, sont autant de compétences ouvertes à la formation. L'appel du rapport Combrexelle à des formations communes, en complément de celles dispensées par les organisations syndicales et patronales, doit trouver rapidement un écho, singulièrement dans les universités. Ce sera le cas à l'université de Montpellier avec l'ouverture prochaine d'un diplôme d'université de droit et pratique du dialogue social en formation continue.

55 V. J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au Premier ministre, septembre 2015, spéc. p. 47.

56 Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.





La culture de la négociation passe aussi par une expression plus forte de la loyauté dans la négociation. Depuis longtemps, Jacques Barthélémy⁵⁷ insiste sur l'importance de la procédure de négociation et l'intérêt des accords de méthode. Je me réjouis de la reprise de ses propositions dans le rapport Combrexelle et, demain, dans le projet de loi. Au-delà du calendrier des réunions et des informations transmises, l'on préconisera le recours à des conseils pour conforter la dimension juridique de cet acte collectif.

Le temps est nécessaire pour forger cette culture de la négociation collective. Nous en avons un peu perdu car, depuis les réformes de 2004 et de 2008, cette évolution aurait dû être plus amplement accompagnée. Mais, comme dit le proverbe, « *il n'est jamais trop tard pour bien faire* »...

Éric Aubry

*Conseiller d'État, conseiller spécial auprès du président du Sénat,
président de la table ronde*

Le professeur Antonmattei semble nous avoir donné une vision très optimiste de la négociation collective. Mais on peut aussi avoir de la négociation collective, telle qu'elle se pratique, une vision plus négative qui consiste à dire qu'elle est le moyen d'engranger une régression sociale et de remettre en cause des acquis sociaux. Par exemple, la récente négociation sur les retraites complémentaires est perçue par certains comme étant une manifestation de ce travers de la négociation collective, qui ne défend ni ne protège, contrairement à la loi qui est, comme chacun sait, dans une conception très française, le meilleur instrument au service des plus démunis.

Et puis il y a aussi une autre conception, tout aussi négative, qui est de considérer que le recours à la négociation collective, notamment interprofessionnelle, n'est finalement que le paravent d'une certaine inaction des gouvernements, qui ne veulent pas prendre leurs responsabilités face aux réformes nécessaires, et s'en remettent donc aux acteurs sociaux pour que ceux-ci fassent à leur place le travail qu'ils n'ont pas le courage de faire.

Jean-Dominique Simonpoli

*Directeur général de Dialogues,
ancien secrétaire général de la fédération CGT banques et assurances*

À mon tour, je vais également tenter de répondre à la question « *à quoi sert l'accord ?* ». L'accord est-il plus efficace que la loi ? Je n'ai pas de réponse à cette question, mais j'aurais tendance à penser que, sans doute, l'accord est de plus en plus nécessaire à la vie collective au sein des entreprises. De plus en plus nécessaire

⁵⁷ Jacques Barthélémy est avocat conseil honoraire en droit social. Il a été professeur associé à la faculté de droit de Montpellier. Il est le fondateur d'un cabinet français de référence en droit social. Auteur de plusieurs livres : *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise ; Droit de la durée du travail, temps de travail, aménagement, 35 heures* ; il est également co-auteur de divers ouvrages comme par exemple : *Analyse juridique et valeurs en droit social : Guide pratique de l'entreprise individuelle, de l'EURL, de la SASU, de la SELU ; Aspects organisationnels du droit des affaires* ; et récemment réformer le droit du travail.





parce que, tout simplement, le monde évolue très rapidement, et aussi parce que l'individualisation prend de l'ampleur dans la vie des entreprises. L'accord est donc devenu le point d'orgue de cette évolution et paraît comme l'élément le plus accessible à l'ensemble des salariés.

Comme les intervenants précédents, je note aussi ce *continuum* qui va des lois dites « *Auroux* » jusqu'à aujourd'hui, en passant par les textes ou les accords de 2004, 2007, 2008, 2013 et récemment 2015 avec la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi⁵⁸. Mais l'on peut aller beaucoup plus loin dans les références historiques. Ainsi ai-je trouvé, en préparant ce colloque, une citation de feu Jacques Chaban-Delmas datant de 1969 qui, lors de son discours de politique général à l'Assemblée nationale, en appelait au rajeunissement des structures sociales, et faisait de la modernisation des relations sociales la condition d'avènement de « *la nouvelle société* ». Ce discours montre qu'il existe des références anciennes et une volonté politique affirmée depuis longtemps d'aller vers un renforcement de la négociation collective. Évidemment, tout cela s'est fait avec des hauts et des bas et, pour paraphraser Pierre Rosanvallon, l'État doit rendre à la société civile ce qu'il n'a cessé de lui confisquer. En matière de relations sociales, on est là au cœur de la problématique.

Le professeur Antonmattei a évoqué un certain nombre de points sur lesquels je ne reviendrai pas, mais j'insisterai cependant sur quelques uns de leurs aspects qui expliquent notre retard sur les autres pays européens en matière de culture de la négociation. C'est, selon moi, le sujet essentiel. Voici donc quelques pistes d'avenir que l'on pourrait évoquer pour redonner du sens à nos relations sociales. Tout d'abord, il s'agit du fait que la connaissance des relations sociales n'est pas enseignée dans nos universités. Nombre de directeurs des ressources humaines, quand ils sont aujourd'hui aux responsabilités et constituent leurs équipes de collaborateurs, sont surpris du fait que la plupart des jeunes gens, qui sortent pourtant des universités ou des grandes écoles, n'ont qu'une connaissance très parcellaire du système des relations sociales en France ; et n'ont même parfois aucune connaissance des acteurs eux-mêmes des relations sociales. C'est-à-dire qu'ils découvrent les relations sociales en arrivant en entreprise. Cette méconnaissance, due à nos politiques éducatives et notamment à notre pratique universitaire, montre à l'évidence qu'il y a un retard à combler pour mettre en œuvre des dispositions qui facilitent la connaissance de nos systèmes de relations sociales.

D'autre part, il nous faut dénoncer l'idée qui voudrait que la négociation ne se conçoive qu'en termes de rapport de force, où l'une des parties l'emporte nécessairement sur l'autre. En France, la négociation est considérée comme aboutie dès l'instant où celui qui l'emporte considère que son adversaire a perdu ; le système de négociation n'est pas considéré comme le moyen d'arriver à ce que chacune des parties obtienne des avancées dans son domaine dans une optique gagnant-gagnant plutôt que gagnant-perdant. Sur cet aspect très français, les préconisations du rapport Combexelle peuvent permettre d'avancer assez rapidement vers une autre conception de la négociation collective. Dans tous les

⁵⁸ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite « *Rebsamen* ».





cas, et comme le propose le professeur Antonmattei, il faut favoriser cette culture de la négociation chez les partenaires sociaux afin qu'ils prennent réellement conscience de l'importance et de l'utilité de la négociation collective en entreprise et au niveau des branches professionnelles.

Enfin, et c'est sans doute un point extrêmement important, tant que le fait syndical et l'engagement syndical ne seront pas suffisamment valorisés en France nous n'arriverons pas à développer une culture de la négociation collective. À ce sujet, je m'inquiète d'ailleurs des propos récents de certains hommes politiques sur la remise en cause du fait syndical, qui serait à l'ordre du jour de certains programmes politiques de l'élection présidentielle de 2017, alors que l'on aurait plutôt besoin d'un discours clair et ferme sur la nécessité d'avoir des acteurs sociaux dans l'entreprise qui permettent et promeuvent le développement et la valorisation de la négociation collective. Car on ne pourra pas développer la négociation collective si l'on met à mal les acteurs présents dans l'entreprise. On peut regretter leur faiblesse, leur manque d'implantation, voire le caractère brutal de la négociation collective et du combat collectif dans l'entreprise, mais il y a besoin de conserver et d'amplifier la présence d'acteurs syndicaux dans l'entreprise pour pouvoir mener la négociation collective. Et il ne peut pas y avoir de développement de la négociation collective dans notre pays en dehors d'une stratégie de revitalisation du syndicalisme.

Ce développement de la négociation collective est bien sûr de la responsabilité des organisations syndicales elles-mêmes, mais aussi de la responsabilité du patronat et des pouvoirs publics. Ce qui incombe aux organisations syndicales est essentiel car leur image continue à se dégrader tant elles paraissent déconnectées des préoccupations des salariés. Pour autant, le patronat aussi, ou en tout cas une partie des forces patronales, a mauvaise presse, ne cessant de dénigrer le fait syndical jusqu'à remettre en cause la représentativité syndicale et souhaitant la fin du monopole au premier tour des élections professionnelles. Ainsi, face à la volonté politique d'avancer dans la mise en œuvre de dispositions favorisant la négociation collective, on se rend compte qu'il y a des forces qui souhaitent remettre en cause ces avancées et ne pas favoriser le développement du syndicalisme en entreprise, pourtant indispensable pour développer la négociation collective. Le combat n'est donc pas complètement terminé, même si l'on peut penser que la tendance est plutôt au développement de la négociation collective et au développement du rôle des acteurs sociaux. C'est pourquoi il faut être vigilant et veiller à ce que les forces qui manifestent leur volonté de s'opposer à cette évolution légitime ne puissent pas prospérer, et que les acteurs, qui sont le vivier de la négociation collective, puissent continuer à exister et à augmenter au sein des entreprises.

Dans ce domaine, j'ai tendance à penser que les institutions syndicales et patronales sont en retard par rapport à l'évolution de la société, à l'exception peut-être de quelques unes d'entre elles. Car la société française et le monde du travail sont favorables au développement de la négociation d'entreprise. Ce phénomène est extrêmement puissant aujourd'hui dans de nombreux domaines : conditions de travail, salaires, contrat de travail, etc. Il y a une volonté manifeste de se prendre en charge au sein de l'entreprise. La société française est extrêmement favorable au





principe de l'accord majoritaire pour la conclusion d'accords, tandis qu'elle regrette l'absence de confiance – le professeur Antonmattei parlait de respect, mais je crois que la confiance est aussi une notion tout à fait décisive, également évoquée dans le rapport Combrexelle.

La société française et le monde du travail en appellent donc à une prise de conscience de tous les acteurs pour que le social et l'économique avancent ensemble. Et l'on voit bien aujourd'hui, à la veille de l'arrivée du numérique et de ses conséquences dans le monde de l'entreprise, que ces nécessités sont extrêmement fortes. Il faut donc donner de la marge à la négociation collective, et aussi du pouvoir à la négociation d'entreprise, afin de donner à ladite négociation collective la place qui lui revient, car elle doit être plus que jamais, pour les entreprises qui possèdent une représentation syndicale, le centre de gravité de toute discussion collective. D'ailleurs, je suis favorable à ce que les élus non syndiqués se syndiquent, condition préalable à toute conclusion d'accords collectifs. Pourquoi cette nécessité ? Parce que l'obligation de se syndiquer oblige à s'adosser à des structures qui existent et qui peuvent aider ou conseiller tous les salariés qui, élus, sont prêts à consacrer du temps et de l'énergie à défendre leurs collègues de travail. Opposé au systématisme du référendum dans l'entreprise, je pense que le référendum peut être envisagé dès lors que la partie patronale et la partie syndicale sont d'accord.

Je souscris également aux propos du professeur Antonmattei sur la nécessaire formation des acteurs de la négociation collective. C'est une action indispensable pour changer l'image négative que chacun se fait d'autrui ; cela passe par la formation à la fois des syndicalistes et des équipes des ressources humaines, et la formation commune des deux à la négociation collective. Et je profite de cette tribune pour préciser que nous avons mis sur pied, avec Sciences Po Paris, un dispositif de formation pour les syndicalistes qui est extrêmement intéressant et prisé, avec près de six cents syndicalistes qui y sont venus en l'espace de quelques années. Ce qui montre qu'il s'agit bien d'un besoin réel car les organisations syndicales ne forment pas suffisamment leurs militants d'entreprise. C'est un point sur lequel nous devons porter nos efforts de façon extrêmement importante pour permettre aux syndicalistes et aux dirigeants d'entreprises de se mettre autour de la table des négociations en parlant le même langage sur des sujets communs, et avec le même niveau de compréhension des thèmes abordés.

Je terminerai mon propos sur un paradoxe : aujourd'hui, pour une partie du monde syndical, le contrat de travail doit prévaloir sur l'accord collectif. Certes, en période de crise, l'on peut entendre ce discours. Mais c'est un sujet extrêmement important qui doit être débattu. Car considérer que le contrat de travail puisse prévaloir sur l'accord collectif, c'est considérer que la conception individualiste l'emporte sur la conception sociale du droit ; alors que le combat syndical a visé depuis l'origine à imposer l'accord collectif comme la loi de la profession et à lui soumettre les contrats de travail individuels. Or, aujourd'hui, on voit réapparaître une inversion de ce souci syndical originel et de cette conception syndicale du droit du travail qui tend à privilégier le contrat de travail soi-disant plus protecteur sur l'accord collectif. Cette inversion des valeurs me semble problématique.





Éric Aubry

*Conseiller d'État, conseiller spécial auprès du président du Sénat,
président de la table ronde*

À la suite à vos propos, le second aspect de la table ronde traite des relations entre État et opérateurs dans les champs de la santé et de la protection sociale au sens large.

Didier-Roland Tabuteau

Conseiller d'État

Dans son étude annuelle 2008 intitulée : *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*⁵⁹, le Conseil d'État avait souligné la place tenue par le procédé contractuel dans les domaines de l'action sanitaire et sociale et de la protection sociale⁶⁰. Il avait, en particulier, mis en exergue les conventions d'exercice professionnel des professions médicales et paramédicales, les conventions conclues par les établissements sanitaires et sociaux, les conventions d'objectifs et de gestion (COG) avec les caisses de sécurité sociale⁶¹ et le système contractuel régissant la fixation du prix des médicaments.

Il faut également rappeler que le contrat individuel tient une place particulière en droit de la santé depuis l'arrêt *Mercier* de la Cour de Cassation du 20 mai 1936⁶² estimant qu'il « *se forme entre le médecin et son client un véritable contrat* », même si la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a redéfini le cadre des relations entre les professionnels de santé et les patients. De même, le secteur médico-social est désormais marqué par le « *contrat de séjour* »⁶³, rendu obligatoire par la loi du 2 janvier 2002⁶⁴ lors de l'accueil d'une personne dans un établissement ou un service social ou médico-social⁶⁵.

Si l'on s'en tient aux relations institutionnelles ou collectives qui se nouent dans le système de santé⁶⁶, le recours au contrat apparaît dicté par deux motivations principales. Il s'agit, dans certains cas, de garantir l'autonomie des partenaires professionnels et des partenaires sociaux, compte tenu des principes de démocratie sociale sur lesquels ont été organisés le système d'assurance-maladie⁶⁷, mais également la régulation de la médecine de ville et, du moins en partie, l'activité des cliniques. Toutefois, les exigences de la maîtrise des dépenses sociales et de la

59 La documentation Française, Paris, 2008.

60 V. également Robert Lafore, « Le contrat dans la protection sociale », *Droit social*, n° 1, janvier 2003.

61 Dominique Libault, « Réformer de l'intérieur la sécurité sociale : les conventions d'objectifs et de gestion », *Droit social*, n° 9/10, septembre-octobre 1997.

62 C. cass., ch. civ., 20 mai 1936, *Mercier*, DP 1936.1.88, GAJC, 12^{ème} éd., 2008, n° 162-163. V. aussi Anne Laude, Bertrand Mathieu, Didier Tabuteau, *Droit de la santé*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2012.

63 Robert Lafore, « Le contrat dans la protection sociale », *Droit social*, n° 1, janvier 2003.

64 Loi n° 2002-2 relative à la rénovation de l'action sociale et médico-sociale.

65 Art. L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles.

66 Les politiques médico-sociales ne sont pas intégrées dans l'analyse.

67 Jean-Jacques Dupeyroux, Michel Borgetto, Robert Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 18^{ème} édition, 2015.





protection de la santé publique ont également conduit à développer des procédés de régulation qui empruntent souvent la forme contractuelle, qu'il s'agisse de la coordination de l'action de l'État et du service public de la sécurité sociale dans le cadre des COG, du pilotage de la recomposition hospitalière ou de la régulation des dépenses pharmaceutiques.

Au-delà de ces motivations premières, des conventions sont prévues dans d'autres hypothèses. Elles permettent ainsi d'associer les collectivités locales, qui n'ont que peu de compétences en ces matières, aux politiques conduites par l'État, par exemple lors de la mise en œuvre de programmes de santé (vaccinations, dépistages, lutte contre les épidémies, etc.)⁶⁸. Des dispositifs contractuels ont également été développés pour coordonner l'action des agences de sécurité sanitaire⁶⁹.

L'analyse de la place tenue par les contrats et conventions dans les politiques publiques de santé et d'assurance maladie fait apparaître, en premier lieu, un phénomène de complexification de la régulation contractuelle (1). Cette évolution signe, en deuxième lieu, le développement d'une contractualisation autoritaire ou subordonnée (2) et témoigne, enfin, d'une ambition législative (3).

1. Un phénomène de complexification de la régulation contractuelle

La tradition du recours au contrat sur le champ social ne doit pas occulter la multiplication récente des dispositions prévoyant de tels procédés. Deux exemples peuvent illustrer cette complexification de la régulation contractuelle.

1.1. Un édifice conventionnel à trois étages pour les professions de santé

Après l'échec du dispositif des conventions départementales résultant des ordonnances de 1945 et du décret du 12 mai 1960⁷⁰ visant à fixer les tarifs médicaux remboursés par la sécurité sociale⁷¹, la loi du 3 juillet 1971⁷² a réformé les règles régissant les relations entre la sécurité sociale et les professions libérales de santé et posé le principe d'une convention nationale négociée et conclue par des organisations professionnelles représentatives au niveau national et les caisses nationales de sécurité sociale, puis, depuis 2004, avec l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM).

Le système conventionnel qui en est résulté a constitué, jusqu'en 2002, l'outil exclusif régissant les rapports entre l'assurance maladie et les professions de santé (médecins⁷³, chirurgiens-dentistes⁷⁴, sages-femmes⁷⁵ et auxiliaires médicaux⁷⁶). Le dispositif a été étendu, ultérieurement, à d'autres professions et structures, aux

68 V. par exemple les articles L. 3111-11, L. 3112-2 ou L. 3121-1 du code de la santé publique.

69 V. par exemple le contrat de performance de l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, art. R. 5322-11 du code de la santé publique.

70 Décret n° 60-451 du 12 mai 1960 relatif aux soins médicaux dispensés aux assurés sociaux.

71 *La sécurité sociale, son histoire à travers les textes, Tome III 1945-1981*, Alain Barjot (dir), Comité d'histoire de la sécurité sociale, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 1997.

72 Loi n° 71-525 réformée par la loi n° 75-603 du 10 juillet 1975.

73 Art. L. 162-5 du CSS.

74 Art. L. 162-9 du CSS.

75 Art. L. 162-9 du CSS.

76 Art. L. 162-9, L. 162-12-2 et L. 162-12-9 du CSS.





directeurs de laboratoires de biologie médicale en 1975⁷⁷, aux établissements thermaux en 1996⁷⁸, aux transports sanitaires en 1996⁷⁹, aux centres de santé en 1999⁸⁰, aux pharmaciens d'officine⁸¹.

Depuis la loi du 6 mars 2002⁸², l'UNCAM est habilitée à conclure avec l'Union nationale des professions de santé (UNPS) un « accord-cadre » interprofessionnel⁸³ afin d'organiser les relations entre l'assurance-maladie et les différentes professions de santé exerçant en ville, notamment pour garantir la qualité et la coordination des soins ainsi que pour promouvoir des actions de santé publique. De plus, des « accords conventionnels interprofessionnels » intéressant plusieurs professions de santé peuvent également être conclus, depuis 2004, pour « améliorer l'organisation, la coordination et la continuité des soins ou la prise en charge des patients »⁸⁴. Plus d'une décennie plus tard, il convient de constater que les espoirs placés dans cet étage interprofessionnel des négociations conventionnelles ont été déçus et les résultats très modestes.

Mais le dispositif conventionnel s'est progressivement enrichi d'un troisième étage. Dès la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000⁸⁵, des Accords de bon usage des soins (AcBUS) ont été prévus pour favoriser le bon usage des soins et les bonnes pratiques professionnelles⁸⁶. Ils pouvaient être conclus au niveau national ou régional⁸⁷. Plus fondamentalement, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004⁸⁸ a introduit la possibilité de contrats conclus par les professionnels de santé, à titre individuel, avec l'assurance-maladie. Des contrats de bonnes pratiques⁸⁹ et des contrats de santé publique⁹⁰ ont ainsi été mis en place avant d'être supprimés.

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2008⁹¹ a, enfin, consacré l'existence d'un troisième étage conventionnel au niveau individuel. Elle a créé des contrats d'amélioration des pratiques individuelles (CAPI), susceptibles d'être proposés aux médecins libéraux⁹². Ces contrats doivent être conformes à un contrat type élaboré par l'UNCAM, après avis des organisations syndicales signataires de la convention médicale et de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie

77 Art. L. 162-14 du CSS résultant de l'article 8 de la loi n° 75-603 du 10 juillet 1975 modifiant l'ancien article L. 267 du CSS.

78 Art. L. 162-39 du CSS résultant de l'article 28 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996.

79 Art. L. 322-5-2 du CSS résultant de l'article 33 de la loi n° 96-1160 du 27 décembre 1996.

80 Art. L. 162-32-1 du CSS résultant de l'article 23 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999.

81 Art. L. 162-16-1 du CSS résultant de l'article 39 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999.

82 Loi n° 2002-322 du 6 mars 2002 portant rénovation des rapports conventionnels entre les professions de santé libérales et les organismes d'assurance maladie.

83 Art. L. 162-1-13 du CSS.

84 Il de l'article L. 162-14-1 du CSS résultant de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

85 Loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999.

86 Art. L. 162-12-17 du CSS.

87 La possibilité d'accords régionaux a été supprimée par l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010.

88 Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003.

89 Art. L. 162-12-18 du CSS, désormais abrogé.

90 Art. L. 162-12-20 du CSS, désormais abrogé.

91 Loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007.

92 CE, 7 avril 2011, req. n° 329069.





complémentaire⁹³. Ils permettent de fixer des objectifs de rationalisation des prescriptions médicales, de coordination ou de permanence des soins et de proposer aux praticiens des rémunérations complémentaires en fonction du respect de leurs engagements individuels.

Devant le succès de ces contrats, les organisations médicales, qui étaient initialement hostiles, ont révisé leur position. L'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale a été complété d'un 22° permettant de prévoir par voie conventionnelle une « *rémunération versée en contrepartie du respect d'engagements individualisés* »⁹⁴ et le principe d'une rémunération sur objectifs de santé publique (ROSP), se substituant à celle du CAPI, a été introduit dans la convention médicale signée le 26 juillet 2011.

1.2. Un écheveau contractuel pour les établissements de santé

La tutelle de l'État qui s'exerçait sur les hôpitaux a été contestée de longue date. Des dispositions allégeant cette tutelle ont été prises, notamment dans le cadre de la loi hospitalière du 31 juillet 1991⁹⁵. Les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens⁹⁶ (CPOM), institués par l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée⁹⁷, ont entendu placer sous le signe du contrat les relations entre les agences régionales de l'hospitalisation (ARH) nouvellement créées et les établissements de santé. Cette volonté de substituer une relation contractualisée à une relation d'autorité doit cependant être replacée dans le contexte de l'objectif volontariste de restructuration hospitalière fixé par les pouvoirs publics depuis les années 1980, qui s'exprime notamment par l'édiction de schémas régionaux de prévention, d'organisation des soins ou d'organisation médico-sociale⁹⁸.

De ce fait, sans déroger à la logique contractuelle, les législations n'ont eu de cesse de multiplier les instruments permettant d'imposer une recomposition du tissu hospitalier et de renforcer l'efficacité des établissements. Les agences régionales de santé (ARS) disposent désormais d'une palette étonnante de moyens.

Aux CPOM se sont ajoutés, en 2003, des contrats de bon usage du médicament (CBUM)⁹⁹, en 2007, des plans de redressement financier (PRE ou CREF)¹⁰⁰ conclus par avenant au CPOM par les établissements en grandes difficultés financières, en 2009, des contrats d'amélioration de la qualité et de la coordination des soins (CAQCS)¹⁰¹, en 2010, des contrats d'amélioration de la qualité et de l'organisation

93 Art. L. 162-12-21 du CSS ; V. la décision du 9 mars 2009 de l'UNCAM, JO du 21 avril 2009 et CE, 7 avril 2011, req. n° 329069, B.

94 Art. 53 de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011.

95 Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière.

96 Art. L. 1435-3 et L. 6114-1 du code de la santé publique ; V. également Laurence Braillon, Laurent Peiser, « Les contrats d'objectifs et de moyens des établissements de santé privés : les avatars d'un outil juridique hybride », *Droit social*, n° 6, 2002.

97 Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée.

98 Art. L. 1434-5, L. 1434-7 et L. 1434-12 du code de la santé publique.

99 Art. L. 162-22-7 du CSS résultant de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003.

100 Art. L. 6143-3 du code de la santé publique résultant de la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007.

101 Art. L. 1435-4 du CSP.





des soins (CAQOS)¹⁰² et, en 2015, des contrats d'amélioration des pratiques¹⁰³ et des contrats d'amélioration de la pertinence des soins¹⁰⁴. Cette panoplie pourrait être complétée par le contrat territorial de santé (CTS)¹⁰⁵ susceptible d'être conclu avec les établissements de santé comme avec les autres structures ou professionnels de santé, prévu par le projet de loi relatif à la modernisation du système de santé en cours de discussion.

Ce prurit contractuel affecte également le fonctionnement interne des établissements hospitaliers puisque l'article 48 du même projet pose le principe d'un « *contrat de gouvernance* », devenu à l'Assemblée nationale une « *charte de gouvernance* »¹⁰⁶, conclu entre le directeur de l'établissement et le président de la commission médicale d'établissement (CME). L'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée avait, d'ailleurs, déjà mis en place, en cas de création d'un centre de responsabilité au sein d'un établissement, un contrat signé par le directeur de l'établissement et le responsable du centre¹⁰⁷. Quant aux relations entre les professionnels de santé ou les caisses primaires d'assurance-maladie (CPAM) et les ARS, elles sont également soumises à une multiplication des catégories de contrats.

Cet écheveau contractuel présente le risque évident de recoupements, de divergences et même de contradictions entre les différents contrats conclus par un établissement avec l'ARS. Il complexifie la gestion des établissements en multipliant les objectifs, les indicateurs et les paramètres régissant l'activité des différents services. Ces inquiétudes ont, d'ailleurs, conduit le Gouvernement à proposer dans le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 une première étape de simplification. Son article 49 institue un contrat d'amélioration de la qualité et de l'efficacité des soins (CADES), qui se substitue aux contrats d'amélioration de la qualité et de l'organisation des soins (CAQOS), aux contrats d'amélioration des pratiques et aux contrats d'amélioration de la pertinence des soins.

2. Le développement d'une contractualisation autoritaire ou subordonnée

2.1. L'obligation de conclure un contrat

La forme juridique contractuelle ne s'accompagne pas toujours, dans le champ de la santé, d'une liberté de négociation et de conclusion. La création des agences régionales de l'hospitalisation (ARH), réalisée par ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, a imposé dans chaque région la mise en place d'un groupement d'intérêt public associant l'État et les organismes d'assurance-maladie. La convention constitutive, ainsi imposée aux organismes d'assurance-maladie, devait être conforme à une convention-type établie par l'État.

102 Art. L. 162-30-2 du CSS résultant de l'article 47 de la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010.

103 Art. L. 162-30-3 du CSS résultant de l'article 51 de la loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015.

104 Art. L. 162-30-4 du CSS résultant de l'article 58 de la loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015.

105 Art. 12 bis de la petite loi.

106 Art. 49 de la petite loi.

107 Art. L. 714-26-1 résultant de l'article 9 de l'ordonnance.





Le caractère autoritaire de la contractualisation se retrouve également dans le champ hospitalier. L'article L. 6131-2 du code de la santé publique prévoit que le directeur général de l'ARS « *peut demander à des établissements publics de santé* » de conclure des conventions de coopération, de communautés hospitalières de territoire ou de prendre une délibération tendant à la fusion de plusieurs établissements.

Cette invitation peut cependant s'avérer extrêmement contraignante puisque l'article poursuit en précisant que « *si sa demande n'est pas suivie d'effets, après concertation avec le conseil de surveillance de ces établissements, le directeur général de l'agence régionale de santé peut prendre les mesures appropriées, notamment une diminution des dotations de financement (...) pour que, selon les cas, les établissements concluent une convention de coopération, créent un groupement d'intérêt public ou créent un groupement de coopération sanitaire* ».

La même possibilité est offerte lorsque l'ARS demande la création d'une communauté hospitalière de territoire pour des motifs tenant à la qualité et à la sécurité des soins ou à l'existence d'un déséquilibre financier important¹⁰⁸. Enfin l'article L. 6131-4 du code de la santé publique ajoute que lorsqu'une demande de coopération de l'ARS n'est pas suivie d'effet, le directeur général de l'agence « *peut également prononcer la fusion des établissements publics de santé concernés* ». Autant dire que, dans toutes ces hypothèses, la liberté contractuelle est réduite à sa plus simple expression, celle d'accepter la demande et de signer le contrat...

2.2. La sanction du refus de contractualisation

La contractualisation autoritaire n'est pas absente du droit de la sécurité sociale même si elle emprunte des voies différentes. Ainsi, en cas de progression non justifiée des dépenses de médicaments ou lorsque le taux de prescription des médicaments génériques est inférieur à un taux prévisionnel, l'ARS peut proposer à l'établissement concerné de conclure un contrat d'amélioration de la qualité et de l'organisation des soins (CAQOS). Ce contrat est conforme à un contrat-type et prévoit des objectifs de réduction du taux d'évolution des dépenses de médicaments, de progression du volume de prescription de médicaments génériques et d'amélioration des pratiques hospitalières.

Toutefois, la marge de manœuvre de l'établissement est très réduite. En effet l'article L. 162-30-2 du code de la sécurité sociale précise qu'« *en cas de refus de l'établissement de conclure ce contrat, l'agence régionale de santé lui enjoint de verser à l'organisme local d'assurance-maladie une fraction du montant des dépenses de médicaments* » concernées « *dans la limite de 10 % de ces dépenses* ».

Le régime du contrat d'amélioration des pratiques prévu à l'article L. 162-30-3 du code de la sécurité sociale est tout aussi *engageant* puisqu'en cas de refus de le conclure, « *l'agence régionale de santé peut prononcer, après que l'établissement a été mis en mesure de présenter ses observations, une pénalité financière dans la limite de 1 % des produits reçus par l'établissement de santé de la part des régimes obligatoires d'assurance-maladie au titre du dernier exercice clos* », ce qui peut donc

¹⁰⁸ Art. L. 6131-3 du code de la santé publique.





représenter une sanction financière très lourde. La même menace est applicable en cas de refus de souscrire aux engagements d'un contrat d'amélioration de la pertinence des soins régis par l'article L. 162-30-4 du code de la sécurité sociale.

Un dispositif de pénalisation financière existe également dans le code de la santé publique. L'article L. 6131-5 permet au directeur général de l'ARS de demander à un établissement concerné par une opération de restructuration « *la suppression d'emplois et la révision de son contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens* ». Dans ce cas, il est autorisé à réduire en conséquence le montant de la dotation de financement des missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation (MIGAC), qui sont cruciales pour l'établissement. De plus, si l'état des prévisions de recettes et de dépenses n'est pas modifié par l'établissement, l'ARS est habilité à modifier le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM) et à arrêter l'état des prévisions de recettes et de dépenses qui acquiert alors un caractère limitatif.

Si le contrat offre un visage moderniste de l'exercice du pilotage du système hospitalier par l'État et les agences régionales de santé, il peut néanmoins masquer une prépotence de l'autorité administrative. Cet *imperium* est d'autant plus évident que les directeurs d'établissement sont désormais, dans la plupart des cas, dépendants pour leur nomination, leur évaluation et leur rémunération du directeur général de l'ARS avec laquelle ils sont appelés à contracter...

On peut s'interroger sur la signification réelle de la contractualisation hospitalière. Traduit-elle véritablement un allègement de la tutelle ou s'inscrit-elle dans un processus pluridécennal tendant à une intégration progressive des établissements publics de santé dans des concentrations hospitalières préfigurant peut-être des « *assistances publiques régionales ou infra-régionales* », à l'instar du projet qui avait été envisagé à la fin des années 1980¹⁰⁹ ? L'obligation faite aux établissements publics de santé d'être « *partie à une convention de groupement hospitalier de territoire* » (GHT) par le projet de loi de modernisation de notre système de santé adopté par l'Assemblée nationale en première lecture¹¹⁰ paraît s'inscrire dans cette dynamique.

3. L'expression d'une ambition législative

3.1. La puissance du levier conventionnel

L'instauration des conventions d'exercice professionnel par la loi du 3 juillet 1971¹¹¹ est souvent regardée comme marquant une rupture dans la régulation de la médecine de ville. On peut aussi l'interpréter comme la consécration juridique de la délégation implicite aux syndicats professionnels d'un pouvoir d'organisation du système de santé ambulatoire¹¹². En effet, depuis le conflit séculaire ayant opposé

109 Didier Tabuteau, *Les contes de Ségur, les coulisses de la politique de santé (1988- 2006)*, Ophrys santé, Paris, 2006, p. 304.

110 Art. 27 du texte adopté, n° 505, 14 avril 2015.

111 Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux.

112 V. pour le droit du travail, Alain Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, n° 1, janvier 2003.





l'État et les médecins en raison de la création des officiers de santé en 1793, les pouvoirs publics ont, en France, à la différence des autres pays comparables, renoncé à structurer le système de santé ambulatoire¹¹³.

La création de la sécurité sociale et l'institution d'une démocratie sociale ont conforté cette autarcie de la médecine de ville en confiant aux partenaires sociaux les relations avec les professions de santé libérales. La loi de 1971 est le fruit du compromis de Ville-d'Avray négocié par la Confédération des syndicats médicaux français (CSMF) avec la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) pour échapper à la menace esquissée lors des travaux du 6^{ème} plan d'une réforme de la médecine de ville par l'État. La convention nationale apparaît ainsi comme l'instrument juridique permettant de faire perdurer l'autorégulation de la profession dans le cadre d'un accord avec des caisses de sécurité sociale, également soucieuses de leur autonomie par rapport à l'État.

Le système conventionnel reste marqué par cette ambition législative¹¹⁴ même si les nécessités de la maîtrise des dépenses de santé ont progressivement semblé rogner les compétences de partenaires conventionnels. Juridiquement, l'État paraît rester maître de l'exercice conventionnel puisqu'il lui revient, depuis 1971, d'approuver par arrêté interministériel la convention conclue, ses annexes et ses avenants. Pourtant, cette approbation a été, à l'exception des conventions du 29 mai 1980 créant le secteur 2 à honoraires libres et du 9 mars 1990 gelant l'entrée dans le même secteur 2, largement formelle.

À l'issue de négociations, parfois âpres et tumultueuses, le Gouvernement s'est souvent trouvé contraint d'approuver un texte qui ne prenait pas en compte les priorités de sa politique de santé, voire comportait des stipulations contrecarrant ses projets. Par ailleurs, les négociations conventionnelles ont souvent débouché sur des dispositions qui nécessitaient une habilitation du législateur pour entrer dans le champ conventionnel¹¹⁵. Or, le Parlement a régulièrement fait droit à ces demandes¹¹⁶, soit immédiatement¹¹⁷ soit à l'issue d'une annulation de l'arrêté d'approbation de la convention par le juge administratif¹¹⁸. À l'instar de l'analyse faite par le Conseil d'État dans son étude annuelle 2008 à propos des accords collectifs en droit du travail, la convention médicale a ainsi pu « dicter » le contenu de la loi¹¹⁹.

Les vingt-deux éléments qui ont été introduits par le législateur dans l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale régissant les conventions médicales pour expliciter leur champ d'intervention, alors que l'article L. 262 de l'ancien code de la sécurité sociale issu de la loi de 1971 n'en comportait que deux, témoignent de ces allers et retours incessants entre les partenaires conventionnels et le législateur, au

113 Didier Tabuteau, *Démocratie sanitaire, Les nouveaux défis de la politique de santé*, éd. Odile Jacob, Paris, 2013, p. 74.

114 Didier Tabuteau, « Pouvoirs publics et professions de santé », *Les Tribunes de la santé*, n° 26, 2010.

115 V. par exemple : CE, 17 mars 2014, req. n° 357594 ; CE, Section, 14 avril 1999, req. n° 202605.

116 V. par exemple : CE, 6 mars 1999, req. n° 190528.

117 V. par exemple : CE, 30 avril 1997, req. n° 180299.

118 V. par exemple : CE, Assemblée, 17 décembre 1993, req. n° 137262 ; CE, Section, 14 avril 1999, req. n° 202605 ; CE, 24 octobre 2001, req. n° 228420.

119 Conseil d'État, étude annuelle 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, la documentation Française, Paris, 2008, p. 148.





bénéfice des premiers¹²⁰. Ce n'est qu'à de rares reprises, comme avec l'ouverture de la possibilité de conventions séparées pour les médecins généralistes et pour les médecins spécialistes en 1990¹²¹, que le Gouvernement a proposé au Parlement un changement des règles conventionnelles qui n'était pas souhaité par les principaux protagonistes de la négociation.

Ainsi, les conventions d'exercice professionnel ont largement atteint leurs ambitions législatrices, d'abord par la contrainte exercée sur le Parlement pour élargir leur champ d'application, ensuite par le caractère réglementaire qu'acquière leurs stipulations du fait de l'approbation ministérielle¹²². Les conventions d'exercice professionnel peuvent ainsi régir l'organisation même de la médecine de ville, notamment l'installation des professionnels de santé, comme les droits des assurés sociaux, à commencer par la définition des règles tarifaires.

3.2. Les vellétés régulatrices de l'État

En dépit de la logique d'autonomie du système conventionnel, l'État tente, depuis un quart de siècle, de s'immiscer dans la régulation de la médecine de ville¹²³. Trois motifs principaux l'y ont incité. Tout d'abord la maîtrise des dépenses de santé¹²⁴, devenue un impératif juridique dans le cadre du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) au sein de l'Union économique et monétaire, signé le 2 mars 2012, et de la loi organique du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques¹²⁵, adoptée pour sa mise en œuvre. Ensuite, la forte croissance du nombre de médecins n'appliquant pas les tarifs opposables de la sécurité sociale qui accroît les inégalités d'accès aux soins des assurés sociaux¹²⁶. Enfin, l'apparition de « déserts médicaux », pour reprendre l'expression consacrée, qui pose la question des conditions d'installation des praticiens¹²⁷, sous réserve des pharmaciens d'officine soumis de longue date à une carte pharmaceutique.

Cette velléité interventionniste a été symbolisée par la réforme éphémère de la biologie médicale réalisée par la loi du 31 juillet 1991 portant diverses mesures

120 Denis Piveteau, « Quelques enseignements de la jurisprudence récente sur les conventions entre l'assurance maladie et les professionnels libéraux », *Journal de droit de la santé et de l'assurance-maladie (JDSAM)*, n° 3, 2014.

121 Art. 17-I de la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 ; CC, décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990.

122 Conseil d'État, étude annuelle 2008, *Ibid*, p. 157 ; V. également Xavier Prétot, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée », *Droit social*, n° 9/10, septembre-octobre 1997.

123 Cour des comptes, « Les relations conventionnelles entre l'assurance maladie et les professions libérales de santé », Communication à la commission des affaires sociales du Sénat, juin 2014.

124 CE, 17 novembre 1982, req. n° 27574 ; CE, 30 avril 1997, req. n° 180838 ; CE, 28 juillet 1999, req. n° 202606.

125 Loi organique n° 2012-1171.

126 CE, 30 novembre 2005, req. n° 278291 ; CE, 22 octobre 2014, req. n° 364384 ; V. également Didier Tabuteau, « L'avenir de la médecine libérale et le spectre de Monsieur Bovary », *Droit social*, n° 4, avril 2009 ; Romain Marié, « Dépassements d'honoraires et augmentation de l'offre à tarifs opposables : entre renoncements et timides avancées », *RDSS*, n° 1, janvier-février 2013 ; Pierre-Louis Bras, « La liberté des tarifs médicaux : la victoire des médecins spécialistes », *Les tribunes de la santé*, n° 48, automne 2015.

127 Art. 46 à 48 de la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 de financement de la sécurité sociale pour 2008.





d'ordre social¹²⁸ adoptée, à l'issue de débats houleux¹²⁹. Ce texte a introduit un mécanisme très novateur de régulation de l'activité des laboratoires d'analyses médicales reposant sur la fixation d'une enveloppe globale de dépenses et sa répartition dans un cadre contractuel. Le dispositif maintenait le principe d'une convention d'exercice professionnel conclue entre les syndicats de biologistes et les caisses d'assurance maladie mais ajoutait l'obligation d'un accord annuel tripartite qualifié de « *contrat annuel national d'objectifs quantifiés* » conclu par la CNAMTS et au moins une autre caisse nationale d'assurance-maladie, une ou plusieurs organisations représentatives de la profession et le ministre chargé de la sécurité sociale. Cet accord visait à régir « *l'enveloppe* » de dépenses instituée par la loi. À défaut d'accord tripartite, la régulation était assurée par arrêté interministériel. Le dispositif, adapté aux établissements d'hospitalisation privée à but lucratif par la même loi, s'est appliqué pendant quelques années avant d'être abrogé.

D'autres réformes témoignent de la volonté de l'État de reprendre la main sur la régulation de la médecine de ville. Dès la loi du 24 juillet 1987 relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire¹³⁰, l'extension de la planification sanitaire aux activités de soins et à l'installation des équipements matériels lourds¹³¹ avait ouvert la voie à une intervention des services de l'État dans certains domaines de la médecine ambulatoire. Plus fondamentalement, la création des agences régionales de santé (ARS), chargées « *de réguler, d'orienter et d'organiser, notamment en concertation avec les professionnels de santé, l'offre de services de santé* »¹³², a été interprétée par de nombreuses organisations syndicales de praticiens libéraux comme une immixtion dans le champ conventionnel et une volonté d'« *étatiser* » la médecine, même si les compétences des agences n'affectent pas le système conventionnel¹³³.

L'article 41 du projet de loi de modernisation de notre système de santé¹³⁴, en discussion au Parlement, témoigne de la volonté du Gouvernement de renforcer le rôle de l'État dans le pilotage de la médecine de ville et, partant, du système conventionnel. Cet article prévoit que les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale pourront « *définir conjointement des lignes directrices préalablement aux négociations* » conventionnelles, que l'UNCAM devra prendre en compte. En outre, l'article confie aux ARS un rôle dans la mise en œuvre des conventions d'exercice professionnel, à travers la définition de contrats-types régionaux, respectant des contrats-types nationaux établis par les conventions nationales. Les directeurs généraux des ARS pourront ainsi conclure avec les professionnels de santé des contrats conformes à ces contrats-types régionaux, sous réserve de la signature conjointe d'un représentant des régimes d'assurance-maladie.

128 Loi n° 91-738 ; V. également CC, décision n° 91-296 DC du 29 juillet 1991.

129 Didier Tabuteau, « Les nouveaux mécanismes de maîtrise de l'évolution des dépenses de santé », *Droit social*, n° 11, décembre 1991.

130 Loi n° 87-575, art. 11.

131 Art. L. 6122-1 du code de la santé publique.

132 Art. L. 1431-2 du code de la santé publique résultant de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, dite loi « *HPST* ».

133 Pierre-Louis Bras, « La création des agences régionales de santé : notre système de santé sera-t-il encore mieux gouverné ? », *Droit social*, n° 11, 2009.

134 Texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, n° 505, 14 avril 2015.





Conclusion

La prolifération du procédé contractuel dans le champ de la santé et de l'assurance maladie répond aux soucis de l'acceptabilité de la norme, de la promotion de la responsabilité des acteurs et de l'adaptation de la norme aux circonstances, qui justifiaient, dans l'étude annuelle de 2008 du Conseil d'État, le recours au contrat.

Toutefois, cette évolution met en lumière, sur ce secteur, un « contrat Janus » ayant à la fois le visage du respect par l'État de l'autonomie des partenaires conventionnels et celui d'un pouvoir unilatéral masqué de pilotage du secteur hospitalier. Ce prurit contractuel s'est également accompagné d'une hybridation des formes conventionnelles imposée par les nécessités économiques ou juridiques, comme en témoigne la divisibilité des stipulations des conventions d'exercice professionnel, admise par le Conseil d'État¹³⁵, puis consacrée par le législateur¹³⁶ en 1999.

Les exigences d'une régulation du système de santé englobant le secteur hospitalier et la médecine de ville, comme les impératifs médicaux, sociaux et économiques qui s'y attachent, appellent une transformation profonde des dispositifs à l'œuvre. La réorganisation du pilotage du secteur de la santé ne devrait ainsi pas manquer de reposer la question de la place et des formes du procédé contractuel dans la législation sanitaire et d'assurance maladie. Il faut, à cet égard, garder présent à l'esprit l'avertissement d'Alain Supiot : « *Le phénomène dit de contractualisation ne consiste donc nullement en un reflux de la loi face au contrat ni en un recul du dirigisme face au laissez-faire* »¹³⁷.

Éric Aubry

*Conseiller d'État, conseiller spécial auprès du président du Sénat,
président de la table ronde*

Merci. Ces interventions ont porté sur la meilleure façon d'assurer et d'assumer l'accessibilité de la norme juridique dans le champ social. Il y a, dans cette première table ronde, le sentiment que l'accord collectif permet d'aboutir à un droit plus stable et plus continu. Stabilité et cohérence qui ne seraient pas aussi bien garanties par l'intervention du législateur, sans ce préalable du passage par la négociation entre acteurs sociaux.

135 CE, Section, 14 avril 1999, req. n° 202605.

136 Art. 24 de la loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000.

137 Alain Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, n° 1, janvier 2003.





Échanges avec les participants

Question générale – En réponse à la question « à quoi sert l'accord ? », n'y a-t-il pas deux facteurs importants qui n'ont pas été cités ?

Le premier me semble être ce dont souffre le plus la société française : le corporatisme (cf. les conflits des ouvriers du livres, des aiguilleurs du ciel, des cheminots). Or, l'une des grandes forces de l'accord collectif et des organisations professionnelles, au premier rang desquelles on trouve les organisations syndicales, est d'être un rempart contre le corporatisme, car les confédérations syndicales, quelles qu'elles soient, ont une vision non corporatiste de la société. Il me souvient une conversation avec un ancien secrétaire général de la CGT au sujet d'une grève des aiguilleurs du ciel ; celui-ci était le premier gêné par cette corporation qui appartenait pourtant à la CGT et qui, certes, avait ses propres difficultés, mais était dotée de salaires relativement privilégiés qui ne justifiaient pas une prise en otage du reste de la population. Il me semble donc que ce qui fait la force de la France par rapport à des pays comme l'Allemagne ou les États-Unis, c'est que les confédérations syndicales sont un rempart contre le corporatisme.

Le second aspect que j'ai trouvé quelque peu absent des interventions concerne la sécurité juridique et la stabilité du droit. Je pense que ce dont meurt le droit du travail en France, ce n'est pas de sa complexité mais de son instabilité liée au fait qu'il est totalement politisé. J'ai été directeur des relations du travail pendant huit ans, à travers deux alternances politiques successives, de 1987 à 1995 où j'ai produit deux lois à la demande de cinq ministres successifs ; j'ai également produit deux lois sur tous les sujets du droit du travail : deux lois sur les licenciements individuels, deux lois sur les licenciements collectifs, deux lois sur l'aménagement du temps de travail, deux lois sur l'intérim et le contrat de travail à durée déterminée (CDD), deux lois sur l'intéressement et la participation, etc. Ce qui prouve bien que toute nouvelle majorité, voire tout nouveau Gouvernement, veut réécrire une bonne partie du code du travail. À cet égard, je cite toujours l'exemple suivant qui m'a beaucoup frappé concernant la réglementation sur l'intérim et le CDD. Depuis les premières lois de 1972 et de 1979¹³⁸ il y a eu une très grande instabilité législative en la matière : ordonnances de 1982¹³⁹, loi de 1985¹⁴⁰, ordonnance de 1986¹⁴¹, accord national interprofessionnel de 1990 et loi de 1990¹⁴² qui a repris ledit accord (la loi de

138 Loi n° 72-1 du 3 janvier 1972 sur le travail temporaire et loi n° 79-11 du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée (CDD).

139 Deux ordonnances du 5 février 1982 (n° 82-130 et n° 82-131) ont réglementé le recours au CDD et au travail temporaire.

140 Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social.

141 Ordonnance n° 86-948 du 11 août 1986 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat à durée déterminée, au travail temporaire et au travail à temps partiel.

142 Accord national interprofessionnel (ANI) du 24 mars 1990 relatif aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire, et loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires.





1990 n'ayant pas été modifiée depuis, sauf sur certains points mineurs). Et cela s'est arrêtée en 1990. Il s'agit-là d'une réglementation sur des sujets sensibles du droit du travail (intérim, CDD, nouvelles formes d'emploi, travail précaire) où la législation est stable depuis vingt-cinq ans, ce qui est un record absolu en droit du travail français. C'est la grande force de l'accord collectif qui a une légitimité et une stabilité beaucoup plus grandes que la loi.

Question au professeur Antonmattei – Dans les conditions que vous avez évoquées, et que je partage s'agissant de la mise en œuvre satisfaisante et efficace du changement qui consiste à aller vers une culture de la négociation collective – changement très important qui est probablement devant nous –, n'avez-vous pas oublié un préalable qui serait la remise en ordre des branches ? Parce que si une loi est votée alors que nous sommes encore dans un paysage de sept cents ou huit cents branches, que va-t-il se passer ? Ne va-t-on pas organiser un grand désordre notamment en tentant d'unifier des conventions collectives différentes les unes des autres ?

Et, deuxième question, peut-on dans ce domaine faire confiance à l'État ? C'est un partenaire qui n'est pas apparu dans les interventions. Pourtant, l'État a un rôle important à jouer. Prenons l'exemple des relations entre l'État et le régime d'assurance chômage ; on ne peut pas dire que l'évolution du régime d'assurance chômage depuis ces dernières années est dans la ligne historique que vous avez décrite depuis 2001 (avec tous les textes qui ont suivi). On est aujourd'hui aux prises avec la question des retraites complémentaires qui n'est pas encore complètement traitée. De sorte que si les négociations échouent, on peut se demander s'il n'y aura pas un regard incisif porté sur les partenaires sociaux par l'État. Et étant donné ce qui s'est passé il y a peu de temps en matière d'assurance chômage, on peut se poser des questions. Enfin, que se passerait-il dans le cas sans doute théorique – mais auquel les juristes et les partenaires sociaux doivent penser – où un accord collectif viendrait empiéter sur le premier niveau, c'est-à-dire celui de l'ordre public social ? Est-ce que les clauses seraient déclarées nulles ? Cela est d'autant moins clair que la souveraineté accordée à la négociation collective devrait probablement être respectée. Dès lors, qui serait juge de la légalité de ces clauses ?

Paul-Henri Antonmattei

Je n'oublie pas l'important chantier de la restructuration des branches même si j'ai plutôt privilégié, faute de temps, la promotion de l'accord d'entreprise avec le débat à venir de la primauté de ce dernier. Nul ne contestera l'éparpillement excessif du tissu conventionnel de branche et, partant, la nécessité de rationaliser pour mieux dynamiser la négociation à ce niveau et remplir efficacement les missions rappelées dans mon propos précédent. Il ne faut pas trop se focaliser sur l'objectif de cent branches plusieurs fois annoncé. Procédons par étape, avec la disparition des branches sans activité. Ce ne sera pas très long. On peut comprendre aussi le rattachement des branches couvrant moins de cinq mille salariés à des champs conventionnels plus importants. De même, les fragmentations territoriales, comme celles de la métallurgie, ne sont plus





nécessairement adéquates. On arrive alors, assez vite, à une fourchette de deux cent cinquante à trois cents branches.

Intervient alors le regroupement le plus délicat qui ne peut être fondé que sur une démarche volontaire et cohérente. Des démarches ont déjà commencé ; elles prendront un peu plus de temps.

Quant au rôle de l'Etat, il n'est pas négligeable, sans pour autant être primordial. On attend, certes, que le dispositif législatif de 2014 sur la restructuration des branches soit complété. Mais, ensuite, la balle est dans le camp des acteurs de la négociation de branche. Quant au régime d'assurance chômage, sa spécificité est telle qu'il ne s'inscrit pas dans les évolutions décrites.

Quant à la sécurité juridique des accords collectifs, il y a des progrès à faire sur le terrain de la technique contractuelle. Il suffit d'examiner le contentieux de l'interprétation pour s'en convaincre. Ce sujet sera sans doute abordé lors de deuxième table ronde intitulée « la salle des machines ».

Reste l'empiètement de l'accord sur les dispositions d'ordre public : c'est bien la nullité qui sera retenue, comme c'est aujourd'hui le cas, avec une compétence du juge en cas de litige. Sans rentrer dans une procédure de rescrit, on peut imaginer un appui administratif aux TPE/PME. Mais je crois plus volontiers à un investissement plus fort des avocats dans leur mission de conseil des négociateurs.

Question générale – *Dans les exposés précédents, la place de l'État n'a pas été évoquée, notamment quant à son rôle dans l'extension ou l'élargissement d'un accord collectif. Or, en matière de santé, on est dans une contractualisation à l'initiative de la puissance publique et dans un mode d'organisation avec les organisations professionnelles ; il doit également être noté que si l'on se réfère aux conventions collectives, la possibilité d'extension de l'accord collectif existe dès la loi de 1919¹⁴³. Dans ce contexte, que peut-on dire sur la place et le rôle de l'État dans la négociation collective quotidienne, en dehors de son action législative ?*

Didier-Roland Tabuteau

Dans le champ sanitaire, je n'ai pas de doute que l'on est dans une expansion plus ou moins assumée, plus ou moins expresse et officielle pour des raisons soit de santé publique, soit d'équité des finances sociales. Cet élargissement du rôle de l'État est patent et, d'une certaine manière, la création des lois de financement de la sécurité sociale par la révision constitutionnelle du 22 février 1996 lui a donné une légitimité patente.

143 La loi du 25 mars 1919, complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919 introduit dans le livre 1^{er} du code du travail, tel qu'il avait été codifié en 1910, un chapitre IV bis du titre II « De la convention collective de travail », comprenant les articles 31 à 31v et 31x et 32. Il faudra cependant attendre les grandes grèves du Front populaire et la loi du 24 juin 1936 pour que les conventions collectives puissent être étendues et, surtout, réellement appliquées.





Paul-Henri Antonmattei

On n'a pas oublié l'État en tant que législateur, mais vous parlez de l'État en tant qu'acteur, notamment en matière d'extension de l'accord collectif. Vous mettez en avant un sujet qu'il ne faudra pas oublier dans les mois qui viennent. Il faut le lier à la reconfiguration des branches et à des propositions qui ont été formulées sur les conditions d'application d'un accord collectif de branche. Il n'est pas sûr, toutefois, que l'extension de l'accord collectif survive à une réforme profonde de la négociation collective, ou du moins pas dans les mêmes conditions. Seront aussi évoqués, lors de la deuxième table ronde, les accords à durée déterminée dont la pratique devrait se généraliser. On peut aussi pronostiquer la disparition des négociations obligatoires en cas de généralisation des accords de méthode et des clauses de rendez-vous. Dans ces conditions, il y aura alors un recul de l'État.

Jean-Dominique Simonpoli

La question est importante. On ne pourra pas avoir d'accords collectifs dans les entreprises si l'on met à mal le principe de l'extension, car cela peut fragiliser complètement la négociation collective d'entreprise. Il faut donc conserver l'extension, d'autant plus qu'elle peut profiter à beaucoup d'entreprises où cette négociation collective n'existe pas.

Éric Aubry

*Conseiller d'État, conseiller spécial auprès du président du Sénat,
président de la table ronde*

Pour conclure, je souhaiterais rappeler que notre table ronde avait comme objectif d'ouvrir ce colloque et d'essayer de placer des repères dans le champ compliqué du partage entre la loi et la négociation collective. Le rôle des acteurs entre l'État, les syndicats et le patronat est un jeu compliqué ; parfois même s'agit-il d'un jeu de postures où il est difficile d'harmoniser le discours avec la réalité. La deuxième table ronde va nous faire entrer dans « *la salle des machines* » pour en savoir plus sur la fabrication d'un accord.





Deuxième table ronde

Négociation : la salle des machines

La deuxième table ronde a pour objet d'étudier les modalités de négociation de l'accord collectif.

En s'appuyant sur quelques expériences récentes, les interventions de cette deuxième séance mettent en lumière les acteurs de la négociation collective et leurs stratégies, et fournissent les clés d'une négociation réussie aboutissant à la signature d'un accord ou, au contraire, des raisons de l'échec de certaines négociations.

Sommaire

Présentation des intervenants	49
Actes.....	51







Présentation des intervenants

Président

Jean-Emmanuel Ray

Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à Science Po

Auteur de *Droit du travail, droit vivant* (éd. Wolters Kluwer, 25^{ème} édition, septembre 2016), Jean-Emmanuel Ray assure la chronique « Droit du travail et technologies de l'information et de la communication » pour la revue *Droit social* et, en alternance, « Question de droit social » au journal *Le Monde*.

Intervenants

Laurent Berger

Secrétaire général de la CFDT

Titulaire d'une maîtrise d'histoire, Laurent Berger a été secrétaire général de la Jeunesse ouvrière chrétienne de 1992 à 1994, puis a enseigné l'histoire-géographie avant d'intégrer une association d'insertion. Au sein de cette structure de neuf personnes, il a été délégué du personnel. Permanent à l'Union locale CFDT de Saint-Nazaire à partir de 1996, il est élu en 2003 secrétaire général de l'union régionale CFDT des Pays de la Loire et intègre le bureau national. En juin 2009, il entre à la commission exécutive confédérale. En juin 2010, il est chargé de la rédaction des orientations adoptées au congrès de Tours. Par la suite, il a été le négociateur de la CFDT sur l'assurance chômage et l'emploi des jeunes. Il est élu le 28 novembre 2012 secrétaire général de la CFDT.

Michel Chassang

Président de l'Union nationale des professions libérales

Titulaire d'un doctorat en médecine de la faculté de Toulouse, Michel Chassang exerce comme médecin de famille à Clermont-Ferrand. Son parcours syndical débute en 1986. M. Chassang a notamment présidé le syndicat des médecins du Cantal de 1986 à 2002, l'Union nationale des omnipraticiens français (UNOF) de 1993 à 2002, la Confédération des syndicats médicaux français (CSMF) de 2002 à 2014, et le Centre national des professions de santé (CNPS) de 2007 à 2013, après en avoir été le vice-président de 2002 à 2007. Il est le président de l'Union nationale des professions libérales (UNAPL) depuis 2013. Jusqu'en 2014, il a par ailleurs présidé la Commission paritaire nationale de la convention médicale (CPN) et exercé les fonctions de vice-président de l'Union nationale des professionnels de santé (UNPS). Il a également été membre du Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, de la Commission des comptes de la sécurité sociale, de la Commission des comptes de la santé et du bureau de la Conférence nationale de santé. Depuis 2015, il est membre du Conseil économique, social et environnemental (CESE) au sein duquel il préside le groupe des professions libérales. Il est l'auteur de nombreux articles, tribunes et contributions sur la santé, la protection sociale et





les professions libérales dans la presse générale et la presse spécialisée, et dirige depuis 2013 la publication de *l'Entreprise Libérale*, journal de l'UNAPL.

Jean-François Pilliard

Vice-président du MEDEF en charge du pôle social, délégué général de l'UIMM

Titulaire d'une maîtrise de droit, d'un PhD de l'INSEAD et du diplôme du CFFOP d'études spécialisées en gestion de personnel, Jean-François Pilliard a commencé sa carrière dans le groupe pharmaceutique Roussel-Uclaf, avant de rejoindre, en 1979, l'équipementier Sfena comme directeur des ressources humaines et secrétaire du conseil d'administration. Il rejoint ensuite Ciba France, en 1988, en qualité de directeur des ressources humaines et de la communication. En 1997, il entre chez Schneider Electric S.A. comme directeur général ressources humaines stratégiques et organisation, membre du comité exécutif. M. Pilliard rejoint l'UIMM en 2008. Il est nommé, en 2010, président de la commission Protection sociale du MEDEF dont il est membre du conseil exécutif et du bureau. Il est également membre du Conseil d'orientation des retraites (COR) et du Haut conseil du financement de la protection sociale (HCFi-PS). En 2013, il est nommé vice-président du MEDEF et président du pôle social. Depuis 2014, il est également vice-président du conseil d'administration de l'Unédic et de Pôle emploi et président du comité d'audit et des comptes de Pôle emploi. En mars 2014, il est nommé personnalité associée au Conseil économique, social et environnemental (CESE), section de l'économie et des finances. Promoteur du dialogue social européen, M. Pilliard a été élu en 2010 président du comité exécutif du Patronat européen de la métallurgie (CEEMET) et coprésident du Comité européen de dialogue social. Il est par ailleurs professeur affilié à HEC, et intervenant à l'université Paris II Panthéon-Assas.





Actes – Négociation : la salle des machines

Jean-Emmanuel Ray

*Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po,
président de la table ronde*

Nous allons visiter un lieu bien particulier : la salle des machines où se concocte la négociation. Un endroit qui tranche nettement avec les magnifiques coursives des paquebots et leurs transats avantageusement placés à côté d'une piscine merveilleuse, avec le luxe des cabines de première classe situées sur le troisième pont.

Car la salle des machines est à l'opposé d'un endroit de villégiature ou de repos. Pour les marins, elle est d'abord située sous la ligne de flottaison, sans hublot et invisible de l'extérieur. C'est un lieu bruyant et de forte chaleur, parfois de fureur en cas de problème. Enfin, c'est le lieu où ceux qui y travaillent mettent les mains dans le cambouis.

Les négociateurs mettent leurs mains dans le cambouis pour créer du droit. Un droit que les universitaires et les juges ont souvent regardé de haut ; Jean Carbonnier¹⁴⁴ écrivait qu'en droit du travail coexistent le « *grand droit* » (légal) et le « *petit droit* » (conventionnel) dont on sent bien qu'il doit rester à sa place, forcément mineure.

Notre sujet, la salle des machines, représente l'aspect le moins connu de la négociation. Grâce aux radios ou à la télévision, les négociateurs sont interrogés avant d'y entrer (avec de rudes déclarations comme autant de positions de négociation), puis à sa sortie, souvent au petit matin, pour bien montrer que la bagarre a été dure. Le plus important est ce lieu où tout se passe, d'où rien ne transpirait avant les *textos* et les *tweets*. Les non praticiens connaissent bien l'avant et l'après ; mais ignorent presque tout sur la façon dont on travaille en salle des machines : les bilatérales, les coups de théâtre, les départs impromptus mais parfois programmés, et les très tactiques suspensions de séance.

Le rapport Combrexelle¹⁴⁵ l'a bien montré : ce qui compte dans une négociation est moins le droit que la culture.

Nous pouvons donc nous réjouir d'avoir ici trois officiers-mécaniciens en chef : Laurent Berger, secrétaire général de la CFDT ; Michel Chassang, présent à un double titre : celui de président de la Confédération des syndicats médicaux français, mais aussi de président de l'Union nationale des professions libérales ; Jean-François Pilliard, vice-président du MEDEF, en charge du Pôle social. Nous allons essayer dans nos échanges de rester pragmatiques, car la salle des machines reste un lieu tourné vers l'action.

144 Jean Carbonnier (1908-2003), juriste français, professeur de droit privé, spécialiste de droit civil.

145 J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au Premier ministre, septembre 2015.





Avant d'ouvrir notre séance, je souhaiterais évoquer quatre points.

1. Représentativité et représentation, hier et demain.

Nos enfants n'ont pas le même rapport au collectif que notre génération. Le professeur Antonmattei évoquait les problèmes d'adhésion syndicale. Je ne pense pas que le secrétaire général Berger me contredira : les syndicats ont aujourd'hui un double problème quant aux adhésions.

À la CGT, par exemple, 1 % des adhérents ont moins de vingt-cinq ans, 4 % ont entre vingt-six et trente ans, mais 34 % ont plus de cinquante-cinq ans. D'une part, les jeunes n'ont que les ONG à la bouche, comme si les syndicats n'étaient pas les premières ONG du monde (cf. l'origine de l'OIT en 1919). D'autre part, il existe toute une génération de syndicalistes avec une longue expérience qui connaissent la mécanique, car habitués à faire des compromis – bref, pas dans le contre-modèle « *Tout ou rien, et tout de suite* » –, en train de partir en retraite. Lors de la commission Combrexelle, à laquelle j'ai eu l'honneur d'appartenir, nous avons demandé aux négociateurs rencontrés combien seraient encore là dans cinq ans. La réponse était extrêmement lourde : un tiers, voire la moitié. D'où l'interrogation : y aura-t-il des personnes compétentes pour leur succéder, alors que la négociation, en particulier d'entreprise, monte chaque année davantage en puissance ?

2. De nombreux décideurs ne semblent pas avoir compris que le « logiciel de la négociation » a radicalement changé depuis 1982.

Lorsque j'étais sur les bancs de l'université, l'on apprenait que la négociation sociale était naturellement, structurellement, progressiste : grande illusion des « *Trente glorieuses* » permettant l'acquisition de nouveaux avantages grâce à une croissance économique de 5 % en volume et de 15 % en valeur, avec un partage quantitatif et sans conflit majeur des fruits de la croissance. Ce temps est révolu. Surtout en France, où il est aujourd'hui beaucoup moins valorisant pour un délégué syndical de sortir d'une négociation en disant : « *On a réfléchi à un accord de maintien de l'emploi avec baisse des salaires pour éviter un PSE¹⁴⁶* ». En effet, les modifications ne vont plus seulement dans le sens unique de l'ordre public social d'avant 1982. Elles peuvent aussi être de l'ordre du « *donnant-donnant* », car privilégiant la flexibilité interne plutôt qu'externe : nous sommes ainsi passés d'une négociation d'acquisition à une négociation d'adaptation. Or, la culture des négociateurs et notre droit du travail ont beaucoup de mal à s'adapter à ce nouveau paradigme.

Car cette négociation d'adaptation a parfois des conséquences délétères pour nos syndicats. Certains, refusant de remettre en cause des avantages sociaux (treizième mois, etc.), indiquent que ce n'est pas leur rôle que de signer de tels retours en arrière. Choix évidemment respectable, au nom de la liberté contractuelle. En revanche, le fait que certains syndicats ne signent pas parce qu'ils savent très bien que d'autres vont signer... tout en vilipendant ces « *collaborateurs* » me chagrine.

146 Le Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) est un dispositif légal prévoyant en particulier des solutions de reclassement interne, puis externes pour les salariés licenciés pour motif économique.





Cette partie de mistigri, à la gestuelle bien rodée, oblige les signataires à prendre d'écrasantes responsabilités. En janvier 1914, Péguy¹⁴⁷ écrivait à Halévy¹⁴⁸ : « *Le kantisme a les mains pures, mais il n'a pas de mains* »¹⁴⁹. Il faut réfléchir à cette singulière répartition des rôles. Aujourd'hui, il y a un équilibre à trouver entre ceux qui, dans notre salle des machines, mettent les mains dans le cambouis, et l'avantageuse posture de ceux qui disent « *je ne signerai rien* »... en pensant très fort « *parce d'autres vont signer* ». C'est une question de responsabilité, mais avec des effets très concrets depuis 2008 : en effet, tous les quatre ans les électeurs peuvent sanctionner l'un des camps, et un syndicat tombé à moins de 10 % des suffrages exprimés disparaîtra de la table des négociations.

3. Ma troisième remarque veut battre la coulpe des universitaires, et peut-être même des juges. Universitaires et juges sont en effet des métiers dangereux, car l'on n'y a jamais tort.

Ce qui m'amène à préciser les trois aspects suivants.

D'une part, lorsque les professeurs de droit et les juges administratifs et judiciaires ont à connaître d'un accord collectif, ils sont parfois étonnés que ses rédacteurs aient un niveau en droit médiocre. Or, la négociation n'est pas d'abord une question de droit : le formalisme peut même la tuer en amont, comme le montrent certaines négociations bien françaises où l'essentiel devient le respect pointilleux des règles (convocations, délais, etc.) avec, au bout du chemin, un simple recopiage des règles légales.

D'autre part, lors de la commission Combrexelle, nombre de praticiens se sont tournés vers les universitaires en leur demandant : « *Qu'enseignez-vous aux futurs acteurs de l'entreprise ?* ». Réponse des universitaires : « *La négociation collective* ». Réponse des praticiens : « *Non, le seul droit de la négociation collective* ». Ils ont raison. En effet, nous traitons à 95 % des partenaires obligés, des procédures, de la négociation annuelle obligatoire. Mais, la négociation collective, ce n'est pas d'abord cela. Le droit, c'est la mise en musique du résultat d'une négociation collective. Sans doute quelques universités enseignent au-delà de la technique juridique : c'est heureux car elle n'est pas l'alpha et l'oméga de la négociation collective. Comme le contentieux n'est pas le droit, le droit n'est pas la vie.

Je ne partage donc pas l'avis du professeur Antonmattei, selon lequel il serait opportun de multiplier les conseils juridiques. Commencer par les questions juridiques peut empêcher la négociation d'aboutir. Après un cadrage général sur le périmètre du juridiquement possible, il faut d'abord laisser opérer les partenaires sociaux. Aux juristes ensuite de jouer leur rôle.

Dernier handicap de nombre de juristes : considérer que lorsqu'une négociation échoue, comme ce fut le cas fin janvier 2015 lors de la négociation sur le dialogue social, celle-ci « *n'a servi à rien* », que « *c'est un échec cuisant* ». Vision extrêmement partielle des choses. Certes, en termes de signature, il s'agit d'un échec. Mais ce

147 Charles-Pierre Péguy (1873-1914), écrivain et poète français.

148 Daniel Halévy (1872-1962), historien et essayiste français.

149 Emmanuel Kant (1724-1804), philosophe allemand et grand penseur des Lumières.





n'est pas toujours un échec en termes de déblayage, voire de déminage de sujets sensibles pour une négociation future, pour connaître les positions finales des uns et des autres, ou pour savoir de quoi l'on va continuer à parler. Nous avons une vision binaire de la réalité : une négociation réussit ou échoue. Or, nombre de négociations interprofessionnelles qui ont semblé échouer ont, en réalité, débouché sur un résultat. Ainsi de la loi du 17 août 2015, largement inspirée du dernier état du projet d'ANI, jamais signé, de janvier. Nous sommes souvent victimes de notre culture gauloise fondée sur l'idée que « *quand on est fort on décide, quand on est faible on négocie* ». Cette culture imprègne encore beaucoup de chefs d'entreprises, voire de nombreux décideurs politiques.

4. Le « retrait de la puissance publique » ? Quatre-vingts ans après les accords de Matignon et quarante-sept ans après les accords de Grenelle, cette affirmation prête à sourire.

Pour de nombreuses raisons vernaculaires, l'État reste en France omniprésent ; ne serait-ce que dans la lettre de cadrage donnée aux partenaires sociaux. Et, après la négociation, l'État reprend de nouveau la main à travers les cabinets ministériels pour transposer l'accord interprofessionnel. Remarquons, toutefois, que la négociation collective est porteuse d'une créativité que n'avaient pas eue, ni la puissance publique, ni le législateur. Ainsi, depuis sept ans, le plus grand succès en droit du travail est la rupture conventionnelle homologuée¹⁵⁰. Il y a, aujourd'hui en France, plus trente mille ruptures conventionnelles signées par mois ; soit deux fois plus que de licenciements économiques.

Qui aurait pu prédire qu'en 2015 plus de la moitié des Plans de sauvegarde de l'emploi donnerait lieu à ce type d'accord ? En un mot, les partenaires sociaux ont su trouver des équilibres, même s'ils étaient parfois bancals sur le plan juridique – mais c'est le travail des juristes que de les remettre en forme – et, surtout, faire preuve d'une créativité que n'ont pas eue les cabinets ministériels.

Quelles sont les questions que je poserai aux intervenants ?

Une que je ne leur poserai pas, car elle est très technique : pourquoi l'accord interprofessionnel d'aujourd'hui ne ressemble-t-il pas à celui d'hier ? Celui d'hier était un accord que la direction générale du travail (DGT) étendait ou non ; en tout cas, qui avait sa vie propre. Aujourd'hui, dans la plupart des cas, nous sommes dans ce que l'on appelle la « *négociation légiférante* » : cet accord-chenille n'existe que parce que c'est une pré-loi-papillon.

Avec les trois intervenants, nous avons décidé de faire une table ronde en deux parties : la première portera sur les acteurs et leur stratégie, puis la seconde,

150 La rupture conventionnelle permet à l'employeur et au salarié de convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie (cf. loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail). Elle n'est possible que pour les contrats de travail à durée indéterminée (CDI). La rupture conventionnelle est exclusive du licenciement ou de la démission et ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention et reste soumise aux dispositions impératives fixées par le code du travail destinées à garantir la liberté du consentement des parties. Cette séparation à l'amiable permet au salarié de bénéficier de l'indemnisation chômage.





sans doute plus risquée sur le plan de la méthodologie juridique, essaiera de déterminer s'il est possible de trouver des aspects communs entre les négociations qui réussissent et celles qui échouent.

Laurent Berger

Secrétaire général de la CFDT

Au-delà d'une part de mise en scène, la négociation collective véhicule en France beaucoup de clichés. Ce ne serait pas en soi une difficulté si ce n'était l'opportunité, pour un grand nombre d'acteurs, de jouer sur cette incompréhension de ce qu'est la négociation collective pour ne pas s'y engager pleinement.

Ce dont on souffre, en effet, c'est plus de la conception que l'on a du dialogue social que de la place qu'il occupe et qui mériterait d'être davantage développée. C'est plus précisément la conception du compromis et de sa place, essentielle, dans la démocratie qui pose problème aujourd'hui en France. Je crois que l'on a oublié que le compromis est un élément indispensable dans une société où les intérêts sont, par essence, divergents et qu'il y a besoin de les confronter positivement, dans un cadre démocratique, pour faire émerger un accord. Et ce qui est vrai dans une démocratie – et n'est d'ailleurs pas suffisamment exercé – est aussi vrai pour la négociation collective (autre forme de la démocratie sociale). La négociation collective consiste à reconnaître qu'il existe des intérêts différents entre les représentants des salariés et les représentants des employeurs. Ces intérêts divergents doivent se confronter dans un rapport de force qui s'appelle la négociation collective.

1. Premier tour de table : conception du dialogue social et stratégie

Je partage l'idée, comme le vice-président Pilliard, que la négociation collective est un rapport de force ; mais un rapport de force qui n'est pas un affrontement stérile, et qui doit permettre de faire émerger des compromis. Dire cela peut sembler très basique, mais ce n'est ni plus, ni moins, que ce qu'a mis en exergue le rapport Combrexelle : le problème du dialogue social en France est d'abord lié aux acteurs, à la conception qu'ils ont du dialogue social comme d'une espèce de trahison dès que l'on commence à parler avec des interlocuteurs qui n'ont pas les mêmes intérêts, ou encore à la conception qu'ils ont des rapports de forces qui ordonnent aux forts de s'imposer aux plus faibles – on notera à cet égard que, dans la période actuelle, la force est plutôt du côté des employeurs, vu la montée du chômage et la forte dégradation économique.

Il existe donc, côté patronal, une tentation assez forte de considérer qu'il faut être d'accord avec leurs propositions et se taire. Cela pose un vrai problème ; alors même qu'il n'existe pas d'alternative au développement du dialogue social, parce que l'on n'a rien trouvé de mieux pour faire face à l'ensemble des réalités qui sont les nôtres.

Un autre problème actuel est que beaucoup d'acteurs aimeraient trouver la solution miracle qui s'appliquerait à tout le monde. Mais cela n'existe pas, ou de





moins en moins, dans un monde du travail de plus en plus divers. Certains pensent même, puisque l'on n'a pas de solution miracle, qu'il ne faut surtout pas laisser les acteurs discuter au plus près du terrain, et qu'il est beaucoup plus facile de s'en référer à d'autres instances, c'est-à-dire souvent à la loi, quand bien même celle-ci est imparfaite et ne répond pas à toutes les situations, car quoi qu'il arrive les juges seront là pour trouver une solution.

Ce n'est pas ma conception : ce n'est pas au juge de faire aujourd'hui la loi sur la (nécessaire) régulation sociale. Et c'est une défaillance collective si les acteurs sociaux, c'est-à-dire les employeurs et les salariés, considèrent que ce qui fait leurs relations, et ce qui permet la confrontation de leurs intérêts contradictoires, peut être confié à d'autres sans que chacun ne prenne sa part de responsabilité. Pour la CFDT, une négociation est l'occasion de faire avancer ses propositions et d'obtenir des résultats concrets pour les salariés. La CFDT fera toujours le choix du dialogue, parce qu'elle a la conviction qu'il n'existe pas d'autre voie pour construire le progrès économique et social. Plus qu'une méthode, c'est une conception de la démocratie : la confiance dans l'intelligence collective, dans la capacité des acteurs, malgré leurs divergences légitimes, à prendre les décisions qui les concernent, à trouver des solutions ensemble, sans toujours s'en remettre à l'État.

Ce choix n'est pas la voie de la facilité et demande de la combativité. Parce que la réalité est complexe et, surtout, qu'il n'y a plus de « *grain à moudre* » pour reprendre une formule restée célèbre, la CFDT doit parfois prendre des décisions qui ne vendent pas du rêve et qui ne seront pas immédiatement comprises – voire qui ne seront pleinement bénéfiques qu'à moyen terme –. Elle n'ignore pas qu'il faudra les expliquer en se heurtant aux arguments de ceux qui préfèrent le *statu quo*.

- C'est ce qui s'est passé avec les retraites complémentaires. Je dis souvent que je ne suis pas devenu syndicaliste pour signer ce genre d'accord, mais je suis fier que la CFDT l'ait fait, parce que l'on a pris nos responsabilités de gestionnaire : on a sauvé le système tout en préservant la justice sociale et en protégeant les plus fragiles. Mais, même dans ces situations où les marges de manœuvre sont contraintes, le dialogue social n'a jamais vocation à simplement « *gérer* » une crise ou à « *accompagner* » les décisions inéluctables : il a toujours vocation à transformer la société. Il ne s'agit pas d'un projet spectaculaire, mais plus modestement de poser des jalons qui vont progressivement construire un nouveau modèle social.
- Je pense à l'ANI de 2013 sur la sécurisation de l'emploi¹⁵¹ : c'est un accord qui prépare l'avenir en créant des nouveaux droits, pour permettre aux personnes de construire leurs parcours professionnel et ne pas subir les mutations du travail¹⁵².

151 Les députés ont adopté la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, transposant l'ANI conclu le 11 janvier 2013 par le patronat (MEDEF, UPA, CGPME) et trois organisations syndicales (CFDT, CFE-CGC et CFTC) après des centaines d'heures de débats, plus de cinq mille amendements et de vives tensions entre députés, y compris au sein de la gauche. Le MEDEF a salué « *l'avènement de la flexisécurité à la française* », tandis que le Front de gauche dénonçait un accord « *made in MEDEF* », et que le ministre du travail saluait une réforme dans « *la ligne de ces grands moments qui ont marqué de grands progrès* ». Saisi, le Conseil constitutionnel a validé l'essentiel des mesures prévues (sauf une disposition de la loi relative à la clause de désignation).

152 Fruit d'une négociation au niveau national entre les représentants du patronat et les syndicats





Avant de nous engager dans ces discussions, il y a pour la CFDT des années de réflexions et de construction avec les militants. Ce qui lui a donné la capacité à imposer ce thème à l'agenda social en 2012 ; à entrer dans les négociations avec un mandat clair et à poser ses propositions sur la table. Au final, c'est la fierté de signer un texte qui bénéficie surtout à ceux qui ne sont pas nos mandants : les jeunes, les détenteurs de contrats courts, etc. C'est cela le dialogue social, à mille lieux de l'idée tiède et consensuelle que certains voudraient véhiculer.

Mais un accord n'est pas la victoire d'un camp sur un autre, et il faut arrêter de vouloir chercher les gagnants et les perdants d'une négociation. Derrière la notion de compromis, il y a l'idée que l'on a pris en compte la réalité telle qu'elle est, que l'on a fait l'effort de comprendre les raisons de l'autre camp, mais sans rien lâcher sur ce à quoi l'on croit : la justice et la solidarité.

C'est cela le sens de la signature de la CFDT : trouver l'équilibre global d'un accord, au regard de nos valeurs. Et quand l'équilibre n'est pas trouvé, on ne signe pas. Quand la CFDT s'engage dans une négociation, la signature n'est jamais certaine (sinon il n'existerait pas de rapport de force). En revanche, ce qui est sûr c'est que l'on a une vision du but vers lequel on veut aller, et que l'on a confiance dans nos capacités à peser, à construire du rapport de force et à amener des contrepropositions.

Le professeur Ray a cité les Plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), or personne ne met en avant les progrès liés au fait que, depuis l'accord national interprofessionnel de 2013, ils peuvent faire l'objet de négociation. Bien sûr, il est très difficile de négocier des plans sociaux. Cela ne fait plaisir à personne. Néanmoins, dans une situation difficile, c'est une vraie avancée que la conflictualité s'exerce par la négociation plutôt que par la voie de la contestation. Certes, la contestation est parfois utile mais elle n'a jamais produit de résultats tangibles sur les plans sociaux ; alors qu'avec la négociation on peut peser sur la décision.

Il faut arrêter de croire que la négociation est un acte qui a lieu entre des amis qui se mettraient d'accord.

Au contraire, c'est quelque chose de très difficile, de très rude, avec des bilatérales, des accrochages, des allers-retours, des moments où, une heure avant, l'on ne sait pas si l'on va aboutir parce que la situation est extrêmement tendue, et que tout dépend de la volonté d'aboutir ou pas à un compromis.

Ce qu'a dit le professeur Ray est tout à fait juste : ce dont on souffre souvent c'est du manque de responsabilité des acteurs, qui s'explique notamment par le fait qu'en France on n'a jamais fait la pédagogie nécessaire pour comprendre ce qu'est la négociation collective.

de salariés représentatifs, l'accord national interprofessionnel (ANI) peut ouvrir de nouveaux droits aux salariés et apporter plus de souplesse aux entreprises. Ces textes nationaux sont signés par les deux parties, et font ensuite généralement l'objet d'une loi formalisant les modalités de l'accord obtenu.





La première des exigences c'est, bien sûr, d'avoir un diagnostic partagé, mais également que les acteurs présents autour de la table soient légitimes, y compris au sein de leur propre organisation. Il est, en effet, délicat de négocier avec des personnes dont on sait qu'elles ne pèsent pas dans leur organisation. Une négociation a ceci de particulier qu'il y a toujours un moment où il faut trancher. C'est extrêmement difficile, et c'est pour cela qu'au sortir des négociations beaucoup de négociateurs retournent prendre des instructions auprès de leur organisation. Dans ce contexte, je vous propose de détailler quelles sont, pour la CFDT, les conditions d'une négociation réussie.

2. Les conditions d'une négociation réussie

Avant toute chose, il faut dédramatiser l'échec d'une négociation. L'échec n'est pas tant d'avoir échoué à s'accorder sur un texte final, que d'avoir été incapable de mener une discussion de qualité, de mettre tous les enjeux sur la table et de s'écouter ; tout cela parce que les acteurs sont restés sur des jeux de postures (un problème qui est souvent amplifié par la surmédiatisation de la négociation).

Les conditions pour avoir une négociation de qualité sont les suivantes :

- Partager la même conception du dialogue social (ce qui, par exemple, a fait défaut dans la négociation sur la modernisation du dialogue social).
- Ne pas compromettre l'attitude des acteurs : il faut de l'engagement, de la loyauté, du respect.
- Poser un diagnostic partagé.
- Développer une confrontation positive, malgré des intérêts divergents.
- Rechercher des compromis.
 - Une négociation de qualité est toujours une négociation où les acteurs ont envie de produire des solutions concrètes, de déboucher sur un texte pour régler une situation qui pose problème.
 - La recherche du compromis est l'acceptation de l'imperfection : il ne s'agit pas de chercher à imposer sa solution, mais d'être capable d'entendre les arguments de l'autre et de reconnaître qu'ils sont légitimes (même si on ne les partage pas), de trouver des points de rencontre et de savoir faire des concessions acceptables sans transiger sur ce qui est le plus important.
- Développer une réelle capacité d'engagement : la signature n'est jamais un but en soi, elle doit toujours avoir du sens. La CFDT signe un accord quand elle juge que le texte est conforme à ses valeurs et qu'il est porteur d'un équilibre global.

Si le texte d'un accord est toujours le produit d'un rapport de forces, à la CFDT nous ne cherchons pas à construire ce rapport de force par des postures ou de la surenchère stérile ; ce qui nous intéresse est d'avoir un résultat concret.

Le rapport de force, on le construit en arrivant dans une négociation avec un mandat clair et, surtout, des propositions solides. C'est aussi une façon de prendre la main sur les débats.





C'est ce qui s'est passé dans les négociations sur les retraites complémentaires, qui illustrent la capacité de la CFDT à ne pas subir la négociation ou à savoir réagir aux idées des autres :

- Le patronat était sur une ligne très dure : avec des propositions d'abattement de 30 % et la volonté de repousser l'âge légal de départ à la retraite.
- La CFDT aurait pu choisir de sortir de la discussion au motif que ces propositions étaient inacceptables, ou de signer un texte *a minima* en reportant le problème à plus tard ; mais nous avons choisi d'amener la discussion sur notre terrain en faisant une contreproposition solide, chiffrée, qui alliait justice sociale et stabilité financière.

Ces contrepropositions ont fait bouger les lignes, et nous sommes arrivés à un accord qui nous satisfait, car il est équilibré et sauve pour un temps le système de retraites par répartition tout en préservant la justice sociale.

Concrètement, il faut aussi tenir compte du fait qu'il n'y a pas un, mais des patronats, et de même qu'il y a pas une, mais des organisations syndicales. Il existe également un jeu entre les organisations syndicales, qui profitent des interruptions de séance pour aller savonner la planche de ceux qui sont en train d'essayer de négocier. Cela nécessite pour ces derniers, qui veulent aller jusqu'au bout de la négociation, de se couper du brouhaha ambiant et de se dire qu'ils poursuivent un objectif qui a du sens. Cela ne signifie pas qu'ils ne tiennent pas compte de leur propre organisation et de ce qui peut se dire, mais cela signifie qu'ils assument ce qui se décidera. Je pense qu'il y a là une forme de courage. Les négociations qui ont échoué, comme par exemple celle sur la modernisation du dialogue social, ont notamment achoppé sur le fait qu'il n'y avait pas de diagnostic partagé et aussi que l'ensemble des acteurs ne voulait assumer aucun risque.

Il y a un autre élément que je souhaiterais souligner : je suis toujours surpris quand j'entends des négociateurs se plaindre que l'État prend trop de place. Il faut comprendre que, sur un certain nombre de sujets, on est dans une logique tripartite. Le jour où le Gouvernement se désintéressa d'une négociation sur les plans sociaux ou sur l'avenir de la santé, par exemple, ce sera un vrai problème. Certes, le Gouvernement doit rester à sa place, mais sa place n'est pas d'être absent, car il lui appartient ensuite de concrétiser l'accord par une loi. Bien sûr, il y a des domaines de paritarisme pur qui doivent être respectés – même si je comprends que le Gouvernement peut être intéressé par ce qui s'y produit –, comme il y a aussi des domaines dans lesquels l'État est plus présent.

Enfin, il y a un dernier élément que je souhaiterais mentionner, c'est qu'il ne faut pas essayer à tout prix de faire des textes juridiques, mais qu'il est plus fructueux de s'en tenir aux principes. À partir de là, on peut travailler beaucoup plus utilement. Il faut donc d'abord s'accorder sur les principes, et ensuite demander aux juristes de mettre en forme les accords. Cela évite la remise en cause d'accords, comme ce fut le cas, par exemple, au sujet de l'accord sur l'assurance chômage ; remise en cause qui survient quand on aborde les choses uniquement d'un point de vue technique et que l'on perd le sens politique du dialogue social.





Jean-Emmanuel Ray

*Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po,
président de la table ronde*

Merci beaucoup pour cet éclairage très réaliste des aspects pratiques de la négociation. M. le vice-président Pilliard souhaite commenter vos propos.

Jean-François Pilliard

Vice-président du MEDEF en charge du pôle social

Je souhaiterais partager quelques réflexions sur les relations sociales et la négociation collective. Je vais étayer mon propos grâce à une expérience assez longue qui m'a amené à conduire près de quatre cents négociations, majoritairement en entreprise, au niveau de la branche ou au niveau interprofessionnel. J'ai mené des négociations, non seulement au niveau hexagonal, mais aussi au niveau européen – puisque je préside le dialogue européen de la métallurgie –, et j'ai même mené quelques négociations dans d'autres pays, notamment aux États-Unis, quand j'étais chez *Schneider Electrics*. Tout cela donne de la matière à partager.

Puisque le professeur Ray a introduit le propos, je me sens plus libre de faire une confidence : je n'ai jamais mené une négociation en me posant une question de droit. Je crois d'ailleurs que si je l'avais fait, je n'aurais jamais conduit une négociation à son terme. Dans les responsabilités qui m'ont été confiées, je suis toujours parti de situations très concrètes : les enjeux économiques, les enjeux humains, une question à laquelle il faut apporter une réponse, etc. J'ai toujours essayé, avec les partenaires que j'avais dans la négociation, de trouver des solutions pratiques. Je pense que le droit doit être au service de la recherche de solutions. Il est tout à fait légitime d'avoir des principes et d'encadrer le résultat des négociations, mais je pense qu'aujourd'hui, en France, le droit étouffe les responsabilités individuelles et collectives, et tout particulièrement la responsabilité des acteurs sociaux.

Dans le groupe *Schneider Electrics* où j'étais directeur général des ressources humaines, avant de rejoindre le monde patronal, nous avons réfléchi à ce qu'était la mission d'une entreprise. Après un certain temps, nous étions arrivés à la définition suivante : l'entreprise est un organisme qui doit créer de la richesse, de la valeur ajoutée, pour quatre types de parties prenantes : les actionnaires, parce qu'une entreprise ne peut pas se développer sans avoir un capital stable, les clients, car sans clients une entreprise n'existe pas, les salariés, parce que c'est l'élément déterminant dans la durée de la performance de l'entreprise, et la société civile, parce que je ne connais pas d'entreprise qui soit performante dans la durée si elle n'est pas capable d'apporter des réponses à l'évolution de la société.

À partir de là, on peut réfléchir aux finalités du dialogue social. J'en vois trois.

D'une part, il faut avoir un objectif *pédagogique*. On parle souvent de dialogue social ou de relations sociales, en considérant qu'il s'agit d'une sorte d'exercice académique fait par des spécialistes avec, d'un côté, les représentants des salariés





et, de l'autre, ceux de la direction. Mais je pense que la finalité du dialogue social est avant tout de souder la communauté formée par l'entreprise et les salariés. C'est la capacité à faire comprendre, à chaque homme et à chaque femme qui s'inscrit dans une entreprise, les finalités stratégiques, économiques, sociales et humaines de l'entreprise.

D'autre part, il est nécessaire de créer les conditions d'un *environnement économique et social* qui favorise la croissance et l'emploi, au niveau de l'entreprise et au niveau national.

Enfin, la dernière finalité doit permettre – même si je n'ignore pas que ces termes sont peu appréciés du milieu patronal – la *confrontation et les contre-pouvoirs*. La confrontation à la française est toujours vécue comme un acte dramatique, conflictuel ; mais le progrès, qu'il soit économique, technologique ou social, est toujours né de la confrontation des points de vue. La diversité des points de vue et des acteurs autour de la table est incontestablement une source de progrès. Mais, la culture française est une culture très catégorique : on considère que l'on est les seuls à savoir et qu'il faut donc imposer son point de vue aux autres. Je n'ai jamais abordé une négociation avec cet état d'esprit, j'ai toujours considéré qu'il faut encourager la confrontation, tant que cela reste respectueux d'autrui. À titre d'anecdote, quand j'étais en entreprise – dans le monde institutionnel c'est plus difficile –, j'ai toujours souhaité que ne figurent pas les chevalets qui indiquent à quelle organisation on appartient, je trouve cela terriblement réducteur. On a, en face de soi, des hommes et des femmes qui portent des convictions, des solutions, et il faut chercher une solution ensemble.

À ce stade, permettez-moi d'ajouter quelques éléments de réflexion pour le futur : j'ai été scandalisé, en particulier au moment du conflit d'Air France, non seulement par ce qui s'est passé dans l'entreprise, mais aussi par la récupération politique qui en a été faite par certains acteurs pour expliquer que le dialogue social en France n'existait pas. La réalité est plus complexe. Le dialogue social est très hétérogène aujourd'hui en France : il y a des entreprises où il existe et où il est très fructueux, et d'autres entreprises où il n'existe pas. Nous sommes un pays dans lequel les PME sont majoritaires en termes de structure, même si les effectifs des grandes entreprises sont très importants. Il faut tenir compte de cette hétérogénéité.

Je souhaiterais également évoquer un débat qui est ouvert et qu'il va bien falloir conclure un jour, au sujet de l'équilibre entre la démocratie sociale et la démocratie politique. Si tant est que le terme « *démocratie* » s'applique au social ou à la vie politique...

Car quand tout est encadré, où se situe finalement la démocratie ? Je suis un praticien d'entreprise, et à travers ma longue expérience j'ai l'impression, au fil des années, que l'on nous demande non plus de gérer des personnes ou des situations, mais de gérer des normes ! Pourtant, l'excès de normes – Portalis en parlait déjà au moment de la constitution du code civil¹⁵³ – tue la responsabilité individuelle et la responsabilité collective.

153 Comte Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807), juriste et homme politique, père du code civil, membre de l'Académie française.





Or, je constate qu'aujourd'hui le dialogue social est étouffé par l'excès de normes et par le refus de dire « *qui fait quoi ?* » dans le champ social. Je pense qu'il nous faut trancher cette question.

Ainsi, parmi les préconisations du rapport Combrexelle, je pense en particulier à l'agenda social : je ne connais aucun pays où, comme en France, 90 % de l'agenda social, que ce soit celui de la branche, de l'entreprise ou de l'interprofessionnel, soit encadré par les négociations annuelles !

J'emploie toujours cette comparaison : c'est comme pour le patin à glace, sauf que pour celui-ci la répartition entre les exercices imposés et les exercices libres est assez équilibrée. Tandis qu'en matière de droit social, 90 % de l'exercice est imposé par les textes ; ce qui amène à se livrer à une parodie de négociation sur des sujets qui, en général, ne passionnent pas les acteurs autour de la table et, surtout, ne répondent pas aux préoccupations de l'entreprise dans laquelle se mène la négociation, ou aux préoccupations de la branche, voire de l'interprofessionnel.

Je terminerai mes remarques en disant que la négociation ne se mesure pas au nombre d'accords que l'on signe.

Quand je suis arrivé dans les responsabilités interprofessionnelles, Mme Parisot, alors présidente du MEDEF, m'avait dit qu'il y avait une certaine vigueur dans le dialogue social au niveau interprofessionnel parce que vingt-sept accords avaient été signés. Je lui ai répondu : « *Et alors ? Nous ne sommes pas des chasseurs qui mesurent l'efficacité du dialogue social au nombre de trophées dans la salle !* » La seule question qui vaille d'être posée en matière de dialogue social est la suivante : « *est-ce que les thèmes retenus par les acteurs apportent de la valeur ajoutée à l'entreprise et à la nation – parce que les deux sont indissociables – et que se passe-t-il une fois l'accord signé ?* ».

Or, j'ai constaté que dans un très grand nombre de cas, le négociateur considère qu'une fois qu'il a terminé sa négociation, il peut passer à autre chose.

J'ai coutume de dire que l'on est un pays dans lequel la capacité d'exécution est inversement proportionnelle à notre capacité intellectuelle, sachant que l'on se préoccupe fort peu des questions d'évaluation et d'exécution.

Enfin, je pense que l'on est, aujourd'hui, à un moment clé des choix à faire pour redresser notre pays.

Les voies qui nous sont proposées, en particulier par le rapport Combrexelle, mais aussi par M. Badinter, par l'Institut Montaigne ou par d'autres laboratoires d'idées, montrent que la complexité et l'insécurité du droit du travail tuent en partie la croissance et l'emploi en France, et qu'il est grand temps d'en prendre conscience et de faire preuve de courage entre partenaires sociaux et l'État pour, enfin, opérer les vraies réformes dont notre pays a besoin.





Jean-Emmanuel Ray

*Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po,
président de la table ronde*

Merci. Le président Chassang va nous faire quitter le droit du travail pour un domaine à tous points de vue essentiel, à la fois pour nous, pour la collectivité et sur le plan financier : celui de la santé.

Michel Chassang

Président de l'Union nationale des professions libérales

En tant que médecin libéral, je suis un simple acteur et usager de la vie sociale, mais je reste concerné par les deux sujets. C'est-à-dire, à la fois, par la régulation de la contractualisation collective dans le champ de la santé : ce sont les fameuses conventions médicales évoquées lors de la première table ronde par M. Tabuteau, qui sont des accords passés entre les syndicats représentatifs et les caisses d'assurance maladie ; et par le droit du travail, puisque je représente l'UNAPL, au sein du secteur des professions libérales qualifié jusqu'ici de secteur hors champ – terme horrible pour désigner ce que l'on n'arrive pas à cataloguer – et qui est devenu le champ multi-professionnel restant à construire.

Il y a actuellement trois cent cinquante mille professionnels dans le domaine de la santé qui sont couverts par dix-sept conventions. Mais il existe également, même si l'on en est encore aux balbutiements, des accords interprofessionnels de type ACIP, c'est-à-dire des *accords-cadres* interprofessionnels et des *accords conventionnels* interprofessionnels, ce qui est différent. L'accord conventionnel est un accord à géométrie variable qui n'associe pas l'ensemble des professionnels, contrairement à l'accord-cadre. Les conventions médicales sont relativement récentes, elles datent de 1971. À ce jour, neuf ont été signées. Pour ma part, j'en ai signé trois. La dernière date de 2011. Il faudra négocier la prochaine en 2016.

Je suis également concerné par la contractualisation collective en droit du travail. Les professions libérales interviennent peu dans le cadre des accords nationaux interprofessionnels. Il faudrait certainement revoir ce point, car ce qui est qualifié de « *hors champ* » ou de « *multi-professionnel* » représente tout de même 30 % de l'emploi en France. J'entends par là trois champs qui sont : le champ des professions libérales, le champ de l'agriculture et le champ de l'économie sociale et solidaire. Les salariés de ces trois champs se sentent quelque peu oubliés dans le cadre des accords nationaux interprofessionnels qui sont négociés.

Trop souvent, nous avons l'impression qu'il y a des avancées pour les entreprises de taille conséquente – ce qui est naturel et légitime – en échange d'un certain nombre de contraintes nouvelles (et mal vécues) pour les entreprises de moindre taille. Or, les très petites entreprises sont caractéristiques des professions libérales, qui ont rarement plus de trois salariés. Quelques accords récents l'illustrent : le temps partiel, avec la durée minimale de vingt-quatre heures – nous avons beaucoup bataillé l'an dernier pour essayer de trouver des accords de branche





pour s'y adapter – ; la taxation des contrats courts ; la complémentaire santé, qui existait déjà dans beaucoup de grandes entreprises et qui est en train d'être mise en place avec beaucoup de difficultés dans les très petites entreprises ; etc.

En revanche, nous intervenons beaucoup plus au niveau des branches. Il y a dix-neuf branches professionnelles dans le secteur des professions libérales qui représentent deux millions d'emplois et un million d'emplois salariés. Nous en sommes aux balbutiements au niveau de l'interbranche et de la multibranche – si l'on peut appeler ainsi le multiprofessionnel qui résulte de la loi du 5 mars 2014¹⁵⁴. Nous sommes assez peu concernés par la formalisation au niveau des entreprises car, en raison de la taille modeste de celles-ci, il est difficile d'envisager un accord d'entreprise qui, très souvent, peut se résumer au contrat de travail.

Aussi, je souhaiterais insister sur trois points :

Le premier point concerne l'évolution sociétale qui, aujourd'hui, fait énormément bouger les choses. Cela a pour conséquence que, conjugué à la révolution numérique, l'emploi se résume de moins en moins au statut de salarié. Ainsi existe-t-il actuellement une alternance très forte au cours d'une carrière entre le statut de salarié et celui de travailleur indépendant, en particulier dans le secteur que je représente. Le caractère rectiligne d'une carrière n'est plus vraiment de mise. Nous, professions libérales, sommes donc alternativement d'un côté ou de l'autre de la barrière de la négociation sociale.

Deuxième point : je crois au rôle indispensable des corps intermédiaires. Il n'y a pas de négociation sociale sans corps intermédiaires. Or, les corps intermédiaires que sont les organisations de salariés et les organisations patronales et, dans une moindre mesure, les caisses d'assurance maladie, sont sans cesse décriés et rejetés. Certains en font même un programme électoral !

Dans ce contexte, leur légitimité et la preuve de leur représentativité sont tout à fait indispensables à afficher face à ceux qui n'y croient plus. C'est également une idée répandue dans la population, où les organisations syndicales et patronales font figure d'obstructionnistes systématiques dans une société qui voudrait soit avancer plus vite, soit ne pas avancer du tout. Or, le rôle premier des corps intermédiaires est de contractualiser entre eux, ce qui n'est pas simple. Il faut donc développer une culture du compromis, peu présente en France, pour faire un pas l'un vers l'autre. Force est de constater que la société actuelle est de moins en moins encline à cela.

Troisième et dernier point : je fais partie de ceux qui pensent que l'accord est préférable à la loi, pour plusieurs raisons. D'une part, l'accord est partagé, chacun le faisant sien. D'autre part, l'accord est adapté, car il répond aux spécificités des secteurs et des métiers, ce qui n'est pas le cas de la loi – par exemple, dans la loi sur la croissance et l'activité, il y a un projet de décret concernant les notaires qui comprend plus d'une centaine de pages ! Enfin, l'accord est souple et adaptable dans le temps, et il peut être remis au goût du jour. Je partage ainsi la métaphore

¹⁵⁴ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.





du vice-président Pilliard sur le patinage artistique : oui, les figures imposées sont beaucoup trop prégnantes aujourd'hui et laissent peu de place à la prospective et à l'audace, dont on aurait pourtant grand besoin.

Jean-Emmanuel Ray

*Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po,
président de la table ronde*

Est-il alors possible de trouver des points communs entre une négociation qui a réussi et une négociation qui a échoué ?

Michel Chassang

Président de l'Union nationale des professions libérales

Le moins que l'on puisse dire, c'est que tout cela est perfectible. Je vais donner quelques exemples, en essayant de faire une comparaison entre les deux secteurs que je connais.

Je vais commencer par une comparaison des partenaires présents autour de la table. En droit du travail, de façon classique, il y a les organisations syndicales et les organisations patronales, même si l'État n'est jamais très loin, particulièrement dans les accords interprofessionnels. Dans le champ de la santé, c'est plus complexe. Il y a le conseil de l'UNCAM¹⁵⁵, le directeur général de l'UNCAM, désigné en Conseil des ministres, le Gouvernement et les syndicats professionnels. Les partenaires sociaux qui siègent au conseil de l'UNCAM sont, eux, en deuxième ligne depuis la loi du 13 août 2004¹⁵⁶. Tout ceci est très encadré par le cadrage ministériel et le PLFSS¹⁵⁷, au plan financier, qui définit l'objectif de dépenses alloué à l'ONDAM¹⁵⁸. Là est le fameux « *grain à moudre* », d'ailleurs de moins en moins important. L'accord est approuvé par le ministre, qui peut s'y opposer dans certains cas très limités. La représentativité des partenaires sociaux en droit du travail est déterminée tous les quatre ans par une mesure d'audience, qui repose sur les élections chez les salariés et sur l'adhésion chez les employeurs (avec trois grandes organisations patronales et trois autres moins importantes).

Cette représentativité est mesurée dans quatre secteurs : le commerce, les services, l'industrie et la construction ; avec le fait que la tertiarisation de l'industrie crée une grande porosité entre l'industrie et les services, ce qui obligera à terme à trouver plus de souplesse.

155 L'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) est une nouvelle instance, créée par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, qui regroupe les trois principaux régimes d'assurance maladie : le régime général d'assurance maladie (CNAM-TS), le régime agricole (Mutualité sociale agricole ou MSA) et le Régime social des indépendants (RSI).

156 Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

157 Projet de loi de financement de la sécurité sociale (PLFSS).

158 Créé par les ordonnances de 1996, l'Objectif national des dépenses d'assurances maladie (ONDAM) est fixé chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) et intègre un objectif de dépenses à ne pas dépasser en matière de soins de ville et d'hospitalisation dispensés dans les établissements privés ou publics, mais aussi dans les centres médico-sociaux. Voté par le Parlement, l'ONDAM ne constitue pas un budget, mais plutôt un indicateur de maîtrise des dépenses de santé.





Enfin, il doit être noté qu'il y a, aujourd'hui, dans la négociation, une représentativité insuffisante de la part de certains secteurs. Le domaine de la santé n'échappe pas à ce problème de représentativité : celle-ci est définie tous les cinq ans et précède chaque négociation conventionnelle. Le critère majeur est la mesure d'audience qui repose sur les élections professionnelles. C'est un exercice extrêmement pervers, car c'est le plus hostile au compromis – donc à l'accord – qui remporte généralement l'élection, ce qui fait que, d'élections en élections, ce système joue contre lui-même. Il est donc de plus en plus difficile de trouver une organisation qui accepte de signer quoi que ce soit.

C'est un vrai sujet qui, à mon avis, concernera également à terme les négociations dans le domaine du travail.

Les pouvoirs publics tentent à chaque fois de contourner les obstacles en reconnaissant de nouveaux acteurs, tout en se plaignant d'une balkanisation desdits acteurs. Tout cela crée un système qui, à terme, porte en lui les germes de l'inefficacité. Pour les professions dont les effectifs sont inférieurs à vingt mille personnes, il n'y a pas d'élections ; le système repose sur des adhésions, c'est notamment le cas pour les orthophonistes ou les biologistes. Je note aussi le paradoxe, dans mon secteur, entre le fait qu'une organisation peut être reconnue comme représentative pour le dialogue social (par opposition à ce qui se passe dans le domaine du droit du travail) du fait d'un nombre suffisant d'adhérents, et ne pas l'être au plan de la négociation conventionnelle classique avec les caisses d'assurance maladie du fait d'un nombre de suffrages insuffisants. Le sésame d'entrée est de 10 % de résultats aux élections dans le monde de la santé et de 8 % dans le monde du travail.

À présent, regardons le cheminement du texte.

En droit du travail, le texte est soumis au vote du Parlement, qui fera tout pour... le modifier. Ce qui fragilise ceux qui, en amont, ont accepté cette culture du compromis. Dans le champ de la santé, la convention est publiée au *journal officiel*, mais la tendance au Parlement est de... modifier les règles conventionnelles ou le contenu des conventions qui ont déjà été signées par les partenaires, ce qui n'est pas de nature à solidifier les accords et les acteurs.

Le moins que l'on puisse faire, serait que les acteurs publics respectent les textes signés par les partenaires sociaux. Les conditions de la négociation sont archaïques et, par certains côtés, folkloriques. Sur le plan de la santé, les négociations se font à l'arraché – j'ai connu des négociations qui duraient quarante-huit heures dans la même salle –, avec une omniprésence politique à distance des ministres concernés au plus haut niveau. C'est ce qui fait que ces textes sont, le plus souvent, écrits sur un « *coin de table* » par des personnes qui ne sont pas forcément des juristes avérés ; ce qui évidemment fait la joie du Conseil d'État qui s'amuse à annuler tout ou partie des conventions ! De ce fait, l'instabilité des textes signés par les partenaires dans le domaine de la santé est très importante.

Enfin, ce qui compte le plus est que les acteurs se sentent mobilisés. Faire des négociations qui se limitent à gérer la pénurie pose un certain nombre de





problèmes. Il faut donc qu'il existe un intérêt réciproque des parties à pouvoir négocier quelque chose. Il faut également que la confiance soit retrouvée, et donc que l'accord signé par les partenaires soit respecté à l'extérieur. Surtout, il faut avoir une vision à moyen et à long terme. Or, très souvent, dans le domaine de la santé – et bien que les conventions soient signées pour cinq ans – l'application se limite à la première année ; ensuite, ce qui a été décidé soit n'est pas respecté, soit est renvoyé aux calendes grecques ! La notion de pluriannualité d'un texte est fondamentale si l'on veut construire quelque chose de stable et d'évolutif.

Jean-Emmanuel Ray

*Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po,
président de la table ronde*

Merci pour ces propos concrets. M. le vice-président Pilliard, au regard de votre longue expérience, quelles sont les clés pour mener à bien une négociation ?

Jean-François Pilliard

Vice-président du MEDEF en charge du pôle social

En remarques liminaires, je souhaiterais faire quelques considérations générales avant de développer les différentes phases de la négociation que sont la *préparation*, le *déroulement* de la négociation et la phase *d'application* de l'accord.

D'abord, je ne sais pas répondre à la question de l'échec ou de la réussite d'une négociation. Je connais des situations où des accords n'ont rien donné, car ils n'ont pas été mis en œuvre. Je ne considère donc pas que l'obtention d'un accord soit significatif de la réussite. *A contrario*, je connais des situations d'échec où l'on a eu raison de ne pas signer des accords qui auraient mené à des situations d'inefficacité, en particulier pour les entreprises. On ne peut donc pas dire que l'on réussit parce que l'on a signé un accord, ou que l'on a échoué parce que l'on n'a pas signé d'accord.

Ensuite, je rappellerai que l'environnement dans lequel sont placés les négociateurs aujourd'hui est, notamment depuis 2008, extrêmement difficile, autant pour les salariés que pour les chefs d'entreprise. La période des Trente glorieuses est loin derrière nous, et nous sommes entrés depuis lors dans une période que j'appelle de *transformation permanente* car l'environnement de l'entreprise change extrêmement rapidement. La vitesse est devenue un enjeu stratégique pour la vie des entreprises. Surtout, les changements sont profonds et imprévisibles.

Enfin, il y a l'action délétère de la « *médiacratie* », c'est-à-dire le poids de l'environnement médiatique qui amène à ce que j'appelle « *l'effet Popeye* » dans les déclarations aux médias. Auparavant, les anciens comme moi ne négociaient pas par médias interposés ; aujourd'hui, chacun se croit tenu de montrer au début de la négociation la taille de sa musculature pour indiquer ce qu'il ne va surtout pas faire, mais qu'en général il finit cependant par faire au sortir de la négociation... Je pense que cet environnement médiatique, que l'on pourrait utiliser à notre





avantage, aboutit parfois à des mises en scène qui sont tout à fait opposées à l'objet même de la négociation. Car la négociation est un acte d'humilité ; un acte où l'on doit en partie s'asseoir sur son amour-propre et sur ses certitudes pour écouter les autres et essayer de trouver la voie de l'équilibre.

Venons-en maintenant à l'analyse des différentes phases de la négociation et de l'application de l'accord. Tout au long de ma carrière professionnelle en entreprise, puis en organisation professionnelle d'employeurs, j'ai été amené à conduire directement ou à superviser environ quatre cents négociations, d'abord au niveau de l'entreprise puis au niveau de la branche et de l'interprofession.

Au cours de ces quarante dernières années, même si l'objet de la négociation a évolué, en passant de l'octroi exclusif aux salariés d'avantages supplémentaires à ceux accordés par la loi, à la mise en place d'outils, souvent dérogoires aux dispositions plus favorables de la loi, pour faire face à des situations de crise, il n'en reste pas moins que sa réussite obéit aux mêmes exigences : une préparation minutieuse ; un encadrement de son déroulement ; et un accompagnement de l'application des textes qui en sont issus.

En effet, la réussite d'une négociation ne se mesure pas uniquement à la conclusion d'un accord. Il est même des cas où l'échec est salutaire. Dans l'hypothèse où les discussions ont abouti à un accord, encore faut-il ensuite s'assurer de la bonne application de celui-ci, car sinon la négociation ne pourra pas réellement être considérée comme ayant été utile et efficace.

1. La préparation de la négociation

Cette préparation passe par une rencontre individuelle des acteurs, afin de mieux se connaître et de s'assurer que, préalablement à l'engagement des débats en séance plénière, la délégation de chacune des parties qui prend place autour de la table souhaite trouver un compromis. La négociation suppose en effet une *relation de confiance* entre chacun des négociateurs qui ne peut s'instaurer qu'en passant par cette étape. Elle est un acte d'humilité pour trouver la voie de l'équilibre.

Cette rencontre préalable permet d'identifier les points sur lesquels un consensus est possible, ainsi que d'arrêter les informations et les moyens nécessaires à chacun pour tenter d'aboutir à un accord.

1.1. L'identification des points sur lesquels un consensus est possible

Il convient, lors de la préparation, d'identifier rapidement les points sur lesquels un accord peut être envisagé, afin d'écartier ceux sur lesquels il apparaît qu'aucun consensus n'est possible. Nous ne nous serions pas, à l'UIMM¹⁵⁹, fin 2011, lancé dans un long processus de négociation, qui a échoué, sur les conditions de travail et la pénibilité au travail si nous avions, lors de la préparation de la négociation, identifié clairement que l'institution d'un régime de réparation, sur lequel la partie patronale ne pouvait pas s'engager, était à l'époque un point incontournable pour toutes les organisations syndicales.

159 L'Union des industries et métiers de la métallurgie (UIMM).





Les acteurs de la négociation doivent avoir suffisamment de marge de manœuvre pour ne retenir que les points sur lesquels ce consensus peut être trouvé. Or, les thèmes de négociation sont largement imposés par le législateur, tant au niveau des entreprises que des branches. Cette contrainte ne permet pas toujours de franchir sereinement cette première étape. Il en est de même au niveau interprofessionnel. Le contenu trop précis des lettres de cadrage adressées par les pouvoirs publics aux partenaires sociaux dans le cadre des thèmes de négociations visées par l'article 1 du code du travail ne permet pas aux parties à la négociation d'en arrêter librement le contenu.

À titre d'exemple, l'obligation, lors de la négociation annuelle sur les salaires minimums dans les branches, de « *prendre en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ainsi que les mesures permettant de l'atteindre* » combinée avec celle de « *définir et de programmer les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre ces mêmes femmes et hommes* » laissent tous les négociateurs désemparés. Aucune branche professionnelle n'arrive à remplir correctement ces obligations, et le ministère du travail les rappelle régulièrement à l'ordre.

Il en est de même de l'obligation de négocier, tous les ans, sur l'égalité professionnelle dans les entreprises dans l'hypothèse où aucun accord n'a été trouvé, quelle que soit leur situation à l'égard de cette question.

De même, le document d'orientation adressé par les pouvoirs publics aux partenaires sociaux, préalablement à l'ouverture de la négociation sur la modernisation du dialogue social, leur enjoignait d'aborder un tel nombre de sujets dans un laps de temps très court, qu'il contenait à l'évidence des points sur lesquels aucun accord ne pouvait être trouvé aussi rapidement. Or, les partenaires sociaux n'ont pas osé se positionner clairement d'emblée sur les thèmes de négociation proposés par les pouvoirs publics pour déterminer les chances d'aboutir à un consensus, ce qui aurait pourtant permis d'éviter de s'enliser dans le processus de négociation.

De plus, dans le cadre de ces négociations interprofessionnelles, la pression constante du pouvoir exécutif sur l'obtention d'un résultat rapide, ainsi qu'une très grande médiatisation de la négociation qui conduit à des mises en scène, ne facilitent pas la sérénité des échanges.

1.2. La fixation des informations nécessaires à chacune des parties

Une fois le thème de la négociation cerné, il convient de fixer les informations qui doivent être délivrées, afin que chacune des parties ait la même connaissance du sujet. Même si le code du travail prévoit le contenu des informations qui doivent être préalablement fournies pour certaines négociations, telles celles sur les salaires, il est nécessaire de s'assurer que ces informations sont suffisantes, que le délai dans lequel elles sont délivrées permet à chacun de se les approprier et qu'elles sont comprises.

À ce stade, des groupes de travail réunissant représentants des employeurs et représentants des salariés doivent être constitués, si nécessaire, pour permettre





des échanges informels permettant à chacun de s'approprier techniquement le sujet de la négociation et de déterminer sa marge de manœuvre.

Compte tenu de la connaissance de chacun des membres de ces groupes de travail et de leur demande d'informations, des rencontres bilatérales entre représentants des employeurs et représentants des salariés doivent pouvoir être prévues sans que celles-ci ne soient considérées comme portant atteinte à la loyauté de la négociation.

Ces échanges d'information permettent de savoir si les parties sont *a minima* capables de poser un diagnostic commun.

1.3. Les moyens nécessaires

Ce temps de préparation sera aussi le moment au cours duquel devront être évoqués les moyens nécessaires pour mener à bien la négociation, notamment en ce qui concerne le temps et les compétences nécessaires (documentation, experts extérieurs, etc.) pour aboutir à un texte juridique suffisamment simple et clair pour être compris par ceux à qui il va s'appliquer.

Un groupe de rédaction, composé de représentants des salariés et des employeurs, pourra être mis en place pour finaliser le texte de l'accord une fois que les grands principes politiques auront été arrêtés, afin de répondre à la critique selon laquelle les textes sont rédigés exclusivement par la partie employeur. Il est, en effet, lors d'une négociation, essentiel dans un premier temps d'arrêter les grands principes avant de passer à leur mise en forme juridique.

Cette phase doit être assez rapide.

En entreprise, j'ai connu des négociations pour lesquelles la phase de préparation ne me prenait pas plus d'une heure.

2. Le déroulement de la négociation

Les derniers rapports sur la négociation collective préconisent de conclure des accords de méthode pour encadrer le déroulement de la négociation.

La conclusion d'un accord avant l'accord nous semble relever d'un trop grand formalisme. En effet, il y a fort à craindre que, dans ce cadre, s'engage une négociation sur la négociation qui risque de retarder le début de celle-ci, voire de la bloquer, et même de remettre en cause sa validité si, dans le feu l'action, l'accord de méthode n'a pas été respecté à la lettre.

J'ai assisté à l'enlisement d'une négociation pour laquelle les parties n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur l'indemnisation du... temps passé à préparer et à mener la négociation.

En revanche, il est impossible en séance plénière de faire l'économie d'une première réunion, avant d'aborder le fond des sujets, au cours de laquelle devront être arrêtés les points listés ci-dessous.





2.1. Le calendrier des différentes séances de négociation

Il est nécessaire que, dès le début, la date d'échéance de la négociation soit arrêtée pour lui donner une certaine dynamique.

2.2. L'ordre du jour de chacune des séances

Cet ordre du jour est facile à arrêter si les points sur lesquels la négociation va porter ont été clairement délimités lors des travaux préparatoires.

2.3. La durée approximative de chaque séance

Cette durée inclut les interruptions de séances, avec engagement de ne la dépasser que dans un laps de temps raisonnable. Par exemple, lors de la négociation sur la formation professionnelle, la dernière séance de négociation a duré plus de vingt-quatre heures.

Toutefois, le fait que les séances de négociation durent longtemps n'est pas garant de leur efficacité. À l'UIMM, nous avons pris pour habitude de ne pas tenir de séance de négociation d'une durée supérieure à une demi-journée.

2.4. La liste des documents

Il est nécessaire de préciser quels sont les documents qui seront remis pour préparer chaque séance et le délai préalable dans lequel ils seront remis, y compris les projets de texte. Ce délai devra impérativement être respecté.

2.5. Le mode de mise à disposition de ces documents

Cet aspect doit aussi être traité. Leur mode de mise à disposition doit garantir que chaque partie à la négociation dispose de tous les documents au même moment.

2.6. Le lieu de la négociation

Le fait que la négociation se déroule dans les locaux de la partie employeur est aujourd'hui en débat, car ce lieu serait considéré comme étant de nature à nuire à la loyauté de la négociation.

Il s'agit d'un faux débat. J'ai négocié dans les endroits les plus divers au cours de ma carrière. J'ai même terminé une négociation dans les sanitaires. Aussi, Je peux vous assurer que ce n'est pas le lieu même qui est de nature à porter atteinte à la loyauté de la négociation, mais le *degré d'information* dont bénéficie chaque partie. C'est pour cette raison qu'un travail minutieux de préparation de la négociation est indispensable, afin de s'assurer que chaque partie autour de la table dispose de tous les éléments pour comprendre les conséquences de ce qui est proposé au cours de la négociation et se déterminer en connaissance de cause sur les grands principes.

2.7. La forme du document final

Il s'agit de déterminer si le document final sera un accord collectif ou une position commune.





Lorsque la négociation se déroule dans le cadre de l'article 1 du code du travail, qui suppose une intervention du législateur pour rendre effective les mesures adoptées par les partenaires sociaux non conformes à la législation en vigueur, le document final ne devrait pas prendre la forme d'un accord collectif, afin d'éviter un conflit avec la loi qui sera adoptée ultérieurement si celle-ci n'est pas exactement identique au texte des partenaires sociaux.

2.8. La durée de l'accord

Tout accord collectif comporte aujourd'hui nécessairement sa durée, puisque la loi l'impose. Toutefois, cette question de la durée de l'accord doit, si la forme du document final est un accord collectif, prendre plus de place dans les discussions qu'elle n'en a aujourd'hui. Un accord à durée déterminée, à condition que la règle prévoyant sa transformation automatique en accord à durée indéterminée soit supprimée, semble présenter plus de souplesse qu'un accord à durée indéterminée pour l'actualiser régulièrement. Tous ces aspects doivent être traités avec le souci d'éviter les pertes de temps pendant la durée de la négociation, car il en va de la crédibilité des partenaires sociaux.

3. L'application de l'accord

Une fois l'accord conclu, les partenaires sociaux ne doivent pas s'en désintéresser. Ils doivent garantir sa bonne application par une large diffusion de celui-ci, un suivi de ses effets et un mode de règlement de ses difficultés d'application.

3.1. La diffusion de l'accord

Une large diffusion de l'accord doit être assurée après son entrée en vigueur, afin que ceux à qui il s'applique puissent se l'approprier. Cette diffusion doit s'accompagner d'une présentation synthétique de son contenu qui pourrait être commune à tous les signataires. Nous constatons chaque jour, à l'UIMM, que les accords, notamment sur le temps de travail, conclus depuis plusieurs années, ne sont pas connus des chefs d'entreprise, alors qu'ils leur apportent les solutions d'aménagement d'horaires qu'ils recherchent.

Les partenaires sociaux doivent assurer le « *service après-vente* » de l'accord, afin que la négociation soit perçue comme un outil efficace de cohésion sociale et d'adaptation de l'économique et du social, et non comme une obligation plus ou moins formelle.

3.2. Le suivi de l'application de l'accord

Chaque accord doit contenir des dispositions pour assurer son suivi, afin qu'une révision de celui-ci s'engage, de façon rapide, dès que certaines de ses dispositions n'apparaissent plus adaptées. À cet égard, les règles de révision des accords devraient être modifiées pour que celles-ci puissent être menées par les titulaires du droit de négocier, quels qu'ils soient (syndicats représentatifs, élus, salariés mandatés) au moment où la révision s'avère nécessaire, et non plus, comme actuellement, par les seuls signataires de l'accord qui peuvent avoir disparu.





Si la révision n'est pas possible, l'accord, inadapté s'il est à durée indéterminée, devra être dénoncé. Au même titre que les règles de révision, les règles de dénonciation devraient être revues. La capacité de dénoncer l'accord doit être étendue à tous les titulaires du pouvoir de négocier, sans avoir à attendre, comme aujourd'hui, que l'un des signataires ait perdu sa représentativité.

De plus, il convient de s'interroger sur la règle selon laquelle l'accord dénoncé ou mis en cause à la suite d'un changement d'employeur doit continuer à être appliqué pendant un an à l'expiration du délai de préavis de cette dénonciation ou de cette mise en cause ; de même que sur celle qui prévoit le maintien des avantages individuels acquis si l'accord dénoncé ou mis en cause n'est pas remplacé par un nouvel accord. Ces règles, en leur état actuel, ne sont pas de nature à permettre l'adaptation rapide des entreprises aux changements profonds auxquels elles sont confrontées.

3.3. Le règlement des litiges nés de l'application de l'accord

La question de l'interprétation de l'accord par le juge est source d'une grande insécurité juridique. Les récents contentieux sur les avantages catégoriels et sur la validité du régime de forfaits en jours sur l'année au regard des modalités de contrôle du respect des durées minimales de repos et, par voie de conséquences, des durées maximales de travail, en sont une illustration.

Il semble indispensable que, pour des questions qui ont de telles conséquences, les parties à l'accord en soient saisies préalablement, afin qu'elles puissent au moins en discuter et, si elles arrivent à se mettre d'accord, faire valoir leur interprétation commune. Tout accord devrait à l'avenir comporter des modalités d'interprétation par ceux qui ont le pouvoir de le réviser ou de le dénoncer. Les parties en conflit seraient contraintes de saisir une commission paritaire d'interprétation instituée par l'accord avant de saisir le juge. L'interprétation commune des membres de la commission aurait valeur d'avenant à l'accord et s'imposerait au juge.

En conclusion, il est nécessaire de rappeler que la négociation tient à la fois du rationnel, de l'émotionnel et de l'affectif. Le respect de l'autre doit être sans cesse présent à l'esprit des négociateurs. Confiance, égalité des moyens, loyauté et bonne foi sont des qualités qui doivent impérativement être réunies pour qu'une négociation réussisse. Toutefois, elles ne suffiront pas si les parties ne sont pas convaincues que la négociation collective demeure la meilleure voie pour résoudre leurs difficultés.

Jean-Emmanuel Ray

*Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à Sciences Po,
président de la table ronde*

Merci à aux intervenants pour leur éclairage précieux et ces informations pragmatiques. Je vous propose de clore cette table ronde, en remerciant le Conseil d'État d'avoir organisé cette séance sur un sujet d'avenir.







Troisième table ronde

De l'accord à la norme

La troisième table ronde analyse le passage de l'accord à la norme, c'est-à-dire de l'aboutissement de la négociation par la signature d'un accord à sa reconnaissance par un texte législatif ou réglementaire.

Elle s'intéresse au rôle de l'État, de sa place en amont de la négociation collective à son intervention en aval, pour donner sa pleine portée juridique à l'accord que ce soit en procédant à son extension ou à son agrément ou bien en en reprenant les dispositions dans une loi.

Sommaire

Présentation des intervenants	77
Actes.....	79
Échanges avec les participants	99







Présentation des intervenants

Présidente

Pascale Fombeur

Présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d'État

Diplômée de Sciences Po Paris, ancienne élève de l'ENA, Pascale Fombeur intègre le Conseil d'État en 1994 au sein de la section du contentieux, puis de la section sociale. Elle y exerce ensuite les fonctions de coresponsable du centre de documentation en 1998 et 1999, de commissaire du Gouvernement auprès de la 1^{ère} sous-section du contentieux de 2000 à 2003 et de secrétaire générale adjointe, chargée de la gestion des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, de 2003 à 2007. En 2007, elle devient directrice des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice. Réintégrant le Conseil d'État en 2010, elle y est nommée présidente de la 1^{ère} sous-section du contentieux en 2013. Elle est par ailleurs membre du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine.

Intervenants

Thomas Fatome

Directeur de la sécurité sociale

Ancien élève d'HEC (1996) et de l'ENA (2000), Thomas Fatome a été, de 2003 à 2005, conseiller technique pour le financement et la synthèse des comptes au cabinet du ministre de la santé et de la protection sociale, puis conseiller technique chargé du financement et de la synthèse des comptes de la sécurité sociale et de la réforme de l'assurance maladie au cabinet du ministre de la santé et de la protection sociale, puis du ministre des solidarités, de la santé et de la famille. Nommé directeur de cabinet du directeur général de la CNAMTS en 2005, il est devenu en 2008 directeur du cabinet du secrétaire d'État chargé de l'emploi, directeur adjoint du cabinet de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi. Il a, par la suite, exercé les fonctions de chef de service adjoint au directeur de la sécurité sociale (2009-2010), avant d'être nommé conseiller santé, dépendance et politiques sociales à la présidence de la République en novembre 2010. Il est le directeur de la sécurité sociale depuis février 2012.

Stéphane Lardy

Secrétaire confédéral de Force ouvrière

Titulaire d'une maîtrise en sciences politiques et en droit social, docteur en sociologie, Stéphane Lardy a été élu en juin 2007 secrétaire confédéral en charge des secteurs de l'emploi, de l'assurance chômage et de la formation professionnelle au sein de la CGT-FO. Il est également membre du Conseil d'administration de Pôle emploi et du bureau de l'Unedic¹⁶⁰. Il siège en outre au Conseil économique,

¹⁶⁰ Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce.





social et environnemental (section économie et finances), au Conseil d'orientation pour l'emploi et au Conseil national de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles. Il a notamment mené des négociations, en tant que responsable de la délégation Force ouvrière, sur le marché du travail (2008 et 2013), sur l'assurance chômage (2009, 2011 et 2014) et sur la formation professionnelle (2009 et 2013).

Raymond Soubie

Président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF

Raymond Soubie a été l'un des principaux conseillers du Président de la République de 2007 à 2010. Diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'ENA, il a occupé les fonctions de directeur adjoint du cabinet du ministre des affaires sociales de 1969 à 1972, puis de conseiller pour les affaires sociales et culturelles auprès des Premiers ministres de 1974 à 1981. Il a ensuite été directeur général du groupe Liaisons et des publications *Liaisons sociales* de 1982 à 1991, et président-fondateur du cabinet de conseil en ressources humaines Altedia de 1992 à 2007. En 2010 et 2011, il a fondé le groupe Arfilia qui rassemble des sociétés d'information spécialisée (AEF), de conseil (Alixio et Taddeo) et de services aux entreprises (Missionero Group en co-contrôle).





Actes – De l'accord à la norme

Pascale Fombeur

*Présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d'État,
présidente de la table ronde*

J'ai le grand plaisir d'introduire cette troisième table ronde consacrée au passage de l'accord à la norme. En guise d'introduction, si l'on tente de se livrer à une petite typologie en la matière, il me semble que l'on peut distinguer trois niveaux de façon assez schématique.

Le premier niveau est celui de l'accord qui est déjà, en lui-même, une norme. Le deuxième niveau est celui de la nécessaire intervention de l'autorité administrative pour renforcer les effets normatifs de l'accord ou lui conférer de tels effets. Au troisième et dernier niveau, qui se développe de plus en plus, l'intervention du législateur est nécessaire parce que les partenaires sociaux souhaitent pouvoir sortir du cadre existant.

1. L'accord en lui-même est déjà une norme

1.1. Le droit commun des conventions collectives

Analyser le passage de l'accord à la norme amène à penser, en premier lieu, au droit commun des conventions collectives de travail. En effet, depuis la loi du 25 mars 1919, l'accord est, par lui-même, une norme pour les employeurs membres d'une organisation signataire et leurs salariés. La loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail prévoit ainsi que la convention collective lie les employés et les employeurs membres d'un groupement signataire, sauf à en démissionner¹⁶¹.

Aujourd'hui, ce type de convention collective classique a une portée normative limitée aux employeurs membres d'une organisation signataires et à tous leurs salariés, mais elle n'en est pas moins une norme pour eux. En principe, s'applique le principe de faveur selon lequel « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* » (art. L. 2251-1 du code du travail).

1.2. Les accords d'une nature particulière du fait de la qualité d'un de leurs signataires

Dans certains domaines, la qualité de l'un des signataires de l'accord, autorité administrative partie à la négociation, fait que cet accord peut être une norme

¹⁶¹ La loi du 25 mars 1919, complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919, introduit dans le livre 1^{er} du code du travail, tel qu'il avait été codifié en 1910, un chapitre IV bis du titre II « *De la convention collective de travail* », comprenant les articles 31 à 31v et 31x et 32.





par lui-même. C'est, par exemple, le cas dans les relations avec les industriels du secteur de la santé. Le prix des médicaments ou des dispositifs médicaux est fixé par des conventions conclues entre le Comité économique des produits de santé (CEPS) et l'entreprise qui exploite le médicament ou bien le fabricant du dispositif, voire une organisation regroupant les fabricants, et à défaut seulement par acte unilatéral du CEPS. L'accord est alors un acte réglementaire, au même titre que l'acte unilatéral (art. L. 162-16-4 et L. 165-2 du code de la sécurité sociale).

Ainsi a-t-on, au travers de ces deux situations, des cas très variés dans lesquels la convention est par elle-même un acte réglementaire, c'est-à-dire une norme qui s'impose aux tiers (CE, 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*, req. n° 257698).

2. L'intervention de l'autorité administrative

Le deuxième niveau correspond à l'hypothèse dans laquelle l'intervention *a posteriori* de l'autorité administrative est nécessaire, soit pour renforcer les effets normatifs de l'accord, soit, plus fondamentalement, pour lui conférer de tels effets, alors que l'accord par lui-même n'a pas d'effet juridique.

C'est la situation la plus classique, avec une palette d'outils juridiques variés selon les domaines.

2.1. Les conventions collectives de travail

Dans ce domaine, on pense bien sûr aux conventions collectives de travail et à la possibilité d'extension introduite par la loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre II du livre I^{er} du code du travail : « De la convention collective de travail », dans des termes qui n'ont que très peu été modifiés dans le code du travail depuis 1936¹⁶². La convention collective a son existence propre, mais elle peut être rendue obligatoire pour tous les employeurs et employés compris dans son champ d'application, voire dans un champ plus large, par le biais de l'élargissement.

On notera que, de plus en plus souvent, des conventions collectives sont négociées en subordonnant leur entrée en vigueur à leur extension, dans un souci d'égalisation des conditions de la concurrence.

Dans certaines hypothèses, le code du travail lui-même prévoit que l'entrée en vigueur de la convention collective est subordonnée à l'intervention des ministres compétents, dans un contexte dans lequel la convention collective est conçue pratiquement comme un règlement d'application de la loi. C'est, par exemple, le cas pour le recours au contrat à durée déterminée d'usage (CDD d'usage) qui est un contrat de travail à durée limitée « *dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu* » (art. L. 1242-7 al. 4 du code du travail).

¹⁶² « *Les dispositions de la convention collective visée par les articles précédents peuvent, par arrêté du ministre du travail, être rendues obligatoires pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention. Cette extension des effets et des sanctions de la convention collective se fera pour la durée et aux conditions prévues par ladite convention* » (art. 31 vd de la loi du 24 juin 1936).





2.2. La protection sociale complémentaire

Il s'agit là du mécanisme d'extension prévu par l'article L. 911-3 du code de la sécurité sociale, très proche de celui qui existe dans le code du travail. Dans ce domaine, on est de plus en plus confrontés à des situations dans lesquelles *de facto* l'extension est indispensable, alors même qu'en droit elle ne le serait pas. C'est le cas notamment du secteur des retraites complémentaires, avec par exemple les conventions AGIRC du 14 mars 1947 et ARRCO du 8 mars 1961 pour lesquelles la négociation n'a pas de sens s'il n'y a pas ensuite une extension par l'autorité administrative.

2.3. Le cas du chômage

En matière de chômage, l'accord collectif est également conçu comme une forme de règlement d'application de la loi. L'agrément est indispensable en vertu du code du travail. L'article L. 5422-20 du code du travail précise, en effet, que « *les mesures d'application des dispositions du présent chapitre (...) font l'objet d'accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés. / Ces accords sont agréés dans les conditions définies par la présente section. / En l'absence d'accord ou d'agrément de celui-ci, les mesures d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État* ». Il s'agit donc d'un accord de droit privé qui ne peut produire d'effets que sous réserve de son agrément ; le pouvoir réglementaire peut reprendre la main en cas de carence ou d'échec des partenaires sociaux.

2.4. Les relations entre l'assurance maladie et les professions de santé

Les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les professionnels de santé sont régis par des conventions conclues entre l'UNCAM¹⁶³ et les organisations syndicales représentatives. Leur application est subordonnée à leur approbation par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale (art. L. 162-15 du code de la sécurité sociale). Ces accords sont des textes de droit public, qualifiés parfois « *d'actes réglementaires à élaboration négociée* » ; ils n'ont d'effet que sous réserve de leur approbation par les ministres compétents.

Pour clore ce chapitre sur la nécessaire intervention de l'autorité administrative, nous voyons que, dans cette approche, l'accord intervient dans un champ prédéterminé encadré par le législateur ou, le cas échéant, par le pouvoir réglementaire, avec de ce fait une marge de manœuvre des partenaires sociaux relativement limitée au départ par le cadre légal et réglementaire existant, et avec le besoin d'une forme de « validation » par l'autorité administrative. Le Gouvernement et l'administration sont placés dans une logique de tout ou rien, dans la mesure où la faculté d'exclure certaines clauses est très limitée, donnant très peu de possibilités de réajuster ce qui a été négocié.

Le Gouvernement et l'administration sont donc largement tributaires du texte qui a été négocié, ce qui n'empêche pas leur intervention en amont ou pendant la

163 L'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM), créée par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, regroupe les trois principaux régimes d'assurance maladie (régime général, régime agricole et régime social des indépendants).





négociation – intervention sur laquelle les intervenants vous donneront de plus amples explications – pour que, précisément, l'accord puisse ensuite être validé et avoir toute sa portée normative.

3. L'intervention du législateur

Enfin, il existe un troisième niveau, qui se développe de plus en plus : à ce niveau, l'intervention du législateur est nécessaire parce que les partenaires sociaux souhaitent pouvoir sortir du cadre existant. Ils ont besoin de l'intervention du législateur, soit qu'ils se heurtent à des dispositions existantes, soit qu'ils veuillent intervenir dans des domaines qui touchent aux principes fondamentaux du droit du travail ou du droit de la sécurité sociale. Dans ce contexte, le jeu est plus ouvert et plus complexe.

3.1. La mécanique traditionnelle

Il s'agit, pour les acteurs de la négociation, d'un jeu ancien. Dans la mécanique traditionnelle, les partenaires innovent et le législateur valide, ou non, ce qui a été négocié par les partenaires sociaux. Parfois, ce jeu se pratique en quatre temps : les partenaires innovent, le juge censure, le législateur valide et les partenaires reprennent leur accord. C'est un jeu auquel on assiste depuis longtemps, par exemple dans le secteur des conventions entre l'assurance maladie et les professions de santé, avec un certain nombre d'innovations, comme les « *plafonds d'activité* » pour les professionnels libéraux conventionnés tels que les masseurs-kinésithérapeutes, créés par la convention et repris ensuite à son compte par le législateur¹⁶⁴.

3.2. La volonté de mieux organiser les rapports entre les acteurs de la négociation et le législateur

Mais, plus récemment, s'est exprimée la volonté de mieux organiser ces rapports, avec la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social et l'article L. 1 du code du travail qui impose, sauf urgence, de laisser la place à la négociation avant d'engager une réforme, et qui prévoit que le Gouvernement communique un document d'orientation déterminant un certain nombre de thèmes de négociations¹⁶⁵. Parfois, le schéma est assez simple. C'est, par exemple, le cas de

164 V. la convention nationale des masseurs-kinésithérapeutes du 3 février 1994. V. aussi la loi du 25 juillet 1994 créant l'article L. 162-12-9 du code de la sécurité sociale qui prévoit que la convention détermine notamment « *les mesures que les partenaires conventionnels jugent appropriées pour garantir la qualité des soins de masso-kinésithérapie dispensés aux assurés sociaux* ». V. également CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autre*, req. n° 159904 et 160095 : annulation de l'arrêté ministériel du 17 mai 1994 approuvant la convention. V. enfin l'intervention d'un nouvel agrément le 25 mars 1996.

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





la rupture conventionnelle qui figurait dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 concernant la rupture conventionnelle homologuée du contrat de travail, et qui a débouché sur la loi du 25 juin 2008. C'est également le cas, dans le secteur de l'assurance chômage, avec la création du système des « *droits rechargeables* » envisagé par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi¹⁶⁶ et repris à son compte par le législateur dans la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, dont l'article 10 pose le principe de prise en compte des droits à l'allocation d'assurance non épuisés, issus de périodes antérieures d'indemnisation. Le principe a ensuite été mis en œuvre par la convention d'assurance chômage du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage, agréée par arrêté du 25 juin 2014 (avec un mécanisme passant par l'épuisement chronologique des droits acquis, comportant des effets pervers corrigés ensuite). L'agrément de cette convention a été annulé par une décision du Conseil d'État du 5 octobre 2015, mais pour un motif différent et avec un effet différé au 1^{er} mars 2016, donnant le temps d'une nouvelle négociation entre partenaires sociaux.

Parfois, la volonté de mieux organiser les rapports entre les acteurs de la négociation débouche sur des mécanismes un peu plus compliqués. C'est, par exemple, le cas du portage salarial¹⁶⁷ envisagé par l'accord national interprofessionnel du 21 janvier 2008, repris à son compte par loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, dont l'article 8 visait à donner une base légale à cette nouvelle modalité de relations de travail. *In extremis*, l'accord national professionnel du 24 juin 2010 relatif à l'activité de portage salarial a été conclu, puis étendu par arrêté du 24 mai 2013. Mais cet arrêté a ensuite donné lieu à un contentieux, au cours duquel a été soulevée une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), et le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur n'en avait pas dit assez¹⁶⁸. D'où la nécessité pour ce dernier de reprendre les choses. Finalement, une ordonnance relative au portage salarial est intervenue le 2 avril 2015.

En conclusion, il existe un jeu assez compliqué entre l'accord et la norme et, au-delà des aspects juridiques, il s'agit également d'un mécanisme complexe entre les différents acteurs qui négocient, et l'État qui intervient à la fois avant, pendant et après la négociation.

Le but de cette table ronde est donc de montrer comment, en pratique, les choses fonctionnent. Les intervenants à cette séance vont ainsi nous apporter leurs regards croisés en tant qu'acteurs de ce jeu complexe qui va de la norme à l'accord : M. Fatome, directeur de la sécurité sociale, nous dira comment l'État est présent pour que l'accord négocié puisse devenir une norme, notamment dans le champ de la santé, de la sécurité sociale et de la protection complémentaire ; M. Lardy, secrétaire confédéral de Force ouvrière, nous expliquera comment les partenaires

166 « *Les parties signataires conviennent de la mise en place d'un dispositif de droits rechargeables dans le cadre du régime d'assurance chômage* » (ANI du 11 janvier 2003, art. 3).

167 Le portage salarial est une relation contractuelle tripartite dans laquelle un salarié porté, ayant un contrat de travail avec une entreprise de portage salarial, effectue une prestation pour le compte d'entreprises clientes.

168 CC n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014 censurant les dispositions législatives au motif de l'incompétence négative du législateur.





sociaux vivent la négociation lorsque cet objectif de passage à la norme est présent dans la négociation ; puis M. Soubie, ancien conseiller du président de la République et qui préside aujourd'hui les sociétés de conseil Alixio et Taddeo, nous indiquera comment l'État peut intervenir pour orienter la négociation et ensuite en tirer les conséquences.

Thomas Fatome

Directeur de la sécurité sociale

Je vais tenter d'illustrer le rôle de l'État qui intervient, aujourd'hui, à la fois en amont de la négociation et, évidemment, en aval pour donner une force juridique à un ou plusieurs accords.

1. En amont

J'ai essayé de trouver des convergences dans ce mode d'intervention de l'État en amont, et je crois qu'il en existe, notamment depuis la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social¹⁶⁹, dans le sens où l'État, finalement, fixe de façon assez claire et assez transparente un cadre de négociation.

1.1. Le document d'orientation

C'est d'abord le cas du document d'orientation de la loi du 31 janvier 2007. On regarde le texte, les éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis, et les principales options. Ce document d'orientation est un document relativement central. Ce qui est intéressant, c'est de constater que cela est également en train de devenir la règle dans le domaine de la santé. En effet, s'agissant des conventions entre l'assurance maladie et les professionnels de santé, l'État joue un rôle de longue date en fixant de manière plus ou moins explicite le cadre, y compris dans des négociations récentes comme celle sur le dépassement d'honoraires ou celle sur les soins de proximité. Dans ce contexte, la ministre, Mme Touraine, a fixé un cadre politique à la négociation et le projet de loi « santé »¹⁷⁰ vient poser, de façon plus explicite encore, ce principe, dans son article 41 en débat au Parlement, qui précise que les ministres fixent des lignes directrices à la négociation¹⁷¹.

À travers ce document d'orientation et ces lignes directrices, apparaît le souhait d'officialiser, en tous cas de marquer de façon transparente, le cadre que peut fixer l'État à cette négociation. Mais, ce qu'il faut comprendre, c'est que ces documents d'orientation et, d'une certaine manière aussi, ces lignes directrices sont déjà en soi un espace de discussion et de négociation entre le Gouvernement et les négociateurs qui cherchent, logiquement, à ne pas se laisser enfermer dans un calendrier trop rigide ou dans un cadre de négociation trop étroit ; et que derrière la formulation d'une orientation par l'État, il y a déjà une pré-discussion qui se fait.

169 Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, dite loi « Larcher ».

170 Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

171 Devenu l'article 164 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, aux termes duquel « *Les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale peuvent définir conjointement des lignes directrices préalablement aux négociations des accords, contrats et conventions* ».





J'ai pu le vivre en matière de formation professionnelle. C'est le cas également en matière de convention médicale : l'État fixe un cadre, mais rentre déjà un tout petit peu dans un élément de pré-négociation avec les acteurs qui, ensuite, vont nouer leur discussion.

1.2. Le cadre financier

Le deuxième élément, un peu transversal, concerne le cadre financier de la négociation. Ce cadre financier peut être plus ou moins difficile à construire, notamment au regard des responsabilités propres qu'ont les partenaires sociaux dans la gestion d'un certain nombre de régimes. Autant pour la sécurité sociale *stricto sensu* le cadre financier est bien établi par les lois de financement de la sécurité sociale, autant pour ce qui est du ressort de l'Unedic ou de l'AGIRC-ARRCO¹⁷², la responsabilité financière appartient aux partenaires sociaux, qui fixent les paramètres et pilotent les régimes. Dans le même temps, ces organismes, ces régimes, ces dépenses et ces recettes sont des éléments des finances sociales, c'est-à-dire des finances publiques, et constituent donc les sujets d'une stratégie des finances publiques que le Gouvernement porte dans son ensemble, y compris vis-à-vis de l'Union européenne puisque, dorénavant, et chaque année, le Gouvernement présente sa stratégie pluriannuelle de finances publiques à la Commission et à ses partenaires européens.

Dès lors, se noue une intervention assez délicate de l'État qui, d'une manière implicite, traduit dans les sous-jacents de sa trajectoire des finances publiques les éléments financiers de ces régimes sans qu'il n'en ait les leviers, et sans que ce soit explicite. Cela peut provoquer des réactions des partenaires sociaux, qui considèrent que l'État pourrait, de cette manière, préempter les contours de la négociation. Le Gouvernement a essayé de clarifier un peu les choses. Dans la dernière loi pluriannuelle sur les finances publiques, il pose le principe d'un rapport annuel sur la situation, notamment financière, de l'assurance chômage, visant à essayer de rendre les choses plus transparentes. Pour autant, cette interaction entre le cadrage financier et la responsabilité des partenaires sociaux n'est pas totalement stabilisée et continuera à nourrir des discussions difficiles, voire exigeantes, entre l'État et les partenaires sociaux.

2. En aval

Au sujet du mode d'intervention de l'État en aval de la négociation, je ne rentrerai pas dans le débat sur la place de la démocratie sociale, de la démocratie politique, ou sur les marges de manœuvre. Je livrerai seulement quelques éléments sur la machinerie administrative. D'une certaine manière, et sachant que la direction de la sécurité sociale est moins impliquée dans la traduction législative que d'autres directions (direction générale du travail ou direction générale de la fonction publique), la traduction d'un accord des partenaires sociaux dans la loi est assez confortable à partir du moment où elle a un côté automatique. Autrement dit, lorsque la négociation a abouti et qu'elle est conforme au document d'orientation

172 L'Association générale des institutions de retraite des cadres (AGIRC) et l'Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés (ARRCO) sont des caisses de retraite complémentaire du secteur privé qui viennent compléter la retraite de base.





– ce qui est le cas la plupart du temps – l’administration est en situation de traduire, sans heurt et le plus fidèlement possible, l’accord.

Toutefois, cette situation peut se heurter à deux types de problèmes : le respect du délai et la complexité de la traduction législative. Souvent, ces traductions législatives se font dans un calendrier extrêmement contraint, car derrière l’accord des partenaires sociaux il y a la volonté politique de traduire rapidement le contenu des accords dans la loi. Or, si tout va bien quand l’accord est limpide, c’est-à-dire quand la volonté des partenaires sociaux est claire et unanime, il en va autrement lorsque des divergences se font jour entre eux, voire entre eux et l’État, comme par exemple au sujet du temps de travail (notamment sur les clauses de désignation). Ainsi, dès lors que l’accord souffre de certaines ambiguïtés ou ne va pas aussi loin que le Gouvernement espérait, la tentation est grande d’essayer de... pousser un peu plus loin la traduction législative. Et c’est là que les choses deviennent plus complexes.

2.1. Les conventions médicales

Je souhaiterais illustrer la place, un peu particulière, que l’État a construite quant à son rôle en termes de validation d’agrément vis-à-vis des conventions médicales conclues entre les professionnels de santé et l’assurance maladie. Il me semble, en effet, qu’il s’agit là d’un cas assez particulier où, d’une certaine manière, l’État a théorisé et mis en œuvre une forme de recul de son pouvoir propre ; ce qui peut sembler paradoxal tant l’on dit très souvent que l’État est omniprésent, tel un troisième acteur permanent de ce type de négociation.

Ce qu’il est intéressant de constater ici, c’est que l’État, notamment au travers de la loi du 13 août 2004 relative à l’assurance maladie¹⁷³, a essayé de s’éloigner le plus possible de la négociation pour responsabiliser davantage les négociateurs, comme par exemple l’assurance maladie, et de les rendre capables de mieux négocier afin d’aboutir par eux-mêmes.

Jusqu’en 2004, l’État pouvait refuser d’ agréer une convention médicale pour des raisons financières. Il ne le peut plus désormais, car cet argument a été sorti de la loi. De la même façon, jusqu’à la loi du 13 août 2004, l’État pouvait écrire ce que l’on appelait un « *règlement conventionnel minimal* », c’est-à-dire qu’en cas de blocage des négociations, il reprenait la main. En 2004, la loi crée quelque chose d’assez original : la fonction d’arbitre. Si les négociateurs n’arrivent pas à se mettre d’accord, ils doivent avoir recours à un arbitre, qu’eux-mêmes doivent désigner au début de la négociation. Ensuite, c’est à cet arbitre de procéder à un « *règlement arbitral* », autrement dit, d’écrire cette convention ; ledit règlement arbitral ayant force de convention.

Cette procédure est assez intéressante, parce que l’on voit bien que l’État, sans doute parce qu’il sait les pressions qui peuvent s’exercer parfois vis-à-vis de ce type de négociation conventionnelle, est en position difficile et a voulu éloigner de lui, le plus loin possible, la responsabilité, pour n’intervenir que si l’acte conventionnel est de nature à enfreindre des dispositions légales ou réglementaires. C’est, en

¹⁷³ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l’assurance maladie.





quelque sorte, un contrôle de légalité *a minima*. Ainsi, malgré son omniprésence, l'État a-t-il essayé de construire un espace dans lequel il a souhaité responsabiliser l'assurance maladie et retarder le plus possible son intervention.

2.2. La protection sociale complémentaire

Le dernier élément sur l'intervention en aval que je souhaiterais évoquer concerne l'action de l'État et des partenaires sociaux en matière de protection sociale complémentaire, notamment l'intervention de la Commission des accords de retraite et de prévoyance (COMAREP). Celle-ci est assez peu connue, pourtant je crois que c'est une institution originale dont le rôle va s'affermir avec le temps, au fur et à mesure que la protection sociale complémentaire se développe.

Dans ce contexte, on pense bien sûr à l'accord national interprofessionnel (ANI) et à la généralisation de la complémentaire santé. S'agissant de la COMAREP, il doit être noté que le rôle de cette commission, composée paritairement de partenaires sociaux (salariés, employeurs)¹⁷⁴, présidée par un représentant du ministère du travail et dont le secrétariat est animé par la direction de la sécurité sociale, est de donner un avis préalable à l'extension des accords en matière de protection sociale complémentaire et, au travers de ce rôle d'avis, d'essayer de façonner un cadre, non pas jurisprudentiel, mais de mise en œuvre des textes sur la protection sociale complémentaire. Il s'agit là d'une forme d'intervention partagée entre les partenaires sociaux et l'État, puisque cette commission est composée paritairement, qu'il y a des votes, et que souvent l'on arrive à trouver des positions communes.

En outre, la COMAREP peut également attirer l'attention des signataires d'un accord sur telle ou telle partie éventuellement ambiguë dudit accord. Elle peut aussi émettre des réserves d'interprétation, et renvoyer à la négociation. Il s'agit là, en quelque sorte, d'un appui à travers l'utilisation d'une compétence de l'État en matière d'approbation d'accords collectifs. Enfin, cette commission est également une instance de dialogue extrêmement utile de l'État avec les partenaires sociaux, et sans doute aussi entre partenaires sociaux, pour débattre des évolutions de la protection sociale complémentaire, sujet riche en matière de négociations et d'accords qui va être appelé à se développer.

Pascale Fombeur

*Présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d'État,
présidente de la table ronde*

Je vous remercie pour cette intervention très riche et très concrète. Je souhaiterais vous poser une question sur la façon dont la direction de la sécurité sociale peut intervenir pendant les négociations : quand une convention d'assurance maladie est négociée, quel peut être le rôle de la direction de la sécurité sociale au fur et à mesure de l'avancée des négociations ?

174 Un décret du 15 juin 1959 prévoit que la COMAREP est composée de trente membres, nommés par arrêté du ministre du travail, sur proposition des organisations professionnelles.





Thomas Fatome

Directeur de la sécurité sociale

Avec cette question, l'on rentre de plain pied dans la « salle des machines » qui est l'un des thèmes de ce colloque. Très honnêtement, le travail est important en amont. De l'identification des marges de manœuvre aux capacités de faire, c'est un dialogue important avec l'assurance maladie et avec les syndicats de professionnels libéraux. Ensuite, nous intervenons assez peu, soit éventuellement en expertise complémentaire sur tel aspect juridique, soit de façon très informelle pour vérifier si tel point est de nature à répondre aux orientations fixées. Mais, dans la pratique, c'est plus le niveau politique qui est sollicité. Le niveau technique l'est moins une fois que l'on rentre dans le vif de la négociation.

Pascale Fombeur

*Présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d'État,
présidente de la table ronde*

Merci beaucoup. Je propose que M. Lardy prenne la suite, pour nous indiquer comment, en tant que négociateur, il vit cette intervention de l'État et ce souhait, le cas échéant, que l'accord négocié puisse être repris à son compte par le législateur.

Stéphane Lardy

Secrétaire confédéral de Force ouvrière

La question posée aujourd'hui concerne effectivement les rapports entre la démocratie sociale et la démocratie politique. Ces rapports ont toujours existé. Vous l'avez évoqué, les organisations syndicales et patronales négocient essentiellement depuis 1919¹⁷⁵, date de la mise en place d'un cadre juridique spécifique destiné à ce qui s'apparente à une nouvelle forme de contrat. Diverses modifications et compléments ont ensuite été apportés à ces textes fondamentaux, notamment avec les lois de 1936, 1946, 1950, 1973 et 1982 relatives à la négociation et/ou aux conventions collectives.

À travers ce cadre juridique, les organisations syndicales et patronales créent donc de la norme par le mécanisme d'extension, sous couvert du contrôle de légalité. Il y a ensuite l'intervention réglementaire. Depuis l'accord de 1970 sur la formation professionnelle¹⁷⁶ – qui a toujours été considéré comme un accord légiférant puisqu'après on a eu la loi de 1971¹⁷⁷ –, on connaît bien ces mécanismes et ces relations entre négociation collective et intervention du législateur ou intervention réglementaire.

175 Dans le sillage de la loi du 23 mars 1884, dite loi « *Waldeck-Rousseau* », instaurant la liberté syndicale, la loi du 25 mars 1919 fixe un premier cadre institutionnel aux conventions collectives.

176 Premier accord national interprofessionnel (ANI) du 9 juillet 1970 sur la formation et le perfectionnement professionnels.

177 Loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, reprenant l'ANI du 9 juillet 1970 précité.





Cependant, il y a deux éléments qui complexifient cette relation : la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social¹⁷⁸ et la loi du 20 août 2008 sur la représentativité des organisations syndicales¹⁷⁹. J'ai d'ailleurs commencé mes fonctions au niveau confédéral en 2007, lors de la première application de la loi du 31 janvier 2007 au sujet de la négociation sur le marché du travail. Quant à la seconde mécanique qui entre en jeu, c'est la loi du 20 août 2008 sur la représentativité. Lorsque vous liez les deux, se pose la question de la légitimité. Je pense que ces deux lois visent à renforcer la légitimité des partenaires sociaux, en visant le contenu des accords, la façon dont on négocie et la force obligatoire d'un accord par le biais du mécanisme de représentativité (30 %, 50 %, etc.).

Tout cela rend les relations avec le législateur et le Gouvernement plus compliquées, car il y a, certes, les textes de lois, mais aussi la pratique des textes. M. Fatome l'a évoqué précédemment : si l'article L. 1 du code du travail est clair, il laisse cependant beaucoup de marge aux acteurs pour se saisir, comme ils le souhaitent, d'un sujet qui entre dans leur champ de compétence.

La loi parle d'abord de concertation, mais comment se formalise une concertation ? En 2008, sous la présidence de Pierre Ferracci¹⁸⁰, un groupe de travail réunissant les partenaires sociaux, l'État et la région s'était réuni afin de préparer la réforme de la formation professionnelle. Ensuite, il y eut la rédaction d'un *document d'orientation* qui, comme l'a évoqué M. Fatome, est souvent construit en concertation avec les organisations syndicales et patronales, et peut même faire l'objet de pré-projets qui nous sont présentés. Parfois, il n'y a pas de mécanisme formalisé de concertation, comme dans le cas du compte personnel d'activité, où l'on a considéré que la conférence sociale et le rapport de France stratégie constituaient un mécanisme de concertation, amenant ensuite un document d'orientation (reçu au début de la semaine dernière).

Concrètement, on demande aux partenaires sociaux dans leur champ de compétence s'ils envisagent de négocier. Les organisations syndicales et patronales doivent alors répondre par écrit. Bien sûr, on n'a jamais envoyé un courrier au Gouvernement lui disant que l'on souhaiterait négocier ! En revanche, lorsque vous avez un Gouvernement qui vous envoie un document d'orientation, vous êtes très fortement incités à négocier. Mais il n'y a pas de réponse écrite. Le mécanisme de réponse consiste, pour les partenaires sociaux, à prendre une date et à commencer une négociation.

S'agissant des délais, la loi précise que les partenaires sociaux doivent indiquer le temps dans lequel ils souhaitent que la négociation commence et se termine. En pratique, les délais sont fixés par le document d'orientation. Le Gouvernement demande de finir à une date donnée afin d'éviter les sanctions. Mais que peut-il faire en cas de dépassement du délai ? Pas grand-chose ! Cela a, par exemple, été le cas

178 Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, dite loi « Larcher ».

179 Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

180 Président-fondateur du groupe Alpha, groupe de conseil français (1 150 personnes), spécialisé dans les relations sociales et le développement local. Pierre Ferracci est membre du Conseil d'orientation pour l'emploi.





dans la négociation sur le marché du travail qui devait finir le 31 décembre 2007, et pour laquelle tout le monde a réclamé une prolongation ; ce qui a permis d'obtenir onze jours de plus.

À côté de cela, il y a aussi le débat sur le *contenu* du document d'orientation, et sur ce que font les partenaires sociaux d'un tel document.

Le document d'orientation fixe les lignes directrices souhaitées par le Gouvernement. Est-on obligé de les reprendre ? À mon avis : non. D'ailleurs, si l'on regarde la pratique des négociations, quels que soient les sujets – en tous cas les sujets importants, comme la formation professionnelle – chacun fait un peu son marché, même en tenant compte du document d'orientation. En réalité, les partenaires sociaux (syndicats et MEDEF compris) ne respectent pas à la lettre le document d'orientation, et il me semble que c'est plutôt sain dans une pratique de négociation de pouvoir s'émanciper d'un cadre par trop rigide. Pour autant, ce cadre même, cette mécanique de la loi du 31 janvier 2007, renforce la légitimité des partenaires sociaux dans leur champ de compétence. On pourrait presque dire que les partenaires sociaux deviennent des pré-législateurs, ayant du mal à s'extraire d'un contexte économique et social qui les influence beaucoup. Autrement dit, en cas de crise importante, il se crée une pression pour tout le monde, et cela change quand même la pratique de la négociation.

M. Fatome l'a rappelé : il faut agir vite. Mais le temps du social n'est pas forcément celui du politique. On notera par ailleurs que, depuis la loi du 31 janvier 2007, la notion d'arrêté d'extension n'existe, de fait, plus pour les accords interprofessionnels. On a essayé, en 2009, d'avoir un arrêté d'extension sur l'accord formation professionnelle, on attend toujours. Certes, un autre accord est passé en 2014, mais cela vide de l'intérieur la notion d'*arrêté d'extension*. La notion d'extension, pour les accords interprofessionnels, n'a vraiment plus de sens puisque, comme il existe un document d'orientation, par définition, le Gouvernement va proposer au législateur de reprendre, accord ou pas, un certain nombre d'éléments de ce document d'orientation et de la fin de négociation dans un texte législatif. Cette articulation entre liberté contractuelle et document d'orientation complexifie les rapports entre le politique et le social.

Ensuite, d'un point de vue purement pratique, on nous pose toujours la question de savoir si nous subissons ou pas des pressions. Pour ce qui me concerne, je suis assez insensible à la pression. Bien sûr, nous sommes toujours en contact avec l'Élysée, Matignon et les cabinets ministériels sur ces questions-là, mais cela n'est pas choquant dans la mesure où l'exécutif nous envoie un document d'orientation. Il me semble donc normal qu'il se préoccupe du devenir d'une négociation. Personnellement, j'ai déjà été invité par M. Soubie dans son bureau ou par M. Fatome, et je n'ai pas senti une pression très forte. C'était même très amical, et l'on résiste assez bien à ce genre de pression.

Je pense que ce qui est très intéressant sur la pratique de l'article L. 1 du code du travail, c'est d'être capable d'anticiper ses conséquences pratiques. De ce point de vue, l'échec des négociations sur le dialogue social entre syndicats et patronat





est assez révélateur, car c'est le premier échec de la négociation issue de la loi du 31 janvier 2007. Dans ce contexte, que va faire le Gouvernement lorsqu'il n'y a pas d'accord ? La réponse n'est pas unanime. Lorsque vous renforcez la légitimité des partenaires sociaux à faire de la norme sociale, certains vous diront : « *le législateur se tait car il n'a rien à dire, mais étonnamment il reprend toutes les dispositions de l'accord !* ».

Pourtant, il ne faut pas oublier qu'un accord est avant tout un acte de politique sociale des organisations syndicales et patronales et, qu'en conséquence, sur certains sujets sensibles, l'intervention de l'exécutif avec les administrations centrales des ministères (direction générale du travail, délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle) est essentielle parce que les textes issus de la négociation peuvent être fragiles juridiquement, notamment sur des sujets complexes tels que la co-désignation en matière de prévoyance collective, la procédure de licenciement économique collectif comme le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), la nature du licenciement pour un salarié individuel au regard de conventions internationales, la formation professionnelle, etc. Et lorsque l'on négocie sur de tels sujets vingt-six heures d'affilée, voire plus, on ne sait plus trop à la fin ce que l'on a écrit !

Il est donc normal qu'après les négociations – l'objectif premier n'étant pas de faire un texte juridique mais de négocier – l'on travaille avec le Gouvernement afin de parfaire les aspects juridiques. Ce travail est essentiel pour le législateur comme pour les partenaires sociaux. Plusieurs cas sont envisageables.

Premier cas : que se passe lorsqu'il n'y a pas d'accord ? Il y a deux hypothèses. L'exemple de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi¹⁸¹ et de l'absence d'accord en décembre 2014 est, à cet égard, très illustratif. Première hypothèse : s'il n'y a pas d'accord, l'exécutif peut ne rien faire. Car si l'on dit que les partenaires sociaux sont légitimes et qu'il n'y a pas d'accord, il n'y a pas de transposition législative possible. Même si cela est un peu compliqué sur certains sujets. Seconde hypothèse : que se passe-t-il si le Gouvernement transpose législativement un texte sur lequel il n'y a pas d'accord ? Peut-il faire ce qu'il veut, sans tenir compte de la négociation ? Une telle situation est impossible car, même s'il n'y a pas d'accord, le législateur est obligé de tenir compte d'une fin de négociation, parce qu'il y a toujours des éléments qui ont fait l'objet d'un compromis entre les partenaires sociaux dans le cours d'une négociation. C'est ce qui s'est passé pour la loi dite « *Rebsamen* ».

Deuxième cas : que se passe-t-il lorsque l'accord n'est pas unanime ? Cela complexifie encore un peu plus la discussion – c'est ce qui s'est passé, par exemple, sur l'accord dit de sécurisation de l'emploi de 2013 où notre organisation n'a pas signé, ainsi que la CGT.

Tout d'abord, il est normal que le Gouvernement et le législateur prennent en compte l'accord issu des signataires ; mais, en même temps, ils ne peuvent pas se désintéresser de certaines remarques ou suggestions faites par les syndicats non

181 Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite loi « *Rebsamen* ».





signataires. C'est le type d'expérience que j'ai vécu avec la loi de sécurisation où le projet de loi et le rapporteur ont fait leurs des modifications suggérées par les organisations non signataires. Toutefois, le contexte de la transposition législative arrivait au moment du premier arrêté fixant la représentativité des organisations syndicales. Les nouvelles règles de signature d'accord ou d'opposition ont ainsi profondément modifié la forme et le contenu même de la négociation interprofessionnelle. Elles poussent les organisations patronales à rechercher des majorités syndicales en minorant le contenu des propositions de chacune des organisations. En définitive, dès le commencement d'une négociation, on essaie de trouver une majorité pour la conclusion d'un accord avant que de parler du fond !

Par effet domino, la réforme de la représentativité influence l'exécutif et le Parlement dans leur capacité à bouger les grands équilibres d'un texte issu d'un accord majoritaire.

Troisième cas : l'accord unanime des partenaires sociaux. Ce fut le cas en 2009 pour l'accord sur la formation professionnelle. Cette unanimité limite quelque peu la liberté d'amendements des parlementaires, mais elle peut se retourner contre les signataires dans la mesure où cette *trop belle* unanimité peut être vécue par l'exécutif et le législatif comme une manière de se protéger de leur *intrusion intempestive* dans un champ qui est considéré comme une « *chasse gardée* » par les partenaires sociaux.

Il y a un dernier point que je souhaiterais évoquer : quel temps laisser à la négociation ? J'ai beaucoup pratiqué la négociation depuis 2007, et je pense qu'il manque quelque chose dans la loi du 31 janvier 2007 qui serait comme une sorte de troisième voie à envisager ; parce que l'on ne peut pas se situer, comme le précise ce texte, soit dans la négociation, soit dans l'urgence. En effet, selon la loi du 31 janvier 2007, s'il n'y a pas négociation, c'est qu'il y a urgence. Dans ce contexte, il est parfois très compliqué pour les partenaires sociaux d'aller vers un accord.

Il me semble donc que la troisième voie, c'est d'organiser, comme cela se passe dans certains pays, une véritable concertation entre le Gouvernement, le législateur et les partenaires sociaux, mais dans un délai qui nous laisse le temps nécessaire pour nous concerter, et pas en un mois ! Cela permettrait aux organisations syndicales et patronales de garder leur libre-arbitre tout en travaillant les sujets sur le fond ; ensuite, il appartiendrait au Gouvernement et au législateur de prendre leurs responsabilités. Il me semble qu'il y a là un point à étudier sur une possible évolution de la loi du 31 janvier 2007. Peut-être que l'année 2017, qui symbolisera le dixième anniversaire de cette loi, nous apportera quelques espoirs en ce domaine ?

Pascale Fombeur

*Présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d'État,
présidente de la table ronde*

Merci beaucoup, je crois que M. Soubie souhaite réagir à vos propos.





Raymond Soubie

Président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF

1. Ma première remarque est qu'il m'a toujours semblé que chez les acteurs sociaux, il existe deux tendances idéologiques dominantes.

Il y a ceux pour lesquels l'accord se situe à l'égal sinon au-dessus de la loi, même si juridiquement ce propos n'est pas fondé ; et ceux qui pensent l'inverse, à savoir qu'il y a d'abord la loi, expression de la souveraineté nationale, seule garante de l'intérêt général et de l'égalité entre citoyens, que l'accord ne peut que compléter, mais non infirmer.

Ces approches idéologiques, je les ai entendues aussi bien dans les années 1970 que dans les années 2000. Elles n'ont pas pris une ride ! En 1978, lors d'un important Comité confédéral la CFDT qui devait ouvrir la voie à la « re-syndicalisation » et à la primauté du dialogue social, le discours était que « *la loi est l'émanation de l'État jacobin, alors que l'accord plus souple permet de mieux tenir compte des spécificités de la société civile* ».

Lors de la réforme constitutionnelle de 2008, des représentants de la CFDT et du Medef ont plaidé que celle-ci devait prévoir que l'accord, dès lors qu'il est majoritaire, vaut la loi ou encore que celle-ci est tenue de reprendre les termes de l'accord. Cette proposition n'a pas été retenue en raison de la priorité à accorder à la loi, votée par la représentation nationale.

2. Ma deuxième remarque porte sur les aspects positifs de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

Celle-ci crée un processus obligatoire pour les réformes dans le champ des relations professionnelles, de l'emploi et de la formation. Au commencement, il y a une intention du Gouvernement, puis une concertation en vue de l'élaboration d'un document d'orientation. Une fois réalisé, ce document d'orientation est envoyé aux partenaires sociaux et, sauf urgence, le Gouvernement attend que ceux-ci se soient prononcés, soit à travers un accord, soit à travers l'absence d'accord, à moins que syndicats et patronat ne déclinent la négociation et laissent le champ libre à la loi.

Ce système emporte plusieurs conséquences et caractéristiques. Le premier aspect est qu'une telle approche est très commode pour les politiques. Cela leur permet en effet de dire : « *je vais faire une grande réforme, mais je m'en défausse sur les partenaires sociaux* ». Ce sont donc ces derniers qui, par leurs signatures, prennent la responsabilité de ladite réforme et aussi de son éventuel échec.

Le deuxième aspect de la loi du 31 janvier 2007 est qu'une telle approche emporte des conséquences politiques très importantes. Ainsi ai-je pu lire dans la presse des propos du type : « *voilà la réforme qu'il faudrait faire en matière de droit du travail... ; on prépare les textes avant l'élection, et on les sort immédiatement après l'élection* ». Mais de tels propos font fi de la loi du 31 janvier 2007 ! C'est-à-dire qu'avec cette loi, ce n'est pas faisable, sauf à considérer qu'il s'agit d'un cas





d'urgence ; ce qui peut se discuter pour certaines dispositions. Il y a donc là un problème de cohérence sur un certain nombre de propositions et sur leur discours d'accompagnement.

Enfin, le troisième aspect c'est que l'État, une fois les négociations engagées avec les partenaires sociaux, ne reste pas indifférent ; car c'est lui qui a initié la négociation, et si elle échoue, cela constitue un échec politique. C'est pourquoi, le Gouvernement, tel Polonius derrière la tenture, n'apparaît jamais, mais il chuchote et fait bouger le rideau¹⁸² !

Le Gouvernement intervient dans la négociation, d'abord en la suivant, puis en intervenant directement. C'est ce qui s'est passé, pour reprendre l'exemple de M. Lardy, en 2008 au sujet de la loi sur la représentativité ; je crois me souvenir que le Gouvernement avait dit aux partenaires sociaux que, de toute manière, s'il n'y avait pas d'accord ou de position commune, le texte passerait, et qu'il valait mieux qu'il y ait un accord ! Il y a donc des cas de figure dans lesquels le Gouvernement laisse faire les partenaires sociaux, et d'autres dans lesquels il annonce par avance qu'il laisse faire, mais à la condition que les négociations restent raisonnables ou qu'elles progressent, sinon il reprend les choses en main. C'est là un système assez nouveau dans les relations sociales. Il y a donc bien un avant, et un après la loi du 31 janvier 2007.

On doit également noter que certains des accords nationaux interprofessionnels initiés par un document d'orientation, ont été signés *sous réserve de la reprise de la forme originelle du texte dans la loi*. Quelquefois, ils ont été signés contre la volonté des signataires eux-mêmes. Vous avez évoqué précédemment l'accord sur la formation professionnelle de 2009. Mais, même l'unanimité des signataires souleva le soupçon ; et je reçus, comme d'autres, des coups de téléphone d'organisations signataires disant : « *vous n'allez pas transcrire ça dans la loi, il n'y a rien !* » ; on se trouvait ainsi dans une situation telle que certains acteurs sociaux avaient signé un accord, tout en disant au pouvoir politique qu'il fallait... le modifier pour que cet accord ait plus de contenu et de portée !

3. Ma troisième remarque concerne la capacité de la négociation collective interprofessionnelle à mener à bien des réformes.

Certes, les statistiques que vous avez fournies (et qui ne font état que d'un seul échec) laisseraient à penser que cela est possible. Je pense que l'on entre dans une période où il va être de plus en plus difficile, sur des sujets sensibles, d'arriver à des accords nationaux interprofessionnels, pour des raisons tenant à la fois aux acteurs sociaux et aux clivages entre ces acteurs.

Le thème, très actuel, du rapprochement de la négociation au plus près de l'entreprise, qui a été développé dans le rapport Combrexelle remis le 9 janvier 2015 au Premier ministre, semble lui-même se heurter à des difficultés pratiques même si la démarche est excellente en elle-même. La place de la loi et le rapport entre celle-ci et l'accord interprofessionnel est un sujet qui perd de son intérêt si

¹⁸² Polonius est un personnage de fiction d'*Hamlet*, l'une des plus célèbres pièces de William Shakespeare (1564-1616).





la négociation se fait au plus près de l'entreprise. Le rapport Combrexelle dans sa première partie explique toutes les difficultés auxquelles se heurterait un recours plus large à la négociation collective.

4. Ma quatrième et dernière remarque est interrogative : la loi doit-elle reprendre l'accord ?

Il y a des cas où la réponse est oui, et d'autres cas où la réponse est non. La loi peut reprendre presque exactement l'accord. Mais cela est rare, notamment pour des raisons techniques et, généralement, la loi a tendance à modifier plus ou moins l'accord. C'est, par exemple, le cas récent de l'accord sur la sécurisation de l'emploi dans lequel il existe des différences de rédaction, et même de fond, notamment sur les accords défensifs sur l'emploi entre ce que dit l'accord et ce que dit la loi qui *in fine* a restreint le champ d'application du dispositif.

La question se pose donc de savoir jusqu'où le législateur peut aller dans la modification de l'accord. Dans la réalité, il s'agit d'une action au cas par cas, mais avec le risque que, s'il modifie trop l'accord, les partenaires sociaux ne le récusent.

Le législateur est donc pris entre le désir de ne pas casser le système, c'est-à-dire de ne pas désavouer les acteurs qui ont validé l'accord et, en même temps, le souhait de garder le dernier mot avec la possibilité de modifier l'accord sur un certain nombre de points. Tout cela montre combien une négociation est quelque chose de complexe, avec des choses qui se donnent, d'autres qui s'échangent, parfois sur des coins de table ou jusqu'au bout de nuit. À cet égard, il y a une grande mesure qui a été prise récemment par les partenaires sociaux, qui est de ne plus négocier la nuit. Mais je suis sûr que, dès la prochaine négociation, elle sera infirmée ! Enfin, il doit être noté que le texte des accords n'est pas toujours très clair, et qu'il appartient donc au législateur, là où des zones obscures subsistent, de faire les modifications juridiques qui s'imposent. À elle seule, cette raison technique justifie son intervention.

Nous sommes aujourd'hui, en matière de droit du travail, dans un système qui donne la priorité aux partenaires sociaux par le mécanisme de la loi du 31 janvier 2007. Ce système ne fonctionne pas si mal. Toutefois, il limite la possibilité d'action du Gouvernement si celui-ci souhaite agir rapidement, indépendamment de l'urgence qui est une notion assez relative et liée aux intérêts du moment.

Je terminerai en précisant que pour qu'il y ait une négociation collective active, il est nécessaire que les acteurs sociaux soient actifs, responsables et forts. Et c'est sur ce dernier point que le bât blesse en raison du faible taux de syndicalisation, quand bien même le taux de participation aux élections serait important, car toutes les enquêtes montrent qu'il y a, depuis dix ans, un éloignement des salariés par rapport aux organisations syndicales, tout simplement parce qu'elles sont mises « dans le même sac » que les partis politiques. Il y a ainsi une sorte d'affaiblissement du système des négociateurs qui, par contrecoup, affaiblit la négociation collective et rend plus difficile la prise de risque qu'implique la signature d'un accord.





Stéphane Lardy

Secrétaire confédéral de Force ouvrière

Sur la faiblesse des organisations syndicales, je pense que la question est double. M. Soubie l'a évoqué : taux de syndicalisation faible, mais représentativité maintenant liée à un système électif. Je crains fort que notre taux de syndicalisation soit compliqué à mesurer, sauf à avoir un système de type nordique ou belge. Quand vous liez une représentativité, donc une légitimité, à la conclusion d'accords par un système électif, la question de la syndicalisation est problématique. Je pense que pour être représentatif et légitime, il faut être deux. Et l'on a aussi un vrai souci de légitimité de la représentativité patronale en France. Il y a trop d'organisations patronales et des taux de syndicalisation dans les organisations patronales qui sont très faibles.

Certes, nous avons des débats de branches, mais jusqu'à présent c'était une organisation patronale qui créait une branche. Je pense qu'il existe un vrai débat sur la représentativité patronale en France, qui ne peut être réglé que par ladite représentativité patronale ; mais, côté syndical, je crois qu'il y a également beaucoup de travail à faire du point de vue de la représentativité et de la légitimité.

Pascale Fombeur

*Présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d'État,
présidente de la table ronde*

M. Lardy évoquait la situation dans laquelle une négociation peut être complexe, et mentionnait que pour aller jusqu'à un accord une concertation plus approfondie serait utile. Souhaitez-vous réagir à cette suggestion ?

Thomas Fatome

Directeur de la sécurité sociale

Ce qui est intéressant, c'est de noter qu'en cas de sujet sensible, la négociation interprofessionnelle devient compliquée. Est-ce que cela fait écho aux cas compliqués qu'évoquait M. Lardy ? Je ne sais pas. Mais l'on connaît les sujets sensibles et ceux sur lesquels il y a potentiellement des avancées. Cependant, que ce soit du côté des employeurs ou des syndicats de salariés, il est difficile d'aller au bout.

Dans ce contexte, existe-t-il alors une sorte d'espace intermédiaire où le consensus serait possible ? Il y a deux façons d'appréhender ce sujet : soit on le descend au niveau de l'entreprise, soit on va vers des systèmes de concertation, mais dont on voit bien qu'ils redonnent du pouvoir de façon assez directe au Parlement et au Gouvernement.





Raymond Soubie

Président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF

Je voudrais reprendre l'exemple historique cité par M. Lardy concernant l'accord national interprofessionnel de 1970¹⁸³ et la loi de 1971 sur la formation professionnelle¹⁸⁴. En vérité, la loi de 1971 n'avait que peu de choses à voir avec l'accord de 1970, parce que dans l'accord passé entre partenaires sociaux, il y a avait un *léger* absent qui était le financement du système de la formation professionnelle. Ce système-là a été imposé par le législateur en 1971, ce qui veut dire que l'on peut avoir un système ou un processus dans lequel les partenaires sociaux créent un accord, avec l'État qui estime qu'il doit aller plus loin. Comme cela a été le cas en 1970-1971.

Il y a deux ans, au Conseil économique, social et environnemental, nous avons reçu en petit comité M. Jacques Delors. Je lui ai posé une question dont je connaissais la réponse. Je lui ai dit : « *naturellement, la loi de 1971 a repris l'accord de 1970* ». Il était stupéfait et m'a répondu : « *mais comment pouvez-vous dire une chose pareille ? Naturellement non, car si l'on avait repris l'accord lui-même, il ne se serait rien passé en matière de formation professionnelle* ». Je lui ai donc posé une deuxième question en lui demandant : « *1970-1971, c'est très ancien, mais maintenant, il est évident que s'il y a un accord, la loi doit le reprendre, en tous cas dans ses principes ?* ». Il m'a répondu : « *pas du tout, si le législateur estime que l'accord n'est pas allé assez loin ou n'est pas allé dans le bon sens, le législateur doit légiférer de manière différente* ». Cette réponse, réaliste, en a étonné certains qui voyaient en Jacques Delors un défenseur de toujours de la primauté de l'accord.

En définitive, la question de savoir si le législateur transcrit automatiquement un accord et fait confiance aux partenaires sociaux ou estime qu'il a son mot à dire, quitte à aller plus ou moins loin, est un vrai sujet.

183 Accord national interprofessionnel (ANI) du 9 juillet 1970 qui fonde le système actuel de la formation professionnelle en France.

184 Loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente.







Échanges avec les participants

Question générale – *Je partage le bilan de M. Soubie sur la loi du 31 janvier 2007. C'est une loi pertinente, d'autant qu'elle est dépourvue de sanction. Et ce qui étonne le plus dans le bilan de cette loi, c'est moins le nombre que la portée des accords, car les trois premiers accords qui ont été conclus en application de l'article L. 1 du code du travail ont résolu des problèmes sur lesquels tous les gouvernements avaient buté, et auxquels personne ou presque n'osait plus s'attaquer.*

L'aspect le plus positif est la création de la rupture conventionnelle. C'est la principale innovation en matière de relations du travail de ces trente dernières années. Il faut d'ailleurs rendre hommage à la Cour de cassation d'avoir permis à cette réforme de déployer tous ses effets, car tout le monde cherchait la déjudiciarisation mais sans la trouver. D'autre part, quel est le Gouvernement qui se serait attaqué à la présomption irréfragable de représentativité des cinq organisations syndicales et à l'arrêt de 1966 ? Aucun, sauf à avoir une vocation pour le suicide politique ! Enfin, tous les gouvernements ont cherché, pendant vingt ans, à revenir sur un système de contrôle des licenciements collectifs qui, depuis l'abrogation de l'autorisation administrative de licenciement, ne donnait satisfaction à personne, ni aux entreprises, ni aux salariés, ni même aux juges ; et finalement, l'accord de sécurisation de l'emploi a refondu totalement le système.

Dans ce contexte, la question que je pose est une question qui m'est venue en écoutant M. Berger, qui distingue la démocratie sociale de la démocratie politique. Il a dit : « la négociation, c'est d'abord une conception du compromis, l'acceptation d'une confrontation et la recherche d'un compromis » ; c'est-à-dire que, très clairement, il faut admettre que les deux parties n'ont pas les mêmes positions, qu'il y a des points de divergence et que l'on doit chercher le compromis. Est-ce que la force de ce système ne résiderait pas dans la recherche de compromis, ce que la démocratie politique ne sait plus du tout faire aujourd'hui ? Et est-ce que l'atout de ce système ne serait pas de forcer les gens à chercher un compromis, c'est-à-dire à faire des concessions de part et d'autre pour, partant de propositions A et de propositions B, trouver une troisième voie, alors même que le système politique permet à une majorité, quelle qu'elle soit, d'imposer sa conception des choses ?

Pascale Fombeur

Merci pour cette question. Sur la recherche d'un compromis, M. Soubie et M. Lardy vont répondre.





Raymond Soubie

Je souhaiterais, comme acteur à l'époque, faire une première remarque, sur la présomption irréfragable de représentativité. Je peux vous confirmer que le Gouvernement était déterminé à faire passer l'abrogation de cette présomption irréfragable. D'ailleurs, il l'avait annoncé à tous les acteurs sociaux. Donc, même s'il n'y avait pas eu de position commune, il y aurait quand même eu cette mesure.

Ma seconde remarque est la suivante. Je suis entièrement d'accord pour dire que la loi du 31 janvier 2007 a permis de véritables avancées sur un certain nombre de sujets ; encore que ces avancées n'ont pas toujours été celles prévues par les gouvernements. Vous évoquez l'accord du 11 janvier 2008¹⁸⁵. Le document d'orientation préalable à la négociation couvrait un champ très vaste de réponses possibles, notamment sur les licenciements économiques. Or, ce qui s'est passé c'est que le MEDEF n'avait qu'un seul but qui était de faire accepter la séparation négociée. Il a donc abandonné tous les autres sujets – qui de ce fait n'ont pas été réformés – pour faire passer la séparation négociée, en se disant que, du point de vue des entreprises, c'était un changement profond, concret et, surtout, très attendu. Je pense que tant que l'on peut avancer par le compromis, c'est très bien, mais il ne faut pas parer le dialogue social des vertus qu'il ne peut pas avoir. Il a, certes, de très grandes vertus, et je suis un apôtre du dialogue social, mais il faut aussi en connaître les limites, surtout dans les périodes difficiles où se pose la question des contreparties pour les organisations syndicales. Car, comme le disait feu André Bergeron, quand il n'y a plus beaucoup de « grain à moudre », sinon pas de grain à moudre du tout, ce n'est pas facile de trouver des contreparties. D'ailleurs, les contreparties ou une partie des contreparties qui sont trouvées sont intellectuellement séduisantes, mais techniquement complexes. Je ne sais pas si vous voyez exactement ce que je vise... Dans ces conditions, il est difficile d'arriver à des accords équilibrés entre le côté patronal et le côté syndical.

Stéphane Lardy

Je rappelle que sur le sujet de la représentativité syndicale, il ne s'agissait pas d'un accord, mais d'une position commune et la différence de vocabulaire n'est pas anodine. C'est une position commune, justement pour ne pas prononcer le mot « accord », parce qu'il existait à l'époque le droit d'opposition majoritaire. Il n'y aurait pas eu d'accord, parce qu'il y aurait eu trois organisations qui se seraient opposées à l'accord. Bien sûr, ensuite, je pense que le législateur aurait fait passer cette mesure.

Quant à la question du compromis, il s'agit d'un véritable sujet. C'est un effort commun à mener, en se disant : « on n'est pas d'accord entre nous, mais dans cette négociation chacun doit avancer en direction de l'autre ». C'est cela le

185 Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail. Cet accord traite de thèmes variés : rupture du contrat de travail, gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, insertion professionnelle des jeunes, formation professionnelle tout au long de la vie et indemnisation du chômage.





compromis, parce que si chacun reste sur ses positions, tout se bloque. C'est comme des lignes parallèles qui tendraient vers un point donné sans jamais se rencontrer. La culture du compromis, c'est que chacun, à un moment donné, avance et s'aide sur un certain nombre de sujets en débat. Certes, ensuite, au-delà de l'indépendance syndicale, il y a l'aspect politique. Mais, en même temps, je pense que l'objet ou l'enjeu n'est pas le même parce que nous ne sommes pas porteurs de la souveraineté populaire. En revanche, la recherche du compromis dans un champ déterminé relève bien de notre compétence, parce que l'on a aussi une pratique syndicale avec le patronat sur ces questions-là.

Enfin, sur les questions de la loi, vous avez évoqué le portage salarial. On a signé l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, mais on n'a pas signé l'accord de branche. On n'a pas signé l'accord de branche, parce que dans l'accord de 2008, on s'était calé sur un type de contrat à durée déterminée (CDD), or ce fut un contrat à durée indéterminée (CDI). Le syndicat Force ouvrière a donc déposé une question prioritaire de constitutionnalité sur la loi du 25 juin 2008 codifiant le portage salarial¹⁸⁶, car ce ne sont pas les partenaires sociaux qui créent un CDI mais le législateur, et la loi n'était pas assez précise pour nous. Après, il y a eu le problème de l'ordonnance, mais sur le fond, on est très content parce que l'on estime avoir fait notre travail, même après avoir signé l'accord de 2008. En définitive, il ne faut donc pas s'empêcher d'agir si l'on pense être allé trop loin. Cela se gère, certes plus ou moins bien, et fait partie de l'action syndicale.

Pascale Fombeur

Merci. Je me tourne aussi vers M. Fatome pour répondre à la question sur un éventuel mouvement inverse.

Thomas Fatome

Je ne sais pas s'il faut opposer les manières de négocier de l'État à celles des partenaires sociaux, même si c'est tentant de le faire. En même temps, les paramètres de la sécurité sociale sur les prestations, le pilotage financier, ont toujours été, en réalité, assez largement entre les mains de l'État, a fortiori depuis 1996 et la loi de financement de la sécurité sociale¹⁸⁷. À côté, il existe des champs de la protection sociale qui demeurent de la responsabilité des partenaires sociaux et sur lesquels (cf. la négociation récente sur l'AGIRC-ARRCO) l'État se félicite de ne pas être en responsabilité compte tenu de la difficulté à se mettre d'accord sur ces dossiers. Les choses sont positionnées depuis longtemps de façon différente, et je crois que le vrai sujet, c'est ce qui se passe sur les conventions entre l'assurance maladie et les professionnels de santé, parce que c'est là où, finalement, les acteurs sont en responsabilité de négocier à la fois leurs conditions de travail, leurs tarifs et leur organisation du

186 V. CC, décision n° 2014-388, QPC du 11 avril 2014, *Confédération générale du travail Force ouvrière et autre* (censure partielle de l'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail).

187 La loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) est une catégorie de loi créée par la révision de la Constitution du 22 février 1996 qui vise à maîtriser les dépenses sociales et de santé.





système ; et l'on voit que sur les dix ou quinze dernières années, ces champs d'action ont eu plutôt tendance à s'étendre vers d'autres aspects comme la rémunération des professionnels, la performance, l'organisation/répartition sur le territoire, etc., même si l'on peut se dire que ça ne va pas encore assez loin. Là aussi, tout est affaire de compromis.

Question générale – Je me posais la question de savoir, en regardant outre-Rhin, si ce que l'on a appelé la « commission Hartz » et les « lois Hartz »¹⁸⁸ n'étaient pas finalement une alternative à notre système d'article L. 1 du code du travail ? Tout en soulignant que dans le cas allemand, et contrairement d'ailleurs à ce que pensent beaucoup de commentateurs, il n'y a pas eu de négociation sur la loi, mais une concertation sur la loi, même si au final c'est le Parlement allemand qui a voté.

Raymond Soubie

C'est un très bon exemple. L'Allemagne est toujours citée comme un exemple vertueux par un recours constant à la négociation collective dans le processus de réforme. Mais tout le dispositif mis en place à la suite des commissions Hartz l'a été par la volonté du chancelier Schroeder après concertation, mais sans négociation en Allemagne. Cela incite à la réflexion.

Pascale Fombeur

*Présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d'État,
présidente de la table ronde*

Nous sommes arrivés au terme de cette séance. Merci beaucoup à chacun des intervenants. Je laisse place à la quatrième table ronde qui fera intervenir un acteur supplémentaire dans ce jeu complexe de la négociation.

188 En août 2002, la commission Hartz a publié treize propositions qui ont ensuite été transformées en quatre lois pour la réforme du marché du travail : « Hartz I » et « Hartz II » qui sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2003, « Hartz III » qui est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2004, puis « Hartz IV » qui est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2005.





Quatrième table ronde

Fortune et infortune de l'accord

La quatrième et dernière table ronde examine la destinée de l'accord collectif.

Elle traite de l'application institutionnelle et juridique de l'accord en s'appuyant sur des exemples d'accords pleinement mis en œuvre ou, au contraire, à l'effectivité plus discutée. Elle met ainsi en évidence les conditions nécessaires à une permanence de l'accord collectif.

Sommaire

Présentation des intervenants	105
Actes.....	107
Échanges avec les participants	125







Présentation des intervenants

Président

Jean-Yves Frouin

Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Diplômé d'études supérieures en droit public, docteur en droit privé, Jean-Yves Frouin a commencé sa carrière dans la magistrature en 1982 au tribunal d'instance de Cholet. Après avoir présidé le tribunal de grande instance d'Argentan de 1989 à 1993, il a été nommé conseiller référendaire à la Cour de cassation. Il a été membre du Tribunal des conflits de 2000 à 2003, date à laquelle il est devenu conseiller à la cour d'appel de Poitiers (2003-2009). M. Frouin a réintégré la Cour de cassation en 2009. Il a également enseigné comme professeur associé à l'université de Tours, jusqu'en 2014. Il préside la chambre sociale depuis 2014. Sa thèse de doctorat porte sur le sujet : *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise.*

Intervenants

Annelore Coury

Inspectrice des affaires sociales, ancienne sous-directrice des relations individuelles et collectives du travail à la direction générale du travail

Diplômée de l'École supérieure des sciences économiques et commerciales (ESSEC) et de Sciences Po Paris, ancienne élève de l'ENA, Annelore Coury commence sa carrière à la direction de la sécurité sociale en 2000 comme chef du bureau des relations avec les professionnels de santé libéraux, puis comme rapporteur au Haut conseil de l'assurance maladie. Après avoir travaillé à l'Assistance publique-hôpitaux de Paris (AP-HP) comme responsable du département perspectives métiers et nouvelles organisations à la direction du développement des ressources humaines, elle rejoint à nouveau la direction de la sécurité sociale comme adjointe au sous-directeur en charge de la gestion et des systèmes d'information. Avant d'intégrer l'inspection générale des affaires sociales, elle a été en charge de 2009 à 2015 de la sous-direction des relations individuelles et collectives du travail à la direction générale du travail.

Marie-Sophie Desaulle

Ancienne directrice générale de l'ARS des Pays-de-la-Loire

Diplômée de Science Po Bordeaux et ancienne élève de l'École nationale de la santé publique, Marie-Sophie Desaulle a occupé plusieurs fonctions à l'Assistance publique-hôpitaux de Paris (AP-HP) : chef du bureau marchés et comptabilité à la direction des équipements (1986-1989), directrice adjointe chargée du personnel et de la communication à l'hôpital Paul-Brousse de Villejuif (1989-1991), directrice





de l'hôpital René Muret-Bigottini à Sevrans (1991-1996) et directrice de l'hôpital Antoine-Béclère à Clamart (1996-2001), chargée du projet gérontologique de l'AP-HP. En 2007, elle a été nommée directrice générale de l'Agence régionale de l'hospitalisation (ARH) de Poitou-Charentes. Elle a occupé cette responsabilité jusqu'en septembre 2009, date à laquelle a été désignée directrice préfiguratrice de l'ARS Pays-de-la-Loire puis directrice jusqu'en 2015. Parallèlement, elle a présidé de 2000 à 2007 l'Association des paralysés de France (APF) et, à ce titre, a été administratrice à la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne (FEHAP), et vice-présidente de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA). Elle est actuellement vice-présidente du Conseil d'administration du Centre national de gestion (CNG), membre du conseil d'administration de l'Institut national du cancer (INCa), membre du Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie (HCAAM) et présidente de l'association de Villepinte, qui gère douze établissements de service pour personnes en situation de handicap ou en difficulté sociale.

Jean-Patrick Gille

Vice-président de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale

Jean-Patrick Gille est député d'Indre-et-Loire depuis 2007. Détaché de la direction de la formation professionnelle du conseil régional du Centre, il est spécialiste des questions de formation et d'emploi, et s'intéresse à l'insertion sociale et professionnelle des jeunes. Il a créé la Mission locale de Touraine pour l'insertion des jeunes en 1996, l'École de la deuxième chance de Tours en 2003. Depuis 2009, il est président de l'Union nationale des missions locales. Comme parlementaire, il siège à la Commission des affaires sociales dont il est le vice-président, ainsi qu'à la commission des affaires européennes. Il est l'auteur, avec G. Cherpion, d'un rapport parlementaire sur la mise en œuvre de la loi du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels. Il est aussi le rapporteur de la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale. Il a rédigé un rapport parlementaire sur les conditions d'emploi dans les métiers artistiques remis en mars 2012. En juin 2014, le Premier ministre l'a nommé médiateur dans le conflit des intermittents, puis, avec H. Archambault et J.-D. Combexelle, membre de la mission de concertation visant à refonder le régime de l'intermittence. Le 7 janvier 2015, ils ont remis au Premier ministre leur rapport, base de l'article de la loi sur le dialogue social qui inscrit le régime de l'intermittence dans le code du travail.





Actes – Fortune et infortune de l'accord

Jean-Yves Frouin

Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

« Fortune et infortune de l'accord », tel est l'intitulé de cette dernière table ronde ; problématique essentielle, puisqu'il s'agit de savoir ce qu'il advient concrètement de l'accord une fois conclu et signé. La réponse à cette question permettra de déterminer si l'accord remplit effectivement sa fonction de régulation du social.

Avant toute chose, que faut-il comprendre par fortune et infortune de l'accord ? L'infortune de l'accord peut être, me semble-t-il, de trois ordres. Elle peut d'abord survenir *ab initio* : il ne se conclut pas ou peu d'accords dans tel champ déterminé où l'on avait espéré qu'il s'en conclue parce que l'accord paraissait correspondre à un besoin, ou qu'on a voulu le susciter mais les partenaires sociaux ne s'en sont pas emparés. Ou bien encore, c'est l'accord qui est conclu et signé mais qui est peu appliqué, soit qu'il ne réponde pas à un réel besoin, soit qu'il pose des problèmes d'application pour diverses raisons. C'est encore l'accord conclu et signé mais qui est l'objet de contestations multiples quant à sa régularité, sa validité ; ce qui, par conséquent, le fragilise. Dans tous ces cas, la conséquence est que l'accord ne remplit pas sa fonction de régulation du social.

La fortune de l'accord est la symétrique inverse : il s'agit d'un accord dont la régularité n'est pas véritablement discutée, qui répond à un besoin réel et couvre éventuellement un champ d'application assez large, qui est effectivement appliqué, et qui règle beaucoup de problèmes en suscitant peu de contentieux. De tels accords existent. Nous en connaissons tous. Il en a été fait mention durant ce colloque.

Qu'en est-il de l'accord en matière sociale ? Pour évoquer ce thème, j'ai l'honneur et le plaisir d'accueillir trois intervenants sur des champs différents, soit à raison de leurs expériences passées pour ce qui concerne Mme Coury et Mme Desaulle, soit à raison de sa position de parlementaire pour ce qui concerne M. Gille.

Mme Coury, inspectrice des affaires sociales, s'exprimera principalement en sa qualité d'ancienne sous-directrice des relations individuelles et collectives du travail à la direction générale du travail pour évoquer ce sujet, notamment sous le prisme des accords collectifs de travail dont elle a été une observatrice privilégiée et dans un contexte, celui d'aujourd'hui, où l'accord collectif de travail pourrait voir son rôle accru. Mme Desaulle, actuellement vice-présidente du conseil d'administration du centre national de gestion et présidente de l'association de Villepinte, s'exprimera en sa qualité d'ancienne directrice générale de l'ARH de Poitou-Charentes puis de l'ARS des pays de la Loire et, compte tenu de cette expérience, nous fera part de son point de vue sur le sujet de l'accord comme mode de régulation du social, à partir de la grille d'analyse que constituent plus spécialement les conventions dans le





domaine de la santé et l'utilisation de la méthode contractuelle dans ce domaine. Enfin, nous demanderons à M. Gille, député d'Indre-et-Loire et membre de la commission des affaires sociales dont il est le vice-président, également membre de la commission des affaires européennes, de nous faire part du point de vue du parlementaire sur la pertinence et l'opportunité du recours à l'accord en matière sociale, accord qui ne prend pas forcément la place de la loi mais qui est, malgré tout, souvent rédigé en alternative à la loi, même si le dernier mot peut rester à la loi. D'où un certain nombre d'interrogations : y a-t-il ou peut-il y avoir conflit de légitimité ? Est-il dans l'ordre des choses pour le législateur de déléguer le plus possible aux partenaires sociaux ? Comment l'intérêt général peut-il être perdu de vue par rapport à ce que serait l'œuvre du législateur dans la même hypothèse ? Tel sera le déroulement de cette séance.

Avant de donner la parole aux trois intervenants, je souhaiterais dire brièvement un mot sur le sujet de cette table ronde en ma qualité, si je puis dire, de juge social.

Il va de soi que, dans le contexte actuel de forte judiciarisation, l'accord conclu et signé peut être contesté au contentieux – et l'est assez souvent du reste – pour des raisons qui peuvent être de régularité formelle, de validité ou de licéité, ou encore d'interprétation. On le comprend bien, dès lors que la position infralégale de l'accord dans la hiérarchie des normes implique sa conformité aux normes supérieures, et notamment à la loi, ce qu'il incombe au juge de vérifier en cas de saisine. Mais, la conséquence est que la fortune de l'accord est assez largement tributaire de la position du juge ; et que celui-ci, en exerçant son office, va participer au moins indirectement à la fonction de régulation de l'accord, soit en le fragilisant, s'il exerce un contrôle strict et rigoureux de légalité, soit en le confortant, s'il exerce un contrôle assez souple.

Au regard de cette alternative, des arguments en sens contraire peuvent être avancés. On peut faire valoir qu'il est dans l'ordre juridique normal des choses que les accords collectifs, au même titre que d'autres sources de droit, soient rigoureusement conformes à la loi, c'est-à-dire aux dispositions légales formelles, aux normes internationales et européennes et aux règles prétorienne équivalentes à la loi, comme par exemple le principe d'égalité de traitement.

Mais, l'on peut également soutenir que, dans l'appréciation de leur légalité, le juge doit faire preuve d'une certaine souplesse, notamment en raison du fait que les accords collectifs sont l'expression de la démocratie sociale et disposent, à ce titre, d'une sorte de légitimité de principe. Qu'en est-il dans la pratique ?

Une première observation s'impose : la position du juge est neutre au regard de cette alternative. Il n'y a pas de posture du juge par rapport à l'accord, ni de conflit de légitimité entre le juge et les partenaires sociaux. On ne voit pas d'ailleurs pourquoi il y en aurait, puisque ces acteurs interviennent à des niveaux différents. Mais, ce qui est vrai c'est que l'on peut constater une certaine évolution dans la position du juge, qui s'explique sans doute par la place grandissante prise par la négociation collective parmi les sources du droit, des conditions d'adoption des accords et du changement des règles de représentativité. Traditionnellement, en





effet, le contrôle du juge sur les accords est extrêmement strict, et ne se distingue guère du contrôle exercé sur l'acte unilatéral, notamment de l'employeur, dans les rapports employeur-salariés.

C'est cette position qui avait conduit le juge, en 1998, à décider que la décision du chef d'entreprise doit être précédée de la consultation du comité d'entreprise, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme d'une négociation ou d'un accord d'entreprise, quand elle porte sur l'un des objets légalement soumis à l'avis du comité d'entreprise¹⁸⁹. Plus récemment, cette position a conduit le juge à décider dans un premier temps qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre acte unilatéral et accord pour l'application stricte du principe d'égalité de traitement. Sur le premier point, la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a mis un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation de 1998. Sur le second point, la jurisprudence a décidé d'un revirement par les arrêts du 27 janvier 2015¹⁹⁰, en s'appuyant sur la circonstance que les accords collectifs sont négociés et signés par des organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et des intérêts des salariés, et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote. Même si cette solution reste pour l'instant limitée à son objet, elle peut être le signe d'un certain assouplissement dans l'appréciation judiciaire de la légalité des accords collectifs.

Pour autant, cela ne signifie pas que seront tolérées des violations de la légalité par voie d'accord collectif, comme par exemple dans le cas d'une disposition conventionnelle méconnaissant l'interdiction des discriminations ou les exigences légales – on pense au forfait jour. Cela signifie plutôt que, dans l'hypothèse où il existe une marge d'appréciation pour le juge, celui-ci pourrait se montrer plus souple, plus ouvert ou plus tolérant pour un accord collectif que pour une décision unilatérale. Ce qui serait de nature à conforter les accords collectifs conclus et signés. Enfin, pour les conforter plus encore, il conviendrait, comme cela est suggéré dans le rapport Combrexelle, que la contestation par voie d'action directe des accords soit enfermée dans un délai prédéterminé.

Certes, il subsistera toujours des contentieux importants ou délicats sur l'interprétation des accords si une culture de la négociation ne se substitue pas à la culture du conflit qui préside, toujours assez largement, au dialogue social et qui est source de rédaction parfois très obscure dans le contenu des accords signés et donc source de contentieux. Sur ce point, la disposition de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, qui ouvre la possibilité de saisir pour avis la formation de la Cour de cassation à l'effet d'interpréter les accords collectifs, peut être un élément de solution ; mais à lui seul il ne suffira pas.

Je donne maintenant la parole à Mme Coury, qui s'exprimera principalement à partir de sa position d'observatrice des accords collectifs de travail, relativement au point de savoir si, dans la pratique, les accords dans leur application remplissent leur fonction de mode de régulation du social.

189 C. Cass., ch. soc., 5 mai 1998, n° 96-13498.

190 C. Cass., ch. soc., 27 janvier 2015, n° 13-22179, 13-14773 et 13-14908.





Annelore Coury

Inspectrice des affaires sociales, ancienne sous-directrice des relations individuelles et collectives du travail à la direction générale du travail

Avant d'aborder la fortune et l'infortune de l'accord dans leur mise en œuvre concrète, je souhaiterais vous présenter quelques éléments quantitatifs sur la fortune de l'accord comme outil de régulation. Aujourd'hui, nous disposons d'un taux de couverture conventionnelle qui couvre plus de quinze millions trois cents mille salariés avec plus de trente-six mille accords d'entreprise signés annuellement. Cela signifie que l'on est passé d'une couverture conventionnelle dans les années 1970 d'environ 75 % des salariés employés dans les établissements de plus de dix salariés à une couverture quasi-totale. Pour le ministère du travail, c'est un point très important, puisqu'il s'est beaucoup impliqué au cours du temps pour élargir le champ conventionnel, sachant qu'au départ les secteurs relativement mal couverts étaient souvent dans le tertiaire et concernaient des activités récemment créées ou développées. Par exemple, s'agissant des services à la personne, il existe depuis des années un soutien de l'État très important à la structuration de ce type de secteur.

Au-delà de ces éléments quantitatifs, il est vrai que la direction générale du travail a souvent un point de vue plus qualitatif sur la fortune et l'infortune des accords sous l'angle de l'extension – puisque nous lisons l'ensemble des accords pour lesquels il y a une demande en ce sens –, et aussi sous l'angle des commissions mixtes paritaires – fonction quelque peu originale au sein de l'État. En effet, la direction générale du travail anime un réseau de présidents de commissions mixtes paritaires qui sont des facilitateurs de la négociation dans environ quatre-vingt dix commissions mixtes paritaires. L'État mobilise ainsi des moyens pour favoriser la négociation au niveau des branches et suivre *de facto* la mise en œuvre des accords négociés. Il doit être noté que ce ne sont pas toujours les mêmes commissions mixtes paritaires qui sont sollicitées, l'État n'intervenant généralement que lorsqu'il y a des difficultés, ou lorsqu'il s'agit de sujets particulièrement importants ou d'intérêt général, comme par exemple, là encore, dans le cas des services à la personne.

1. La légitimité des signataires

De manière concrète, la fortune de l'accord va fortement dépendre de la légitimité de ses signataires. Il s'agit là d'un aspect qui a déjà été abordé par les intervenants précédents et qui renvoie aux deux réformes de la représentativité, d'abord syndicale de 2008¹⁹¹, puis patronale de 2014 prévue pour entrer en vigueur en 2017¹⁹².

À cet égard, il est intéressant de noter que l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, négocié sans que les résultats de la représentativité des syndicats

191 Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

192 Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.





soit connue – le ministère ne disposant pas non plus à l'époque des résultats de la mesure – avait conduit à un procès en légitimité jusqu'à la publication des résultats. Dans certaines branches, la publication en 2013 des arrêtés de représentativité a aussi pu renforcer certains accords en objectivant le poids des signataires et a facilité la mise en œuvre de certains accords parfois très critiqués jusqu'alors.

Dans les entreprises, le rapport publié en 2013 sur la représentativité¹⁹³ montre qu'il y a eu un léger resserrement du nombre d'organisations syndicales dans les entreprises, suite à la réforme de ladite représentativité. Les directeurs des ressources humaines étaient, au départ, relativement inquiets de cet effet de la réforme qui perturbait leurs habitudes de négociation en diminuant le nombre de signataires ou en modifiant leur poids ; mais, une fois cette difficulté dépassée, ils se sont révélés très largement convaincus de l'intérêt de la réforme pour légitimer l'accord qu'ils avaient passé. C'est la raison pour laquelle il est aujourd'hui possible de s'interroger sur un passage éventuel à l'accord majoritaire à 50 % pour certains types d'accords.

En revanche, côté patronal, la réforme reste à être menée à son terme.

Actuellement, il existe plus de mille organisations patronales dans les branches. C'est un chiffre d'autant plus important que celles-ci ont des logiques de représentation très différentes. Des accords, dès leur signature, peuvent être contestés, parfois très vigoureusement, au motif que leur signataire n'est pas considéré comme suffisamment représentatif des entreprises du secteur concerné. Je pense, par exemple, à des accords sur la désignation des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA)¹⁹⁴ dans certains secteurs, qui ont été fortement contestés dès le départ et ont conduit les opposants à l'accord à questionner la légitimité du signataire. De telles contestations nuisent grandement non seulement à l'accord, qui généralement n'est pas mis en œuvre, ou alors tardivement, mais aussi aux négociations en cours ou à venir.

Cette question de la légitimité des organisations patronales est particulièrement sensible parce qu'elle renvoie également, comme on peut le voir dans certaines branches – à l'image de celle des transports où existent de nombreuses organisations patronales –, à un problème d'atteinte à la concurrence posé par l'accord. Les opposants à l'accord considèrent alors que l'organisation patronale qui a signé ledit accord l'a fait en toute connaissance de cause, aux fins de fragiliser les entreprises qui ne lui sont pas adhérentes, voire de façon calculée pour s'assurer un surcroît de représentativité.

2. La signature de l'accord dans de bonnes conditions

Un deuxième aspect conditionnant la bonne fortune de l'accord est lié à la capacité des signataires à signer des accords dans de bonnes conditions. Dans les branches on s'aperçoit parfois rapidement que certains accords ne seront pas appliqués,

¹⁹³ *Rapport sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant*, ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, décembre 2013.

¹⁹⁴ Structures assurant la gestion du financement de la formation professionnelle continue dans le secteur privé.





notamment parce que les entreprises font remonter à l'organisation patronale que l'accord pose un certain nombre de difficultés : généralement, il coûte plus cher à mettre en œuvre que ce qui avait été anticipé. Cela pose la question de l'information dont disposent aujourd'hui les branches et les organisations patronales et syndicales lorsqu'elles négocient, avec, en arrière plan, la façon dont ces dernières suivent l'accord. Dans de nombreuses branches, il n'existe pas d'observatoire de branche alors que c'est une obligation posée par le code du travail. De même, beaucoup de branches n'ont pas les moyens d'élaborer des rapports de branches présentant, de manière objectivée, les enjeux économiques et sociaux du secteur. Au final, des accords bien que signés ne seront pas appliqués, parce que les partenaires sociaux se rendent compte a posteriori que ce qui a été négocié peut générer des effets économiques ou sociaux pervers imprévus.

Il est intéressant de noter qu'au niveau national interprofessionnel, en avril 2014, au moment de l'évaluation des accords nationaux interprofessionnels de 2008 et de 2013, les partenaires sociaux nationaux interprofessionnels se sont félicités de la démarche d'évaluation mise en œuvre à cette occasion. Certains ont même fait valoir qu'il serait intéressant qu'il y ait des études d'impact préalables à la négociation nationale interprofessionnelle qui soient formellement réalisées. En effet, aujourd'hui, c'est l'État qui a l'obligation d'élaborer ces études d'impact ; mais *a posteriori*, au moment de la transposition de l'accord ou plus généralement de la rédaction des textes réglementaires. Derrière cette démarche, se pose la question de l'équilibre, de la manière de travailler, entre l'État et les partenaires sociaux qui n'ont pas toujours les moyens d'avoir les données statistiques qui leur sont nécessaires pour évaluer les conséquences de certaines négociations.

3. La lisibilité de l'accord

Un point qui a été abordé plusieurs fois lors des précédentes tables rondes concerne également la question de la lisibilité de l'accord, lisibilité qui participe de sa bonne fortune. C'est un aspect auquel la direction générale du travail est particulièrement sensible parce qu'à la lecture des mille accords de branches annuels il apparaît que, dans certains cas, tout n'est pas clair pour un lecteur extérieur à la négociation ! C'est un sujet régulièrement abordé avec les partenaires sociaux, notamment au sein de la commission nationale de la négociation collective qui donne un avis au ministre lors de l'extension. Il est ainsi recommandé aux négociateurs d'expliquer, en quelques lignes, la finalité de leur négociation. Cette proposition a d'ailleurs été reprise dans le rapport Combrexelle¹⁹⁵.

Mais, au-delà de leur finalité, la question de la lisibilité du contenu même des accords est très importante. Il y a des accords, par exemple dans le secteur de l'esthétique, où certaines dispositions n'ont pas été mises en œuvre parce que les entreprises et les salariés ne les comprenaient pas ! Dans un tout autre secteur, l'État a, par exemple, refusé d'étendre un accord portant sur la classification des métiers exercés par les salariés employés par un particulier employeur au titre de l'absence d'intelligibilité de cet accord. Pourtant, cet accord sur la classification des métiers conditionnait l'entrée en vigueur d'un accord salarial très important

¹⁹⁵ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au Premier ministre, septembre 2015.





pour ce secteur. Mais, l'accord comportait une classification, certainement élaborée à partir de travaux très techniques plus adaptés à des directeurs de ressources humaines expérimentés que pour positionner les emplois des salariés des particuliers employeurs les uns par rapport aux autres. L'État était inquiet de la manière dont un tel accord allait pouvoir être approprié et mis en œuvre, par exemple par des personnes âgées employant ce type de salariés, eux-mêmes très peu familiers avec le droit du travail ; et les partenaires sociaux ont renégocié leur accord.

Les difficultés liées à la plus ou moins grande lisibilité des accords se conjuguent également avec celles liées à l'interprétation des accords, notamment quand ces derniers sont plus anciens. Les commissions d'interprétation des accords sont prévues par le code du travail. Mais, dans l'ensemble, ce sont des commissions peu utilisées notamment parce que leurs conditions de saisine ne sont pas toujours bien connues, et qu'elles peuvent ne pas toujours aboutir à un avis ou à un accord de révision. Les commissions paritaires de validation des accords dérogatoires d'entreprise, issues de la loi du 20 août 2008 sur la représentativité, présentent à peu près la même problématique. Il s'y ajoute la crainte des partenaires sociaux, membres de telles commissions, de voir leur responsabilité juridique engagée à terme par une entreprise, en cas de contentieux, suite à l'application d'un accord collectif validé éventuellement tacitement par la commission paritaire de validation et comportant des dispositions jugées illégales. Les commissions d'interprétation sont donc assez peu utilisées et suscitent des difficultés, ce qui devrait amener à réfléchir à la façon dont on pourrait les renforcer.

Enfin, la bonne fortune d'un accord et sa lisibilité lors de sa mise en œuvre concrète dépendent aussi des conditions de son extension. Cette extension participe de la bonne fortune de l'accord, sauf en cas de refus d'extension – ce qui dans l'ensemble est assez rare. En revanche, certaines clauses des accords peuvent être frappées d'exclusion en raison de leur illégalité ou faire l'objet de réserves d'interprétation.

Pour avoir un ordre d'idée, en 2014, sur huit cent quatre-vingt textes étendus par le ministère du travail, quarante-six ont fait l'objet d'appels à l'attention, soixante-dix-huit ont fait l'objet de réserves et trente-sept ont fait l'objet d'exclusions partielles. Dans ces conditions il peut être difficile pour les salariés, comme pour les petites entreprises, d'être informés de ces réserves et exclusions partielles, ou de savoir comment les interpréter et les mettre en œuvre dans la durée, sachant qu'il s'agit de mécanismes juridiques souvent assez délicats.

4. La capacité des accords à évoluer

L'analyse de la fortune de l'accord dans le temps passe par sa capacité à évoluer. À la suite de la loi du 20 août 2008, le ministère du travail a étudié ce point avec une attention toute particulière, car l'une de ses inquiétudes était de savoir si le changement des règles de validité des accords, règles nouvelles qui se conjugaient avec les règles antérieures liées à la signature des accords, n'allait pas empêcher, finalement, les accords d'être révisés pour s'adapter aux réalités économiques et sociales de l'entreprise et du secteur.





Les bilans de la négociation collective réalisés par le ministère se sont attachés à étudier ce point : 96 % des textes conventionnels sont des accords venant généralement en complément d'une convention ou des avenants. Au niveau des entreprises, environ 20 % des accords sont en fait des avenants, avec une proportion d'accords de dénonciation assez faible, de l'ordre de 0,5 %. Ces proportions sont stables dans le temps et les nouvelles règles de représentativité ne semblent pas avoir bouleversé la capacité des accords à vivre ou à évoluer, même si une mission a été confiée au professeur Cesaro pour sécuriser et faciliter les conditions de révision des accords collectifs¹⁹⁶. Dans la même optique, le ministère du travail considère qu'il est également important de systématiser les « *clauses de revoyure* », qui ne sont pas toujours prévues dans les accords d'entreprise ou de branches. Or, c'est vraiment un élément important pour éviter les accords dormants, garantir leur suivi et faciliter leur évolution.

5. La restructuration des branches professionnelles

Enfin, la capacité des accords à évoluer pose la question de la structuration des branches conventionnelles. Il existe, en effet, de nombreux cas dans lesquels des textes conventionnels ne « vivent » pas. En 2013, sur les cent quatre-vingt-six branches pour lesquelles le ministère et les partenaires sociaux doutaient de la réalité de leur vie conventionnelle, cent cinquante-sept n'avaient pas déposé d'accord depuis plus de vingt ans auprès du ministère du travail ! Et sur ces cent cinquante-sept branches, soixante-quinze comptaient moins de onze suffrages valablement exprimés au titre de la mesure de la représentativité.

La structuration des branches actuelle résulte d'une construction historique qui n'a pas toujours su évoluer pour des raisons propres aux différents secteurs. Dans ce contexte, l'enjeu de leur restructuration est donc crucial. D'ailleurs, M. Quinqueton rendra au mois de décembre un rapport sur ce sujet extrêmement délicat¹⁹⁷ qui aura des effets non seulement sur les conventions collectives mais aussi sur la mesure de la représentativité, notamment patronale.

Concrètement, plus la restructuration des branches conduira à des champs élargis, plus il sera compliqué pour certaines organisations représentant un secteur restreint d'entreprises d'être représentatives. Mais, au-delà des craintes des organisations, notamment patronales, quant à leur représentativité, celles des organisations syndicales, qui anticipent d'éventuelles négociations moins-disantes qui pourraient être engagées concernant des textes existants susceptibles d'être revus entièrement, ne sont pas moins fortes. Ces craintes expliquent en grande partie les difficultés rencontrées lors des restructurations de branches.

196 Jean-François Cesaro, *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail*, rapport au ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, janvier 2016.

197 Patrick Quinqueton, *Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles*, rapport au ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, décembre 2015.





À titre d'exemple, une opération de restructuration emblématique a été menée, à partir de 2005 et jusqu'en 2012, dans le secteur du spectacle, pour passer de vingt conventions et quarante-sept accords dont certains ne couvraient pas des aspects essentiels à la protection des salariés à... neuf textes conventionnels dont le contenu reste cependant encore limité pour certains. Pour une telle opération, plus de cinq cents réunions ont été nécessaires au niveau de l'État pour animer et faire avancer le dialogue sur le sujet ! Une telle opération a nécessité des moyens importants de l'État et surtout des partenaires sociaux. Il nous faut désormais trouver le moyen d'aller beaucoup plus vite dans le sens de la restructuration des branches, pour permettre à ce niveau de négociation de produire ses effets de manière plus efficace.

Cette restructuration est d'autant plus importante qu'en raison de l'élargissement de la couverture conventionnelle, la fortune de certains accords peut être mise à mal en raison d'un nombre croissant de difficultés liées à des chevauchements de champs économiques et professionnels entre conventions collectives.

Des accords signés par certaines branches peuvent être immédiatement contestés par d'autres branches au motif qu'ils empiètent sur leur activité économique. Dans un tel contexte, l'État doit alors trancher avant l'extension pour éviter tout chevauchement d'activité. C'est ainsi que l'État a dû, au terme d'un débat particulièrement long, déterminer si la réparation des vélos relevait du secteur automobile (les garagistes) ou du secteur des loisirs, alors même qu'il n'est pas nécessairement le mieux placé pour prendre ce type de décision. Il faut donc espérer qu'à travers la restructuration des branches ce type de question sera traité en amont pour éviter toute difficulté ultérieure sur les futurs accords.

Enfin, en conclusion, et de manière plus générale, je souhaiterais insister sur la nécessité, pour garantir la bonne fortune de l'accord, de stabiliser autant que possible la norme concernant les obligations de négocier. Les bilans de la négociation collective soulignent l'existence de pics de négociations conventionnelles selon les sujets. La négociation imposée de certains types d'accords selon un calendrier déterminé et avec un contenu normé, mais évolutif, est à l'origine de ces fluctuations. Or, les partenaires sociaux ne manquent pas d'exprimer très largement leurs difficultés quand ils doivent ainsi renégocier des accords difficiles et importants suite à une modification des textes, et ce alors qu'ils ne l'avaient pas nécessairement prévu à leur agenda.

Jean-Yves Frouin

*Président de la chambre sociale de la Cour de cassation,
président de la table ronde*

Merci beaucoup pour cet exposé très dense et très complet. Je donne la parole à Mme Desaulle, qui va aborder la même question à partir d'une grille d'analyse différente, concernant surtout les conventions relatives à la santé et l'utilisation de la méthode contractuelle dans le domaine de la santé.





Marie-Sophie Desaulle

Ancienne directrice générale de l'ARS des Pays-de-la-Loire

Mon intervention se centrera sur le sujet santé tout en développant un point de vue territorial, et même de dynamique régionale, car je ne suis pas dans l'organisation de l'accord au plan national, mais je suis plutôt celle qui subit l'accord, ou du moins qui doit le mettre en œuvre ou qui doit travailler avec un accord qui se prend au niveau national.

Cependant, je précise, en tant que directrice d'agence régionale d'hospitalisation puis d'agence régionale de santé, que je suis aussi dans une logique de construction d'accord, et donc de conclusion d'accord avec des opérateurs de santé, quels qu'ils soient, qui peuvent être des regroupements de professionnels de santé, des établissements de santé ou des établissements médico-sociaux. J'ai ainsi la chance d'avoir une double vision autour de la fortune et de l'infortune de l'accord.

En remarque liminaire, je souhaiterais revenir sur la question de l'organisation du secteur de la santé. Il s'agit d'un secteur assez cloisonné qui voit l'existence de certains types d'accords conclus avec des professionnels de santé libéraux, de certains autres types d'accords conclus avec des opérateurs du champ du soin, et d'autres encore conclus avec les opérateurs en responsabilité du champ médico-social, champ qui concerne l'accompagnement des personnes âgées et des personnes en situation de handicap.

Nous avons donc un cloisonnement des dynamiques d'accords, alors même que nous avons une ambition commune qui est une ambition de régulation. Or, dans la logique de la régulation, il faut toujours se remettre dans la disposition d'esprit que l'on régule parce que l'on est responsable de la réponse que l'on apporte aux usagers. Nous ne sommes donc pas, dans le secteur santé, dans un accord entre professionnels dans le champ du social, mais plutôt dans un accord qui a un impact sur la qualité de la réponse que l'on apporte à la population de manière générale. Cela donne sans doute un aspect un peu particulier à l'esprit de l'accord et à l'ambition de régulation, notamment autour de la question de la soutenabilité des dépenses de santé.

Je pense que cette ambition de régulation influence la logique de l'accord, et explique aussi parfois ce qui en fait sa réussite ou en détermine ses limites.

Si je reviens au plan régional et à la pratique de l'accord, et si je m'arrête tout d'abord dans le champ du secteur des professions libérales, que voyons-nous ? Les agences régionales de santé ont été concernées par deux négociations au niveau national : la négociation en 2012, dénommée « *avenant n° 8* », autour de la limitation des dépassements d'honoraires par les professionnels de santé¹⁹⁸, et l'approbation du règlement arbitral applicable aux structures de santé pluri-

¹⁹⁸ L'avenant n° 8 à la convention médicale signé le 25 octobre 2012 (J.O. du 7 décembre 2012) a pour objectif principal d'améliorer l'accès aux soins par la mise en œuvre de plusieurs dispositifs. Il figure en annexe de l'arrêté du 29 novembre 2012 portant approbation de l'avenant n° 8 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011.





professionnelles de proximité qui, signé le 23 février 2015, se substitue à l'accord conventionnel interprofessionnel qui n'avait pas abouti¹⁹⁹. Dans ce contexte, quel est l'impact de ces deux accords pour une agence régionale de santé ?

Une des logiques que l'on retrouve systématiquement est la question du volontariat de chaque professionnel ou de chaque groupe de professionnel. Concrètement, cela implique pour les acteurs locaux – agence régionale de santé, caisses primaires d'assurance maladie – d'aller trouver des volontaires pour donner vie à l'accord. Par exemple, concernant l'avenant n° 8 à propos des dépassements d'honoraires, le nombre de volontaires nécessaires pour que l'avenant n° 8 puisse être mis en œuvre avait été chiffré.

Il y a donc dans les territoires des actions d'influence ou de pressions menées par des groupes d'intérêts, afin de trouver suffisamment de volontaires pour faire vivre l'accord. La même chose se retrouve sur la question du règlement arbitral autour des structures de santé pluri-professionnelles de proximité. Pour que cela puisse se mettre en place, il est nécessaire qu'un travail de persuasion soit réalisé par les acteurs territoriaux, et qu'ensuite des structures volontaires acceptent de signer des contrats. Ces actions apportent des réponses aux usagers, et présentent un vrai intérêt en termes de régulation. Mais, là aussi, l'adhésion des professionnels de santé est minimale. Le travail se fait en aval de l'accord pour essayer de faire bouger un peu les lignes.

La dynamique territoriale consiste à accompagner les professionnels de santé pour qu'ils appliquent les accords et qu'ils leur donnent vie. C'est un premier élément, qui n'est pas simple à mettre en œuvre pour les acteurs régionaux. Le deuxième élément, dans le cadre de ces deux accords trouvés au plan national, c'est qu'il y a, à chaque fois, un retour sur le territoire. Une prise de conscience au niveau national est donc nécessaire pour affirmer que ce n'est pas au niveau national que la question peut être traitée et résolue, ne serait-ce que parce que les territoires sont extraordinairement différents. Par exemple, la question des dépassements d'honoraires ne se pose pas de la même manière à Paris et dans la Mayenne, les professionnels ne vont donc pas être mobilisés de façon identique.

C'est la même chose pour les regroupements interprofessionnels. Il est en effet plus simple de travailler sur des regroupements interprofessionnels dans des territoires où existent des problèmes de départ de professionnels libéraux avec la nécessité de maintenir une offre de santé, que dans des villes à forte densité de médecins généralistes et plus globalement de professionnels libéraux. À un moment donné, l'acteur territorial va être amené, au-delà de l'accord national, à conclure des accords avec les acteurs locaux sans finalement réellement de dynamique nationale, mais en s'appuyant sur les attentes des professionnels de santé. De sorte que l'on finit par conclure des accords en dehors des accords nationaux, ou en avance sur des accords nationaux.

199 V. l'arrêté du 23 février 2015 portant approbation du règlement arbitral applicable aux structures de santé pluri-professionnelles de proximité. L'entrée en vigueur, le 27 février 2015, dudit règlement arbitral est venue entériner la pérennisation des nouveaux modes de rémunération des professionnels de santé libéraux exerçant en équipe.





Nous avons été ainsi amenés à signer, avant même le règlement arbitral, un contrat avec les maisons de santé pluri-professionnelles. Un forfait de coordination a été donné aux professionnels de santé dès lors qu'ils mettaient en place une réponse de type santé communautaire pour répondre aux besoins de la population du territoire. Des objectifs de qualité du suivi de la population ont été fixés, ainsi que des objectifs pour les agences régionales d'accompagnement de ces professionnels pour les aider à mettre en place cette réponse indispensable à la population. Concrètement, cela signifie les aider pour l'aménagement des locaux, pour l'aide juridique pour monter le regroupement, pour la mise en place de leurs systèmes d'information, etc. Cela a été possible parce que nous avons une responsabilité de régulation du système, et donc de maintien d'une offre de proximité pour la population. Il y a des accords au niveau local avec les professionnels libéraux que l'on n'aurait sans doute pas pu conclure à travers une discussion nationale.

Qu'en est-il du secteur des opérateurs de santé (établissements de santé et établissements médico-sociaux) ? Ce qui caractérise ce secteur, c'est le contrat. C'est un domaine d'une très grande complexité, car l'on se retrouve avec de multiples contrats qui, en outre, n'ont pas la même temporalité. En parallèle de ces contrats, continuent à vivre des logiques d'autorisation et de certification. On peut considérer que vivent en parallèle l'autorisation d'activité pour un établissement, une certification de la qualité de la réponse qu'il apporte et, par ailleurs, les multiples contrats qu'il va être amené à passer avec l'agence régionale de santé. Tout ceci engendre une lourdeur administrative pour les établissements et pour les autorités en charge de passer ces contrats. En soi, la lourdeur n'est pas une difficulté, si ce n'est qu'elle impose une mobilisation de ressources humaines dont on ne dispose pas forcément, mais, en plus, cela a un impact sur la régulation du système car la réactivité que l'on peut avoir en fonction de l'évolution du progrès médical et des besoins d'une population reste très limitée.

Par exemple, si l'on considère à un moment donné qu'il y a un service de médecine, ou le plus souvent un service de chirurgie, qui n'a plus de valeur ajoutée dans le territoire, voire qui peut poser des problèmes en termes de qualité – en chirurgie le nombre d'actes a un impact sur la qualité de la réponse –, et que l'on souhaite transformer ce service, disons, en un service de soins de suite et de réadaptation – où il y a de réels besoins –, comment faire ? Cela suppose, d'abord, de faire évoluer un projet régional de santé qui fixe les autorisations établissement par établissement, ce qui prend au minimum un an ; ensuite, il faut faire évoluer l'autorisation pour la structure, dossier très compliqué à remplir pour les établissements, qui prend encore six mois. Au total, dix-huit mois sont nécessaires pour pouvoir adapter l'offre à la réalité des besoins de la population, sans parler du pouvoir de conviction qu'il faut développer vis-à-vis des élus locaux pour les persuader de l'intérêt de cette évolution. Dans ce contexte, si l'on veut avancer, il faut alors redonner une place centrale au contrat et simplifier le reste du dispositif.

Toujours au sujet de la problématique de l'accord pour les professionnels libéraux et pour les établissements de santé, on assiste aujourd'hui à un développement voulu de l'accord entre professionnels de santé et opérateurs de santé sur une dynamique territoriale. Ce n'est plus seulement de l'interprofessionnel, c'est





également de l'inter-structure. La population étant de plus en plus affectée par des pathologies chroniques, par la dépendance liée à l'âge et par la perte d'autonomie, les malades vont être amenés à avoir un parcours itératif entre les professionnels de ville et les établissements de santé et médico-sociaux. Si l'on veut que ces différentes structures coopèrent, il est nécessaire d'avoir des contrats sur la réponse à apporter à un territoire donné. Il y a également sur ces questions-là le sujet de la soutenabilité des dépenses, puisque l'on sait aujourd'hui que le parcours des malades n'est, ni lisible, ni efficace au regard des dépenses de santé. C'est pour cela qu'il y a des contrats locaux de santé, qui sont aussi des accords avec les élus et avec les collectivités territoriales, et qu'il y a un contrat territorial qui est prévu dans le projet de loi de modernisation de la santé²⁰⁰.

Pour conclure, il convient de s'interroger sur ce qui fait la valeur ajoutée de l'accord et ce qui le caractérise. Tout d'abord il y a, à la base de l'accord, un diagnostic partagé et la détermination d'objectifs adaptés à la réalité des professionnels ou des structures. Ensuite, le contrat permet à la fois une individualisation de l'accord, parce que l'on ne peut pas demander la même chose à tous les acteurs, ainsi qu'une prise en compte de la dynamique territoriale. Enfin, le contrat permet une objectivation par des indicateurs chiffrés permettant de mesurer le chemin parcouru et de relancer ensuite la négociation sur ce qui est désormais attendu.

Quelles sont les limites ou les difficultés d'une telle approche ? On l'a beaucoup évoqué dans ce colloque : il s'agit du fameux « *grain à moudre* ».

Dans le contrat, on parle d'objectifs et de moyens. Or, si l'on sait assez bien fixer les objectifs, en revanche, les moyens restent limités. Ainsi existe-t-il une relation déséquilibrée dans ce contrat. L'autre difficulté, en raison du caractère national de la politique, est l'existence d'obligations venant de l'État sur des thèmes imposés au contrat, voire de résultats imposés au contrat, comme par exemple le taux de chirurgie ambulatoire d'un établissement de santé. *In fine*, la capacité à négocier est d'autant plus faible que les chiffres ont été d'ores et déjà fixés par l'État. Cela pose la question de fond de l'articulation entre la politique nationale et la politique territoriale. Il y a du sens à avoir une politique nationale, mais elle ne peut pas s'appliquer de façon équivalente à tous les territoires.

La dernière limite concerne la question de la sanction en cas de non respect du contrat. Aujourd'hui, dans les contrats tels qu'ils sont signés, du moins les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens ou les contrats avec les professionnels de santé dans les maisons de santé pluri-professionnelles, il n'y a pas ou très peu de sanction en cas de non respect. Cette situation est d'autant plus anormale que l'on a forcément, à un moment donné, une interrogation sur la réalité de ce qui passe. En même temps, quand on évalue les contrats – ce que l'on fait régulièrement dans les territoires –, l'on se rend compte que, même si certains objectifs ne sont pas atteints, il y a toujours un progrès. Si l'accord a pour objectif d'adapter un système de santé et de prendre en compte les réalités territoriales, au final, ce qui compte, c'est le chemin parcouru. Et, en cela, je pense que l'on peut dire qu'il y a toujours une fortune à l'accord.

200 Devenu la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.





Jean-Yves Frouin

*Président de la chambre sociale de la Cour de cassation,
président de la table ronde*

Merci beaucoup pour cet exposé très éclairant sur l'extrême diversité des accords dans le domaine de la santé, et leur imbrication avec tous les problèmes que cela pose. Je donne la parole à M. Gille, qui va nous faire part de sa réaction quant à la part croissante prise par l'accord dans la gestion de la chose publique. Est-ce une bonne chose ? Se sent-il dépossédé ? Quel est son sentiment par rapport à l'accord comme mode de régulation du social à la place, en plus, ou à côté du législateur ?

Jean-Patrick Gille

Vice-président de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale

Je souhaiterais témoigner de notre action et des problèmes que cela pose, et vous livrer un témoignage de praticien, parlementaire de la commission des affaires sociales. Je suis sans doute atypique par rapport à mes collègues, car je suis aussi président d'une branche de l'économie sociale et solidaire. Mais je suis également, pour reprendre l'expression de M. Lardy, un enfant de la formation professionnelle, pour qui l'accord préexiste à la loi. Cette culture n'est pas commune à l'ensemble des secteurs et des parlementaires. On notera aussi qu'il existe une sorte d'aller-retour entre l'accord et la loi : à peine a-t-on publié la loi que l'on commence à penser à la façon dont on pourrait... améliorer l'accord.

Le sujet principal des parlementaires est l'articulation entre la loi et l'accord, mais je pense qu'à terme, la question est la répartition entre ce qui relève de la norme et ce qui relève du compromis ; ce qui n'est pas tout à fait la même chose, parce que dans le compromis, il y a l'idée d'une dynamique. Comme législateur, je suis favorable et je défends l'article L. 1 du code du travail. Quelqu'un a évoqué précédemment le fait, qui m'a surpris, qu'il n'encourait pas les foudres du Conseil constitutionnel. C'est une bonne nouvelle ! Cependant, je considère que pour le législateur, une concertation préalable obligatoire et un tant soit peu encadrée est une avancée et non pas une régression.

Ensuite, plusieurs questions se posent sur la mise en œuvre : la première, c'est la marge de manœuvre des parlementaires dans la transposition de l'accord. L'article L. 1 précise qu'il y a une consultation obligatoire, mais pas que les parlementaires doivent se soumettre totalement à l'accord. C'est donc une question politique. Je me rappelle en 2008-2009 de François Chérèque qui disait, devant le groupe socialiste, qu'il considérait que les parlementaires ne devaient rien changer. Je trouve cela excessif, et la CFDT elle-même a évolué sur ce point. La marge de manœuvre est étroite politiquement parce que les enjeux politiques, pour un gouvernement qui propose un accord, sont importants. C'est une manière de « *se défiler tout en tirant les ficelles dans les coulisses* » – étant entendu que je respecte tout à fait les partenaires sociaux et je peux attester qu'ils jouent leur rôle. Il y a là un jeu d'acteur très subtil.





Mais, d'un certain point de vue, les parlementaires peuvent aussi refuser une partie d'un accord. J'ai le souvenir, très particulier, de l'accord sur la représentativité syndicale où, à partir de l'article 18, la majorité d'alors avait détricoté les trente-cinq heures. Le Gouvernement s'autorise donc parfois, à travers ses parlementaires, des modifications importantes qui peuvent se concevoir politiquement. Après, je pense qu'il y a un vrai travail de transposition parce que, comme l'a dit avec franchise M. Lardy, l'accord n'écrit pas une loi. Même s'il y a un certain professionnalisme chez les partenaires sociaux qui connaissent le droit, il arrive qu'au bout de la nuit certaines écritures ne correspondent pas aux concepts du droit et de la loi. Il s'agit donc d'un vrai métier de codification et de transposition.

Il y a aussi la question des points d'ambiguïté ou de compromis quand, au petit matin, on finit par trouver un accord. C'est l'instant où les parlementaires récupèrent en quelque sorte leurs prérogatives et se préparent à valider ou pas certains choix. Parfois, peut-être par manque de courage, il arrive que nous transposions l'ambiguïté en la renvoyant au domaine réglementaire. Se posent alors d'autres questions qui n'ont pas été évoquées : est-ce qu'un accord signé par une seule organisation syndicale représente, pour les parlementaires, la même obligation qu'un accord unanime ?

En théorie, l'on n'a pas vraiment de réponse, mais en pratique l'on en tient compte. Si l'accord est unanime, la marge de manœuvre parlementaire est très étroite bien que, comme l'a fait remarquer M. Soubie, cela pose beaucoup moins de problèmes. De surcroît, est-on autorisé à discuter avec les organisations signataires ? La réponse est oui. En tout cas pour ce qui me concerne, car j'ai toujours travaillé comme cela. Pour autant, l'on doit garder l'équilibre de l'accord. Et c'est encore plus compliqué quand vous êtes dans l'opposition, parce que vous êtes à la fois loyal à l'égard de l'accord – si vous êtes dans une position comme la mienne qui est de respecter et de défendre la démocratie sociale et de l'articuler avec la démocratie politique – et, en même temps, vous vous dites que sur ce sujet le Gouvernement a quelque peu tordu le bras des partenaires sociaux, et que ce qui est proposé n'est pas acceptable.

Enfin, il y a un élément que l'on n'a pas considéré, c'est le fait que l'on est obligé de tenir compte des organisations qui n'ont pas signé l'accord. Surtout lorsque celles-ci peuvent s'accorder sur certains points de l'accord, voire réclamer de participer à sa mise en place. C'est le cas, par exemple, au sujet du compte personnel de formation qui, malgré un large consensus, n'a pas été signé par tout le monde. Ceci pour préciser – au risque de surprendre – que, souvent, pour les parlementaires, la difficulté n'est pas tant avec les partenaires sociaux, avec lesquels on a un dialogue constant, qu'avec le Gouvernement. D'ailleurs, dès que ce dernier souhaite faire accepter un projet, le ministre demande à sa majorité et à l'opposition de ne pas aller à l'encontre de l'accord, même si, de temps en temps, le ministre lui-même ne s'interdit pas d'y apporter quelques modifications. Tout cela produit parfois des débats un peu brouillons.

Un autre sujet qui se pose aux parlementaires est celui de l'extension, car un accord représente beaucoup de monde parmi les organisations syndicales et patronales, sans toutefois représenter tout le monde.





Par exemple, le compte personnel de formation est censé s'adresser à toute la population active²⁰¹, voire à tous ceux qui entreront rapidement dans ladite population active, couvrant un total d'environ quarante millions de personnes potentielles. Or, les personnes qui ont préparé l'accord national interprofessionnel sur ce sujet ne représentent que quelque seize millions de salariés, puisqu'il n'y a pas les fonctionnaires et le « hors-champ » (monde agricole, professions libérales, économie sociale et solidaire, etc.). Le Parlement a donc un rôle particulier, et se doit de reprendre ce travail pour le porter à une forme d'universalité à travers la loi. Je prends cet exemple car l'on dit que le compte personnel de formation est *universel*. Or, il n'a été négocié que par une partie des représentants du monde salarial, et n'est toujours pas universel car aucune négociation n'a eu lieu sur son application aux fonctionnaires ou aux professions libérales.

Nous avons donc, en tant que parlementaires, essayé d'améliorer cela, puisque dans la même loi l'on a introduit l'obligation de consulter, de temps en temps, les représentants du « hors-champ », soit environ quatre à cinq millions de personnes. En même temps, l'on a considéré ne pas pouvoir les mettre tout à fait au même niveau pour ne pas risquer de déstabiliser le système. L'on a donc introduit l'idée qu'il fallait des concertations dans la concertation. C'est une manière de dire que tout cela est en évolution.

J'en viens maintenant à des questions institutionnelles que l'on résume souvent sous le vocable de « *paritarisme de gestion* ». Je fais partie des personnes qui défendent le paritarisme. On a d'ailleurs à l'Assemblée une mission d'information sur ce sujet.

L'exemple du paritarisme en France, c'est l'Unedic ou les retraites complémentaires. Mais, en même temps, on se rend compte que l'on a à faire à un paritarisme encadré. On n'imagine pas qu'il n'y ait pas quelques appels téléphoniques du conseiller social de Matignon, et que les ministères ne s'y intéressent pas. Ce qui n'empêche pas les problèmes quant à la négociation de l'accord – je pense, par exemple, à la question de l'intermittence où tout le monde n'était pas autour de la table. Au-delà de la difficulté technique du sujet, cela ne pouvait que dysfonctionner, car ceux à qui s'appliquaient les décisions considéraient que ceux qui prenaient les décisions ne les avaient pas consultés. Quant aux employeurs du secteur, ils n'étaient pas du tout dans la négociation.

Dans ce contexte, il nous a paru que ce n'était pas l'accord qui devait modifier la loi, mais que la loi devait venir modifier, un peu, l'accord ou, à tout le moins, la manière de négocier l'accord. Tout cela n'est pas évident parce qu'ici l'on a, par la loi, intimé l'ordre aux partenaires sociaux de changer le mode de la négociation. En même temps, il arrive que le Conseil d'État fasse remarquer aux partenaires sociaux qu'ils ont... quelque peu outrepassé leurs droits.

D'une manière générale, cependant, je n'ai pas l'impression que l'on soit dans un conflit d'intérêts entre le Parlement et les partenaires sociaux. Je pense même que l'on a appris à travailler ensemble, en amont. Cela nécessite de notre part de suivre

201 Par définition, la population active regroupe les personnes en emploi et les chômeurs.





les négociations ; ce qui est parfois très frustrant, car le Gouvernement qui les suit est écouté, tandis que les parlementaires sont mis à l'écart et interviennent à un moment tardif ! Mais l'on essaye quand même de suivre tout cela pour améliorer nos interventions.

Sur les autres formes de paritarisme, nous avons le sentiment d'une étatisation du social. Le dialogue est pour nous presque uniquement réalisé avec le Gouvernement, et cela a tendance à produire, avec les partenaires sociaux, une espèce de tripartisme généralisé. Il nous semble, également, qu'il n'existe pas de réelle autonomie de l'accord, mais plutôt une articulation entre l'accord et la mise en place de normes plus ou moins inspirées par le Gouvernement et les parlementaires.

Ce que l'on a décrit dans ce colloque est assez encadré : il y a le document d'orientation, les partenaires sociaux qui négocient, les parlementaires qui transposent, et l'État qui reprend le tout à travers la réglementation. Mais l'on a parfois des surprises, et il n'est pas toujours facile pour les parlementaires de suivre. Nous sommes, en effet, dans un système de parlementarisme raisonné, voire très raisonné. Pour parodier le philosophe Emmanuel Kant, je dirais qu'un accord sans loi est vide, mais qu'une loi sans accord est aveugle. C'est un peu comme cela que notre système fonctionne. Et, en tant que parlementaires, nous ressentons dans la sphère sociale une poussée de l'appareil d'État avec sa volonté de contrôle.

Pour conclure, j'aborderai un dernier point. Il existe un autre type d'action qui commence à voir le jour et fait entrer un nouvel interlocuteur dans les discussions : la région. C'est ce que l'on pourrait appeler le *quadripartisme*.

Dans les dernières négociations, il y a la discussion avec les partenaires sociaux, qui est ensuite reprise dans une discussion quadripartite avec l'État, les partenaires sociaux, et les régions. À cet égard, je me dois de préciser que, pour ce genre de négociation, nous avons mis en place un mode de régulation spécifique. Dans l'éternel débat sur le choix du pilote, nous avons choisi de ne pas choisir pour mettre en place, dans les régions, ce que l'on appelle les « *conférences quadripartites* » (État, régions et partenaires sociaux), qui n'ont qu'un an d'existence mais qui permettent que chacun borne un peu les autres tout en ne perdant pas sa compétence sur l'argent qu'il est censé gérer directement. Il y a là quelque chose de nouveau, qui nécessite d'être suivi.

Enfin, en réponse à certaines interrogations, je souhaiterais préciser les éléments suivants. Sur la question de la pertinence du recours à l'accord, je suis plutôt convaincu ; sur le conflit de légitimité, je pense qu'en réalité, on est avant tout dans un dialogue avec les partenaires sociaux, et s'il y a conflit c'est ensuite avec le juge ; sur la délégation aux partenaires sociaux, il me semble qu'elle est de plus en plus pensée en termes de complémentarité et de subsidiarité ; enfin, sur la perte de vue de l'intérêt général, je pense que ce n'est jamais le cas puisque l'on arrive à trouver un accord.





Le résultat final montre qu'il y a une reconnaissance du travail accompli par tous les partenaires parties à l'accord du fait, justement, qu'il y a accord. Et il ne faut pas oublier que dans le temps de la fabrication de l'accord, il y a bien sûr le temps de la négociation, mais aussi le temps de la reprise (validation) par le Parlement qui, en principe, est porteur de l'intérêt général. Ensuite, on peut toujours développer de grandes discussions philosophiques autour de la pensée dialectique de l'accord, mais dans la représentation des institutions et du grand public, l'approche méthodologique actuelle qui a fait ses preuves continue de fonctionner et d'être appréciée comme telle, et cela est une bonne chose.

Jean-Yves Frouin

*Président de la chambre sociale de la Cour de cassation,
président de la table ronde*

Merci M. Gille de nous avoir livré votre vision parlementaire de manière très directe et très franche. Je donne maintenant la parole à la salle sur cette question de la fortune et de l'infortune de l'accord.





Échanges avec les participants

Question générale – On a évoqué la fortune et l'infortune de l'accord. Ne faudrait-il pas plutôt parler de l'infortune de la direction générale du travail au regard des nouvelles règles – énoncées notamment dans le rapport Combrexelle –, et de l'évolution du code du travail qui comprendrait une deuxième partie sous l'acronyme ACTES²⁰² exposé dans le rapport Combrexelle ? Quant au rôle de la direction générale du travail, que va-t-il advenir dans l'appréciation des accords ? Et l'on pourrait même parler de l'infortune de la commission des affaires sociales ou du Parlement, dans la mesure où l'on donne la main aux partenaires sociaux, que ce soit au niveau de l'entreprise ou au niveau de la branche. Dans ce contexte, que reste-t-il de l'encadrement législatif au niveau du Parlement et du rôle de l'administration centrale dans l'appréciation des futurs accords ?

Annelore Coury

Je suppose que M. Combrexelle reviendra peut-être là-dessus. Vous avez lu dans le rapport que la question de l'extension a été posée et que la commission Combrexelle y a répondu positivement. L'extension continue d'avoir tout son sens et doit être maintenue, notamment si les propositions de la commission sont mises en œuvre, pour s'assurer que les propositions d'accords respectent l'ordre public social. De même, si les accords de branche prévoient des dispositions supplétives s'appliquant en l'absence d'accord d'entreprise, il paraît nécessaire de maintenir un contrôle de légalité à ce niveau.

Question générale – Je souhaiterais intervenir sur les infortunes de l'accord et les extensions. En ce qui concerne l'extension des accords de branche, il y a donc un contrôle de légalité de l'accord au moment de l'extension avec des exclusions et des réserves. Mme Coury a précisé comment sont informées les entreprises de ces exclusions et de ces réserves. Mais un autre problème se pose : une fois le contrôle de légalité effectué par le ministère du travail, un second contrôle est réalisé par le juge judiciaire alors que les entreprises et les salariés ont fait confiance à cet accord qui avait subi un premier contrôle de légalité, et ensuite certaines dispositions de cet accord peuvent être annulées – cela nous est arrivé dans la branche de la métallurgie – par le juge judiciaire. Cela pose problème. Que faire après l'annulation d'un accord qui a été appliqué pendant plusieurs années ?

202 Accords sur les conditions de travail, le temps de travail, l'emploi et les salaires (ACTES). Pour modifier le code du travail, le rapport Combrexelle retient un scénario dynamique. Selon ce dernier, les problématiques nouvelles des relations du travail (responsabilité sociale des entreprises, économie digitale, etc.) seraient, en priorité, traitées par la négociation. Pour les autres pans du droit du travail qui concernent les ACTES, il faudrait clarifier les champs de l'ordre public (principes fondamentaux commun à tous les salariés) et de la négociation.





Annelore Coury

La sécurité juridique des accords a été également une question largement abordée lors des travaux de la commission présidée par M. Combrexelle, il est proposé d'encadrer dans le temps les conditions de recours judiciaire contre les accords collectifs pour les sécuriser.

Question générale – *On a évoqué le problème de la restructuration des branches, qui sont pléthoriques. Imaginons demain, à la suite du rapport Combrexelle, qu'un mouvement s'enclenche pour opérer une véritable restructuration des branches. Pourrait-on alors envisager un dispositif par lequel les branches seraient définies par arrêté ministériel, après concertation des partenaires sociaux ? Et, en ce cas, ne pourrait-on pas imaginer de supprimer les procédures d'extension des conventions de branche, ce qui supprimerait la vérification de validité des accords par le juge qui intervient pour faire son propre contrôle ?*

Jean-Patrick Gille

C'est peut-être un peu provocant comme proposition. Je pense que l'on pourrait faire des choses plus simples comme, par exemple, dire qu'il n'y a pas de branche à moins de dix mille salariés, en s'inspirant de la réforme des OPCA²⁰³. Peut-être peut-on essayer de faire la même chose dans les branches ? On a toujours les yeux rivés sur la limite des cinq mille salariés²⁰⁴, mais si l'on fixait la limite à dix mille salariés cela créerait tout de suite un mot d'ordre mobilisateur.

203 Les organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) sont des structures assurant la gestion du financement de la formation professionnelle continue dans le secteur privé. Depuis 2009, date de la principale réforme du secteur, le nombre d'OPCA est passé de quatre-vingt seize à vingt. De nombreux regroupements ont eu lieu et les missions de ces nouveaux OPCA se sont en parallèle étoffées. La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale prévoit d'étendre encore leur domaine d'intervention.

204 Il y a actuellement plus de six cent quatre-vingt branches, dont seulement deux cent quatre-vingt environ emploient plus de cinq mille salariés (V. sur ce point le rapport au Premier ministre de J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, la documentation Française, avril 2009). On notera que l'article 29 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale donne au ministère du travail les moyens d'engager cette restructuration des branches, déjà prévue par la conférence sociale de 2012.





Séance de Clôture

Jean-Denis Combrexelle

Président de la section sociale du Conseil d'État

Licencié en droit, Jean-Denis Combrexelle a été directeur général du travail au ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social de 2006 à 2014, après avoir été directeur des relations du travail au ministère de l'emploi et de la solidarité entre 2001 et 2006. Initialement, Jean-Denis Combrexelle a commencé sa carrière au ministère de l'industrie. En 1982, il rejoint le corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : conseiller au tribunal administratif de Lyon jusqu'en 1989, puis référendaire à la Cour de justice des communautés européennes ; en 1993, Jean-Denis Combrexelle est affecté au tribunal administratif de Paris. En 1994, il rejoint le Conseil d'État où il a notamment été commissaire du Gouvernement à la section du contentieux de 1995 à 1999. En 2000, il est nommé directeur adjoint des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice, avant de rejoindre le ministère de l'emploi et de la solidarité. Il préside la section sociale du Conseil d'État depuis novembre 2014.

En remarque liminaire, je précise que lorsqu'il a été question de choisir le thème de ce colloque, le point de départ n'était pas, comme on pourrait le penser de prime abord, le travail et l'emploi, mais une *expérience* que l'on avait connue à la section sociale du Conseil d'État avec M. Tabuteau, rapporteur du projet de loi santé. À l'occasion de l'examen par le Conseil d'État dudit projet de loi, M. Tabuteau avait produit un croquis montrant, avec de multiples flèches, tous les renvois qui se faisaient en matière d'accords. Non pas des accords avec les partenaires sociaux, mais des accords entre les partenaires sociaux et l'État (ou les ARS) et entre les différentes instances compétentes. Ceci, pour expliquer que la place de l'accord dans le social concerne l'entier domaine du social, c'est-à-dire l'emploi, le travail, mais aussi, et selon des modalités différentes, les questions de sécurité sociale et de santé.

Ma deuxième remarque, pour reprendre l'expression du professeur Antonmattei, a trait au « *fabuleux destin* » de l'année 2015, qui du point de vue de la petite histoire du social a été une année particulièrement riche en événements. Celle-ci, en effet, a commencé avec les arrêts de la Cour de cassation du 27 janvier 2015 – sur lesquels j'aurai l'occasion de revenir –, s'est poursuivie par toute une série de rapports et de livres sur le sujet en juin et à l'automne 2015, et a également été l'objet d'événements concernant notamment la société Air France et même les médecins et la médecine libérale. L'année 2015 montre donc particulièrement bien les aspects, les enjeux et les difficultés du dialogue social.





J'ajouterai, en écho à la tonalité de l'ensemble des débats de ce colloque, qu'une vision réaliste, concrète et pratique du dialogue social et des accords doit prévaloir. Or, dans le cadre de cette vision, trois questions se posent : pourquoi, comment, et où va-t-on en matière d'accords ?

1. Pourquoi recourir aux accords comme mode de régulation du social ?

Sans doute, parce que la société a atteint un tel degré de complexité et de diversité qu'il devient de plus en plus difficile d'établir des règles courtes, compréhensibles par tous, qui aient du sens pour les citoyens, et qui soient capables de réguler l'ensemble des situations. D'une certaine façon, les constituants de 1958 ont fait preuve d'une grande sagesse quand ils ont rédigé l'article 34 de la Constitution pour dire que la loi devait se borner à fixer les principes fondamentaux, notamment ceux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. La loi ne peut véritablement bien remplir sa mission, et répondre à ce à quoi elle est destinée, que lorsqu'elle se borne à fixer ces grands principes. De ce fait, l'accord collectif répond à cette exigence de complémentarité de la loi. Dans ce contexte, il ne s'agit évidemment pas de supprimer la loi. En réalité, ce qui est en cause, c'est un équilibre entre la loi et l'accord. Il faut donc réfléchir à cet équilibre, car plus la société devient complexe et diverse, et plus le rôle de l'accord devient important.

Le deuxième point, comme l'a expliqué le professeur Ray, c'est qu'il fut un temps où l'accord avait pour objet de répondre à un souci de répartition des fruits de la croissance ; c'était l'époque où, selon l'expression de feu l'ancien secrétaire général de Force ouvrière²⁰⁵, il existait du « *grain à moudre* ». Or, aujourd'hui, la question qui est posée aux accords est de savoir si ceux-ci peuvent être aussi un levier d'accompagnement des mutations économiques et, plus largement encore, un levier des performances économique et sociale. Un des enjeux de l'accord est donc sa capacité à être ce levier de performance. Cela a d'ailleurs été rappelé lors de la mise en place de la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi²⁰⁶, alors même que de nombreuses voix s'élevaient pour dire qu'il n'y aurait jamais d'accords en matière de plans de sauvegarde de l'emploi²⁰⁷. Or, ce que l'on constate, c'est qu'une part très importante des plans de sauvegarde de l'emploi sont négociés. On peut donc considérer qu'il est préférable d'avoir des plans de sauvegarde de l'emploi qui soient négociés plutôt que purement et simplement unilatéraux. Cet exemple montre, si l'on en doutait encore, que lorsque l'accord peut être un facteur d'accompagnement des mutations économiques, la réponse des partenaires sociaux au niveau local est positive.

205 André Bergeron (1922-2014), secrétaire général de Force ouvrière de 1963 à 1989.

206 La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi transpose l'accord national interprofessionnel (ANI) sur la sécurisation de l'emploi, conclu le 11 janvier 2013 par les partenaires sociaux.

207 Le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), anciennement dénommé plan social (loi n° 89-549 du 2 août 1989 modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion), est un dispositif mis en œuvre par l'employeur lorsque l'entreprise connaît des difficultés économiques impliquant des licenciements économiques collectifs. Sa mise en place nécessite la consultation du comité d'entreprise ou la signature d'un accord d'entreprise majoritaire et doit être validée par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE).





Enfin, toujours en réponse à la question du pourquoi, l'accord est aussi une façon de sortir du corporatisme. J'ai parfois entendu, dans certaines enceintes, que la nouvelle législation en matière d'accords était une forme de néo-corporatisme. J'ai la naïveté de penser, d'aucuns diront la conviction, que ce n'est pas du néo-corporatisme, mais que le compromis et la négociation permettent, au contraire, d'atteindre une forme d'intérêt général ou, en tout cas, d'y contribuer.

2. Après, il y a le « comment ».

Cet aspect a été longuement évoqué par les intervenants précédents. Il y a le jeu des acteurs, dont celui des syndicats qui s'interrogent pour savoir s'ils doivent être aidés lors de la négociation ou si, ce faisant, on ne risque pas de les affaiblir ? Derrière cette question du jeu des acteurs, il y a notamment la place que l'on souhaite donner aux référendums dans l'entreprise. On ne peut pas bâtir un système qui donne plus de place au dialogue social si, d'un autre côté, on affaiblit les syndicats en recourant sans précaution et sans encadrement au référendum à la seule main de l'entreprise. Une autre question importante, au niveau du jeu des acteurs, concerne les entreprises. Là aussi, sur ce sujet, beaucoup a été dit. On a tendance à évoquer les difficultés du côté des syndicats, mais il y a aussi des difficultés du côté des entreprises, de leur organisation et de la structuration des branches. Enfin, quand on parle du jeu des acteurs, la question posée doit tenir compte de ce qui se passe au niveau local. Le dialogue social territorial est un niveau qu'il ne faut pas oublier.

Il faut également mentionner la question de la culture, car le dialogue social, pour l'extérieur, apparaît souvent comme une boîte noire. On utilise les mots : loyauté, confiance, humilité, temps, compromis, etc. Ce sont des mots qui ne parlent pas forcément aux personnes étrangères à la négociation. Pourtant, ce sont des mots essentiels dans le déroulé concret et pratique d'une négociation. Une négociation ne réussit que si des hommes et des femmes réunis autour d'une table se mettent d'accord. Bien sûr, il y a des questions et des implications juridiques, mais il ne faut pas oublier qu'une négociation suppose, avant tout, de la loyauté et de la confiance ; aspects fondamentaux qui lui permettront de prospérer.

Ensuite, il y a l'État dont on évoque souvent le rôle à la fois ambigu, contesté et essentiel dans un pays comme la France. À l'interface entre la négociation et le politique, il y a l'article L. 1 du code du travail. La rédaction de cet article est volontairement souple et non procédurale, ce qu'a voulu la loi du 31 janvier 2007²⁰⁸. Cet article joue un rôle important à l'intérieur des administrations et des ministères, et dans les rapports entre ceux-ci et les partenaires sociaux, ceci sous le regard attentif de la section sociale et de l'Assemblée générale du Conseil d'État. S'y ajoute un rôle d'accompagnement des partenaires sociaux par les services de l'État et notamment du ministère du travail. L'accompagnement de l'État est, en effet, essentiel pour les partenaires sociaux qui, dans la plupart des cas, sont demandeurs de cette intervention étatique. Mme Coury y a fait allusion en évoquant les réunions nombreuses des commissions mixtes paritaires pour réaliser ce travail commun.

²⁰⁸ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.





Enfin, il y a le juge judiciaire ou administratif. Il y a deux postures pour le juge : une première posture qui consiste à dire que l'accord collectif est apparenté à un acte unilatéral auquel on applique le même type de contrôle juridictionnel ; et une seconde approche qui consiste à dire que, compte tenu des conditions dans lesquelles un accord collectif est négocié, le contrôle du juge doit être sensiblement différent. En aucun cas il ne s'agit de sortir l'accord du contrôle du juge. C'est dans cette deuxième approche que se situent les arrêts de la Cour de cassation du 27 janvier 2015, qui sont des arrêts importants et innovants pour une articulation efficace entre le juge et les accords collectifs, dans un contexte de judiciarisation croissante des accords²⁰⁹.

3. Où va-t-on ?

Quand on étudie la situation des pays développés, notamment les pays de l'Union européenne, on note trois modes de régulation : la loi mode de régulation unilatéral, le contrat de travail avec un contrôle très important du juge, et l'accord collectif. Ces trois modes de régulation sont utilisés dans tous les pays, aucun n'écartant l'un par rapport aux deux autres. La différence d'utilisation réside dans la pondération. Certains pays donnent plus de place au contrat de travail (par exemple, le Royaume-Uni), tandis que d'autres donnent plus de place à la loi, ou à l'accord collectif (par exemple, la France). Le professeur Ray y a fait allusion dans son intervention : on est en France dans une situation paradoxale. En effet, le droit social français s'est construit sur l'idée que le cadre collectif était la garantie la plus adaptée à la fois aux exigences de l'entreprise et à celles du salarié. Or, actuellement, l'on perçoit un certain nombre de contestations, qui font valoir le fait que la défense du salarié passerait par la supériorité du contrat de travail sur l'accord collectif. La question reste donc posée de la pondération de ces différents modes de régulation du social : quel poids donner à chacune de ces trois tendances ? Comme on ne peut plus aller dans un colloque sans employer ou sans entendre les mots d'« *ubérisation* » ou de « *digitalisation* », je pense qu'en ce moment la principale interrogation est due au fait que certains médias, certains commentateurs et chroniqueurs considèrent que les modes collectifs seraient amenés à disparaître avec ces formes de changements rapides des rapports de forces réalisés grâce au numérique.

Or, je fais partie de ceux qui pensent que, sans écarter le contrat de travail, sans écarter la loi, la régulation, même réalisée de façon plus technique, doit continuer à se faire par les voies de l'accord collectif. Et le sentiment que l'on a, c'est que si ce choix-là est un choix politique, il ne dépend pas du seul Gouvernement. Il s'agit d'un choix de société, autrement dit, qui dépendra de ce que feront et de ce que diront les syndicats, les organisations professionnelles, les juges, les médias, etc. Il y a donc un très fort enjeu de société qui ne dépend d'aucun texte officiel contraignant (loi, décret, etc.). Ce choix, reflet du projet collectif d'un pays, dépend de l'ensemble des acteurs de la société ; et en disant cela je crois retraduire à grand trait la tonalité générale des débats de ce colloque.

209 Par trois arrêts rendus le 27 janvier 2015, la chambre sociale de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en énonçant que les « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs (...) sont présumées justifiées* » (C. Cass., ch. soc., 27 janvier 2015, n° 13-22179, 13-14773 et 13-14908).





Annexes







Bibliographie indicative

Ouvrages

Amghar (Y.-G.), Bourdais (J.-F.), Dupays (S.), Laloue (F.), Léost (H.), Moleux (M.), Penaud (P.), *Politiques sociales*, Presses de Sciences Po & Dalloz, 2014.

Béliier (G.) et Legrand (H.-J.), *La négociation collective en entreprise*, Liaisons, 4^{ème} édition, 2012.

Borgetto (M.), Dupeyroux (J.-J.), Lafore (R.), *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2011.

Cette (G.) et Barthélémy (J.), *Réformer le droit du travail*, éd. Odile Jacob, 2015.

Laude (A.), Mathieu (B.), Tabuteau (D.), *Droit de la santé*, Thémis, 2012.

Lyon-Caen (A.), Badinter (R.), *Le travail et la loi*, éd. Fayard, 2015.

Ray (J.-E.), *Droit du travail, Droit vivant*, éd. Wolters Kluwer, 25^{ème} édition, septembre 2016.

Rayssiguier (A.), Jégu (J.), Laforcade (M.) dir., *Politiques sociales et de santé. Comprendre et agir*, Presses de l'EHESP, 2^{ème} édition, 2012.

Teysié (B.), *Droit du travail – Relations collectives*, LexisNexis, 9^{ème} édition, 2014.

Rapports

Combrexelle (J.-D.), *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au Premier ministre, septembre 2015.

Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Le contrat en droit social, 2008.

Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, *La négociation collective sur l'égalité professionnelle dans les entreprises de 50 à 300 salariés en 2012 et 2013*, décembre 2014.

Cour des comptes, *Rapport annuel sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, « Chapitre VIII : les conventions avec les professions libérales de santé : répondre aux besoins des patients, mieux assurer l'efficacité de la dépense », septembre 2014.

Cour des comptes, *Garantir l'avenir des retraites complémentaires des salariés (Agirc et Arrco)*, décembre 2014.





Cour des comptes, *Rapport annuel sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, « Chapitre V : vingt ans de recomposition territoriale de l'offre des soins : un bilan décevant », septembre 2015.

de Virville (M.), *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, janvier 2004.

DGT-DARES, *La négociation collective en 2014*, Rapport & Bilans, mai 2015.

France stratégie, *Quelle France dans dix ans ?*, rapport au président de la République, juin 2014.

Hadas-Label (R.), *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, rapport au Premier ministre, mai 2006.

Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social : priorité à la négociation d'entreprise*, septembre 2015.

Luttringer (J.-M.), *La formation professionnelle : objet et enjeu de la négociation collective*, juillet 2004.

Poisson (J.-F.), *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, avril 2009.

Seillier (B.), *Formation professionnelle : le droit de savoir*, rapport du Sénat, juillet 2007.

Articles

Dutheillet de Lamothe (O.), « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014.

Lafore (R.), « Le contrat dans la protection sociale », *Dr. Soc.*, 2003, p. 105 et suiv.

Laroque (M.), « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA*, 2003, p. 976 et suiv.

Teyssié (B.), « Réforme du droit du travail : le pari conventionnel », *La Semaine juridique*, 6 octobre 2015, n° 41.

Ray (J.-M.), « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014.





Le développement de l'accord dans le social

(source : Conseil d'État, section sociale).

Historiquement, la France s'est longtemps distinguée par une place prépondérante de la loi dans le secteur social au détriment de la négociation collective. Tout en rappelant ce point de départ, le Conseil d'État a souligné, dans son rapport public de 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, la montée en puissance du contrat dans le droit français, en particulier dans le domaine social. Alors que le droit du travail est aujourd'hui largement déterminé par la négociation collective, le contrat prend une place grandissante dans d'autres champs, comme celui de l'organisation de la sécurité sociale.

La logique contractuelle n'a cessé, d'une part, de s'étendre à de nouveaux aspects de l'organisation sanitaire et sociale, d'autre part, de se renforcer dans les secteurs où elle était déjà présente. Des accords nationaux interprofessionnels (ANI) en matière d'assurance-chômage aux accords en matière de relations de travail et de formation professionnelle, en passant par les conventions médicales et les nouvelles formes de contractualisation avec les établissements de santé, l'accord s'affirme aujourd'hui comme un mode de régulation du social tout aussi important que la loi avec laquelle il est en interaction continue.

Si la négociation collective a connu une grande expansion, la place de l'accord reste encadrée. Elle l'est, à la base, par la loi qui définit les domaines dans lesquels la négociation collective est autorisée à se déployer. Pour prendre un exemple, la loi a fortement délégué la problématique du temps de travail à la négociation collective, tout en fixant comme limite l'interdiction de déroger à la durée légale du travail de 35 heures. Ce contrôle est également exercé par l'État par son pouvoir d'agrément qui peut être un préalable nécessaire à l'entrée en vigueur d'un accord négocié entre les partenaires sociaux. Enfin, le juge lui-même peut être saisi de la conformité d'un accord à certains principes supérieurs et l'écartier au motif qu'il y serait contraire. Dernièrement, le Conseil d'État a ainsi jugé illégal le mode de calcul du différé d'indemnisation de l'actuelle convention Unedic, obligeant les partenaires sociaux à renégocier le dispositif.

Dans ses contours actuels, l'accord irrigue les relations de l'ensemble des acteurs du social entre eux au point de constituer un véritable « *maillage contractuel* ». Différentes configurations contractuelles coexistent. L'accord est le plus souvent un mode de coproduction de la norme entre les partenaires sociaux qui ont à leur charge la régulation de certains secteurs comme les retraites complémentaires et l'assurance-chômage.

Dans certains cas, comme pour les conventions médicales, l'accord réunit un organisme de sécurité sociale et des organisations professionnelles autour de la table des négociations. Il arrive encore que l'accord régisse les relations entre l'État et un organisme de sécurité sociale à l'image des conventions d'objectif et de gestion (COG) négociées entre l'État et l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS).





L'accord dispose d'atouts importants. D'une part, il présente l'intérêt d'associer les différents acteurs impliqués dans la construction de l'action publique et, ce faisant, d'assurer une meilleure application de la norme. Les relations contractuelles entre les établissements de santé sont ainsi susceptibles de faciliter la conduite de restructurations en permettant aux acteurs de construire ensemble une vision commune de ce que devrait être l'offre de soins sur le territoire. D'autre part, le champ du social a atteint un tel degré de diversité et de complexité que la négociation collective apparaît, souvent, comme un mode de régulation plus souple et adapté que la loi.

Cependant, force est de constater que l'accord est en proie à des difficultés et à des critiques. S'il a été question, en 1979, de fusionner le système paritaire de gestion de l'assurance-chômage avec le dispositif d'assistance, afin de mettre fin aux lacunes des deux dispositifs, qui laissaient une part importante de chômeurs sans indemnisation²¹⁰, le système est revenu à la norme par l'ordonnance n° 84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et portant modification du code du travail, encore en vigueur aujourd'hui. Les conventions d'exercice professionnel sont, pour leur part, regardées par certains comme insuffisamment efficaces pour apporter une réponse aux inégalités territoriales dans l'offre de soins ou dans le développement des dépassements d'honoraires. Enfin, en droit du travail, la négociation collective est perçue par de nombreux dirigeants de sociétés comme une contrainte plus que comme un moyen d'accroître la performance de l'entreprise, tandis que les syndicats sont réticents à négocier dans un contexte de crise économique et sociale.

Il est aujourd'hui difficile d'échapper à question de la place de l'accord tant elle est au cœur de l'actualité. Plusieurs réflexions ont appelé, récemment, à un renforcement des accords collectifs, afin de construire les régulations d'une économie diverse, complexe et en mouvement. Parallèlement, certaines voix s'élèvent pour remettre en cause le paritarisme à l'Unedic, accusé d'être à l'origine des déficits accumulés par l'assurance-chômage. Enfin, les négociations sur les retraites complémentaires ont donné lieu, après plusieurs reports, à la signature d'un accord de principe entre une partie des partenaires sociaux, le 16 octobre 2015, pour résoudre l'équation financière difficile à laquelle l'AGIRC et l'ARRCO sont confrontées.

La situation actuelle appelle moins des remises en cause qu'une nouvelle vision du développement du procédé contractuel dans le champ du social. Des réformes ont ainsi été mises en œuvre ces dernières années pour revitaliser la place de l'accord dans le secteur social. Des rapports récents ouvrent également des perspectives sur les solutions permettant d'aménager une place nouvelle à l'accord, pour en faire un mode de régulation à part entière du social.

²¹⁰ François-Xavier Ortolí, *Rapport sur les conséquences sociales de l'évolution des structures de l'économie*, avril 1967.





1. Panorama de l'accord dans les différents champs du social

Le social est marqué, ces dernières décennies, par un développement volontariste de la négociation, particulièrement dans les champs de la santé, du travail, de l'emploi et de l'organisation de la sécurité sociale, avec, à chaque fois, des logiques et des approches différentes.

1.1. La méthode contractuelle dans le champ de la santé

Parallèlement aux conventions d'exercice professionnel, qui visent à organiser la médecine de ville depuis plusieurs décennies, la méthode contractuelle se répand dans l'organisation de l'offre de soins hospitalière au détriment ou en complément des interventions unilatérales.

1.1.1. Les conventions médicales

Dans le secteur de la médecine ambulatoire, l'assurance-maladie est investie de la compétence, exercée par l'Union nationale des caisses d'assurance-maladie (UNCAM), de négociation et de conclusion de conventions nationales avec les organisations représentant les professions de santé. Depuis 1971, huit conventions et de nombreux avenants à ces conventions ont été signés avec la profession médicale ainsi que de nombreuses autres avec les professions paramédicales.

Le champ d'intervention des conventions d'exercice professionnel s'est considérablement étendu au fil du temps. Au-delà de la fixation des tarifs, elles développent des dispositifs de santé publique ou de régulation de l'offre de soins. À titre d'exemple, les conventions ont mis en place de nouveaux modes de rémunération, s'ajoutant au paiement à l'acte, visant à promouvoir des préoccupations de santé publique. Ces rémunérations subsidiaires, qui représentent 12,3 % des revenus des généralistes en 2013²¹¹, ont pris la forme de rémunérations complémentaires pour les médecins sur la base de l'évolution de leurs pratiques, ou de rémunérations forfaitaires pour le suivi de certains patients.

De même, les conventions d'exercice professionnel ont développé des mécanismes visant à remédier aux déséquilibres territoriaux de l'offre de soins, avec des résultats significatifs pour la profession infirmière qui a adopté des dispositifs contraignants et des effets très limités pour les médecins auxquels s'appliquent de simples mesures incitatives.

1.1.2. La contractualisation dans l'organisation de l'offre de soins

De manière plus récente, la méthode contractuelle s'est progressivement imposée dans la régulation de l'offre hospitalière au détriment ou en complément des règles contraignantes. Elle s'est introduite, en premier lieu, dans les relations entre les agences régionales de santé (ARS) et les établissements sanitaires et médico-sociaux. Elle se diffuse, par ailleurs, aux relations qu'entretiennent les établissements entre eux et même dans les relations entre les différentes composantes internes des établissements.

211 Rapport de la Cour des comptes, *Les relations conventionnelles entre l'assurance-maladie et les professionnels de santé*, juin 2014.





Les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM), prévus à l'article L. 6114-1 du code de la santé publique, constituent désormais l'acte majeur unissant les établissements de santé aux ARS. Avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (loi HPST), les pouvoirs publics ont fait de la contractualisation l'instrument privilégié de la recomposition de l'offre de soins. Les démarches de contractualisation se sont multipliées, à l'aide de différentes catégories de contrats conclus entre les ARS et l'ensemble des acteurs du système de soins (établissements de santé, établissements médico-sociaux, maisons de santé, professionnels libéraux de santé).

À titre d'exemple, la procédure de redressement d'un établissement de santé, qui peut être initiée par le directeur de l'ARS quand bien même le déséquilibre financier ne serait pas caractérisé (article L. 643-3 du code de la santé publique), fait désormais l'objet d'une procédure négociée, par le biais de la signature d'un avenant au CPOM valant contrat de retour à l'équilibre financier (CREF). Ce n'est qu'en dernier recours, lorsque l'établissement ne présente pas de plan de redressement, refuse de signer l'avenant, n'exécute pas le plan de redressement ou que celui-ci n'a pas permis de remédier à la situation financière de l'établissement, que le directeur de l'ARS peut placer l'établissement, de manière contraignante, sous administration provisoire.

La contractualisation s'est aussi imposée entre les établissements de santé. Ces derniers sont de plus en plus souvent appelés à s'engager dans des coopérations à des fins diverses : gagner en efficience à travers la mutualisation de certains services, maintenir une offre de soins lorsque la pérennité d'une activité est menacée, ou encore améliorer le parcours de soins.

Parmi les dispositifs de coopération existants, le groupement de coopération sanitaire (GCS) apparaît comme un outil privilégié de coopération entre le secteur public et privé. Il permet à des établissements de santé publics et privés, des structures médico-sociales, des associations et des médecins libéraux de s'associer, de façon relativement souple, autour d'un projet commun (formation, utilisation d'équipements médicaux, gestion d'activités informatiques, etc.). À la suite de la loi HPST qui a réformé le dispositif juridique des GCS, leur nombre a été doublé pour atteindre environ cinq cents contrats en 2012.

Enfin, la contractualisation a trouvé place au sein même de l'hôpital. La loi HPST a ainsi mis en place des « *contrats de pôle* » dans le cadre de la réforme de la gouvernance des établissements publics de santé. Ces contrats, signés entre le directeur de l'établissement et chaque chef de pôle, ont pour but de définir les objectifs du pôle en termes de politique et de qualité des soins, les moyens qui lui sont attribués, ainsi que les indicateurs permettant de mesurer la réalisation des objectifs.

1.2. Les accords collectifs en droit du travail

La négociation collective dans le champ du travail s'est considérablement élargie à partir des années 1980, jusqu'à inclure des thèmes comme la santé au travail ou l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Les sujets sur lesquels





la loi opère les renvois les plus importants à la négociation collective restent les relations de travail et la formation professionnelle.

1.2.1. Les relations de travail

La loi dispose d'une place importante en droit du travail : elle tend à compenser l'inégalité inhérente à la relation de travail, en venant assurer la protection du salarié ; elle répond aussi à une demande de sécurité juridique des entreprises et des organisations professionnelles.

D'autres facteurs ont plus récemment contribué au renforcement de la place de la loi dans la régulation du droit du travail, comme la transposition du droit provenant de l'Union européenne, une forme de politisation du droit du travail contribuant à une certaine inflation législative, ainsi qu'une interprétation extensive des compétences du législateur dans la définition des principes fondamentaux du droit du travail.

Dans ce contexte, et depuis le début du XX^e siècle, une source de droit spécifique a été créée, entre le contrat de travail et la loi : les accords collectifs. Par délégation de la loi, et dans les conditions définies par le code du travail, ces accords peuvent créer des normes applicables aux entreprises et aux salariés. Les accords collectifs peuvent être conclus à trois niveaux : l'entreprise, la branche professionnelle et le niveau national interprofessionnel. Contrairement à l'idée reçue selon laquelle la France se situe dans les pays qui donnent le plus de place à la loi par rapport à la négociation d'entreprise et le contrat de travail, la France est, en réalité, un pays qui se caractérise par un renvoi très important à la négociation collective par rapport aux autres pays développés.

Pendant longtemps, le droit applicable était construit sur une base pyramidale. Chaque source inférieure pouvait déroger à la norme supérieure à la condition impérative qu'elle soit plus favorable pour le salarié. Depuis les lois dites « *Auroux* » de 1982, l'évolution du droit du travail se caractérise par un renvoi plus fréquent à la négociation collective qui, dans des domaines toujours plus larges et pour des raisons de flexibilité interne, est davantage en capacité de déroger aux normes supérieures.

Les lois dites « *Auroux* » de 1982 ont ouvert la première brèche en autorisant les entreprises à négocier avec les syndicats l'annualisation des horaires de travail. La loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (dite loi « *Fillon* ») permet à l'accord d'entreprise de déroger à un accord de niveau supérieur, sauf si celui-ci en dispose autrement, et à l'exception de quelques sujets limitativement définis. Enfin, depuis la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (dite loi « *Larcher* »), inspirée du système applicable au sein de l'Union européenne, toute réforme envisagée par le gouvernement en matière d'emploi, de travail et de formation professionnelle doit être précédée d'une demande de négociation au niveau national interprofessionnel (article L. 1 du code du travail).





Les lois les plus récentes amplifient ces évolutions. Ainsi, la loi du 6 août 2015 pour la croissance²¹² place-t-elle l'accord collectif au centre des différents dispositifs du travail dominical, et la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social²¹³ incite-t-elle au regroupement et à la rationalisation des différentes obligations de négocier au niveau de l'entreprise. Parallèlement à ce renforcement de la place de l'accord, la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale²¹⁴ et la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle²¹⁵ visent-elles à renforcer la légitimité des acteurs en réformant les règles de leur représentativité et en renforçant les règles de validité des accords.

Cette évolution est aussi jurisprudentielle. La Cour de justice de l'Union européenne a fait de la négociation collective un principe de niveau communautaire²¹⁶. Le Conseil constitutionnel a rattaché la négociation collective au huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946²¹⁷ et au principe constitutionnel de liberté contractuelle²¹⁸. Le Conseil d'État est, quant à lui, un gardien vigilant de la bonne application de l'article L. 1 du code du travail. Si ces jurisprudences sont issues de processus qui connaissent des soubresauts, elles ont, en substance, accompagné le mouvement législatif tendant à donner davantage de place à l'accord collectif.

Les services de l'État se sont enfin illustrés par un rôle d'accompagnement constant de la négociation collective. Facilitateur et soutien de la négociation, l'État intervient également après la signature des accords pour en contrôler la légalité.

En dépit de ces efforts convergents en faveur de la négociation collective, auquel il faut ajouter ceux des partenaires sociaux eux-mêmes, le bilan reste mitigé. Certes, il existe d'incontestables éléments positifs régulièrement mis en avant par les bilans annuels de la négociation collective, établis par les services du ministère du travail. La négociation collective sur les relations de travail s'est fortement structurée autour de l'entreprise, avec plus de trente-six mille cinq cents accords d'entreprise en 2014. Si le nombre des accords de branche reste pratiquement inchangé depuis le début des années 1980 – environ mille par an –, le nombre de salariés couverts par ces accords s'est nettement accru pour atteindre environ 85 % des salariés. Il faut, par ailleurs, souligner les nombreux accords nationaux interprofessionnels (ANI) qui ont marqué le paysage social ces dernières années. Sur le plan qualitatif, les champs sur lesquels porte la négociation collective sont très larges (salaires, retraites complémentaires, contrat de travail, égalité professionnelle, etc.). Enfin, à l'opposé des idées répandues, l'ensemble des

212 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « *Macron* ».

213 Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite loi « *Rebsamen* ».

214 Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

215 Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

216 CJUE, aff. 297/10, 8 septembre 2011, *Hennigs*.

217 Décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*.

218 Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*.





syndicats représentatifs participent à la négociation collective et la signature des accords. De ce fait, la négociation collective, à tous les niveaux, se caractérise par une activité stable qui montre une réelle implication des acteurs.

Toutefois, les réformes n'ont pas enclenché de dynamique nouvelle de la négociation collective. À titre d'exemple, le nombre des accords de maintien pour l'emploi (AME) prévus par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi reste très faible. Verrouillage par les partenaires sociaux de branches par ailleurs trop nombreuses, manque d'appropriation des nouveaux outils par les entreprises, négociations « à l'aveugle » par rapport aux normes supérieures, les faits bloquants sont multiples. S'agissant du contenu des accords, leur examen montre que ceux qui sont porteurs d'innovation sociale sont peu nombreux à ce jour.

1.2.2. La formation professionnelle

La gouvernance de la formation professionnelle est marquée par une pluralité d'acteurs. La loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, faisant suite à l'ANI du 9 juillet 1970, a intégré les partenaires sociaux dans un système de formation professionnelle jusqu'alors dominé par l'État, système qui s'est enrichi des régions avec les lois de décentralisation de 1982-1983. La loi prévoit aujourd'hui que la formation professionnelle est déterminée par une politique coordonnée et concertée entre l'État, les régions et les partenaires sociaux²¹⁹.

Comme pour les accords touchant aux relations de travail, la négociation collective en matière de formation professionnelle intervient à trois niveaux : l'entreprise, la branche professionnelle et le niveau national interprofessionnel.

Depuis la loi de 1971, les partenaires sociaux ont été encouragés par l'État à étendre le champ de la négociation des accords interprofessionnels en matière de formation professionnelle continue. Ainsi, les partenaires sociaux ont notamment prévu, lors des accords successifs, le financement du congé individuel de formation (CIF), les formations en alternance des jeunes de moins de vingt-six ans ou encore la création de l'allocation formation reclassement (AFR) pour les demandeurs d'emploi indemnisés entrant en formation. De même, à l'initiative de l'État, les partenaires sociaux ont, dans l'ANI du 5 décembre 2003, fait de la formation professionnelle continue un droit individuel transférable et garanti collectivement.

Déclinaison de ce principe, le Compte personnel de formation (CPF), issu de l'ANI du 11 janvier 2013 et repris par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, a pour ambition de sécuriser les parcours professionnels des salariés comme des chômeurs, grâce à la portabilité des droits. Si le nombre important d'ouvertures de CPF témoigne de l'intérêt des actifs pour ce dispositif, les difficultés de concrétisation des formations et la complexité du dispositif pour les entreprises et les organismes de formation sont régulièrement soulevées par les acteurs.

219 Seillier (B.), *Formation professionnelle : le droit de savoir*, Rapport du Sénat, juillet 2007.





La méthode de la négociation nationale interprofessionnelle en matière de formation professionnelle – marquée par des accords importants en 2003, 2009 et 2013 – s’est progressivement accompagnée d’accords spécifiques à certains secteurs (le commerce et l’artisanat, l’économie sociale, les hôpitaux, etc.). L’État, reconnaissant les vertus de la négociation collective, a négocié un accord-cadre relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents publics de l’État, qui a donné lieu à des accords d’application au niveau de chaque ministère.

Quant à la négociation de branche, les partenaires sociaux se réunissent tous les trois ans pour négocier sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés, ainsi que le prévoit l’article L. 2241-6 du code du travail. Ces négociations de branche sur la formation professionnelle couvrent un vaste champ d’actions (égal accès à la formation, validation des acquis de l’expérience, accès aux certifications, etc.) et sont souvent élargies aux questions relatives à l’emploi, aux mutations technologiques ou aux conditions de travail. Une fois conclu, l’accord constitue un avenant à la convention professionnelle.

D’un niveau faible dans les années 1980, les négociations de branche en matière de formation professionnelle ont connu un essor sans précédent sous l’effet des incitations législatives et interprofessionnelles prévus par l’ANI du 5 décembre 2003 et la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie, avec plus de quatre cent cinquante accords de branche sur la formation professionnelle conclus en 2007. Par ailleurs, ces négociations de branche, si elles ont pu par le passé être accusées de négliger les aspects qualitatifs de la formation, se sont emparées des questions liées aux orientations prioritaires des formations, à l’égalité d’accès et à la qualification et ses modalités de reconnaissance. Au terme de ce processus, la branche est devenue un niveau déterminant des politiques de formation professionnelle.

En revanche, la négociation d’entreprise a toujours été considérée comme le maillon faible de la négociation collective en matière de formation professionnelle. L’absence d’incitation législative et conventionnelle à négocier à l’échelon de l’entreprise explique cette situation, ainsi que les attributions proprement consultatives du comité d’entreprise sur la formation professionnelle. La loi du 4 mai 2004, en créant le droit individuel de formation a, depuis, renforcé la place de la formation dans les négociations d’entreprise.

1.3. Les conventions d’assurance-chômage

Sous l’impulsion de l’État, les partenaires sociaux ont mis en place, par l’ANI du 31 décembre 1958, un système d’indemnisation du chômage sous forme assurantielle. En dépit d’une brève expérience d’unification du régime d’assurance et du régime complémentaire de solidarité en 1979, le régime d’assurance-chômage reste aujourd’hui négocié et piloté par les partenaires sociaux. Si le mode de gouvernance de l’assurance-chômage est proche de celui des organismes de sécurité sociale, l’assurance-chômage est un champ sur lequel les partenaires sociaux disposent d’un degré d’autonomie bien plus important.

Les partenaires sociaux concluent des conventions d’assurance-chômage pluriannuelles. Ainsi, les paramètres de l’assurance-chômage changent à chaque





renégociation par les partenaires sociaux. Pour entrer en vigueur, les conventions font l'objet d'un agrément du ministre chargé de l'emploi, sous réserve que l'accord ne viole pas certains principes fondamentaux de la sécurité sociale. Les cas de refus d'agrément par l'État restent, en pratique, très limités ; ce fut néanmoins le cas du premier plan d'aide de retour à l'emploi (PARE) en 2001 en ce qu'il prévoyait le bénéficiaire exclusif de l'accompagnement aux demandeurs d'emploi qui relevaient de l'assurance-chômage.

La convention d'assurance-chômage 2009-2011 était marquée par un souci de simplification et de réduction des effets de seuil. Elle a simplifiée le dispositif des filières d'indemnisation, les réduisant de quatre à deux, tout en posant un principe clair « *un jour travaillé = un jour indemnisé* ».

La dernière convention a intégré les nouvelles dispositions issues de l'ANI du 11 janvier 2013, et comprend des stipulations structurantes pour renforcer les droits à l'assurance-chômage des demandeurs d'emploi dont l'effort pour retourner vers l'emploi est manifeste, à l'instar des droits « *rechargeables* » à l'assurance-chômage et de la simplification du cumul d'un emploi court ou à temps partiel et d'une recherche d'emploi. Les entreprises ont, par ailleurs, été davantage responsabilisées pour leur contribution à l'emploi à travers la majoration des cotisations d'assurance-chômage sur les contrats courts et l'exonération de cotisations patronales d'assurance-chômage en cas d'embauche en CDI d'un jeune de moins de vingt-six ans.

Le 5 octobre 2015, le Conseil d'État a toutefois annulé l'agrément de la convention Unedic, après qu'il ait jugé illégal le différé d'indemnisation mis en place qui, en raison de son mode de calcul, méconnaissait la situation des allocataires ayant perçu des indemnités après la condamnation de leur employeur pour licenciement contraire à la loi.

1.4. La contractualisation des relations entre l'État et la sécurité sociale

Les relations entre l'État et la sécurité sociale sont organisées sur une base contractuelle. Depuis l'ordonnance n° 96-344 du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale, les conventions d'objectifs et de gestion (COG), conclues entre l'État et les différentes caisses de sécurité sociale, « *déterminent [...] les objectifs pluriannuels de gestion, les moyens dont les branches et les organismes disposent pour les atteindre et les actions mises en œuvre à cette fin par chacun des signataires* » (article L. 227-1 du code de la sécurité sociale).

Les objectifs définis dans les COG sont, ensuite, déclinés dans des contrats pluriannuels de gestion (CPG), conclus, d'une part, entre l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) et chacune des caisses nationales et, d'autres part, chacun de leurs organismes régionaux ou locaux. Le procédé contractuel irrigue ainsi l'ensemble des rapports des organismes de sécurité sociale entre eux. Les COG tendent à substituer à un rapport unilatéral de tutelle un rapport contractuel et prévisible à moyen terme. Le recours au contrat permet ainsi de renforcer l'autonomie de gestion et d'objectiver l'exercice de tutelle, grâce à la définition de résultats à atteindre et d'instruments de mesure de la performance.





2. Limites et perspectives de la négociation collective

Si le renforcement de la négociation collective dans tous les champs du social est une priorité des pouvoirs publics, la négociation collective n'en est pas moins fragile. L'accord est, par essence, une méthode qui peut faire dévier la norme par rapport à certains objectifs d'intérêt général, afin de ménager l'autonomie des acteurs. À cette faiblesse structurelle s'ajoute d'autres difficultés dans certains secteurs, dont une sur-utilisation de la technique contractuelle et un défaut d'ajustement de l'accord par rapport à la norme dans des champs où la gouvernance est éclatée. Enfin, l'accord est dépendant de la bonne volonté des acteurs à négocier. Des solutions existent à ces multiples défis, dans les projets de réforme en cours ou par les perspectives ouvertes par différents rapports.

2.1. Les compromis de la négociation collective

La négociation collective amène à faire des compromis de plusieurs ordres, notamment sur le plan de l'accès aux droits ou de la bonne gestion.

2.1.1. L'accès aux droits

Lors de la négociation, les acteurs ont des priorités qui sont parfois en conflit avec l'exigence d'accès aux droits. C'est le cas, par exemple, des conventions médicales qui peinent à apporter des solutions aux enjeux des inégalités territoriales de l'offre territoriale ou du développement des dépassements d'honoraires.

L'inégalité dans l'accès aux droits est aussi une faiblesse des négociations sur les relations de travail ou sur l'assurance-chômage ; les partenaires sociaux ayant tendance à protéger les personnes déjà intégrées (en anglais, « *insiders* ») au détriment des demandeurs d'emploi, notamment ceux en fin de droit. Peu nombreux sont les accords collectifs qui portent un regard tourné sur l'extérieur et plus particulièrement sur la précarité et les personnes au chômage, ce qui contribue à accentuer la dualité du marché du travail.

De même, si notre système d'assurance-chômage est favorable par rapport à ceux d'autres pays développés, il se caractérise par un taux de couverture comparativement faible : seul un demandeur d'emploi sur deux est indemnisé au titre de l'assurance-chômage en France²²⁰. Le système actuel est moins ciblé sur les chômeurs de longue durée et les jeunes, deux publics particulièrement exposés à la crise économique.

Ainsi, selon la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), en 2011, 60 % des jeunes chômeurs ne percevaient pas d'indemnisation ce qui, combiné à leur exclusion du champ du revenu de solidarité active (RSA), en fait une population mal couverte contre le risque chômage. Ces demandeurs d'emplois, dépourvus de droit d'assurance-chômage, sont ainsi laissés à la charge de l'État.

220 Amghar (Y.-G.), Bourdais (J.-F.), Dupays (S.), Laloue (F.), Léost (H.), Moleux (M.), Penaud (P.), *Politiques sociales*, « Chapitre 13 : l'indemnisation du chômage », éd. Presses de Sciences Po & Dalloz, 2014.





2.1.2. La bonne gestion

La méthode contractuelle, en ce qu'elle constitue un mode de régulation important du social, contribue-t-elle à la maîtrise des finances sociales ? Cette question est au cœur de l'actualité à l'heure où les partenaires sociaux cherchent à garantir l'équilibre financier des retraites complémentaires.

À la différence du régime de retraite de base des salariés mis en place par l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, et placé sous la tutelle de l'État, les régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARCCO ont été créés respectivement le 14 mars 1947 et le 8 décembre 1961 par négociation entre les partenaires sociaux, afin de compléter le niveau d'assurance-vieillesse garanti par le régime général. Ils ont ensuite été rendus obligatoires par la loi n° 72-1223 du 29 décembre 1972 portant généralisation de la retraite complémentaire au profit des salariés et anciens salariés. Comme pour l'assurance-chômage, les règles de fonctionnement des retraites complémentaires ont été fixées par les ANI successifs signés par les organisations syndicales et patronales. Le pilotage financier de ces régimes est une compétence qui appartient exclusivement aux partenaires sociaux.

Les partenaires sociaux ont su réaliser des efforts significatifs d'équilibrage des régimes de retraites complémentaires depuis vingt ans²²¹. Ces efforts ont permis l'accumulation de réserves mises à mal par la crise économique – soixante milliards d'euros en 2008 prévus pour faire face aux départs en retraite de la génération du « *baby boom* ». Les régimes AGIRC et ARCCO connaissent depuis 2009 des déficits structurels, situation au demeurant aggravée par diverses mesures prises par l'État pour le régime de base. En 2014, la Cour des Comptes estimait que l'épuisement des réserves, situation critique dans la mesure où les régimes de retraites complémentaires se sont fixés pour principe de ne jamais recourir à l'emprunt pour financer les pensions, interviendrait avant 2023 pour l'ensemble AGIRC-ARCCO, et au plus tard début 2018 pour l'AGIRC seule.

Au-delà de l'effort considérable à réaliser, le choix des paramètres était contraint par le souci de ne pas rehausser le coût du travail et de ne pas dégrader le pouvoir d'achat des retraités. Une partie des partenaires sociaux a néanmoins trouvé un accord de principe le 16 octobre 2015, dont la mesure phare est un système de bonus-malus incitant les salariés à travailler plus longtemps, qui doit permettre de gagner plus de six milliards d'euros d'ici à 2020.

La capacité de la négociation collective à assurer une régulation financière efficace se pose également dans d'autres champs du social. Les déficits récurrents de la sécurité sociale imposent régulièrement le déploiement de plans de maîtrise des dépenses qui ne se résument pas aux mesures votées dans le cadre des lois de financement de sécurité sociale. Ils empruntent également la voie contractuelle, à travers, par exemple, l'accord cadre et les conventions conclues avec l'industrie pharmaceutique (article L. 162-17-4 du code de la sécurité sociale) ou l'évolution des conventions d'exercice professionnel.

221 Cour des comptes, *Garantir l'avenir des retraites complémentaires des salariés (Agirc et Arrco)*, décembre 2014.





Enfin, le régime d'assurance-chômage est fréquemment critiqué pour son caractère procyclique, du fait de l'ajustement du régime à ses recettes. Il est plus généreux en haut de cycle – à l'image du plan d'aide au retour à l'emploi (PARE) de 2001 – qu'en bas de cycle – à l'instar de l'allocation unique dégressive mise en place en 1992. De ce fait, il n'assure pas l'équilibre financier du système en contexte de crise, ce dont témoignent les prévisions de déficit du bureau de l'Unedic : 2015, avec quatre milliards quatre cents mille euros de déficit, sera la septième année consécutive de déficit de l'assurance-chômage. Toutefois, cette tendance procyclique n'est pas propre à un système d'assurance-chômage organisé sur une base contractuelle.

La convention d'assurance-chômage de 2014 a adopté une série de mesures visant à améliorer la situation financière du régime, à la fois par des mesures d'économie et des recettes nouvelles. Parmi les diverses sources d'économies, les partenaires sociaux ont tranché pour la baisse de l'indemnisation pour les allocataires gagnant plus de deux mille euros par mois ou encore la fin de l'exonération de contribution au régime des salariés de plus de soixante-cinq ans. Le report à cent quatre-vingt jours du versement de l'indemnité chômage en cas d'indemnités de départ dépassant un certain montant, mesure qui visait également à réaliser des économies, a été jugé illégal par le Conseil d'État le 5 octobre 2015, car son mode de calcul portait atteinte au droit à réparation de certains salariés.

2.2. Les défauts de cadrage de l'accord

La construction d'un *écheveau* contractuel dans certains secteurs, ainsi que les problèmes de gouvernance liés à la coexistence de plusieurs acteurs dont l'action n'est pas toujours coordonnée, est source de complexité, d'incompréhension et d'inégalités.

2.2.1. La prolifération de l'accord

Le champ de la santé, ainsi que l'a analysé la Cour des comptes²²², est marqué par une pluralité d'accords dont l'absence de mise en cohérence peut nuire à l'efficacité de l'action publique.

Les conventions médicales sont ainsi marquées par une succession rapide de négociations séparées. On compte dix-sept conventions professionnelles qui font l'objet de nombreux avenants entre chaque renégociation ; on compte déjà onze avenants pour la convention des médecins du 26 juillet 2011. Cette approche aboutit à une sédimentation des mesures et avantages accordés, contribuant à l'opacité du système. La formule des accords conventionnels interprofessionnels (ACI), introduite par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie (article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale) pour remédier à ces difficultés, n'a pas, à ce jour, donné les résultats escomptés.

Dans le secteur hospitalier, la démarche de contractualisation entre ARS et établissements de santé paraît souffrir de la multiplicité et de la généralité des objectifs assignés aux parties ainsi qu'au caractère expérimental ou mal coordonné

²²² Cour des comptes, *Rapport annuel sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, « Chapitre VIII : les conventions avec les professions libérales de santé : répondre aux besoins des patients, mieux assurer l'efficacité de la dépense », septembre 2014.





des dispositifs contractuels. Selon la Cour des comptes, les contractualisations entre établissements de santé sont souvent employées comme des réponses ponctuelles à des problèmes et un moyen d'éviter les restructurations plus profondes²²³.

Les difficultés qui affectent le système de santé ne sont pas exclusives à ce secteur. On peut ainsi relever qu'un des obstacles à la négociation collective en entreprise est l'empilement des obligations différentes de recourir à la négociation, qui finissent par saturer le dialogue social. La loi du 17 août 2015 tente de lever ce frein en procédant à un regroupement et une rationalisation des différentes obligations de négocier au niveau de l'entreprise.

2.2.2. Les problèmes de gouvernance

Les relations établies dans un cadre contractuel entre les administrations publiques et les partenaires sociaux ou professionnels, nécessaires dans tous les champs du social, peuvent s'accompagner d'un flou dans la répartition des compétences et sont ainsi susceptibles d'affecter la cohérence des politiques publiques.

Il en est ainsi des relations entre l'État et l'assurance-maladie dans la signature des conventions médicales. La loi de 2004 a confié le pouvoir de négociation à l'UNCAM. Les compétences de l'État ont été enserrées, en droit, dans des limites strictes, notamment par la limitation des motifs que le Gouvernement peut invoquer pour refuser d'agréer un accord conclu entre l'UNCAM et les professionnels de santé.

Eu égard à la portée des négociations, les pouvoirs publics sont pourtant amenés à intervenir fréquemment dans le cours des négociations, soit par l'adoption de dispositions législatives, soit en fixant officieusement des objectifs et un cadre aux négociations. Il en résulte un jeu d'acteurs complexe et un pilotage saccadé de la politique conventionnelle.

Afin de clarifier les rôles entre l'UNCAM et l'État, le projet de loi de modernisation de notre système de santé prévoit que les ministres puissent définir des « *lignes directrices* » préalablement aux négociations conventionnelles.

Le même constat peut être dressé s'agissant des rapports entre les régions et les partenaires sociaux dans la gestion de la formation professionnelle²²⁴. La loi du 16 juillet 1971 avait conféré un rôle important aux partenaires sociaux dans un système de formation professionnelle relevant jusqu'alors du monopole de l'État, sans pour autant créer un véritable partenariat entre les deux acteurs. Ce défaut de coordination s'est déplacé aux rapports entre les partenaires sociaux et la région, à mesure que l'État décentralisait sa compétence en matière de formation professionnelle. À côté des compétences dont les régions ont été dotées depuis 1982, les branches professionnelles restent l'échelon de principe du financement, de l'organisation et de la négociation collective en matière de formation professionnelle.

223 Cour des comptes, *Rapport annuel sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, « Chapitre V : vingt ans de recomposition territoriale de l'offre des soins : un bilan décevant », septembre 2015.

224 Amghar (Y.-G.), Bourdais (J.-F.), Dupays (S.), Laloue (F.), Léost (H.), Moleux (M.), Penaud (P.), *Politiques sociales*, « Chapitre 14 : la formation professionnelle », éd. Presses de Sciences Po & Dalloz, 2014.





Malgré les préconisations de différents rapports, les partenaires sociaux se sont opposés, lors de l'ANI du 7 janvier 2009, à l'inscription de la formation professionnelle dans un cadre régionalisé. La logique de branche a au contraire été réaffirmée lors de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, en dépit des difficultés d'articulation avec la logique territoriale issue de la décentralisation.

Toutefois, la loi a mis en place un contrat de plan régional de développement des formations professionnelles (CPRDF), qui pourrait être la première étape vers une mutualisation du financement de la formation professionnelle au niveau de la région. La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale a marqué une nouvelle décentralisation, au profit des régions, par le transfert d'un nouvel ensemble de compétences et l'instauration d'un service public régional de la formation professionnelle. Toutefois, elle ne fait que peu progresser la coordination des acteurs, préalable à une plus grande efficacité dans la gestion de la formation professionnelle.

2.3. Des acteurs à mobiliser

L'aménagement d'espaces ouverts à la négociation collective doit s'accompagner d'une volonté des acteurs d'occuper ces espaces. Le souhait de s'engager dans une négociation ne va pas de soi, surtout dans un pays comme la France qui n'est pas marqué par une forte culture du compromis et du dialogue. Cela se voit dans la difficulté des organisations syndicales à passer d'une logique de négociation visant exclusivement à distribuer les bénéfices de la croissance, à une négociation accompagnant les mutations économiques dans un contexte de crise. C'est le cas également de nombre d'entreprises, des plus petites aux plus grandes, qui perçoivent la négociation collective comme une obligation à laquelle il faut satisfaire, davantage que comme un levier de progrès.

Plusieurs pistes ont été soulevées pour créer des conditions favorables au développement de la culture de la négociation entre les partenaires sociaux. Le rapport Combrexelle²²⁵ propose ainsi de donner à la négociation d'entreprise, qui tend à s'allonger, un rythme permettant un véritable engagement de l'entreprise et de ses responsables. Pour se départir des pratiques inadaptées de la négociation, le rapport insiste sur le développement des accords de méthode qui viseraient à rationaliser les pratiques actuelles. Plus largement, le développement de la négociation suppose que se recrée un lien de confiance qui s'est délité avec la crise. L'observation montre que les entreprises ne peuvent négocier des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, de maintien de l'emploi ou de sauvegarde de l'emploi, que s'il existe ce lien de confiance, préalable à la transmission d'informations précises sur la stratégie de l'entreprise.

Cette nécessité d'insuffler une nouvelle dynamique de la négociation est un enjeu qui dépasse les accords collectifs en droit du travail. Il est transversal au social. À côté des réformes structurelles, l'accord ne peut être un mode de régulation efficace du social que si le lien de confiance se restaure pour donner envie aux acteurs de négocier.

225 J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au Premier ministre, septembre 2015.





Sélection de jurisprudences

1. Accords intervenant dans le champ de la santé

Conseil d'État, 10 novembre 1999, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres, req. n° 203779 [illégalité des stipulations de la convention nationale des généralistes définissant les sanctions applicables en cas de méconnaissance des références médicales opposables]

« Considérant que l'article L. 162-5-5 du code de la sécurité sociale autorise la ou les conventions à prévoir la possibilité de mettre à la charge du médecin dont la pratique ne respecte pas les références médicales rendues opposables une sanction financière correspondant, aux termes du premier alinéa de cet article, à « tout ou partie des cotisations prévues aux articles L. 722-4 et L. 645-2 ou de la prise en charge prévue à l'article L. 162-5-11 », ou, le cas échéant, pour les médecins autorisés à pratiquer des tarifs différents, en vertu des deuxième et troisième alinéas de cet article, à « une contribution d'un montant équivalent aux cotisations des caisses qui auraient été remises à sa charge s'il lui avait été fait application de l'alinéa précédent (...), assise sur les revenus professionnels servant de base au calcul de la cotisation personnelle d'allocations familiales » ;

« Considérant qu'en instituant, aux articles 4-6 et 4-7 de la convention un barème de sanctions pouvant atteindre, compte tenu des coefficients multiplicateurs susceptibles d'être appliqués en raison de la gravité des manquements, un montant qui excède celui de la participation des caisses au financement des régimes d'assurance maladie, de prestations complémentaires de vieillesse et d'allocations familiales des médecins conventionnés, les parties à la convention ont omis de tenir compte de ce que le montant des sanctions financières découlant des dispositions de l'article L. 162-5-5 constitue un plafond qui ne saurait être dépassé ; qu'en conséquence, ont été méconnues les dispositions susanalysées de l'article L. 162-5-5 du code de la sécurité sociale ; qu'ainsi, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes, les organisations requérantes sont fondées à soutenir que les stipulations des articles 4-6 et 4-7, ainsi que celles de l'article 4-5, qui sont indivisibles des articles 4-6 et 4-7, sont entachées d'illégalité ».

Conseil d'État, 21 décembre 2007, Clinique Saint-Roche, req. n° 299608 [sur la nature de l'avenant tarifaire au contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens]

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 162-22-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction applicable à la date de l'acte attaqué : « Les agences régionales de l'hospitalisation concluent avec les établissements de santé (...) des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens d'une durée de cinq ans. / Les contrats sont signés par le directeur de l'agence régionale et les personnes physiques et morales mentionnées à l'alinéa précédent » ; qu'aux termes de l'article L. 162-22-5 du même code : « Les tarifs des prestations ainsi que les forfaits annuels de chaque établissement de santé privé mentionné à l'article L. 710-16-2 du code de la santé publique sont fixés dans le cadre d'un avenant tarifaire au contrat d'objectifs et de moyens mentionné au même article. / Ils prennent effet, à l'exception de ceux arrêtés en application du II de l'article L. 162-22-3, au 1^{er} mai de l'année en cours » ; que selon les





articles L. 162-22-3 et L. 162-22-4 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction alors applicable, les tarifs fixés annuellement dans le cadre de ces avenants doivent respecter les règles d'évolution prévues la même année par un accord national conclu entre l'État et les organisations nationales représentatives des établissements de santé ou, à défaut, par un arrêté interministériel, compte tenu des possibilités de modulation retenues dans le cadre d'un accord régional conclu entre l'agence régionale de l'hospitalisation et les organisations régionales représentatives des établissements de santé ou, à défaut, par une décision du directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation ;

« Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ces dispositions qu'eu égard à leurs effets et aux conditions dans lesquels ils sont arrêtés, les avenants tarifaires annuels prévus par l'article L. 162-22-5 de ce code traduisent une décision prise par l'agence régionale de l'hospitalisation au nom de l'État et ont un caractère réglementaire ; que, pour autant, les dispositions précitées du code de la sécurité sociale impliquent la signature de ces avenants par l'établissement de santé concerné, l'absence d'une telle signature ayant pour conséquence l'application à l'établissement du tarif dit d'autorité ; que, dès lors, l'irrégularité des conditions dans lesquelles cette signature a été recueillie peut, le cas échéant, être invoquée ; qu'en l'espèce, s'il a été indiqué à la clinique requérante qu'elle s'exposait au risque de se voir appliquer un tarif d'autorité pour l'ensemble de ses activités en l'absence de signature de l'avenant préparé par l'agence régionale de l'hospitalisation, ce rappel de la législation en vigueur n'est pas, ainsi que l'a jugé le tribunal administratif, de nature à entacher l'acte attaqué d'irrégularité ».

Conseil d'État, Sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, req. n° 300304 [sur la légalité du décret n° 2006-1332 du 2 novembre 2006 relatif aux contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens et modifiant le code de la santé publique]

« Considérant, en premier lieu, que l'article R. 6114-11 du code de la santé publique issu du décret attaqué reprend les termes mêmes de l'article L. 6114-1 de ce code selon lesquels le contrat peut être suspendu ou résilié « en cas de manquement grave du titulaire de l'autorisation aux dispositions législatives et réglementaires ou à ses obligations contractuelles », tout en précisant la procédure applicable ; que la résiliation du contrat encourue, en application de R. 6114-12, par l'établissement qui n'a pas mis fin au manquement reproché, a pour effet, en application de l'article L. 6122-8 du même code, de permettre à l'agence régionale de l'hospitalisation de fixer unilatéralement tant les objectifs quantifiés d'activité des établissements que les pénalités financières auxquelles ils s'exposent en cas de non respect de ces objectifs ; que les conditions d'exercice de l'activité de ces établissements relèvent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de la loi ; qu'il n'appartient dès lors qu'à la loi de déterminer les éléments constitutifs des infractions dont l'auteur encourt de telles sanctions ; que par suite, le moyen tiré de ce que la définition reprise dans le décret attaqué méconnaîtrait en raison de son imprécision le principe de légalité des délits et des peines ne peut utilement être invoqué à l'encontre de ce décret ;

« Considérant, en deuxième lieu, que l'article R. 6114-13 du code de la santé publique issu du décret attaqué, qui définit les conditions d'application des pénalités prévues par l'article L. 6114-1 de ce même code lorsqu'il est constaté qu'un engagement figurant au contrat n'a pas été exécuté, précise la procédure applicable et détermine le montant maximal de la pénalité financière qui peut être prononcée dans ce cas ; qu'il dispose que cette pénalité doit être proportionnée à la gravité du manquement constaté et précise que l'infraction





est déterminée par référence aux engagements du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens ; que, contrairement à ce que soutient la requérante, ces dispositions réglementaires déterminent ainsi, avec une précision suffisante, les modalités d'application des prescriptions législatives qui ont prévu la suspension ou la résiliation du contrat en cas de méconnaissance par le titulaire de l'autorisation de ses obligations contractuelles ;

« (...) Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'article L. 6114-1 du code de la santé publique que le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens est conclu entre les agences régionales de l'hospitalisation et les établissements de santé ; que ces contrats n'engagent que leurs seuls signataires ; qu'en vertu du même article, les sanctions qu'il prévoit ne peuvent être prononcées qu'à l'encontre du titulaire de l'autorisation, lequel doit s'entendre comme l'établissement de santé privé qui a conclu le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué méconnaîtrait le principe de l'effet relatif des contrats ne peut qu'être écarté ;

« Considérant, en second lieu, qu'il résulte des termes mêmes de l'article L. 6114-1 du code de la santé publique que la loi a prévu, d'une part, la résiliation ou la suspension du contrat en cas de manquement grave du titulaire de l'autorisation, notamment à ses obligations contractuelles et, d'autre part, la possibilité de prononcer une pénalité financière à l'encontre du titulaire de l'autorisation en cas d'inexécution partielle ou totale de ses obligations contractuelles ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que le décret attaqué, qui définit les conditions d'application des différents types de sanction prévus par loi, porterait atteinte au principe de non cumul de sanctions à raison de mêmes faits ne saurait être accueilli ;

« (...) Considérant que l'article D. 6114-5, issu du décret attaqué, dispose que : « Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens prévoit des engagements précis et mesurables du titulaire de l'autorisation en vue d'améliorer le service rendu au patient et de renforcer l'efficacité de sa gestion par une meilleure utilisation de ses ressources et le développement d'outils de gestion. Le contrat peut prévoir des actions d'accompagnement et des mesures d'intéressement aux résultats constatés » ; que ces mesures, qui tendent à garantir la qualité des soins dispensés aux patients, n'excèdent pas les limites fixées par les dispositions précitées du code de la santé publique ; qu'il ne saurait être sérieusement soutenu que ces dispositions porteraient une atteinte excessive au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; que les moyens tirés de l'illégalité de l'article D. 6114-5 ne peuvent, dès lors, qu'être écartés ».

C. Cass. 2^{ème} ch. civ., 12 mai 2011, n° 10-18.797 [reconnaissance d'un caractère d'ordre public aux clauses des conventions médicales]

« Attendu que M. X fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande, alors, selon le moyen qu'il ne peut être apporté des restrictions à la liberté d'entreprendre, protégée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que lorsqu'elles sont justifiées par l'intérêt général et qu'elles ne viennent pas limiter cette liberté dans des proportions excessives par rapport à l'objectif poursuivi ; qu'ainsi, en faisant application de l'article 4.3 d) de la convention nationale des médecins du 12 janvier 2005, approuvée par arrêté du 3 février 2005, qui prive les médecins titulaires des diplômes visés dans la convention mais ayant exercé en secteur 1 avant son entrée en vigueur de la possibilité de pouvoir exercer en secteur 2 en adaptant leurs tarifs de consultation, la cour d'appel a violé le principe de la liberté d'entreprendre, ensemble l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;





« Mais attendu que, selon l'article 4.3 d) de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 12 janvier 2005, les praticiens qui justifient de l'un des titres qu'il énumère, ne peuvent opter pour le secteur des honoraires différents que s'ils s'installent pour la première fois en exercice libéral après la date d'entrée en vigueur de la convention ; que la convention nationale a été approuvée par un arrêté interministériel du 3 février 2005, ce qui lui confère le caractère d'un acte réglementaire, dont il appartient au juge civil de faire application ».

Conseil d'État, 1^{ère} et 6^{ème} SSR, 17 mars 2014, Syndicat des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs des Landes, req. n° 357594 [illégalité des stipulations de la convention nationale des généralistes instituant une limitation du nombre de professionnels susceptibles d'être conventionnés dans les zones surdotées]

« 2. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux de la sécurité sociale ; qu'il résulte des stipulations du quatrième alinéa du point 1.2.1.1. de l'avenant litigieux que, dans les zones « surdotées », l'accès au conventionnement d'un masseur-kinésithérapeute ne peut intervenir que si un autre masseur-kinésithérapeute cesse son activité libérale dans la zone considérée ; que ces stipulations, qui instituent une limitation du nombre de professionnels susceptibles d'être conventionnés dans certaines zones, touchent aux principes fondamentaux de la sécurité sociale ; que, dès lors, elles ne pouvaient être légalement approuvées en l'absence d'une habilitation expresse du législateur ;

« 3. Considérant, il est vrai, que le ministre chargé de sécurité sociale et l'UNCAM se prévalent des dispositions de l'article L. 162-12-9 du code de la sécurité sociale selon lesquelles : « Les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les masseurs-kinésithérapeutes sont définis par une convention nationale conclue pour une durée au plus égale à cinq ans entre une ou plusieurs des organisations syndicales les plus représentatives des masseurs-kinésithérapeutes et l'Union nationale des caisses d'assurance maladie. / Cette convention détermine notamment : (...) 3° Les conditions à remplir par les masseurs-kinésithérapeutes pour être conventionnés et notamment celles relatives aux modalités de leur exercice professionnel et à leur formation ; (...) 9° Les mesures d'adaptation, notamment incitatives, des dispositions de l'article L. 162-14-1 et du présent article applicables aux masseurs-kinésithérapeutes en fonction du niveau de l'offre en soins au sein de chaque région dans les zones définies par l'agence régionale de santé en application de l'article L. 1434-7 du code de la santé publique » ; qu'il résulte toutefois de ces dispositions, éclairées par les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 19 décembre 2007 de financement de sécurité sociale pour 2008 dont le 9° est issu, que le législateur n'a pas entendu permettre l'adoption par les partenaires conventionnels de mesures limitant de façon contraignante les possibilités de conventionnement en fonction de la zone géographique d'installation ; qu'au demeurant, les dispositions de cet alinéa sont issues de la même loi que celles de l'article L. 162-12-2 du code de la sécurité sociale, applicables aux infirmiers, qui prévoient que la convention détermine « les conditions à remplir par les infirmiers pour être conventionnés et notamment celles relatives (...) à la zone d'exercice définie par l'agence régionale de santé en application de l'article L. 1434-7 du code de la santé publique » ; que les dispositions de l'article L. 162-12-9 du code de la sécurité sociale ne peuvent, ainsi, être regardées comme habilitant les signataires de la convention à subordonner le conventionnement des masseurs-kinésithérapeutes à une condition relative à la zone d'exercice ;





« 4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le syndicat requérant est fondé à soutenir que l'avenant n° 3 à la convention nationale des masseurs-kinésithérapeutes, en tant qu'il subordonne l'accès au conventionnement d'un masseur-kinésithérapeute dans certaines zones à la cessation d'activité libéral d'un autre masseur-kinésithérapeute est entaché d'incompétence ; que ces stipulations, ainsi que celles des points 1.2.1.3. et 1.2.1.4. et de l'annexe 5 qui en organisent les modalités, sont divisibles des autres stipulations de l'avenant litigieux ; que leur illégalité entache d'illégalité l'arrêté attaqué en tant qu'il les approuve ; qu'il suit de là, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, dirigés contre les mêmes stipulations, que le syndicat requérant est fondé à demander l'annulation de l'arrêté du 10 janvier 2012 dans cette mesure seulement ».

CC, décision n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007, loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique [sur l'habilitation conférée par le législateur au ministre en vue de créer un secteur optionnel pour la rémunération de certains médecins spécialistes]

« 10. Considérant qu'aux termes de l'article 24 de la loi déferée : « À défaut de conclusion un mois après l'entrée en vigueur de la présente loi d'un avenant conventionnel, pris en application des articles L. 162-5 et L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale, autorisant des médecins relevant de certaines spécialités, sous des conditions tenant notamment à leur formation, à leur expérience professionnelle, à la qualité de leur pratique et à l'information des patients sur leurs honoraires, à pratiquer de manière encadrée des dépassements d'honoraires pour une partie de leur activité, les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale disposent, pendant un délai de quatre mois, de la faculté de modifier par arrêté, à cet effet, la convention nationale des médecins généralistes et spécialistes conclue le 12 janvier 2005. / Afin de faciliter l'accès à des soins à tarifs opposables, cet arrêté peut également modifier les tarifs et rémunérations de médecins relevant de certaines spécialités autorisés à pratiquer des dépassements, lorsque aucun dépassement n'est facturé, pour les rendre égaux aux tarifs applicables aux médecins qui ne sont pas autorisés à en pratiquer » ;

« 11. Considérant que les requérants soutiennent qu'en permettant la création d'un nouveau secteur tarifaire dans le cadre duquel les médecins pourront pratiquer des dépassements d'honoraires « dont la prise en charge par les caisses d'assurance maladie sera relativement plus faible et le reste à charge pour les assurés plus élevé », ces dispositions portent atteinte aux dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ;

« 12. Considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de 1946 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; qu'en vertu de son onzième alinéa : « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé » ; que l'article 34 de la Constitution dispose que : « La loi détermine les principes fondamentaux (...) de la sécurité sociale » ;

« 13. Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de valeur constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ;





« 14. Considérant que les dispositions précitées ont pour objet d'enrayer la tendance des praticiens, constatée au cours des dernières années dans certaines disciplines médicales, à délaisser le secteur à tarifs opposables ; qu'elles tendent également à inciter les médecins exerçant ces disciplines et relevant du secteur à honoraires libres à pratiquer les tarifs opposables ; qu'elles ne remettent pas en cause la prise en charge des dépenses de santé des personnes bénéficiant, en raison de leurs faibles ressources, d'une protection particulière ; que dès lors, l'article 24 ne prive pas de garanties légales les exigences constitutionnelles résultant des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 ».

2. Accords collectifs en droit du travail

CC, décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social [reconnaissance de la faculté du législateur à opérer des renvois à la négociation collective]

« 7. Si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose en son huitième alinéa que : « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe qui est énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre ;

« 8. Considérant que, sur le fondement de ces dispositions, il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ; que le législateur peut en particulier laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises ; que, toutefois, lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation ».

CJUE, affaire C-297/10, 8 septembre 2011, Hennigs [consécration de la négociation collective comme un principe de niveau communautaire]

« 66. La nature des mesures adoptées par voie de convention collective est différente de la nature de celles adoptées unilatéralement par voie législative ou réglementaire par les États membres en ce que les partenaires sociaux, en exerçant leur droit fondamental à la négociation collective reconnu à l'article 28 de la Charte²²⁶, ont eu soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs (voir en ce sens l'arrêt Rosenblatt, précité, point 67 et jurisprudence citée).

« 67. Lorsque le droit à la négociation collective proclamé à l'article 28 de la Charte relève des dispositions du droit de l'Union, il doit, dans le champ d'application dudit droit, être

²²⁶ « Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ». Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01), article 28 - Droit de négociation et d'actions collectives.





exercé conformément à celui-ci (voir en ce sens les arrêts du 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, dit « Viking Line », aff. C-438/05, Rec. p. I-10779, point 44 ; et du 18 décembre 2007, Laval un Partneri, aff. C-341/05, Rec. p. I-11767, point 91).

« 68. Dès lors, lorsqu'ils adoptent des mesures entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, laquelle concrétise, dans le domaine de l'emploi et du travail, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, les partenaires sociaux doivent agir dans le respect de cette directive (voir en ce sens l'arrêt du 27 octobre 1993, Enderby, aff. C-127/92, Rec. p. I-5535, point 22) ».

C. cass., ch. soc., 20 mars 2013, n° 12-11702 [illégalité d'un protocole préélectoral qui porte atteinte au droit d'éligibilité d'un salarié]

« Mais attendu qu'un protocole préélectoral, même signé aux conditions de validité prévues par l'article L. 2324-4-1 du code du travail, ne peut exclure de l'éligibilité au comité d'entreprise, et par suite du droit à y être désigné représentant syndical, des salariés qui remplissent les conditions légales pour en être membres ».

C. cass., ch. soc., 27 janvier 2015, n° 13-22179 [reconnaissance d'une présomption de légalité aux accords collectifs au regard du principe d'égalité]

« Mais attendu que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ».

Conseil d'État, Ass., 22 juillet 2015, Syndicat CGT de l'Union locale de Calais et environs, req. n° 383481 [contrôle de l'application des règles de droit qui renvoient à la négociation en matière de plans de sauvegarde de l'emploi]

« 5. Considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions citées ci-dessus que, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'homologation d'un document élaboré en application de l'article L. 1233-24-4 du code du travail, il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de vérifier la conformité de ce document et du plan de sauvegarde de l'emploi dont il fixe le contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles applicables, en s'assurant notamment du respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des dispositions des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du même code ; qu'à ce titre elle doit, au regard de l'importance du projet de licenciement, apprécier si les mesures contenues dans le plan sont précises et concrètes et si, à raison, pour chacune, de sa contribution aux objectifs de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés, elles sont, prises dans leur ensemble, propres à satisfaire à ces objectifs compte tenu, d'une part, des efforts de formation et d'adaptation déjà réalisés par l'employeur et, d'autre part, des moyens dont disposent l'entreprise et, le cas échéant, l'unité économique et sociale et le groupe ;

« 6. Considérant qu'à ce titre, il revient notamment à l'autorité administrative de s'assurer que le plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi est de nature à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité ; que l'employeur doit, à cette fin, avoir identifié dans le plan l'ensemble des possibilités de reclassement des salariés





dans l'entreprise ; qu'en outre, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, l'employeur, seul débiteur de l'obligation de reclassement, doit avoir procédé à une recherche sérieuse des postes disponibles pour un reclassement dans les autres entreprises du groupe ; que pour l'ensemble des postes de reclassement ainsi identifiés, l'employeur doit avoir indiqué dans le plan leur nombre, leur nature et leur localisation ».

3. Conventions d'assurance-chômage

C. cass, ch. soc., 14 mars 2006, n° 03-47097 [sur l'application stricte des dispositions du code du travail qui déterminent le contenu de la convention d'assurance-chômage]

« Mais attendu, d'abord, que les organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs auxquelles les articles L. 351-8 et L. 352-2 du code du travail donnent compétence pour négocier et conclure des accords ayant pour objet de déterminer les mesures d'application des dispositions légales relatives au régime d'assurance chômage ne méconnaissent pas leur pouvoir en insérant au règlement annexé à une convention d'assurance chômage une disposition qui prévoit que les contributions sont assises soit sur les salaires perçus convertis en monnaie ayant cours légal en France sur la base du taux officiel de change lors de leur perception, soit, après accord de la majorité des salariés concernés, sur les salaires qui seraient perçus en France pour des fonctions correspondantes ».

C. cass, ch. soc., 10 octobre 2006, n° 03-15835 [sur la qualification de contrat de droit privé dont le juge civil peut connaître]

« Attendu, cependant, d'une part, qu'il appartient au juge judiciaire d'apprécier la validité des conventions d'assurance chômage qui ont le caractère de conventions de droit privé pour être conclues exclusivement entre personnes de droit privé ; que, d'autre part, les parties à la négociation d'une convention, qui ne sont habilitées par l'article L. 351-8 du code du travail qu'à prendre des mesures d'application des dispositions légales relatives à l'assurance chômage ne peuvent, sans excéder leurs pouvoirs, prévoir le versement d'une partie de la contribution des employeurs et des salariés, dont le taux est calculé de manière à garantir l'équilibre du régime, à une association ayant notamment pour objet de financer les dépenses des régimes de retraite complémentaire des salariés institués par la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et par l'accord national interprofessionnel de retraite du 8 décembre 1961 ».

Conseil d'État, Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres [illégalité de la délégation à une commission composée des représentants des seules organisations signataires de la convention d'assurance chômage du pouvoir de définir certaines des modalités d'application du régime d'indemnisation du chômage]

« Considérant, en premier lieu, que l'article L. 352-2 du code du travail donne à l'ensemble des organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs le droit de participer à la négociation et à la conclusion des accords intervenant pour la mise en œuvre de l'article L. 351-8 de ce code et subordonne l'applicabilité de ces accords à l'ensemble des travailleurs et employeurs à la condition qu'ils aient été agréés par le ministre chargé du travail ; qu'il en résulte que les signataires de ces accords ne peuvent légalement renvoyer le soin d'en modifier ou compléter les stipulations à des actes à la négociation desquels ne participeraient pas l'ensemble des organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs ou qui ne feraient pas l'objet d'un agrément du ministre chargé du travail ;





« Considérant que l'article 5 de la convention du 1^{er} janvier 2004 agréée par l'un des arrêtés attaqués prévoit la création d'une commission paritaire nationale composée de représentants des seules organisations signataires de cette convention ; que les articles 2, 4, 6 et 10 du règlement annexé à cette convention renvoient à cette commission le soin de définir respectivement les cas dans lesquels une démission est considérée comme légitime, ceux dans lesquels un départ volontaire n'interdit pas de bénéficier de l'allocation, la procédure d'admission au bénéfice des allocations des salariés dont l'entreprise a réduit ou cessé son activité sans que leur contrat de travail ait été rompu et les cas de réouverture des droits en cas de départ volontaire ; que ces stipulations ont ainsi pour objet et pour effet de réserver aux seules organisations signataires de la convention, membres de la commission paritaire nationale, le soin de définir dans ces domaines les règles complétant cette convention ; qu'elles méconnaissent dès lors les dispositions de l'article L. 352-2 du code du travail ; que ces stipulations des articles 2, 4, 6 et 10 qui, si elles sont divisibles des autres stipulations du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 2004, forment entre elles un tout indivisible, ne pouvaient donc légalement faire l'objet d'un agrément ».

Conseil d'État, Ass., 7 mai 2004, Association AC ! et autres [illégalité de la délégation aux ASSEDIC du soin d'octroyer aux chômeurs une aide à la mobilité géographique dont la loi prévoit qu'elle est accordée par l'ANPE]

« Considérant, en second lieu, qu'aux termes des deux premiers alinéas de l'article 1^{er} la loi du 17 juillet 2001 : « À compter du 1^{er} juillet 2001, les contributions des employeurs et des salariés mentionnées à l'article L. 351-3-1 du code du travail peuvent être utilisées par les parties signataires de l'accord prévu à l'article L. 351-8 du même code pour financer les mesures définies ci-après favorisant la réinsertion professionnelle des bénéficiaires de l'allocation prévue à l'article L. 351-3 du même code, chacune dans la limite d'un plafond déterminé par décret. / I. - Les bénéficiaires de l'allocation mentionnée au premier alinéa qui acceptent un emploi dans une localité éloignée du lieu de leur résidence habituelle peuvent bénéficier, sur prescription de l'Agence nationale pour l'emploi, d'une aide à la mobilité géographique » ; que ces dispositions donnent ainsi compétence à l'Agence nationale pour l'emploi pour octroyer une aide à la mobilité géographique aux demandeurs d'emploi indemnisés ;

« Considérant que les accords d'application n° 11 des conventions des 1^{er} janvier 2001 et 1^{er} janvier 2004 stipulent que l'aide « est accordée au regard des priorités et orientations fixées par le bureau de l'ASSEDIC » et que son montant est plafonné « dans la limite de l'enveloppe financière affectée à ce type d'aide par le bureau de l'ASSEDIC, selon les modalités fixées par le groupe paritaire national de suivi » ; qu'en donnant ainsi compétence aux ASSEDIC pour l'octroi de cette aide, les signataires de l'accord ont méconnu les dispositions législatives précitées ; que les stipulations des accords d'application n° 11 aux conventions des 1^{er} janvier 2001 et 1^{er} janvier 2004 qui, si elles sont divisibles des stipulations de celles-ci, forment chacune entre elles un tout indivisible, ne pouvaient donc légalement faire l'objet d'un agrément ».

Conseil d'État, 5 octobre 2015, Association des amis des intermittents et précaires et autres [illégalité du dispositif de « différé d'indemnisation » dont les modalités pouvaient aboutir à priver certains salariés licenciés illégalement de toute indemnisation des préjudices autre que la perte de revenus liée au licenciement]

« 10. Considérant que le paragraphe 2 de l'article 21 du règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage prévoit que la prise en charge d'un





travailleur privé d'emploi est, s'il y a lieu, reportée à l'expiration d'un différé d'indemnisation « spécifique » calculé à raison des indemnités ou de toute autre somme inhérente à la rupture de son contrat de travail, quelle que soit leur nature, perçues par l'intéressé, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative, dans la limite de 75 jours lorsque le licenciement est fondé sur un motif économique et de 180 jours dans les autres cas ; que cet article prévoit également que si « tout ou partie de ces sommes est versé postérieurement à la fin du contrat de travail (...) les allocations qui, de ce fait, n'auraient pas dû être perçues par l'intéressé, doivent être remboursées » ;

« 11. Considérant que sont notamment prises en compte, pour calculer la durée de ce différé d'indemnisation, les indemnités allouées à un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse excédant le minimum prévu par le deuxième alinéa de l'article L. 1235-3 du code du travail, correspondant aux « salaires des six derniers mois » ; que, toutefois, s'agissant soit d'un salarié licencié alors qu'il comptait moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, soit d'un salarié licencié par une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, l'ensemble des indemnités allouées est pris compte, l'article L. 1235-5 du code du travail ne prévoyant, dans ces deux cas, aucun minimum légal ;

« 12. Considérant que les stipulations de l'article 21 du règlement général ont pour objet, dans le souci d'optimiser l'allocation des ressources de l'assurance chômage, de différer, pour une durée limitée, le point de départ du versement de l'allocation due au travailleur privé d'emploi, en fonction d'une appréciation objective des ressources dont il bénéficie, à la date de rupture de son contrat ; que ce différé n'entraîne pas de réduction de la durée des droits qui lui sont ouverts ; que, néanmoins, leur application conduit à limiter les allocations versées dans tous les cas où les intéressés n'épuisent pas leurs droits à ces allocations ;

« 13. Considérant que l'allocation d'assurance, qui a le caractère d'un revenu de remplacement, n'a pas vocation à se cumuler avec les autres sommes destinées à compenser, pour le travailleur involontairement privé d'emploi ou dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement, la perte de tout ou partie des rémunérations qu'il aurait perçues si son contrat s'était poursuivi ; que, s'agissant des indemnités allouées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, elles ont pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par le salarié du fait de la perte injustifiée de son emploi, qu'il résulte de la perte de sa rémunération ou qu'il soit d'une nature différente ; qu'eu égard à l'objectif d'intérêt général poursuivi par les parties à la convention, qui ont la responsabilité d'assurer l'équilibre financier du régime, il leur était loisible de prévoir qu'une part des ces indemnités, appréciée de façon forfaitaire, serait prise en compte pour déterminer le point de départ du versement de l'allocation d'assurance ; qu'en revanche, en prenant en compte l'intégralité de ces indemnités pour le calcul du différé d'indemnisation des salariés licenciés alors qu'ils comptaient moins de deux ans d'ancienneté ou qu'ils étaient employés par une entreprise comptant moins de onze salariés, elles ont adopté des stipulations aboutissant à ce que certains salariés victimes d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse puissent être privés de l'intégralité des sommes destinées à assurer la réparation du préjudice qui en résulte ; qu'elles ont ainsi porté atteinte au droit de ces salariés d'en obtenir réparation ; qu'il suit de là, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens dirigés contre elles, que les stipulations du paragraphe 2 de l'article 21 du règlement général sont entachées d'illégalité ».





4. Conventions d'objectif et de moyens (COG)

Conseil d'État, Sect., 3 avril 2002, Caisse d'allocations familiales d'Eure et Loir, req. n° 241132 [reconnaissance de la valeur juridique des COG]

« Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ces dispositions que la caisse nationale d'allocations familiales est compétente pour attribuer aux caisses d'allocations familiales les dotations du fonds d'action sanitaire et sociale et fixer les règles de gestion budgétaire applicables à ces dotations, notamment le montant maximal du fonds de roulement dont peut disposer une caisse locale ; que si l'exercice de cette compétence est subordonné, notamment, au respect des règles que peut fixer en la matière la convention d'objectifs et de gestion conclue en application de l'article L. 227-1 précité, le moyen tiré de ce que, en fixant des règles relatives à l'écrêtement des fonds de roulement des caisses locales par les délibérations précitées, la caisse nationale d'allocations familiales aurait méconnu sa compétence en empiétant sur celle des signataires de la convention d'objectifs et de gestions doit être écarté ».

Conseil d'État, 1^{ère} et 6^{ème} SSR, 18 février 2009, Association comité CSG, req. n° 295233 [reconnaissance de la valeur juridique des COG]

« Considérant que l'association comité CSG demande l'annulation pour excès de pouvoir, dans son ensemble, de la convention d'objectifs et de gestion relative à la période 2006-2009, conclue le 31 mai 2006 entre l'État et l'agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) en application des dispositions précitées ; qu'il résulte tant de ces dispositions législatives que de son contenu que cette convention a un caractère contractuel ; que, par suite, et dès lors que les conclusions de l'association requérante ne tendent pas à l'annulation d'un acte détachable de cette convention et qu'elles ne sont pas non plus dirigées contre des clauses réglementaires qui s'y trouveraient incluses, le ministre de la santé et des solidarités est fondé à soutenir que les conclusions à fin d'annulation pour excès de pouvoir de l'association comité CSG ne sont pas recevables ; qu'il appartient au Conseil d'État, en application des dispositions de l'article R. 351-4 du code de justice administrative, de les rejeter, sans qu'il y ait lieu à saisine de la Cour de justice des Communautés européennes ».





Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Maryvonne de Saint Pulgent, présidente de la section du rapport et des études.

Conception et réalisation :

Patrick Gérard, conseiller d'État, rapporteur général, président adjoint de la section du rapport et des études,

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

Secrétaire de rédaction :

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission éditoriale à la section du rapport et des études.

Coordination du colloque

Marie Delord, chargée de mission aux relations extérieures, secrétaire adjointe de la section du rapport et des études.

Ont contribué à la réalisation des actes : Jérôme Jourdain, Léonie Martin, Darah Hervé, Tiennot Sciberras.

Crédits photos, conseil graphique

Direction de la communication.



