



6 Février 2015

**POUR UN PROCESSUS DE CRÉATION OU DE MODIFICATION
DU DROIT SOCIAL PRAGMATIQUE ET ADAPTÉ AUX TPE/PME FRANÇAISES**

I – Bref rappel sur le contexte historique français

● **La France est un pays de droit écrit, un pays où « l'écrit sanctifie la règle », largement influencé par le droit romain.**

En ce sens, elle se différencie radicalement des pays de droit anglo-saxon où la tradition orale prédomine **et même**, dans une moindre mesure, **des pays appliquant le « modèle rhénan »** dans lesquels, certes, l'écrit est prégnant mais où la place de la loi est nettement moins forte, en particulier dans le domaine du droit social.

Dans toute réflexion sur le processus de création du droit social, **cet élément de nature historique, qu'on le veuille ou non, ne peut être négligé.**

● Parallèlement à la tradition du droit écrit, **le poids historique de l'Etat** dans la constitution et le fonctionnement de la Nation française et l'ambition d'être une « République sociale » ont fait que **la France s'est engagée assez tôt** (avant même le début du XXème siècle) **dans la création d'un bloc de lois sociales.**

De la Loi limitant le travail des enfants à la Loi du 5 Mars 2014 « relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale » en passant par la Loi sur les congés payés de 1936, la Loi du 11 Février 1950 sur les conventions collectives (consacrant légalement la notion de contrat collectif), la Loi sur la section syndicale dans l'entreprise de 1968 ou encore les Lois sur le temps de travail, en particulier celles de 1998 et de 2000, **le législateur étatique a construit, pour le meilleur et le pire, un ensemble de règles regroupées dans le code du travail.**

Cet ensemble a été alourdi et complexifié au fil du temps, y compris par la reprise des dispositions résultant d'accords nationaux interprofessionnels. **Il reste, en tout état de cause, un élément structurant de notre vie économique et sociale.**

● **Enfin, le tissu économique français est constitué très majoritairement de TPE/PME :**

A titre d'exemple, si l'on prend les dernières statistiques publiées sur le champ UNEDIC-Pôle emploi, la France compte près de 1 580 000 établissements de moins de 200 salariés, représentant 99,5 % des établissements français, qui emploient un peu plus de 12 600 000 salariés, soit 77 % du total des salariés.

A l'intérieur de ce bloc, les établissements de moins de 10 salariés sont au nombre de 1 300 000 et emploient près de 4 000 000 de salariés, soit 24 % du total des salariés.

Aucun processus de création de la « règle sociale » ne peut s'affranchir de cette réalité.

II – La « tentation de la martingale »

Ayant constaté, à l'extrême fin des années 1990 et au début des années 2000, l'existence de ce très important corpus de règles sociales qui avaient trait au droit du travail stricto sensu et au droit de la protection sociale, certains cercles patronaux, influencés par la pratique anglo-saxonne et (un peu) par la « formule rhénane », ont théorisé **une réforme partant d'un postulat simple et prévoyant deux phases pour « changer la donne »**.

/ Le postulat était le suivant : **à moyen terme, ne devait plus exister qu'un bloc social légal « d'ordre public » à caractère restreint. Corrélativement, la plus grande part du droit social devait résulter d'accords négociés entre les employeurs et les salariés au niveau national interprofessionnel, au niveau de la branche professionnelle mais surtout au niveau de l'entreprise.**

Dans cette logique, la hiérarchie de la norme sociale changeait complètement au sens où la loi ne consistant plus qu'en des « garde-fous » et la règle créée par accord dans l'entreprise devenant la « norme première », le principe français qui prévoyait que la norme fixée à un niveau inférieur ne pouvait être moins favorable aux salariés que celle fixée à un niveau supérieur était caduc.

Par ricochet, les dispositions fixées au niveau de la branche, devenues largement obsolètes, avaient vocation à disparaître ou au moins à être réduites à la portion congrue.

/ Pour mettre en œuvre ce théorème quasi révolutionnaire, en tout cas pour la France compte tenu de son passé en la matière, **les mêmes théoriciens imaginaient un mécanisme en deux phases :**

- D'abord, négocier par la voie d'accords nationaux interprofessionnels une partie significative des règles de droit du travail et du droit de la protection sociale (1).

- Ensuite, la preuve faite que la négociation - dans un premier temps la négociation nationale interprofessionnelle - pouvait se substituer à la loi pour une large partie du droit du travail et même du droit de la protection sociale ou, en tout cas, l'influencer très fortement, passer à la « grande œuvre », **c'est-à-dire privilégier le niveau de l'entreprise pour la création de la norme sociale.**

Dans le cadre ainsi posé, s'est donc déroulé pendant une quinzaine d'années un processus dense de négociations nationales interprofessionnelles, **allant au-delà des sujets traditionnellement abordés à ce niveau.** Or, les résultats obtenus apparaissent très mitigés.

En effet, certains de ces accords, de nature « sociétale », se sont avérés très éloignés des préoccupations de la majorité des entreprises et de leurs salariés, un des exemples le plus frappant étant celui de l'Accord de 2013 sur la qualité de vie au travail. Dans d'autres cas, les négociations ont purement et simplement échoué, comme la négociation sur la réforme des procédures de licenciement collectif, celle sur la pénibilité ou encore, pour rester dans l'actualité la plus récente, celle relative à la « modernisation du dialogue social ».

(1) Ce qui n'était pas forcément nouveau puisque les régimes de retraite complémentaires et le régime d'assurance chômage résultant d'accords nationaux interprofessionnels existaient depuis plus d'un demi-siècle.

Au surplus, cette période de négociations nationales interprofessionnelles « tous azimuts » n'a pas empêché, soulignons-le, un nouvel alourdissement du code du travail ; la « réintégration » de nombreuses dispositions résultant des Accords Nationaux Interprofessionnels y contribuant.

Malgré cela, les « théoriciens », très soutenus par le secteur bancaire et le secteur de l'assurance, ont continué à promouvoir l'objectif fondamental recherché, **à savoir le remplacement de la plus grande partie du bloc social légal par un bloc conventionnel issu principalement de la négociation d'entreprise** ; la norme d'entreprise devenant la règle première.

Cette vision, il faut le dire ici, est avant tout une vision de grande entreprise ou au moins d'entreprise de taille importante (au-delà de 500 salariés), **inadaptée à la plupart des TPE/PME qui représentent, comme on l'a rappelé, une part ultra majoritaire du tissu économique français.**

Mais le théorème du « tout entreprise » revêt des aspects intellectuellement séduisants : on programme la réduction drastique du code du travail tout en donnant un rôle aux Confédérations syndicales de salariés à travers leurs représentants dans l'entreprise, sorte de monnaie d'échange, et on « colle au terrain », leitmotiv valable au départ mais désormais appliqué comme un dogme.

Par sa simplicité (apparente) et son caractère (faussement) direct, le « tout entreprise » a donc l'apparence d'une véritable « martingale ».

Une partie de la classe politique française, notamment « à droite », rebutée par la complexité de la législation sociale française et demanderesse de slogans réducteurs, a donc été quasiment « envoutée » par ce mot d'ordre.

Pour la Confédération Générale des PME, il s'agit d'une grave erreur d'appréciation. Selon nous, le « tout entreprise », au mieux s'apparente à un « trompe l'œil », au pire pourrait être un piège pour les TPE/PME car ce principe est largement inadapté à leurs caractéristiques et aux conditions de leur activité.

A nos yeux, ce mode de négociation et de création du droit social n'est pas la panacée pour plusieurs raisons :

/ D'abord, c'est un constat de fait, **le nombre d'accords d'entreprise signés et déposés reste extrêmement faible par rapport au nombre d'entreprises ayant des salariés : moins de 40 000 accords en 2013** (chiffre de la DARES, provisoire toutefois) ;

Cela alors que les conditions de négociation dans l'entreprise ont été assouplies - la CGPME avait d'ailleurs poussé en ce sens - :

La Loi du 4 Mai 2004 et celle du 20 Août 2008 ont en effet défini un champ de la négociation d'entreprise large et ont étendu les possibilités de négociation avec les représentants élus du personnel (article L. 2232-21 du code du travail joint en annexe).

/ Allant plus loin, on relève que le nombre d'accords signés par les représentants élus du personnel, quasi uniquement dans les PME, sont très minoritaires : sur 39 363 accords signés et déposés, 7 777, soit 19,76 % du total des accords signés, l'ont été par des représentants élus du personnel.

Il faut donc l'admettre, que cela plaise ou non, la négociation d'entreprise n'est pas vraiment entrée dans les mœurs françaises.

Un tel état de fait est moins étonnant qu'il n'y paraît au premier abord.

/ En effet, dans l'entreprise petite et moyenne, la négociation est souvent caractérisée par un déséquilibre dans le « rapport de forces » car le chef d'entreprise petite et moyenne (par ailleurs fortement impliqué dans le processus de fonctionnement de l'entreprise) se trouve le plus souvent seul face à des représentants syndicaux ou des salariés mandatés ayant l'assistance de leur organisation syndicale locale, départementale ou régionale.

Même dans le cas où il négocie avec des représentants élus du personnel, il peut y avoir un déséquilibre, y compris de compétences, entre le chef d'entreprise et ces élus quant à la connaissance de la législation et des techniques de négociation.

Ceci n'est bien sûr pas vrai dans les grandes entreprises où l'employeur ou ses représentants maîtrisent complètement la négociation, notamment sur le plan technique.

/ Par ailleurs, point fondamental, la négociation d'entreprise - c'est notamment pour cela qu'elle peut être un leurre pour les TPE/PME - n'aboutit, généralement, à des résultats d'allègement des contraintes et d'assouplissement du fonctionnement de l'entreprise que si la direction de celle-ci a des contreparties, financières ou autres, à offrir aux négociateurs salariés.

Cela est évidemment le cas dans les grands groupes et dans les grandes entreprises. C'est beaucoup moins vrai, pour ne pas dire inexistant, dans les TPE/PME, même dans les PME de taille importante.

/ Enfin, beaucoup de TPE/PME considèrent, tout à fait logiquement, qu'il est plus simple de faire usage de la loi et des dispositions négociées au niveau de la branche professionnelle que de se lancer dans une aléatoire négociation d'entreprise.

Dans ces conditions, une autre voie doit être ouverte.

III – Pour un processus de création ou de modification du droit social pragmatique et adapté aux TPE/PME françaises

Globalement, la CGPME prône une « économie de marché organisée » (EMO), ce que certains, en d'autres temps, ont appelé le « libéralisme tempéré ».

Dans cette perspective, la CGPME défend un processus de création ou de modification du droit social souple, pragmatique, correspondant aux spécificités des entreprises très petites, petites et moyennes, qui sont le cœur de l'économie française. Celui-ci s'articule autour des axes suivants :

■ Premier principe : la loi ne doit pas être systématiquement « diabolisée » mais le bloc social légal doit être stabilisé, clarifié et amélioré.

Quand elle est correctement rédigée et qu'elle ne traite pas de tous les éléments de détail, **la loi peut être un cadre nécessaire pour permettre aux TPE/PME d'exercer leur activité dans de bonnes conditions et de se développer.** A titre d'exemple, en France, le code de la construction est un instrument utile.

En ce sens, la CGPME n'est pas ennemie de la loi, y compris pour ce qui concerne le droit social. Mieux même, **il peut arriver que, sur un certain nombre de sujets, ce soit la loi et uniquement la loi qui doive créer ou modifier la norme sociale.**

A titre d'exemple, *au risque de paraître quelque peu audacieuse, la CGPME considère que la question des allègements administratifs et financiers liés aux seuils sociaux, notamment celui de 50 salariés, devrait être traitée directement par la loi.*

Ce rôle donné à la loi dans un domaine aussi sensible suppose cependant un effort de courage - ce que dans l'antiquité on aurait appelé « vertu » - :

Le texte légal doit réellement être préparé en amont avec les interlocuteurs concernés, être accompagné d'une véritable étude d'impact, s'avérer compréhensible et « coller » aux spécificités de ceux auxquels il s'applique.

- Dès lors, pour la CGPME :

⇒ D'abord, **la formule de la « loi-cadre » doit être remise à l'ordre du jour.**

Ceci signifie, outre un véritable effort de synthèse dans l'écriture, que **la loi ne tombe plus dans le travers actuel consistant à intégrer dans son texte même des dispositions qui relèvent du « réglementaire »**, travers qui, c'est le comble (!), n'empêche pas la parution de décrets allant jusqu'à paraphraser les dispositions de la loi.

Dans la loi-cadre doivent figurer des principes clairs.

Les mesures de mise en œuvre concrète de ces principes doivent ensuite être renvoyées au(x) décret(s) ou au niveau de négociation pertinent. Ce niveau de négociation, pour un certain nombre de sujets, n'est pas forcément le niveau national interprofessionnel mais le niveau des branches professionnelles.

⇒ A côté de cette « réhabilitation » de la loi-cadre, on pourrait, à plus court terme, proposer la démarche suivante :

Les dispositions du code du travail (et du code de la sécurité sociale) devraient être stabilisées à leur niveau du 31 Décembre 2014. Si le pouvoir politique actuel le refusait, cette stabilisation devrait intervenir dès le début d'une nouvelle alternance politique. **Par ailleurs, tout dispositif social légal qui n'a pas été appliqué intégralement avant le 1^{er} Janvier 2015 devrait voir son application « gelée ».**

Pendant cette période de « stabilisation », par exemple deux ans, un travail de **clarification** et non pas un exercice de « recodification » (!), comme il y a quelques années, devrait être effectué sur des parties précises du code du travail, par exemple celle relative à la formation professionnelle ou celle relative aux licenciements.

⇒ Ceci n'empêcherait pas, mais dans le cadre strict des principes évoqués précédemment, une production ou une modification législative sur des thèmes sélectionnés et (ou) ayant un caractère d'urgence, par exemple l'allègement des seuils sociaux.

■ Deuxième principe : si la loi doit rester une source de création ou de modification du droit social, la négociation collective doit aussi avoir un rôle majeur en la matière mais conjuguant souplesse et rationalité pour être efficace.

D'une façon générale, la CGPME estime que **le système français de dialogue social entre employeurs et salariés**, reposant sur la politique conventionnelle à trois niveaux (national interprofessionnel, branche, entreprise) - politique à laquelle la CGPME est très attachée - et la gestion paritaire (pour les régimes de retraite complémentaires et l'Assurance Chômage notamment), **a permis** depuis plusieurs dizaines d'années **d'obtenir des résultats significatifs et de maintenir un type de relations sociales de bonne qualité.**

Ce système recèle cependant des imperfections qu'il faut corriger.

Toutefois, là encore, la CGPME considère qu'il faut avoir une vision pragmatique et plutôt que de bouleverser le système, l'adapter, pour qu'il corresponde mieux aux spécificités des TPE/PME.

A cet égard :

● **Il faut maintenir les trois niveaux de négociation existants :**

/ national interprofessionnel
/ de branche professionnelle
/ d'entreprise

Nous considérons en effet que chacun de ces trois niveaux a son utilité, sachant que leur rôle doit être clarifié et certaines de leurs règles aménagées ou complétées.

Et en même temps :

● **Adapter les règles de la négociation collective pour qu'elles correspondent mieux qu'actuellement aux caractéristiques spécifiques des petites et moyennes entreprises.**

• **La négociation nationale interprofessionnelle reste indispensable**, à la fois par le rôle d'encadrement qu'elle joue et l'effet d'entraînement qu'elle a sur les branches professionnelles.

Elle a obtenu en matière de protection sociale, de formation professionnelle, mais aussi dans certains domaines précis du droit du travail - contrat à durée déterminée, intérim (cf. plus loin), « rupture conventionnelle » - **des résultats importants**.

La négociation nationale interprofessionnelle risque cependant d'être victime de « l'inflation » des quinze dernières années évoquée précédemment.

D'un intérêt considérable quand elle vise des domaines bien précis, **elle l'est moins quand elle veut embrasser l'ensemble des questions sociales et, notamment, l'ensemble du droit du travail** car, en particulier, l'existence concomitante, dans des domaines toujours plus nombreux, de dispositions conventionnelles et de dispositions législatives aboutit, par l'effet de superposition (au moins partielle) des règles, à l'augmentation du « maquis réglementaire » que les TPE/PME supportent de plus en plus difficilement.

De plus, sur plusieurs sujets, **les oppositions de fond**, qui n'ont rien d'illégitimes, entre les Confédérations patronales et les Confédérations syndicales de salariés **empêchent, on l'a encore vu récemment, tout accord**.

⇒ Dans la logique exprimée précédemment, il est donc nécessaire que **le champ d'intervention de ce mode de négociation, hors les sujets récurrents** (assurance chômage, retraites complémentaires, formation professionnelle), **soit précisément ciblé et préparé**.

C'était la tradition et cela doit le redevenir. Ainsi, s'il y a eu en 1990 un accord signé par la grande majorité des organisations partenaires sociales sur les contrats à durée déterminée et l'intérim, accord qui est toujours en vigueur (et qui a été repris sans la moindre modification par la loi), c'est parce que la négociation avait été précédée de contacts approfondis en amont, strictement cadrée et qu'elle visait des objectifs précis.

• La négociation de branche professionnelle, que certains remettaient en cause il y a quelques années, joue elle aussi un rôle tout à fait capital. **La CGPME y est fondamentalement attachée car elle considère qu'elle reste porteuse d'avenir**.

/ Elle a permis et permet d'établir, par le biais des accords de branche sur lesquels elle débouche, un socle de règles communes, élément majeur du dialogue social au niveau professionnel.

/ **Ensuite, elle a permis et permet d'éviter des distorsions de concurrence trop marquées entre les entreprises par l'effet de lissage qu'elle réalise à travers les dispositions des accords de branche**. *Ce rôle, disons-le au passage, est essentiel.*

/ La négociation au niveau de la branche professionnelle a enfin une qualité majeure aux yeux de notre Organisation ; **elle est caractérisée par une situation d'égalité dans le « rapport de forces »** : il y a, d'une part, les représentants de la profession porteurs d'un mandat explicite et ayant les supports techniques nécessaires et, d'autre part, les représentants des organisations syndicales de salariés également compétents.

Toutefois, la négociation de branche professionnelle, et les accords de branche qui en découlent, peut elle aussi, toujours du point de vue des PME, présenter certains inconvénients.

Dans tel ou tel domaine, les dispositions prévues par les accords de branche se situent à un « haut niveau ». Une partie des entreprises du secteur, le plus souvent les TPE/PME, peuvent être alors désavantagées par des règles qu'elles ont des difficultés à assumer financièrement et administrativement.

⇒ Dès lors, pour mieux répondre aux besoins spécifiques des TPE/PME, **on pourrait expérimenter, dans les branches professionnelles volontaires, une variante du système du « Key Bargaining » (négociation clé) pratiqué aux Etats-Unis :**

L'on prendrait en compte certaines situations « d'entreprises types » dans la branche (trois par exemple). Les dispositions qui seraient définies, au moins dans certains domaines, pour ces entreprises seraient appliquées aux entreprises similaires. Par ce biais, on « collerait » aux situations variées existant dans un même secteur d'activité.

⇒ S'agissant toujours de la négociation de branche professionnelle - cela peut être valable également pour la négociation au niveau national interprofessionnel -, la CGPME suggère, afin que les accords passés dans ce cadre soient pleinement opérationnels, **que la plus grande partie de leurs dispositions soit d'accès direct pour les entreprises (sans passer par la négociation et l'accord d'entreprise).**

- Enfin, l'apport de la négociation d'entreprise, avec les réserves mentionnées précédemment, en dernier lieu, n'est pas négligeable et il faut l'utiliser.

Plusieurs questions, nous disons plusieurs et non pas toutes les questions, ne peuvent en effet être traitées qu'au plus près du terrain, par exemple en matière d'aménagement du temps de travail ou en ce qui concerne le détail de la politique salariale.

/ Cependant, malgré les assouplissements apportés dans la réglementation de ce niveau de négociation, un verrou important subsiste quand les interlocuteurs du chef d'entreprise sont les élus du personnel :

Les accords d'entreprise ou d'établissement ainsi négociés n'acquiescent la qualité d'accords collectifs de travail qu'après « qu'une commission paritaire de branche se soit prononcée sur sa validité dans les quatre mois suivant sa transmission » (article L. 2232-21 du code du travail).

⇒ *Il apparaît donc hautement souhaitable que soit supprimée la notion d'approbation de ces accords par la commission paritaire nationale de branche professionnelle.*

⇒ *Par ailleurs, dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'élargissement, au-delà des thèmes de la participation et de l'intéressement, du champ du référendum d'entreprise (avec majorité d'approbation aux deux tiers) pourrait être une piste intéressante à creuser.*

Au final, loin de tout dogmatisme, ces suggestions veulent promouvoir un système de création du droit social en adéquation avec les besoins et les caractéristiques des TPE/PME, à la fois cœur et moteur de l'économie française.