

N° 722

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2020-2021

Enregistré à la Présidence du Sénat le 30 juin 2021

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la commission des affaires sociales (1) sur le **bilan des réformes**
en matière de **dialogue social et de négociation collective**,*

Par Mme Frédérique PUISSAT,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : Mme Catherine Deroche, *présidente* ; M. Jean-Marie Vanlerenberghe, *rapporteur général* ; M. Philippe Mouiller, Mme Chantal Deseyne, MM. Alain Milon, Bernard Jomier, Mme Monique Lubin, MM. Olivier Henno, Martin Lévrier, Mmes Laurence Cohen, Véronique Guillotin, M. Daniel Chasseing, Mme Raymonde Poncet Monge, *vice-présidents* ; Mmes Florence Lassarade, Frédérique Puissat, M. Jean Sol, Mmes Corinne Féret, Jocelyne Guidez, *secrétaires* ; Mme Cathy Apourceau-Poly, M. Stéphane Artano, Mme Christine Bonfanti-Dossat, MM. Bernard Bonne, Patrick Boré, Laurent Burgoa, Jean-Noël Cardoux, Mmes Catherine Conconne, Annie Delmont-Koropoulis, Élisabeth Doineau, MM. Alain Duffourg, Jean-Luc Fichet, Mmes Laurence Garnier, Frédérique Gerbaud, Pascale Gruny, M. Xavier Iacovelli, Mmes Corinne Imbert, Annick Jacquemet, Victoire Jasmin, Annie Le Houerou, M. Olivier Léonhardt, Mmes Viviane Malet, Colette Mélot, Michelle Meunier, Brigitte Micouveau, Annick Petrus, Émilienne Poumirol, Catherine Procaccia, Marie-Pierre Richer, Laurence Rossignol, M. René-Paul Savary, Mme Nadia Sollogoub, M. Dominique Théophile.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LISTE DES PRINCIPALES PRÉCONISATIONS	7
LISTE DES SIGLES.....	9
L'ESSENTIEL.....	11
PREMIÈRE PARTIE : MALGRÉ UN CADRE ASSOUPLE, UN PAYSAGE ENCORE FIGÉ.....	23
I. UN DIALOGUE SOCIAL IMPORTANT EN PRINCIPE MAIS FIGÉ EN PRATIQUE	23
A. UNE TRADITION D'ATTACHEMENT À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE.....	23
1. <i>Une primauté de la négociation nationale interprofessionnelle à réaffirmer</i>	<i>24</i>
a) Un rôle quasi légiférant reconnu à la négociation	24
b) La nécessité de mieux respecter l'esprit de la loi Larcher.....	25
2. <i>Une couverture par des accords de branche particulièrement large</i>	<i>26</i>
3. <i>Une place croissante laissée à l'accord d'entreprise.....</i>	<i>26</i>
B. LES FAIBLESSES POURTANT IMPORTANTES DU DIALOGUE SOCIAL	27
1. <i>La faiblesse des organisations syndicales en décalage avec le rôle qu'elles sont appelées à jouer</i>	<i>28</i>
a) Une représentativité des organisations syndicales qui pourrait être renforcée ...	28
b) Un déficit de confiance des salariés à l'égard des organisations syndicales	29
2. <i>Une culture de la négociation insuffisamment développée.....</i>	<i>31</i>
a) Une attitude des employeurs vis-à-vis du dialogue social trop souvent empreinte de méfiance	31
b) La persistance de discriminations	31
c) Une accoutumance au conflit social.....	31
3. <i>Des facteurs externes qui obèrent le développement de la négociation collective</i>	<i>32</i>
a) L'évolution du contexte économique et le manque de « grain à moudre »	32
b) La place de la loi et les contraintes réglementaires excessives	32
4. <i>Les profits à tirer d'un dialogue social plus dynamique</i>	<i>33</i>
a) Occuper l'espace laissé par le recul de la norme législative	33
b) Les effets positifs du dialogue social sur l'emploi, la productivité et la qualité de vie au travail	33
II. UN MOUVEMENT DE RÉFORMES AUX EFFETS ENCORE PEU PERCEPTIBLES.....	35
A. DES TENTATIVES DE RÉFORME TENDANT À DYNAMISER LE DIALOGUE SOCIAL QUI ONT ABOUTI AUX ORDONNANCES DE 2017	35
1. <i>Le renforcement de la légitimité des acteurs de la négociation et des accords</i>	<i>35</i>
a) L'avènement d'une représentativité syndicale fondée sur les élections professionnelles	35
b) L'encadrement de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs	38
c) Le passage à la logique de l'accord majoritaire	42

2. <i>Le pari de la négociation collective</i>	44
a) La réécriture du code du travail suivant une logique ternaire	44
b) La latitude donnée aux partenaires sociaux dans l'organisation de la négociation collective	46
3. <i>La priorité donnée à l'accord d'entreprise</i>	48
a) La primauté de principe de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche	48
b) Le renforcement de l'accord d'entreprise par rapport au contrat de travail	51
c) L'introduction des accords de rupture conventionnelle collective.....	52
4. <i>Les réformes visant à faciliter le dialogue social dans les petites entreprises</i>	53
a) L'assouplissement des règles de conclusion des accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégué syndical	53
b) La création d'instances de représentation des salariés des TPE.....	55
c) L'élection des représentants des salariés des très petites entreprises et des particuliers employeurs.....	56
d) La création d'observatoires départementaux du dialogue social.....	56
5. <i>La fusion des institutions représentatives du personnel</i>	57
a) La mise en place du comité social et économique	57
b) L'adaptation des consultations récurrentes du CSE	58
c) Le cadre d'exercice du mandat des représentants du personnel.....	59
d) La création du conseil d'entreprise	60
B. DE PREMIERS ÉLÉMENTS DE BILAN QUI NE PERMETTENT PAS DE TIRER DES CONCLUSIONS DÉFINITIVES	61
1. <i>Malgré un bilan quantitatif positif, tous les effets escomptés sur la dynamique du dialogue social ne se font pas encore sentir</i>	61
a) Un dynamisme quantitatif en partie en trompe-l'œil.....	61
b) Un bilan qualitatif décevant	62
c) Des réformes pas encore pleinement digérées.....	62
2. <i>Si les ordonnances ont apporté une simplification bienvenue, certaines réformes semblent avoir manqué leur objectif</i>	63
a) Une simplification bienvenue	63
b) L'apparition de certains effets indésirables	64
c) Des réformes n'ayant pas ou peu produit d'effet	64
3. <i>La crise sanitaire a révélé certaines potentialités et limites des réformes</i>	65
a) Le dialogue social face à la crise	65
b) Des instances à ne pas surcharger	67
DEUXIÈME PARTIE : DES PISTES POUR UNE MEILLEURE APPROPRIATION DES RÉFORMES	69
I. PERMETTRE AUX PARTENAIRES SOCIAUX DANS L'ENTREPRISE DE SE SAISIR DES POSSIBILITÉS QUI LEUR ONT ÉTÉ TRANSFÉRÉES	69
A. DÉCLOISONNER LES INSTANCES POUR FAIRE RECULER LES PRÉJUGÉS RÉCIPROQUES ENTRE ACTEURS DU DIALOGUE SOCIAL DANS L'ENTREPRISE	69
1. <i>L'ouverture des élections professionnelles à des listes non syndicales</i>	69
2. <i>Le renforcement de la représentation des salariés au sein des conseils d'administration</i>	72
a) Une ouverture ancienne des organes d'administration aux représentants des salariés	72
b) La relance récente du dispositif.....	73

B. FAVORISER L'INNOVATION DANS LA NÉGOCIATION D'ENTREPRISE	75
1. La prise en charge par l'employeur des cotisations syndicales	75
2. La possibilité d'expérimenter des projets d'évolutions d'accords collectifs existants	78
C. AMÉLIORER LA FORMATION AU DIALOGUE SOCIAL	79
1. La formation initiale des acteurs de l'entreprise.....	79
2. Développer les formations communes rendues possibles par le législateur.....	80
a) Un outil créé par la loi de 2016 mais encore insuffisamment exploité.....	80
b) Renforcer la communication.....	81
c) Inciter les branches à développer des formations communes	82
d) Faciliter le recours aux fonds paritaires.....	82
e) Rendre les formations communes éligibles au CPF.....	83
3. Adapter le financement par l'État aux responsabilités transférées aux partenaires sociaux	84
D. FLUIDIFIER LE DIALOGUE SOCIAL DANS UNE ENTREPRISE DÉMATÉRIALISÉE.....	85
1. L'utilisation par les syndicats de la messagerie électronique	85
2. La pérennisation de certains assouplissements exceptionnels	86
II. CONFIRMER LA BRANCHE DANS SON RÔLE DE RÉGULATEUR.....	90
A. POURSUIVRE LE MOUVEMENT DE RESTRUCTURATION DES BRANCHES	90
1. Le renforcement du rôle de la branche se heurte à la fragmentation du paysage conventionnel.....	90
a) Le rôle nouveau donné à la branche.....	90
b) Le constat ancien d'une fragmentation excessive du paysage conventionnel.....	91
2. Un chantier lancé en 2014 dont un premier bilan peut être tiré.....	92
a) La fixation d'un objectif et la définition de moyens juridiques.....	92
b) Le bilan de la première phase.....	94
3. Poursuivre le processus en clarifiant ses objectifs	95
a) Ne pas se fixer d'objectif chiffré	95
b) Attendre la prochaine mandature pour relancer le processus	95
c) Clarifier les objectifs et les modalités	95
4. Une intervention législative nécessaire.....	96
a) Le cadre actuel a épuisé ses possibilités.....	96
b) Proposer un nouveau critère de fusion permettant de renforcer la cohérence des champs.....	97
5. Mesures de fluidification des fusions.....	98
a) Laisser davantage de temps aux partenaires sociaux pour l'élaboration de la nouvelle convention collective	99
b) Ne pas déterminer ex ante la convention collective de rattachement.....	99
c) Réviser les règles de représentativité au niveau national multiprofessionnel.....	100
B. SÉCURISER LE RÔLE RÉGULATEUR DE LA BRANCHE.....	101
1. Un rôle de régulateur confié à la branche	101
2. L'impact de la réforme de 2017, telle qu'interprétée par le ministère du travail.....	101
a) Un changement sémantique auquel l'administration a conféré une portée importante.....	101
b) Les conséquences : la branche ne peut pas pleinement jouer son rôle.....	102
3. Un conflit d'interprétation à trancher	103

C. CONFIER À LA NÉGOCIATION DE BRANCHE LE THÈME DE LA VALORISATION DES PARCOURS DES ÉLUS	104
1. <i>Les avancées réalisées depuis 2008</i>	104
2. <i>La nécessité d'aller plus loin par la négociation collective</i>	106
EXAMEN EN COMMISSION	109
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES	119

LISTE DES PRINCIPALES PRÉCONISATIONS

Préconisation n° 1 : respecter davantage la priorité à la négociation au niveau national et interprofessionnel par rapport à l'intervention du législateur

Préconisation n° 2 : préserver à court terme la stabilité du nouveau cadre du dialogue social mis en place par les ordonnances de 2017

Préconisation n° 3 : recentrer sans les alourdir de manière impérative les compétences du CSE sur la vie de l'entreprise et les préoccupations immédiates des salariés

Préconisation n° 4 : rendre optionnel, au moins dans les entreprises n'excédant pas une certaine taille, le monopole syndical au premier tour des élections professionnelles. À défaut d'accord, ouvrir les élections aux listes non syndicales présentées par une proportion minimum des électeurs ou par un certain nombre d'entre eux

Préconisation n° 5 : appliquer l'exigence de proportionnalité hommes-femmes aux listes non syndicales

Préconisation n° 6 : abaisser de manière progressive la taille de l'entreprise à partir de laquelle la présence d'administrateurs représentant les salariés est obligatoire au sein du conseil d'administration

Préconisation n° 7 : supprimer l'incompatibilité entre les mandats d'administrateur salarié et de délégué syndical

Préconisation n° 8 : fixer dans la loi le cadre dans lequel un accord d'entreprise peut prévoir la prise en charge par l'employeur d'une partie du montant des cotisations syndicales, en précisant qu'un tel dispositif peut éventuellement bénéficier aux seuls syndicats représentatifs

Préconisation n° 9 : donner une base légale à des protocoles d'expérimentation permettant de déroger, sur un objet et pour une étendue et une durée limités, à des accords d'entreprise en vigueur en vue de leur révision

Préconisation n° 10 : intégrer davantage la formation au dialogue social et à la négociation collective au sein des cursus universitaires et des écoles de commerce

Préconisation n° 11 : lancer une campagne nationale d'information sur les formations communes

Préconisation n° 12 : demander ou imposer aux branches l'inclusion d'un bilan annuel de la mise en œuvre des formations communes

Préconisation n° 13 : modifier les règles relatives au financement des formations communes par le Fonds paritaire pour le financement du dialogue social

Préconisation n° 14 : rendre les formations communes éligibles au compte personnel de formation

Préconisation n° 15 : augmenter les ressources budgétaires consacrées par l'État au financement de la formation des acteurs du dialogue social et accompagner chaque nouvel élargissement du rôle de négociation collective d'un renforcement des moyens accordés aux partenaires sociaux pour qu'ils s'en saisissent

Préconisation n° 16 : permettre aux organisations syndicales d'utiliser, dans le cadre d'une charte de bonnes pratiques, la messagerie électronique de l'entreprise pour diffuser des informations aux salariés

Préconisation n° 17 : envisager, en la sécurisant juridiquement, une pérennisation de certains assouplissements des délais et procédures permis pendant la crise sanitaire

Préconisation n° 18 : préciser de manière explicite dans la loi la possibilité pour les partenaires sociaux d'un même champ conventionnel de définir des règles spécifiques s'appliquant à certaines catégories d'entreprises et de salariés

Préconisation n° 19 : réintroduire la possibilité de fusionner des champs conventionnels afin de renforcer leur cohérence, après avoir déterminé dans la loi, après concertation avec les partenaires sociaux, les critères sur la base desquels cette cohérence devra s'apprécier

Préconisation n° 20 : laisser les partenaires sociaux définir le délai qu'ils se donnent pour parvenir à la conclusion d'une nouvelle convention collective, dans la limite de sept ans

Préconisation n° 21 : réviser le cadre juridique de la fusion des branches afin que la branche de rattachement ne soit pas systématiquement désignée dès l'arrêté de fusion des champs

Préconisation n° 22 : réviser le critère de représentativité patronale au niveau multiprofessionnel pour tirer les conséquences de la réduction du nombre de branches

Préconisation n° 23 : préciser au niveau législatif la primauté des accords de branche en ce qui concerne la rémunération

Préconisation n° 24 : inscrire dans le « bloc 1 » de la négociation de branche le thème de la reconnaissance et la valorisation des compétences et des parcours des représentants du personnel et des mandataires syndicaux

LISTE DES SIGLES

AFPA	Agence nationale pour la formation professionnelle des adultes
AGFPN	Association de gestion du Fonds paritaire national
AME	Accord de maintien de l'emploi
ANI	Accord national interprofessionnel
APC	Accord de performance collective
APDE	Accord de préservation et de développement de l'emploi
APLD	Activité partielle de longue durée
ARTT	Accord de réduction du temps de travail
CE	Comité d'entreprise
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
COR	Contrepartie obligatoire sous forme de repos
CPF	Compte personnel de formation
CDI	Contrat à durée indéterminée
CDD	Contrat à durée déterminée
CNNCEFP	Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle
Copanef	Comité paritaire national pour l'emploi et la formation professionnelle
CPPNI	Commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation
CPRI	Commission paritaire régionale interprofessionnelle
CPRIA	Commission paritaire régionale interprofessionnelle de l'artisanat
CPRPL	Commission paritaire régionale des professions libérales
CSE	Comité social et économique
CSSCT	Commission santé, sécurité et conditions de travail
CTT	Contrat de travail temporaire
Dares	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DGT	Direction générale du travail
DP	Délégué du personnel
Dreets	Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités
DS	Délégué syndical
DUP	Délégation unique du personnel
FESS	Formation économique, sociale et syndicale
GEPP	Gestion des emplois et des parcours professionnels
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
HCDS	Haut Conseil du dialogue social
IRP	Institution représentative du personnel
Intefp	Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle
OPCA	Organisme paritaire collecteur agréé
PAP	Protocole d'accord préélectoral
PEI	Plan d'épargne interentreprises
Perco	Plan d'épargne pour la retraite collectif interentreprises
PME	Petite et moyenne entreprise
RCC	Rupture conventionnelle collective
RNCP	Répertoire national des certifications professionnelles
SA	Société anonyme
SCA	Société en commandite par actions
TPE	Très petite entreprise

L'ESSENTIEL

Réunie le mercredi 30 juin 2021, sous la présidence de Mme Catherine Deroche, la commission des affaires sociales a examiné le **rapport d'information de Mme Frédérique Puissat** sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective.

UN MOUVEMENT DE RÉFORMES AMBITIEUX AUX EFFETS ENCORE PEU PERCEPTIBLES

▶ *LE DIALOGUE SOCIAL EN FRANCE EST IMPORTANT EN PRINCIPE MAIS FIGÉ EN PRATIQUE*

- **Une tradition d'attachement au paritarisme et à la négociation collective**

Les partenaires sociaux tiennent traditionnellement une place importante en France, qui s'exprime notamment par la **gouvernance paritaire d'un certain nombre d'organismes** et de régimes de protection sociale. Cette importance se traduit également par le **rôle normatif de la négociation collective**. La convention de branche permet ainsi de définir le cadre général de l'organisation du travail et d'apporter des garanties aux salariés en tenant compte des caractéristiques de chaque secteur ; l'implication de l'État, à travers la procédure d'extension, lui confère une force obligatoire qui s'impose à tous.

Au niveau national et interprofessionnel, le principe d'un rôle subsidiaire de la loi par rapport à la norme négociée a été reconnu par le législateur, notamment au travers de la loi « Larcher » de 2007. **Si la lettre de l'article L. 1 du code du travail est généralement respectée, il conviendrait que son esprit le soit davantage**, que les invitations à négocier soient plus sincères et que le Gouvernement tienne davantage compte des compromis trouvés par les partenaires sociaux.

• **Des faiblesses pourtant importantes du dialogue social**

Un des principaux facteurs explicatifs des limites du dialogue social en France réside dans la **faiblesse des syndicats**, qui peut sembler paradoxale au vu de leur présence dans le débat public. La France se caractérise par un **faible taux de syndicalisation** : moins de 10 % des salariés français adhèrent à un syndicat, soit un taux nettement inférieur à celui de la plupart des pays de l'OCDE. La **fragmentation du paysage syndical** constitue une autre singularité française qui affaiblit le pouvoir de négociation des travailleurs.

La France se distingue également par **un modèle conflictuel de relations sociales** qui rend difficile l'atteinte de compromis. Le recours à la grève apparaît souvent comme une modalité normale du dialogue social. On peut regretter, à cet égard, la disparition des lieux d'échanges informels entre responsables nationaux des organisations patronales et syndicales.

Cette faiblesse du dialogue social ne peut être imputée aux seuls syndicats de salariés. En effet, les *managers* et les directeurs des ressources humaines voient trop souvent le dialogue social comme une contrainte et les représentants des salariés comme des adversaires. Il en résulte **un dialogue social souvent formel** dans lequel les entreprises se contentent de remplir leurs obligations sans réellement négocier.

Enfin, l'existence de **discriminations** contribue également à la faiblesse de la syndicalisation : des études ont mis en évidence des écarts de salaire de l'ordre de 3 à 4 % en moyenne en défaveur des salariés syndiqués.

► **LES RÉFORMES RÉCENTES ONT CHERCHÉ À FAIRE UNE PLUS GRANDE PLACE À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE**

Un dialogue social plus fécond serait de nature à améliorer le climat social, et donc la qualité des relations de travail, mais pourrait également avoir des effets économiques positifs. Cette idée a inspiré une vague de réformes qui ont cherché à faire une plus grande place à la négociation collective, et en particulier à la négociation d'entreprise, avec en point d'orgue les ordonnances du 22 septembre 2017.

- **Le renforcement de la légitimité des acteurs de la négociation et des accords**

La **réforme de la représentativité syndicale** constituait un prérequis de l'extension du champ de la négociation collective à laquelle on a assisté ces dernières années. La loi du 20 août 2008 a posé le cadre actuel de la représentativité des organisations syndicales de salariés : le **critère déterminant** est désormais celui de **l'audience aux élections professionnelles**. La **réforme de la représentativité patronale** de 2014 a répondu au même objectif de renforcer la légitimité des acteurs de la négociation collective.

Le principe majoritaire est également apparu comme un prérequis pour une montée en puissance des accords collectifs. Depuis le 1^{er} mai 2018, un accord d'entreprise doit être signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives lors des dernières élections professionnelles pour être valide.

Un **référendum d'entreprise** peut toutefois permettre de valider, à la demande d'organisations syndicales signataires, un accord minoritaire. Les ordonnances de 2017 ont également donné la possibilité à l'employeur de déclencher ce référendum, sauf si l'ensemble des organisations signataires, représentant au moins 30 % des suffrages, s'y opposent.

- **Le pari de la négociation collective**

Le rapport Combrexelle de 2015 recommandait d'engager une **réécriture du code du travail selon une organisation ternaire** distinguant les règles d'ordre public, le champ de la négociation collective et les dispositions supplétives s'appliquant en l'absence d'accord. La loi « El Khomri » de 2016 a partiellement mis en œuvre cette proposition en limitant son ambition au thème du temps de travail, du repos et des congés. La même logique a été appliquée par les ordonnances de septembre 2017 aux dispositions encadrant la négociation collective de branche et d'entreprise.

Une plus grande latitude a ainsi été laissée aux partenaires sociaux dans l'organisation de la négociation collective. Au niveau de la branche comme au niveau de l'entreprise, ils peuvent conclure, dans le respect des règles d'ordre public, un **accord de méthode** précisant le calendrier, les thèmes et les modalités de la négociation. La loi « Rebsamen » de 2015 puis les ordonnances de 2017 ont rationalisé et assoupli les négociations obligatoires au niveau de l'entreprise.

- **La priorité donnée à l'accord d'entreprise**

Les réformes récentes ont remis en question le principe selon lequel un accord d'entreprise ne peut déroger à un accord de branche qu'en ce qu'il prévoit des stipulations plus favorables pour les salariés. Ce **mouvement de décentralisation de la négociation collective** a notamment été inspiré par l'idée d'améliorer le fonctionnement du marché du travail.

Les ordonnances de 2017 ont ainsi classé en **trois blocs** les thèmes pouvant faire l'objet de négociations, consacrant une **primauté de principe de l'accord d'entreprise** : 13 domaines dans lesquels l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise, même conclu postérieurement ; 4 domaines que la branche peut « verrouiller » à son profit ; tous les autres domaines dans lesquels l'accord d'entreprise, même moins favorable, prévaut sur l'accord de branche.

Au cours de la période récente, le législateur a également créé **des catégories d'accords dont les stipulations peuvent se substituer à certaines clauses du contrat de travail**. Les ordonnances de 2017 ont simplifié et unifié les différents régimes existants en créant les **accords de performance collective (APC)**.

- **Les réformes visant à favoriser le dialogue social dans les petites entreprises**

La majorité des petites entreprises françaises ne sont pas concernées par les règles de droit commun sur la négociation et la conclusion d'accords collectifs dans la mesure où elles ne disposent pas d'interlocuteur syndical. Les réformes successives ont ainsi cherché à **assouplir les règles de conclusion des accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégué syndical** en prévoyant des modalités alternatives de conclusion d'accords, telles que la ratification directe par les salariés dans les petites entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel (IRP).

La présence d'IRP n'étant obligatoire que dans les entreprises d'au moins 11 salariés, la loi « Rebsamen » a mis en place des **commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI)** afin de permettre la représentation des salariés des très petites entreprises (TPE).

Enfin, tous les quatre ans, les salariés des entreprises de moins de 11 salariés sont appelés à voter dans le cadre d'un scrutin régional sur sigle, dit « **élection TPE** ». Ce vote contribue, en étant additionné avec les résultats des élections professionnelles, à mesurer l'audience des organisations syndicales. 265 000 salariés des TPE et employés à domicile ont pris part au dernier scrutin organisé du 22 mars au 6 avril dernier, soit **un taux de participation de 5,44 % qui doit nous interpeller**.

- **La fusion des institutions représentatives du personnel**

Les ordonnances de 2017 ont créé **une instance unique de représentation du personnel, le comité social et économique (CSE)**, en lieu et place des IRP existantes : délégués du personnel (DP), comité d'entreprise (CE) et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). La mise en place du CSE est obligatoire dans toutes les entreprises d'au moins 11 salariés depuis le 31 décembre 2019.

Cette réforme donne **une place plus importante à la négociation collective** dans la mise en place et la définition des modalités de fonctionnement et des missions de la nouvelle instance. C'est notamment un accord d'entreprise qui détermine les modalités de mise en place et de fonctionnement de la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT), laquelle n'est obligatoire que dans certains cas. Les partenaires sociaux ont également acquis **une plus grande marge de manœuvre pour fixer l'agenda social de l'entreprise** : un accord d'entreprise peut ainsi déterminer la périodicité des consultations récurrentes.

Le cadre d'exercice du mandat des représentants du personnel a parallèlement évolué : les représentants du personnel au CSE ne peuvent effectuer plus de trois mandats successifs et le rôle des représentants suppléants a été réduit ; quant au volume total d'heures de délégation, il a logiquement diminué avec la fusion des IRP.

L'ordonnance permet aux partenaires sociaux de simplifier davantage encore l'organisation du dialogue social dans l'entreprise en confiant au CSE, qui devient un **conseil d'entreprise**, la compétence de négociation des accords d'entreprise détenue par les délégués syndicaux.

► **LES PREMIERS ÉLÉMENTS DE BILAN NE PERMETTENT PAS DE TIRER DES CONCLUSIONS DÉFINITIVES**

- **Tous les effets escomptés des réformes ne se font pas encore sentir**

Les données quantitatives indiquent que **la négociation collective est depuis plusieurs années engagée dans une dynamique positive**, tant au niveau de l'entreprise que de la branche. D'après le bilan publié par la direction générale du travail (DGT), le nombre d'accords d'entreprise a connu une croissance de 30 % entre 2018 et 2019. **Ce dynamisme est toutefois en partie en trompe-l'œil** car il est notamment porté par une proportion croissante de textes signés par l'employeur uniquement. S'agissant de la mise en œuvre de la fusion des IRP, on dénombrait, au 2 juin 2020, 81 371 CSE mis en place (couvrant près de 10,8 millions de salariés) et 39 354 procès-verbaux de carence (concernant environ 1,1 million de salariés).

D'un point de vue plus qualitatif, on peut constater **une appropriation lente et conservatrice des réformes par les acteurs du dialogue social**. Le bilan d'étape de la fusion des IRP ne permet pas de constater une forte dynamique nouvelle en faveur du dialogue social : la négociation sur la mise en place du CSE, dont le calendrier était contraint par la loi, s'est souvent résumée à un exercice convenu et formel. De même, en matière de négociation collective, les entreprises ne se sont pas saisies de toutes les opportunités ouvertes par les réformes, à l'image de la possibilité de conclure un accord de méthode.

Il semble que l'appropriation des ordonnances de 2017, qui sont venues après beaucoup d'autres réformes, soit difficile tant pour les employeurs que pour les salariés. Il paraît donc prématuré de tirer dès à présent des conclusions générales et définitives de ces réformes dont il y a lieu de penser que l'objectif – donner du pouvoir aux acteurs de la négociation collective – reste pertinent.

Dans l'attente des conclusions définitives du comité d'évaluation des ordonnances de 2017, il convient, avant d'envisager de nouvelles modifications du cadre actuel, de **donner la priorité à l'accompagnement des acteurs afin qu'ils s'approprient les réformes**, en mettant l'accent sur les TPE-PME. Le cadre relativement souple mis en place par les ordonnances offre de nombreuses possibilités que les acteurs doivent maintenant se donner les moyens d'utiliser.

- **Certaines réformes ont manqué leur objectif**

Ces réformes ont apporté **une réelle simplification du cadre du dialogue social dans l'entreprise**. En particulier, la création du CSE a clarifié le paysage des IRP. La suppression du CHSCT, qui reste regrettée par les syndicats, a ainsi permis d'instaurer un fonctionnement plus simple en évitant notamment les doubles consultations. Il faut considérer qu'une meilleure efficacité bénéficie à l'ensemble de l'entreprise sans remettre en cause la centralité du dialogue social.

En revanche, certains effets indésirables ont été relevés. En particulier, les accords de mise en place du CSE ont rarement prévu la mise en place de représentants de proximité comme la loi le leur permet. Il en résulte **une centralisation parfois excessive** et une perte du lien de proximité. Quant à **l'usage des APC**, qui reste limité quantitativement, il est parfois **marqué par un déséquilibre en faveur des employeurs**.

En outre, certaines réformes n'ont pas ou peu produit d'effet. Ainsi, **la création du conseil d'entreprise représente un échec manifeste** : très rares sont les entreprises qui se sont saisies de cet outil. Pour sa part, **le référendum d'entreprise reste peu utilisé** par les employeurs pour valider un accord minoritaire car il est considéré comme un outil à double tranchant.

- **La crise sanitaire a révélé certaines potentialités et limites des réformes**

Pendant la crise sanitaire, la négociation collective a été un levier permettant aux entreprises de s'organiser pour faire face à la pandémie. Une vingtaine d'accords de branche et près de 6 000 accords d'entreprise ayant pour objet de faire face aux conséquences de la crise sanitaire ont été conclus entre mars et juin 2020. Au niveau national et interprofessionnel, deux accords ont été signés fin 2020 sur le télétravail et sur la santé au travail. Dans ce contexte, les APC sont également apparus comme un recours dans le but de maintenir l'emploi et d'éviter les procédures de licenciement économique.

Par ailleurs, le dialogue social dans l'entreprise s'est réorganisé avec créativité à la faveur des assouplissements prévus dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Il n'en reste pas moins qu'au sein du CSE, dont le rôle et les attributions sont conséquents, les représentants du personnel n'ont pas nécessairement la capacité à hiérarchiser les priorités ou à travailler en délégation. Une des leçons à tirer de la crise est que **le dialogue social gagnerait sans doute en efficacité s'il était recentré sur la vie de l'entreprise et sur les préoccupations immédiates des salariés.** Il convient par conséquent d'éviter d'alourdir de manière impérative les compétences du CSE.

DES PROPOSITIONS VISANT À PERMETTRE AUX PARTENAIRES SOCIAUX DE SE SAISIR DES POTENTIALITÉS DES RÉFORMES

► DÉCLOISONNER LES INSTANCES POUR FAIRE RECULER LES PRÉJUGÉS RÉCIPROQUES ENTRE ACTEURS DU DIALOGUE SOCIAL DANS L'ENTREPRISE

- **L'ouverture des élections professionnelles à des listes non syndicales**

Une ouverture des élections professionnelles à des listes non syndicales aurait pour intérêt de faire tomber certains préjugés réciproques entre acteurs du dialogue social et d'intégrer une représentation de l'ensemble de la collectivité de travail, y compris des éventuels contestataires, dans le cadre du CSE. Elle constituerait également une opportunité pour les organisations syndicales de regagner la confiance des salariés en étant ainsi mis en concurrence et participerait d'une meilleure information des salariés sur le rôle et les réalisations des syndicats.

Il pourrait donc être envisagé, au moins dans les entreprises n'excédant pas une certaine taille, de **rendre le monopole syndical au premier tour optionnel** en autorisant un protocole d'accord préélectoral à le prévoir. À défaut d'accord, les élections des représentants du personnel au CSE seraient ouvertes aux listes non syndicales qui seraient présentées par une proportion minimum des électeurs. En conséquence, il serait cohérent de préciser dans la loi que **l'exigence de proportionnalité femmes-hommes**, interprétée de manière restrictive par la Cour de cassation, **s'applique aux listes non syndicales**.

- **Le renforcement de la représentation des salariés au sein des conseils d'administration**

L'intégration des syndicats dans la gouvernance de l'entreprise constitue l'un des enjeux qui restent à traiter à l'issue des dernières réformes. Prévue dès le début des années 1980, la représentation des salariés au sein des conseils d'administration a été progressivement renforcée. En 2019, la loi « Pacte » a ainsi abaissé de douze à huit administrateurs le seuil au-delà duquel la présence de deux administrateurs salariés est obligatoire.

Cette présence de représentants des salariés au sein du conseil d'administration permet de garantir la prise en compte des intérêts de l'entreprise au-delà des seuls intérêts financiers. Comme le montrent plusieurs exemples étrangers, à l'instar de l'Allemagne et des pays nordiques, il est possible d'aller plus loin dans ce domaine. **Le nombre de salariés à partir duquel la présence de représentants des salariés au conseil d'administration est obligatoire pourrait ainsi être progressivement abaissé**. En outre, il conviendrait de **supprimer l'incompatibilité entre un mandat d'administrateur salarié et un mandat de délégué syndical**, cet assouplissement pouvant également contribuer à faire disparaître certains préjugés.

► **FAVORISER L'INNOVATION DANS LA NÉGOCIATION D'ENTREPRISE**

La **prise en charge partielle des cotisations syndicales par l'employeur** est possible sous certaines conditions, récemment précisées par la Cour de cassation. Son interprétation reste cependant restrictive à l'égard des initiatives de terrain visant à innover en faveur du dialogue social et à encourager l'adhésion syndicale, à l'image de l'accord « Solvay » de 2016. Il serait donc opportun de **préciser dans la loi le cadre** dans lequel un accord d'entreprise peut prévoir cette prise en charge, **en précisant qu'un tel dispositif peut éventuellement bénéficier aux seuls syndicats représentatifs**.

Dans le but de favoriser l'innovation en matière de relations sociales, **certaines entreprises se sont dotées d'un cadre permettant d'expérimenter des projets d'évolutions d'accords collectifs existants** en amont d'une éventuelle révision de ces accords. Les expérimentations menées dans ce cadre, à l'initiative de la direction ou d'une ou plusieurs organisations syndicales, doivent être localisées, limitées dans le temps et réversibles. Il serait pertinent de **donner une base légale à ces protocoles d'expérimentation** qui peuvent permettre de surmonter un certain conservatisme de la négociation d'entreprise.

► **AMÉLIORER LA FORMATION AU DIALOGUE SOCIAL ET À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE**

La relative faiblesse du dialogue social en France résulte en grande partie d'une formation insuffisante des acteurs. Ce déficit commence dès la formation initiale, notamment celle des futurs dirigeants. Il conviendrait donc **d'intégrer davantage de formations au dialogue social et à la négociation collective au sein des cursus universitaires et des écoles de commerce.**

Inscrites dans la loi depuis 2016, les **formations communes aux représentants des salariés et des employeurs** peuvent favoriser le développement d'une culture partagée de la négociation collective. De telles formations, qui restent aujourd'hui confidentielles, **doivent être vivement encouragées.** Plusieurs leviers seraient de nature à renforcer le recours à cet outil : lancer une campagne nationale d'information ; demander ou imposer aux branches l'inclusion d'un bilan annuel de la mise en œuvre de ces formations communes ; modifier les règles relatives au financement de ces formations par le Fonds paritaire pour le financement du dialogue social. **Rendre les formations communes éligibles au compte personnel de formation (CPF)** permettrait en outre d'améliorer leur attractivité.

Les crédits dédiés à la formation des acteurs de la négociation collective s'élèvent à 36,6 millions d'euros en 2021, soit sensiblement le même niveau qu'en 2015. Ainsi, alors même que l'État invitait les partenaires sociaux à davantage se saisir des possibilités offertes par la négociation collective, il n'a pas accompagné cette politique d'un effort financier en faveur de leur formation. Il conviendrait pourtant **d'augmenter les moyens donnés aux acteurs pour se former à chaque nouvel élargissement du rôle de la négociation collective.**

► FLUIDIFIER LE DIALOGUE SOCIAL DANS UNE ENTREPRISE DÉMATÉRIALISÉE

La crise sanitaire et la dispersion forcée des salariés qui en a résulté ont fait apparaître le besoin de maintenir le lien entre les membres de la communauté de travail et leurs représentants. Ce besoin a vocation à devenir durable à l'heure où les entreprises sont engagées dans des processus de dématérialisation. **Il serait donc opportun d'autoriser l'utilisation par les syndicats de la messagerie électronique de l'entreprise** pour communiquer avec les travailleurs, dans les limites définies dans l'entreprise par une charte de bonnes pratiques.

Dans le cadre des mesures d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, les procédures d'information et de consultation du CSE et les règles de la négociation collective ont été exceptionnellement assouplies afin de garantir la continuité du dialogue social et de la vie de l'entreprise. En particulier, certains délais ont été réduits par ordonnance jusqu'au 10 octobre 2020. A la lumière de cette expérience, jugée positive par les directeurs des ressources humaines, **il pourrait être procédé à une revue d'ensemble de ces délais afin de déterminer lesquels pourraient être utilement être réduits de manière pérenne** sans porter atteinte à la liberté syndicale ni aux droits du CSE.

DES PROPOSITIONS VISANT À CONFIRMER LA BRANCHE PROFESSIONNELLE DANS SON RÔLE DE RÉGULATEUR

► POURSUIVRE LE MOUVEMENT DE RESTRUCTURATION DES BRANCHES

La loi définit depuis 2016 les missions dévolues aux branches : celles-ci ont pour missions de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables et de réguler la concurrence entre les entreprises. Toutefois, le renforcement du rôle de la branche se heurte au constat de la **fragmentation du paysage conventionnel**. Le rapport Poisson de 2009 recensait ainsi plus de 900 branches professionnelles, dont 687 conventions collectives enregistrées par le ministère du travail.

La loi « El Khomri » de 2016 a défini 5 critères permettant au ministre d'engager une procédure de fusion de champ d'application de conventions collectives et fixé aux partenaires sociaux l'objectif d'atteindre « *environ 200 branches professionnelles* » dans les trois ans. Cet objectif est aujourd'hui atteint ou proche de l'être. Jusqu'à présent, cette restructuration s'est principalement réalisée sur la base de regroupements volontaires.

Le processus de restructuration du paysage conventionnel apparaît cependant inachevé et doit certainement être poursuivi. Toutefois, alors que le Président de la République avait souhaité en 2017 parvenir à un paysage de 50 à 100 branches, **la fixation d'un objectif chiffré n'apparaît aujourd'hui plus pertinente**. L'État et les partenaires sociaux doivent plutôt viser la constitution de branches fortes, à même d'assurer les missions qui leurs sont confiées. Par ailleurs, il pourrait être utile de préciser de manière explicite dans la loi la **possibilité pour les partenaires sociaux d'un même champ conventionnel de définir des règles spécifiques s'appliquant à certaines catégories d'entreprises et de salariés**.

À la suite de la décision du Conseil constitutionnel qui a censuré la possibilité d'engager une procédure de fusion « *afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives* », une intervention législative est nécessaire pour **déterminer, après concertation avec les partenaires sociaux, les critères sur la base desquels cette cohérence devra s'apprécier**. La loi pourrait également **fluidifier le processus de restructuration des branches**, en laissant les partenaires sociaux définir le délai qu'ils se donnent pour parvenir à la conclusion d'une nouvelle convention collective et en laissant les négociations se dérouler avant de définir la branche de rattachement.

Le critère de représentativité patronale au niveau multi-professionnel devrait être révisé pour tirer les conséquences de la réduction du nombre de branches. Concernant plus généralement les **règles de la représentativité patronale**, lesquelles sont actuellement remises en cause par certaines organisations professionnelles qui estiment qu'elles ne permettent pas une représentation équitable des TPE, **une éventuelle intervention de l'État en l'absence de consensus entre les partenaires sociaux devrait être prudente** afin de ne pas perturber des équilibres existants.

► SÉCURISER LE RÔLE RÉGULATEUR DE LA BRANCHE

Le rôle de régulation de la branche s'exerce notamment en matière de **fixation des salaires minima conventionnels**. Depuis les ordonnances de 2017, le ministère du travail considère que le champ dans lequel l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise en la matière se limite au seul salaire de base. Sur ce fondement, il a refusé d'étendre des conventions collectives.

Cette interprétation restreint la capacité des branches à réguler la concurrence entre les entreprises d'un même secteur. Or, la définition de primes adaptées aux réalités de l'organisation du travail dans un secteur d'activité semble relever pleinement de la « loi de la profession » qu'il revient aux branches de définir. Il serait par conséquent souhaitable que le législateur intervienne pour **préciser de manière explicite le rôle des branches en matière de détermination des salaires**. Il ne semble pas à craindre qu'une plus grande latitude laissée aux branches professionnelles puisse avoir des effets négatifs sur l'emploi.

► **CONFIER À LA NÉGOCIATION DE BRANCHE LE THÈME DE LA VALORISATION DES PARCOURS DES ÉLUS**

La reconnaissance des compétences acquises par les représentants du personnel et la valorisation de leurs parcours sont des enjeux majeurs pour lesquels la marge de progrès reste importante en vue de lever les freins à l'engagement syndical. La loi « Rebsamen » de 2015 a tenté d'apporter des réponses à ces enjeux en créant plusieurs outils, parmi lesquels la création d'une certification inscrite au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP).

Devant le faible nombre d'accords d'entreprise concernant cet enjeu, il apparaît pertinent de confier ce thème à la négociation de branche. Les ordonnances de septembre 2017 ont inscrit dans le « bloc 2 » de la négociation collective (qui peut être verrouillé par la branche) le thème de la valorisation des parcours des délégués syndicaux. Il serait pertinent de **remonter ce thème dans le « bloc 1 »** afin que l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise, sauf si ce dernier prévoyait des garanties au moins équivalentes.

PREMIÈRE PARTIE : MALGRÉ UN CADRE ASSOUPLE, UN PAYSAGE ENCORE FIGÉ

I. UN DIALOGUE SOCIAL IMPORTANT EN PRINCIPE MAIS FIGÉ EN PRATIQUE

A. UNE TRADITION D'ATTACHEMENT À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Les partenaires sociaux tiennent traditionnellement une place importante en France, qui s'exprime notamment par la gouvernance paritaire d'un certain nombre d'organismes et de régimes de protection sociale. Si son recul est fréquemment constaté et souvent regretté, le paritarisme demeure au cœur de notre modèle social.

Le recul du paritarisme

La construction du modèle social français doit beaucoup à la volonté des partenaires sociaux d'élaborer et de gérer de manière paritaire des dispositifs de protection sociale.

Les partenaires sociaux siègent ainsi au conseil d'administration des caisses nationales de sécurité sociale, gèrent, au travers de l'Unedic, le régime d'assurance chômage et, au travers de l'Agirc-Arrco, le régime de retraite complémentaire. À son origine, le système de formation professionnelle a également été confié aux partenaires sociaux, au travers notamment des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) et du comité paritaire national pour l'emploi et la formation professionnelle (Copanef).

Néanmoins, l'État, et singulièrement le pouvoir exécutif, prennent depuis plusieurs années une place croissante dans la gestion de ces dispositifs, au détriment d'un réel paritarisme.

Ainsi, l'essentiel des règles en matière de cotisations et de prestations de sécurité sociale est fixé par la loi ou le pouvoir réglementaire et les directeurs des caisses nationales de sécurité sociale sont nommés par le Président de la République sur proposition du Premier ministre. Par ailleurs, dès les années 1990, le poids croissant des ressources fiscales dans le financement de la sécurité sociale a conduit le constituant à créer les lois de financement de la sécurité sociale (LFSS)¹ par lesquelles sont fixés chaque année les objectifs de solde de chacune des branches.

¹ Loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 instituant les lois de financement de la sécurité sociale.

En matière de formation professionnelle, la loi du 5 septembre 2018¹ a largement transféré les responsabilités qui étaient exercées par des instances paritaires à un établissement public (France compétences), au sein duquel les partenaires sociaux sont représentés aux côtés de l'État et des régions.

La même loi a modifié les règles de négociation des conventions d'assurance chômage en permettant au Gouvernement d'imposer les orientations et les objectifs financiers à atteindre. L'échec - prévisible - des négociations conduites en 2019 a conduit à la détermination par décret² des règles d'assurance chômage. Ces règles ont depuis été adaptées notamment afin de tenir compte d'une décision du Conseil d'État³ et de la situation créée par la crise sanitaire, sans qu'il soit envisagé de s'en remettre à la négociation.

Enfin, le projet de loi instituant un système universel de retraite⁴ prévoyait l'absorption du régime complémentaire actuel.

La place des partenaires sociaux dans notre modèle social passe également par le rôle normatif de la négociation collective au niveau national et interprofessionnel, au niveau des branches et au niveau de chaque entreprise.

1. Une primauté de la négociation nationale interprofessionnelle à réaffirmer

a) Un rôle quasi légiférant reconnu à la négociation

Les accords conclus au niveau national et interprofessionnel peuvent être directement créateurs de normes. Plus souvent, le Gouvernement invite les partenaires sociaux à négocier et le législateur intervient pour transposer les stipulations de nature législative des accords nationaux interprofessionnels (ANI). Ce fut le cas en 2013 avec l'ANI du 11 janvier⁵ et la loi du 14 juin⁶.

¹ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

² Décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage.

³ Conseil d'État, décision n° 434920 du 25 novembre 2020.

⁴ Projet de loi instituant un système universel de retraite, considéré comme adopté par l'Assemblée nationale en application de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution, transmis au Sénat le 4 mars 2020. L'examen de ce projet de loi a été suspendu en raison de la crise sanitaire.

⁵ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

⁶ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

Les partenaires sociaux ont affirmé de manière réitérée leur volonté de « renforcer le dialogue social et la pratique contractuelle et de se réapproprier la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur »¹ ou leur souhait de « créer une dynamique de complémentarité entre le rôle de la loi et celui de la négociation collective »².

Même lorsqu'ils ne débouchent pas sur une loi, les ANI peuvent avoir pour vertu d'affirmer une volonté, qui devra être déclinée aux niveaux inférieurs³.

Le principe d'un rôle subsidiaire de la loi par rapport à la norme négociée a été reconnu par le législateur, notamment au travers de la loi dite « Larcher » de 2007⁴. L'article L.1 du code du travail, issu de cette loi, dispose ainsi que tout projet de réforme portant sur un domaine relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle « fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs » en vue de l'ouverture d'une éventuelle négociation.

b) La nécessité de mieux respecter l'esprit de la loi Larcher

Si le législateur conserve toute sa légitimité pour retenir des options différentes de celles sur lesquelles les partenaires sociaux se sont accordés, on peut regretter que l'invitation à négocier soit parfois purement formelle. La frustration des partenaires sociaux lorsque le Gouvernement choisit de passer outre un accord trouvé parfois difficilement est de nature à fragiliser pour l'avenir toute volonté de compromis.

Ce fut le cas récemment au sujet de la réforme de la formation professionnelle⁵ ou encore de l'assurance chômage⁶.

Si la lettre de la loi Larcher est généralement respectée, il conviendrait que son esprit le soit davantage, que les invitations à négocier soient plus sincères et que le Gouvernement tienne davantage compte des compromis trouvés par les partenaires sociaux.

Préconisation n° 1 : respecter davantage la priorité à la négociation au niveau national et interprofessionnel par rapport à l'intervention du législateur

¹ ANI du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives.

² Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

³ C'est par exemple le cas de l'accord du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail.

⁴ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

⁵ Alors qu'un ANI a été conclu à son invitation le 22 février 2018, le Gouvernement a déposé peu de temps après un projet de loi s'écartant, parfois de manière substantielle, de l'accord trouvé par les partenaires sociaux.

⁶ La loi du 5 septembre 2018 a mis un terme à la validité de la convention d'assurance chômage conclue en 2017 pour convoquer une nouvelle négociation encadrée par de nouvelles règles.

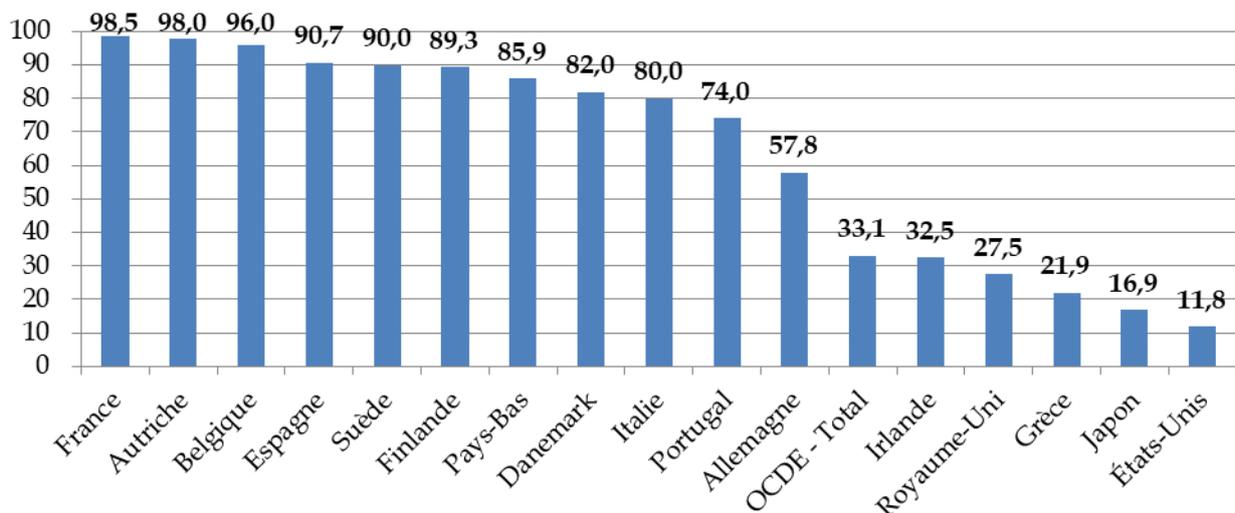
2. Une couverture par des accords de branche particulièrement large

L'accord de branche, dont le périmètre est défini par les partenaires sociaux eux-mêmes, est l'outil qui permet de définir le cadre général de l'organisation du travail et d'apporter un certain nombre de garanties aux salariés en tenant compte des caractéristiques de chaque secteur.

L'État ne se contente pas de laisser les partenaires sociaux négocier mais confère une force obligatoire *erga omnes* aux accords qu'ils concluent grâce à la procédure d'extension des accords de branche¹. Ainsi, en 2014, plus de 98 % des salariés français étaient couverts par une convention collective, soit le taux le plus élevé parmi les pays de l'OCDE.

Part des salariés couverts par une convention collective en 2014

en pourcentage



Source : OCDE

3. Une place croissante laissée à l'accord d'entreprise

Bien avant le train de réformes des dernières années, le législateur avait souhaité laisser les partenaires sociaux définir un certain nombre de règles au niveau de l'entreprise. Dès 1982, une des lois dites « Auroux »², tout en introduisant le principe de négociations périodiques obligatoires, a permis aux partenaires sociaux de définir au niveau de l'entreprise et le cas échéant par dérogation à la loi, les règles qui doivent s'y appliquer.

¹ La procédure d'extension des accords de branches est définie aux articles L. 2261-24 et suivants du code du travail.

² Loi n° 82-597 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail.

Le renvoi par la loi à la négociation collective d'entreprise est progressivement devenu de plus en plus fréquent.

La loi du 4 mai 2004¹ a même introduit la possibilité pour des accords d'entreprise de déroger, y compris dans un sens qui ne serait pas nécessairement plus favorable aux salariés, aux accords de branche².

Sources et garanties constitutionnelles de la négociation collective

Le rôle de la négociation collective trouve ses fondements dans le bloc constitutionnel. Le préambule de 1946 dispose ainsi 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* ». En outre, le Conseil constitutionnel considère que le principe de liberté contractuelle s'applique aux accords collectifs de travail et que le législateur ne peut porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant³.

En outre, le Conseil constitutionnel a reconnu qu'il est loisible au législateur 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* »⁴.

La Cour de cassation accorde désormais elle aussi une valeur importante à la détermination conventionnelle des règles de droit du travail, puisqu'elle juge depuis 2015 que les différences de traitement entre catégories professionnelles résultant d'accords collectifs conclus avec les organisations syndicales représentant les salariés bénéficient d'une présomption de respect du principe d'égalité⁵.

B. LES FAIBLESSES POURTANT IMPORTANTES DU DIALOGUE SOCIAL

Malgré son rôle historiquement important dans l'élaboration des normes du droit du travail, le dialogue social pâtit aujourd'hui d'une perception négative. Ainsi, en 2019, selon le baromètre du dialogue social réalisé par le Centre de recherches politiques de Sciences Po (Cevipof), 72 % des personnes interrogées estiment que le dialogue social ne fonctionne pas bien en France⁶.

¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

² L'ancien article L. 132-23 du code du travail, dans sa rédaction qui résultait de la loi du 4 mai 2004 prévoyait une primauté de l'accord de branche en matière de salaires minima, de classification, de garanties collectives et mutualisation et la primauté des accords d'entreprise dans les autres matières, sauf lorsqu'un accord de branche en disposait autrement. Cette « clause de verrouillage » a dans les faits été largement utilisée.

³ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008.

⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

⁵ Cour de cassation, chambre sociale, arrêt n° 120 du 27 janvier 2015.

⁶ Cevipof et Ipsos, baromètre du dialogue social, juin 2019.

1. La faiblesse des organisations syndicales en décalage avec le rôle qu'elles sont appelées à jouer

Un des principaux facteurs explicatifs des limites du dialogue social en France réside dans la faiblesse des syndicats, qui peut sembler paradoxale au vu de leur présence dans le débat public.

a) *Une représentativité des organisations syndicales qui pourrait être renforcée*

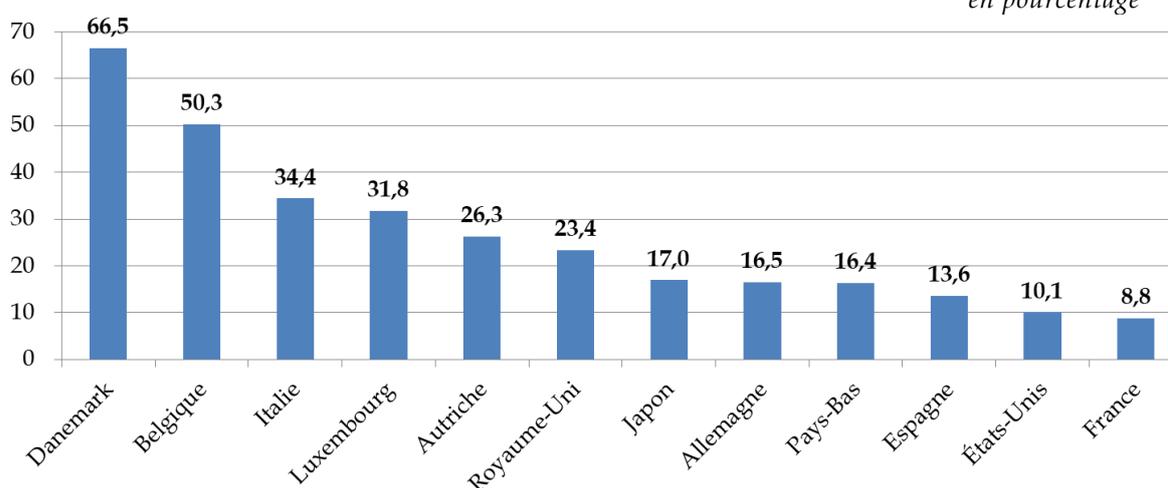
La France se caractérise par la faiblesse des effectifs des organisations syndicales. En effet, moins de 10 % des salariés français adhèrent à un syndicat¹, soit un taux de syndicalisation nettement inférieur à celui de la plupart des pays de l'OCDE et même à celui de pays accordant traditionnellement une place moindre à la négociation collective².

Ce niveau résulte d'une érosion progressive de la syndicalisation commune à la plupart des pays européens.

Ce constat ne peut que partiellement s'expliquer par les règles qui réservent, chez certains de nos voisins, le bénéfice des accords collectifs aux adhérents des organisations signataires³. On peut par exemple noter que le Danemark ou la Belgique présentent des taux de syndicalisation bien plus élevés que le nôtre en dépit de règles similaires en ce qui concerne l'effet *erga omnes* des accords collectifs.

Taux de syndicalisation dans une sélection de pays de l'OCDE en 2018

en pourcentage



Source : OCDE (données administratives)

¹ Selon la Dares, le taux de syndicalisation était en 2016 de 11 %, dont 8,4 % dans le secteur privé. On peut noter que le taux de syndicalisation est nettement plus élevé dans la fonction publique, alors que les conditions de travail des fonctionnaires résultent davantage de dispositions légales et réglementaires que de règles qui ont vocation à être élaborées par la négociation.

² En 2018, parmi les pays étudiés par l'OCDE, seuls l'Estonie, la Hongrie et la Lituanie connaissent un taux de syndicalisation inférieur à celui de la France.

³ Au cours de son audition par le rapporteur, la CFE-CGC s'est dite favorable à l'instauration d'une telle règle afin de favoriser un syndicalisme d'adhésion.

Par ailleurs, ce constat n'est que partiellement tempéré par les chiffres de la participation aux élections professionnelles : pour le cycle 2017-2021, le taux de participation consolidé s'élève à 38,24 % contre 42,76 % pour le cycle précédent¹.

La faiblesse de la syndicalisation, conjuguée à une fragmentation du paysage syndical², réduit les moyens, notamment financiers, des organisations syndicales et interroge leur capacité à représenter réellement les intérêts des salariés qu'elles défendent.

b) Un déficit de confiance des salariés à l'égard des organisations syndicales

En plus de n'y adhérer que dans de faibles proportions, les salariés semblent exprimer une certaine défiance vis-à-vis des organisations syndicales, ainsi que le montrent régulièrement des enquêtes d'opinion.

Selon l'étude précitée du Cevipof de juin 2019³, plus de 60 % des salariés interrogés n'avaient « *plutôt pas* » ou « *pas du tout confiance* » dans les syndicats, seuls 5 % ayant « *très confiance* »⁴. La même étude montrait que seuls 39 % des salariés estimaient que l'action syndicale est efficace⁵.

Un regard critique des salariés sur leurs représentants

Les données de la Dares issues de l'édition 2017 de l'enquête *Relations professionnelles et négociation d'entreprise* (REPONSE) font apparaître que les salariés portent un regard très critique sur l'action de leurs représentants au sein de l'entreprise. Ainsi, moins de la moitié (46,4 %) des salariés estiment que les représentants du personnel⁶ traduisent bien leurs aspirations. Ce taux est nettement moins élevé lorsqu'aucun représentant du personnel n'est présent dans l'établissement, ce qui peut laisser penser à une certaine méconnaissance de la part des salariés concernés, mais il demeure à peine supérieur à 50 % en présence de représentants.

¹ Source : ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion.

² Cette fragmentation constitue une autre singularité française. Il existe cinq organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, les organisations non représentatives représentant plus de 13 % des suffrages.

³ Cevipof et Ipsos, baromètre du dialogue social, juin 2019.

⁴ À titre de comparaison, les salariés étaient 67 % à avoir confiance dans leur responsable hiérarchique immédiat et 66 % dans l'inspection du travail.

⁵ Parmi les facteurs expliquant la faible syndicalisation en France, le premier avancé par les salariés est leur trop grande politisation (47 %), des éléments liés au trop grand éloignement des syndicats vis-à-vis de réalités économiques, à leur efficacité insuffisante et à une mauvaise compréhension des préoccupations des salariés étant également avancés.

⁶ Délégués syndicaux ou élus du personnel.

Surtout, les salariés travaillant dans une entreprise où des représentants du personnel sont présents sont plus nombreux à estimer que les syndicats font passer leurs mots d'ordre et leurs intérêts avant ceux des salariés (35,5 % contre 22,4 %). Il est surprenant de noter que plus d'un quart des représentants du personnel partagent cet avis.

En % de salariés « tout à fait » ou « plutôt d'accord » avec les affirmations suivantes :	Représentants du personnel	Salariés sans mandat		Ensemble
		RP dans l'établissement	Pas de RP dans l'établissement	
Les représentants du personnel traduisent bien les aspirations des salariés.	79,8	50,8	22,6	46,4
Dans les négociations, les représentants du personnel prennent en compte les possibilités économiques de l'entreprise.	74,6	47,0	20,7	42,8
Dans les négociations, les représentants du personnel influencent les décisions de la direction.	37,4	26,0	15,1	24,3
Les salariés sont en mesure de défendre directement leurs intérêts.	37,7	33,8	36,1	34,3
Les syndicats jouent un rôle irremplaçable dans la représentation des salariés.	56,7	39,7	21,4	36,6
Les syndicats rendent des services aux salariés.	64,6	47,4	26,3	43,7
Les syndicats font passer leurs mots d'ordre et leurs intérêts avant ceux des salariés.	26,1	35,5	22,4	31,9
Les syndicats gênent le déroulement des activités de l'entreprise.	15,5	19,5	16,2	18,4

Source : « Les représentants du personnel dans l'entreprise : des salariés comme les autres ? », Dares Analyses, Janvier 2020

2. Une culture de la négociation insuffisamment développée

a) *Une attitude des employeurs vis-à-vis du dialogue social trop souvent empreinte de méfiance*

La faiblesse du dialogue social ne peut être imputée aux seuls syndicats de salariés. En effet, les auditions du rapporteur ont démontré que les *managers* et les directeurs des ressources humaines voient trop souvent le dialogue social comme une contrainte et les représentants des salariés comme des adversaires. Cette méconnaissance du dialogue social est plus criante parmi les dirigeants de petites et moyennes entreprises mais les cadres dirigeants de grandes entreprises, pourtant dotées d'une direction des ressources humaines et de collaborateurs dédiés n'en sont pas exempts.

b) *La persistance de discriminations*

L'article L.2141-5 du code du travail proscrit la prise en considération par l'employeur de « *l'appartenance à un syndicat ou [de] l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail* ».

Cependant, une analyse économétrique menée à partir de l'enquête REPONSE¹ de 2010 démontre qu'il existe **des écarts de salaire de l'ordre de 3 à 4 % en moyenne en défaveur des salariés syndiqués** par rapport à leurs collègues non syndiqués de même âge, sexe et niveau d'instruction. Ces pénalités salariales sont plus fortes et peuvent être supérieures à 10 % pour ceux qui participent aux négociations avec l'employeur². Elles ont forcément une incidence sur l'attractivité des syndicats et la participation des salariés.

c) *Une accoutumance au conflit social*

D'une manière plus large, la culture de la négociation est insuffisamment développée en France. Le recours à la grève, voire à des formes plus violentes de conflit social (occupations, blocages, séquestrations, coupures d'électricité, épandage de diverses substances...), apparaissent souvent en France comme une modalité habituelle voire presque normale du dialogue social alors qu'elle reste un fait exceptionnel chez nombre de nos voisins³.

¹ Enquête statistique « Relations professionnelles et négociations d'entreprise » menée par la Dares.

² « Des délégués syndicaux sous-payés : une situation de discrimination stratégique ? », Jérôme Bourdieu et Thomas Breda, Travail et emploi, n° 245, janvier-mars 2016.

³ En Allemagne, la grève n'est pas un droit individuel et ne peut être déclenchée que par une organisation syndicale à la suite d'un référendum interne et en cas d'échec des négociations préalables. En Allemagne comme en Suède, une grève ne peut pas être déclenchée pendant la durée d'application d'une convention collective, dès lors que cette convention est respectée.

À cet égard, plusieurs des personnes auditionnées par le rapporteur ont regretté la disparition des lieux d'échanges informels entre responsables nationaux des organisations patronales et syndicales, à l'instar de l'ancien commissariat général au Plan.

3. Des facteurs externes qui obèrent le développement de la négociation collective

a) L'évolution du contexte économique et le manque de « grain à moudre »

Au cours des Trente Glorieuses, marquées par la croissance soutenue de l'économie, la négociation collective était une « *négociation d'acquisition quantitative* », selon les mots du professeur Jean-Emmanuel Ray¹, les gains de productivité et la croissance continue donnant du « grain à moudre »² aux partenaires sociaux.

À l'inverse, dans la période de faible croissance que nous connaissons, les négociations portent plus souvent sur des contreparties à obtenir, qui sont parfois le seul maintien de l'emploi, que sur des avantages à gagner.

Cette évolution appelle une transformation du positionnement des acteurs du dialogue social, qui n'est sans doute pas arrivée à son terme.

b) La place de la loi et les contraintes réglementaires excessives

Si le code du travail renvoie souvent à la négociation collective, le législateur intervient dans le même temps pour encadrer, voire administrer, la négociation collective.

En 2011, une note du Centre d'analyse stratégique³ critiquait ainsi un « *mille-feuilles* » de négociations obligatoires qui, au lieu de favoriser une culture de la négociation, contribuerait à « *assimiler la négociation collective (et donc la présence syndicale à laquelle elle s'adosse le plus souvent) à une contrainte administrative* »⁴.

¹ Jean-Emmanuel Ray, « *La place de la négociation collective en droit constitutionnel* », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 45, octobre 2014.

² Souvent reprise, cette image est attribuée à André Bergeron, secrétaire général de la CGT-FO entre 1963 et 1989.

³ Cette institution, créée en 2006 en remplacement du commissariat général du Plan et rattachée aux services du Premier ministre a été absorbée par France Stratégie en 2013.

⁴ Centre d'analyse stratégique, « *Les obligations et incitations portant sur la négociation collective* », La Note d'analyse, n° 240, septembre 2011.

En outre, les velléités du législateur de simplifier les dispositions législatives pour donner plus de place à la norme négociée se heurtent généralement, ainsi que le soulignait le rapport Combrexelle de 2015¹, aux attentes de la société civile, et notamment des employeurs, qui expriment un besoin de sécurité juridique « *dont on pense à tort que la meilleure façon d'y répondre se trouve dans l'extrême précision du texte* ».

En d'autres termes, malgré une volonté affichée du législateur de donner plus de place à la négociation collective, la culture des partenaires sociaux les conduit à réclamer un interventionnisme des pouvoirs publics.

4. Les profits à tirer d'un dialogue social plus dynamique

a) Occuper l'espace laissé par le recul de la norme législative

Les réformes consistant à laisser plus de place à la négociation collective par rapport aux normes imposées n'ont de sens que si le dialogue social est effectif et fécond.

Or, le rapport Combrexelle constatait en 2015 que « *la négociation collective n'a pas une force, une légitimité, un effet d'entraînement suffisants dans notre pays pour occuper les espaces* » créés par le recul de la norme législative.

Ces espaces peuvent alors être remplis par l'administration, dont l'intervention règlementaire est tout à la fois réclamée et jugée trop tatillonne. Les partenaires sociaux peuvent également être poussés à se tourner vers le juge. Jean-Denis Combrexelle notait ainsi que « *tout s'est passé comme si le reflux législatif opéré au profit de la négociation collective avait été immédiatement compensé par un contrôle accru du juge sur le contenu des stipulations des accords collectifs* » et regrettait que les partenaires sociaux « *essaient parfois d'instrumentaliser le juge dans des conflits syndicaux ou professionnels* ».

b) Les effets positifs du dialogue social sur l'emploi, la productivité et la qualité de vie au travail

Un dialogue social plus fécond est de nature à améliorer le climat social et donc la qualité des relations de travail mais pourrait également avoir des effets économiques positifs.

Cet effet peut résulter de la souplesse du droit négocié par rapport aux normes imposées et souvent trop complexes, notamment pour les petites entreprises. C'est notamment sur la base de cette hypothèse que Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen recommandaient en 2015² une simplification du code du travail laissant davantage de place à la négociation collective.

¹ Jean-Denis Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre, septembre 2015.

² Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen, Le travail et la loi, Fayard, 2015.

En outre, des études et notamment un document d'études de la Dares publié en septembre 2020¹, suggèrent qu'un dialogue social actif peut affecter positivement la productivité des entreprises.

Enfin, un rapport de l'OCDE paru en 2019², suggère que « *l'expression directe des travailleurs et les formes d'expression mixte [...] sont associées à un environnement de travail de meilleure qualité* » et à des résultats positifs en matière d'hygiène et de sécurité au travail et de pratiques de gestion. Ces effets sont toutefois conditionnés à un dialogue de qualité et non uniquement formel.

¹ Dares, « Dialogue social et performance : une étude sur données d'entreprises françaises », Document d'études, n° 240, septembre 2020.

² OCDE (2019), « *Negotiating Our Way Up : Collective Bargaining in a Changing World of Work* » ([résumé et vue d'ensemble en français](#)).

II. UN MOUVEMENT DE RÉFORMES AUX EFFETS ENCORE PEU PERCEPTIBLES

A. DES TENTATIVES DE RÉFORME TENDANT À DYNAMISER LE DIALOGUE SOCIAL QUI ONT ABOUTI AUX ORDONNANCES DE 2017

La lettre de mission confiée en 2015 à Jean-Denis Combrexelle lui demandait de « *tirer les leçons des différentes évolutions des dernières années en matière de négociation sociale et [à] dégager des propositions pour aller plus loin, faire une plus grande place à la négociation collective et en particulier à la négociation d'entreprise, pour une meilleure adaptabilité des normes aux besoins des entreprises ainsi qu'aux aspirations des salariés* », en accordant une attention particulière à la question spécifique de la négociation dans les TPE-PME¹.

Cette démarche a constitué le prélude à une série de réformes du dialogue social en entreprise et de la négociation collective : loi « Rebsamen » du 17 août 2015, loi « El Khomri » du 8 août 2016, ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017... Elle s'est également nourrie de réformes déjà engagées depuis 2008, notamment en matière de représentativité des acteurs de la négociation.

1. Le renforcement de la légitimité des acteurs de la négociation et des accords

a) *L'avènement d'une représentativité syndicale fondée sur les élections professionnelles*

La réforme de la représentativité syndicale constituait **un prérequis de l'extension du champ de la négociation collective** à laquelle on a assisté ces dernières années.

Jusqu'en 2008, la représentativité syndicale était présumée de manière irréfragable pour les organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel. De plus, elle était « descendante » dans la branche et l'entreprise : la représentativité était ainsi présumée pour toutes les organisations syndicales affiliées à l'une des cinq confédérations historiques (CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC, CGC).

¹ Lettre de mission du Premier ministre Manuel Valls à Jean-Denis Combrexelle, 1^{er} avril 2015.

Cette liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel était figée depuis un arrêté datant de 1966¹, établi au regard d'une liste de critères : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, mais aussi « *l'attitude patriotique pendant l'occupation* »². Les syndicats non affiliés à l'une de ces cinq confédérations pouvaient apporter au ministre du travail la preuve de leur représentativité sur la base des mêmes critères.

La légitimité des accords collectifs n'était donc pas garantie du point de vue des salariés au nom desquels les acteurs ainsi considérés comme représentatifs étaient appelés à négocier.

La position commune du 9 avril 2008³ a ouvert la voie à la prise en compte de l'audience aux élections professionnelles comme critère central de la représentativité.

À la suite de cet accord, la loi du 20 août 2008⁴ a posé le cadre actuel de la représentativité des organisations syndicales de salariés au niveau de l'entreprise, de l'établissement et du groupe (voir l'encadré ci-dessous).

Les critères de représentativité syndicale issus de la réforme de 2008

Pour être considérée comme représentative, une organisation syndicale doit désormais satisfaire aux critères cumulatifs suivants :

- le respect des valeurs républicaines ;
- l'indépendance vis-à-vis de l'employeur ;
- la transparence financière, encadrée par des règles de certification et de publication des comptes des syndicats ;
- une ancienneté d'au moins deux ans (appréciée à compter de la date de dépôt légal des statuts) dans le champ géographique et professionnel de l'entreprise ;
- une audience suffisante aux élections professionnelles ;
- l'influence, « *prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience* » ;
- les effectifs d'adhérents et les cotisations.

¹ Arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail.

² Ancien article L. 133-2 du code du travail.

³ Signée par la CGT, la CFDT, la CFTC et la CFE-CGC, ainsi que le Medef et la CGPME.

⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

Parmi ces critères de représentativité, **le critère déterminant pour fonder la légitimité du syndicat**, notamment aux yeux de la collectivité des salariés dans l'entreprise, **est celui de l'audience aux élections professionnelles**. Pour satisfaire ce critère, une organisation syndicale doit avoir recueilli au premier tour des élections professionnelles :

- au niveau de l'entreprise, au moins 10 % des suffrages exprimés¹ ;
- au niveau de la branche professionnelle, au moins 8 % des suffrages exprimés tout en ayant une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche² ;
- au niveau national et interprofessionnel, au moins 8 % des suffrages exprimés tout en étant représentative à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services³.

Au niveau national et interprofessionnel comme au niveau de la branche, sont additionnés, d'une part, les suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique (CSE) et, d'autre part, les suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés («*élection TPE* »).

La mesure de l'audience au niveau national s'effectue tous les quatre ans. La mesure de 2017, qui a marqué la fin de la période transitoire prévue par la loi du 20 août 2008 pendant laquelle toute organisation syndicale affiliée à l'une des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel était présumée représentative au niveau de la branche⁴, a confirmé la représentativité des cinq organisations historiques (CFDT, CGT, FO, CFE-CGC, CFTC). Le poids relatif de ces cinq organisations a été conforté par le résultat de la mesure d'audience de 2021.

Résultat de la mesure de 2021 de la représentativité syndicale au niveau national et interprofessionnel

Organisation syndicale	Nombre de suffrages exprimés	Audience	Poids relatif
CFDT	1 343 055	26,77 %	30,99 %
CGT	1 151 897	22,96 %	26,58 %
CGT-FO	764 329	15,24 %	17,64 %
CFE-CGC	597 777	11,92 %	13,79 %
CFTC	476 564	9,50 %	11,00 %

¹ Article L. 2122-1 du code du travail.

² Article L. 2122-5 du code du travail.

³ Article L. 2122-9 du code du travail.

⁴ Désormais, pour être représentative dans une branche professionnelle, les organisations syndicales doivent dans tous les cas satisfaire au critère de l'audience de 8 % dans cette branche et respecter l'ensemble des critères de la représentativité.

b) L'encadrement de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs

Longtemps, la représentativité patronale est restée peu encadrée et définie, les règles ayant été précisées par la jurisprudence par analogie avec la représentativité syndicale. Il pouvait en résulter « *des incertitudes, des difficultés voire des tensions dans la négociation* »¹.

Dans le but de renforcer la légitimité des acteurs patronaux de la négociation collective, **le cadre juridique de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs a été réformé en 2014**², avant d'être modifié pour la dernière fois par la loi « El Khomri » du 8 août 2016³ à la suite de l'accord intervenu le 2 mai 2016 entre la CGPME⁴, le Medef et l'UPA⁵. **Il repose de manière déterminante**, comme pour la représentativité des organisations syndicales de salariés, **sur une mesure de l'audience de ces organisations** basée alternativement sur le nombre d'entreprises adhérentes ou sur le nombre de salariés de ces entreprises.

Les critères de la représentativité des organisations patronales

L'article L. 2151-1 du code du travail dispose ainsi que la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants :

- le respect des valeurs républicaines ;
- l'indépendance ;
- la transparence financière ;
- une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ;
- l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- **l'audience, mesurée en fonction du nombre d'entreprises adhérentes ou de leurs salariés** soumis au régime français de sécurité sociale et suivant des règles distinctes selon le niveau de négociation (branche, national et interprofessionnel ou national et multi-professionnel).

¹ Jean-Denis Combrexelle, Rapport sur la réforme de la représentativité patronale, octobre 2013.

² Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁴ Confédération générale des petites et moyennes entreprises.

⁵ Union professionnelle artisanale.

Au niveau de la branche professionnelle, sont représentatives les organisations professionnelles d'employeurs satisfaisant aux critères mentionnés ci-dessus, et, s'agissant du critère d'audience :

- qui disposent d'une « *implantation territoriale équilibrée au sein de la branche* » ;

- dont les entreprises et les organisations adhérentes à jour de leur cotisation représentent **soit au moins 8 % de l'ensemble des entreprises adhérent à des organisations professionnelles d'employeurs de la branche, soit au moins 8 % des salariés** de ces mêmes entreprises¹.

Au niveau national et interprofessionnel, les organisations professionnelles représentatives sont celles :

- dont les organisations adhérentes sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services ;

- dont les entreprises et les organisations adhérentes à jour de leur cotisation représentent **soit au moins 8 % de l'ensemble des entreprises adhérent à des organisations professionnelles d'employeurs au niveau national, soit au moins 8 % des salariés** de ces mêmes entreprises².

Pour l'établissement de leur représentativité, les organisations professionnelles d'employeurs se déclarent candidates tous les quatre ans dans des conditions fixées par voie réglementaire. Elles indiquent à cette occasion le nombre de leurs entreprises adhérentes et le nombre des salariés qu'elles emploient, sous le contrôle d'un commissaire aux comptes.

Le ministre chargé du travail arrête, après avis du Haut Conseil du dialogue social (HCDS), la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives par branche professionnelle et des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel ou multi-professionnel³. La première mesure d'audience a été réalisée en 2017 : **ont été déclarés représentatifs au niveau national et interprofessionnel le Medef, la CPME et l'U2P** – soit les trois organisations patronales historiques, dont la représentativité était auparavant reconnue de fait. Les résultats du deuxième cycle de mesure d'audience des organisations patronales seront proclamés devant le HCDS en juillet 2021⁴.

¹ Article L. 2152-1 du code du travail.

² Article L. 2152-4 du code du travail.

³ Article L. 2152-6 du code du travail.

⁴ Cette mesure, qui aurait dû avoir lieu en 2020 sur la base des adhésions enregistrées au plus tard en décembre 2019, a été reportée en raison de la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19.

**Résultat de la mesure de 2017 de la représentativité patronale
au niveau national et interprofessionnel¹**

Organisation professionnelle	Audience en nombre d'entreprises	Audience en nombre d'entreprises avec salariés	Audience en nombre de salariés	Poids relatif
Medef	29,45 %	36,17 %	70,77 %	70,82 %
CPME	34,53 %	32,90 %	24,96 %	24,97 %
U2P	35,87 %	30,76 %	4,20 %	4,21 %

Source : Commission des affaires sociales

Les organisations professionnelles représentatives ont la **capacité de négocier et de conclure**, avec les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau considéré, **des conventions et accords collectifs**.

Les accords collectifs n'ont d'effet qu'à l'égard des entreprises qui adhèrent à une organisation patronale signataire, sauf en cas d'extension par un arrêté du ministre du travail, ce qui est presque systématique en pratique. Un accord collectif ne peut être étendu en cas d'exercice d'un **droit d'opposition par une ou plusieurs organisations professionnelles majoritaires en nombre de salariés** parmi les organisations professionnelles représentatives². Cette règle tend à favoriser, en ce qui concerne le droit d'opposition à l'extension d'un accord, les organisations dont les adhérents sont des grandes entreprises au détriment de celles qui rassemblent surtout des TPE-PME, plus nombreuses mais employant moins de salariés.

Ainsi, au niveau national et interprofessionnel **seul le Medef dispose aujourd'hui d'un tel pouvoir d'opposition** à l'extension d'un accord collectif, alors qu'il représente moins d'un tiers des entreprises adhérentes à une organisation professionnelle.

¹ Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel.

² Ce droit d'opposition est conféré à une ou plusieurs organisations d'employeurs dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations d'employeurs représentatives.

Représentativité patronale : des règles qui ne font plus consensus

L'U2P a dénoncé, en 2019, l'accord du 2 mai 2016 par lequel les organisations d'employeurs s'étaient entendues sur les règles de la représentativité patronale avant que le législateur ne consacre ces règles dans la loi. Cette organisation soutient depuis lors **plusieurs propositions d'évolutions législatives « pour une représentation équilibrée des organisations professionnelles » visant à améliorer la représentation des très petites entreprises**. Elle propose notamment :

- d'instaurer une double représentativité, d'une part en ce qui concerne les entreprises jusqu'à 10 salariés (TPE), d'autre part en ce qui concerne les entreprises de onze salariés ou plus ;

- de **permettre à une ou plusieurs organisations d'employeurs représentant plus de 50 % des entreprises adhérentes de s'opposer à l'extension d'un accord de branche** ;

- de modifier les critères de la mesure de la représentativité des organisations professionnelles pour la répartition des sièges ou des voix dans les organismes paritaires, notamment l'Association de gestion du Fonds paritaire national (AGFPN), où le principal critère est celui du nombre de salariés ;

- d'améliorer la mise en œuvre de la mesure de l'audience et de la rendre plus transparente.

Ces critiques trouvent un écho particulier dans le secteur du bâtiment, caractérisé par une polarisation entre des grandes, voire très grandes entreprises et un tissu d'artisans et de TPE. Dans ce cas précis, les pouvoirs publics tiennent compte de cette situation en mesurant la représentativité des partenaires sociaux, d'une part, en ce qui concerne les TPE et, d'autre part, en ce qui concerne les entreprises de plus de 10 salariés. Depuis 2017, dans le champ des TPE, la Confédération des artisans du bâtiment (Capeb) représente près de 64 % des entreprises adhérentes mais un peu moins de 50 % des salariés et ne dispose donc pas d'un droit d'opposition à l'extension d'un accord collectif¹. À l'inverse, la Fédération française du bâtiment (FFB) dispose de ce droit d'opposition alors qu'elle ne fédère que 36 % des entreprises, employant un peu plus de la moitié des salariés.

Le Gouvernement considère toutefois qu'« *une nouvelle évolution d'ampleur de ce dispositif n'est envisageable qu'en présence d'une position commune entre les différentes organisations professionnelles intéressées* »², ce qui ne semble pas être le cas à ce jour.

Pour le rapporteur, une éventuelle intervention législative en l'absence de consensus entre les partenaires sociaux doit être envisagée avec prudence (*cf. infra*, deuxième partie, II. A).

¹ Des écarts encore plus frappants entre le nombre d'entreprises adhérentes et le nombre de salariés représentés existent également dans d'autres secteurs. Par exemple, dans la branche du commerce de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager, une organisation (la Fedelec) fédère plus de 72 % des entreprises adhérant à une organisation patronale mais ne représente que 12 % des salariés.

² Réponse du Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, publiée dans le JO Sénat du 14 janvier 2021, à la question écrite n° 16982 de Philippe Mouiller.

c) Le passage à la logique de l'accord majoritaire

Le principe majoritaire est également apparu comme un prérequis pour une montée en puissance des accords collectifs. Ainsi, les partenaires sociaux relevaient en 2001 dans une position commune que « *la volonté d'élargir les attributions conférées à la négociation collective et d'assurer son développement nécessite la définition d'un mode de conclusion des accords qui, sans remettre en cause la capacité de chaque organisation syndicale représentative d'engager l'ensemble des salariés, renforce la légitimité des accords et garantit l'équilibre de la négociation* »¹.

Le passage à une logique d'accord majoritaire a été progressif depuis 2004, quand le droit d'opposition d'une majorité d'organisations syndicales a été généralisé². Il suffisait auparavant qu'un accord soit signé par l'employeur et une seule organisation syndicale représentative pour être valable, sauf dans les hypothèses dérogatoires où la loi permettait un droit d'opposition. À partir de 2004, la validité d'un accord était, en principe, conditionnée à sa signature par des organisations syndicales représentant au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles.

S'agissant des accords d'entreprise, les réformes récentes ont consacré la pleine application du principe majoritaire.

La loi « El Khomri » du 8 août 2016³ avait fixé au 1^{er} septembre 2019 la généralisation de l'accord d'entreprise majoritaire. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a avancé cette généralisation au **1^{er} mai 2018**.

Désormais, **un accord doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés** en faveur d'organisations représentatives lors des dernières élections professionnelles pour être valide.

Dès la promulgation de la loi « El Khomri », ces nouvelles règles s'étaient imposées aux accords de préservation et de développement de l'emploi (*cf. infra*). Depuis le 1^{er} janvier 2017, elles s'appliquaient aux accords collectifs portant sur la durée du travail, les repos et les congés.

Cependant, l'ordonnance n° 2017-1385 précitée donne le droit à un employeur d'organiser un **référendum d'entreprise en vue de valider un accord minoritaire**, sauf si l'ensemble des organisations signataires, représentant au moins 30 % des suffrages, s'y opposent.

¹ Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

² Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Une telle consultation pouvait déjà être demandée par les organisations syndicales signataires d'un accord minoritaire, représentant au moins 30 % des suffrages, dans le délai d'un mois à compter de la signature de l'accord. Cette possibilité n'a pas été remise en cause par l'ordonnance de 2017.

La consultation se déroule selon les modalités prévues par un protocole spécifique, assimilable à un protocole d'accord préélectoral, qui peut être négocié entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés aux élections¹.

Certains accords restent toutefois soumis à des conditions de validité spécifiques (voir l'encadré ci-dessous).

Les accords d'entreprise soumis à des conditions de validité spécifiques

Certains accords sont soumis à une stricte règle majoritaire : l'accord doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages au premier tour des dernières élections professionnelles sans possibilité de recourir à des accords à 30 % soumis à consultation. Il s'agit :

- des accords portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)² ;

- de l'accord instituant le conseil d'entreprise (*cf. infra*)³ ;

- des accords relatifs au comité social et économique (CSE). Il s'agit, d'une part, de l'accord qui peut définir, aux termes de l'article L. 2312-19 du code du travail, le contenu, la périodicité et les modalités des consultations récurrentes du CSE, le nombre de réunions annuelles, les niveaux auxquels les consultations sont conduites et, le cas échéant, leur articulation ainsi que les délais dans lesquels les avis du comité sont rendus. D'autre part, un accord conclu suivant la même règle détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts⁴ ainsi que les modalités de mise en place de la ou des commissions santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT)⁵. Enfin, la création de commissions supplémentaires pour l'examen de problèmes particuliers peut être prévue par un accord conclu dans les mêmes conditions⁶.

¹ Article L. 2232-12 du code du travail.

² Article L. 1233-24-1 du code du travail.

³ Article L. 2321-2 du code du travail.

⁴ Article L. 2313-2 du code du travail.

⁵ Article L. 2315-41 du code du travail.

⁶ Article L. 2315-45 du code du travail.

Par ailleurs, **la validité du protocole d'accord préélectoral (PAP) conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée en principe à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation**, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise¹.

2. Le pari de la négociation collective

a) *La réécriture du code du travail suivant une logique ternaire*

Afin de clarifier l'articulation entre les normes législatives et conventionnelles et de donner davantage d'espace à la négociation collective, **le rapport Combrexelle² recommandait en 2015 d'engager une réécriture du code du travail selon une organisation ternaire** distinguant :

- les **règles d'ordre public**, notion créée par la jurisprudence de la Cour de cassation et désignant les principes et normes présentant un caractère impératif ;

- le **champ de la négociation collective**, qui aurait vocation à s'étendre à de nouveaux domaines ;

- les **dispositions supplétives** s'appliquant en l'absence d'accord, par définition peu adaptées aux réalités de l'entreprise et devant ainsi inciter à la conclusion d'accords.

Cette réécriture devait s'opérer dans un délai de quatre ans et débiter par les dispositions concernant les conditions de travail, le temps de travail, l'emploi et les salaires.

La loi « El Khomri » de 2016 a partiellement mis en œuvre cette proposition en limitant son ambition au thème du temps de travail, du repos et des congés, et sans modifier substantiellement le droit applicable.

¹ Article L. 2314-6 du code du travail.

² Jean-Denis Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre, septembre 2015.

Exemple : l'organisation ternaire des règles en matière de durée du travail

En matière de durée du travail, les **règles d'ordre public**¹ :

- fixent à 35 heures par semaine la durée légale de travail effectif des salariés à temps complet ;

- définissent les heures supplémentaires ouvrant droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent comme toutes celles accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire (ou de la durée considérée comme équivalente) ;

- posent le principe d'un contingent annuel d'heures supplémentaires au-delà duquel une contrepartie sous forme de repos est obligatoire ;

- déterminent le calcul du salaire lorsque la durée du travail dans l'entreprise est supérieure à la durée légale.

Il revient à la convention ou à l'accord collectif² :

- de fixer le ou les taux de majoration des heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale (ou de la durée considérée comme équivalente), qui ne peuvent être inférieurs à 10 % ;

- de définir le contingent annuel d'heures supplémentaires ;

- de fixer l'ensemble des conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel ainsi que la durée, les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire sous forme de repos (COR), qui ne peut être inférieure à 50 % des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel pour les entreprises de vingt salariés au plus et à 100 % de ces mêmes heures pour les entreprises de plus de vingt salariés.

Des accords peuvent en outre permettre l'octroi d'une contrepartie sous forme de repos au titre des heures supplémentaires accomplies dans la limite du contingent, et prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent. Une convention ou un accord d'entreprise peut adapter les conditions et les modalités d'attribution et de prise du repos compensateur de remplacement.

À défaut d'accord, le code du travail³ prévoit :

- que les huit premières heures supplémentaires donnent lieu à une majoration de salaire de 25 %, les heures suivantes donnant lieu à une majoration de 50 % ;

- qu'un décret détermine le contingent annuel ainsi que les caractéristiques et les conditions de prise de la COR ; ce contingent est ainsi fixé en principe à 220 heures par salarié⁴ ;

¹ Articles L. 3121-27 à L. 3121-31 du code du travail.

² Articles L. 3121-32 à L. 3121-34 du code du travail.

³ Articles L. 3121-35 à L. 3121-40.

⁴ Article D. 3121-3 du code du travail.

- que la COR est fixée à 50 % des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel pour les entreprises de vingt salariés au plus et à 100 % pour les entreprises de plus de vingt salariés ;

- que le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent peut être mis en place par l'employeur dans les entreprises dépourvues de délégué syndical à condition que le CSE, s'il existe, ne s'y oppose pas ;

- que les modalités d'utilisation du contingent annuel d'heures supplémentaires et de son éventuel dépassement donnent lieu au moins une fois par an à la consultation du CSE.

Si le chantier consistant à l'étendre à l'ensemble du code du travail a par la suite été abandonné, **la même logique a été appliquée par les ordonnances de septembre 2017 aux dispositions encadrant la négociation collective de branche et d'entreprise** (cf. *infra*).

b) La latitude donnée aux partenaires sociaux dans l'organisation de la négociation collective

• L'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective¹ a réécrit les **dispositions relatives à la négociation de branche** en appliquant le triptyque ordre public/champ de la négociation collective/dispositions supplétives.

Le champ de l'ordre public comprend **cinq thèmes que les partenaires sociaux doivent aborder au moins tous les quatre ans** :

- les salaires ;

- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;

- les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) et la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ;

- l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des personnes handicapées ;

- les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés².

¹ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, article 6.

² Article L. 2241-1 du code du travail.

Deux autres thèmes doivent être examinés au moins tous les cinq ans :

- l'opportunité de réviser les classifications ;
- la création d'un plan d'épargne interentreprises (PEI) ou d'un plan d'épargne pour la retraite collectif interentreprises (Perco) dans les branches qui en sont dépourvues.

S'agissant du champ de la négociation collective, les partenaires sociaux peuvent conclure, dans le respect des règles d'ordre public, un **accord de méthode** précisant le calendrier, les thèmes et les modalités de la négociation¹.

La possibilité de conclure à tous les niveaux des accords de méthode « *permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* » avait été inscrite dans le code du travail par la loi « El Khomri » de 2016².

En l'absence d'accord, les règles antérieures à l'ordonnance, qui prévoient selon les thèmes des négociations annuelles, triennales ou quinquennales, s'appliquent.

• **Au niveau de l'entreprise**, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a rationalisé les obligations de négociations suivant la même logique.

La loi « Rebsamen » de 2015³ avait préalablement regroupé les douze obligations de négociation qui s'imposaient aux entreprises avec des périodicités différentes en **trois « blocs structurants »**, dont deux faisant l'objet d'une obligation de négocier annuelle :

- un bloc portant sur **la rémunération**, notamment les salaires effectifs, **le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise** ;

- un bloc portant sur **l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes**, notamment sur les mesures visant à supprimer les éventuels écarts de rémunération, **et la qualité de vie au travail**⁴.

Cette périodicité pouvait être relevée jusqu'à trois ans par accord d'entreprise majoritaire.

L'ordonnance de 2017 a encore assoupli ces obligations en prévoyant, au titre des dispositions d'ordre public en matière de négociation d'entreprise, que l'employeur doit engager **au moins tous les quatre ans** ces deux négociations.

¹ Articles L. 2241-4 à L. 2241-6 du code du travail.

² Article L. 2222-3-1 du code du travail.

³ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁴ Article L. 2242-1 du code du travail.

Par ailleurs, la négociation sur la **gestion des emplois et des parcours professionnels (GEPP)** est également obligatoire **tous les quatre ans** dans les grandes entreprises¹. La périodicité de cette négociation était auparavant de trois ans mais pouvait être relevée à cinq ans par accord collectif majoritaire.

Au titre du champ de la négociation collective, les partenaires sociaux peuvent conclure un **accord de méthode**, valable au plus quatre ans, précisant :

- les thèmes des négociations et leur périodicité, de telle sorte que les thèmes d'ordre public soient négociés au moins tous les quatre ans ;
- le contenu de chacun des thèmes ;
- le calendrier et les lieux des réunions ;
- les informations que l'employeur remet aux négociateurs sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage et la date de cette remise ;
- les modalités selon lesquelles sont suivis les engagements souscrits par les parties².

Selon la même logique que pour les négociations de branche, les dispositions supplétives en matière de négociation d'entreprise reprennent les dispositions de droit commun applicables avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance³.

3. La priorité donnée à l'accord d'entreprise

a) La primauté de principe de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche

Les réformes récentes ont remis en question le principe selon lequel un accord d'entreprise ne peut déroger à un accord de branche qu'en ce qu'il prévoit des stipulations plus favorables pour les salariés. Le législateur a ainsi cherché à définir le niveau le plus pertinent pour chaque sujet ouvert à la négociation collective.

Ce mouvement de décentralisation de la négociation collective a notamment été inspiré par l'idée d'améliorer le fonctionnement du marché du travail. Ainsi, les travaux menés dans le cadre de l'OCDE tendent à montrer que, parmi les pays s'étant engagés dans de telles réformes, « *les meilleurs résultats en termes d'emploi, de productivité et de salaires semblent être obtenus lorsque des accords de branche définissent un cadre général en laissant les dispositions détaillées être négociées au niveau des entreprises* »⁴.

¹ Article L. 2242-2 du code du travail.

² Articles L. 2242-10 à L. 2242-12 du code du travail.

³ Articles L. 2242-13 à L. 2242-21 du code du travail.

⁴ OCDE, *Négociateur pour avancer ensemble. La négociation collective dans un monde du travail en mutation*, 2019.

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a ainsi clarifié les modalités d'articulation entre les différents niveaux de négociation tout en renforçant le poids des accords d'entreprise¹. **Les thèmes pouvant faire l'objet de négociation sont désormais classés en trois blocs** (cf. encadré ci-après) :

- le *premier bloc* correspond aux **treize domaines dans lesquels l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise**, même conclu postérieurement ;

- le *deuxième bloc* correspond aux **quatre domaines que la branche peut « verrouiller » à son profit**, c'est-à-dire interdire aux entreprises de déroger aux stipulations des accords de branche ;

- **dans tous les autres domaines** (*troisième bloc*), **l'accord d'entreprise, même moins favorable, prévaut sur l'accord de branche**. En l'absence d'accord d'entreprise, c'est néanmoins la convention de branche qui s'applique.

Les ordonnances de 2017, tout en réservant un domaine conséquent à l'accord de branche, ont donc consacré une **primauté de principe de l'accord d'entreprise**.

Le classement en trois blocs des domaines de la négociation collective

• *Premier bloc* :

- les salaires *minima* hiérarchiques² ;
- les classifications ;
- la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ;
- la prévoyance³ ;
- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁴ ;
- la mutualisation des fonds du paritarisme ;
- certains aspects de la durée du travail⁵ ;

¹ La loi du 8 août 2016 avait laissé aux branches le soin de définir leur ordre public conventionnel, c'est-à-dire les thèmes sur lesquels les accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les accords de branche.

² Cette formulation a remplacé celle de « salaires minima » (cf. infra).

³ La primauté de la branche dans ces quatre premiers domaines avait été reconnue par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁴ Ce thème avait été ajouté par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

⁵ La convention de branche peut définir les régimes d'équivalence, aménager le temps de travail et la répartition de la durée du travail sur une période comprise entre un et trois ans, fixer le nombre minimal d'heures entraînant la qualification de travailleur de nuit, déroger à la règle selon laquelle la durée minimale de travail du salarié à temps partiel est fixée à 24 heures par semaine et prévoir des contreparties si la durée retenue est inférieure à ce seuil, définir le taux de majoration de chacune des heures complémentaires et fixer les conditions autorisant, par des avenants au contrat de travail, à augmenter temporairement la durée de travail prévue dans le contrat des travailleurs à temps partiel.

- certaines règles relatives aux modalités de conclusion et de renouvellement des contrats à durée déterminée (CDD) et des contrats de travail temporaire (CTT) : durée totale renouvellement inclus, nombre de renouvellements possibles, modalités de calcul du délai de carence et cas dans lesquels ce dernier n'est pas applicable ;

- les règles portant sur le contrat à durée indéterminée (CDI) de chantier ;

- le renouvellement des périodes d'essai ;

- le transfert conventionnel des contrats de travail entre deux entreprises ;

- les mises à disposition de salariés temporaires ;

- la rémunération minimale d'une personne en portage salarial ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire.

• *Deuxième bloc* :

- la prévention de la pénibilité ;

- l'emploi des travailleurs handicapés ;

- la fixation du seuil d'effectif pour désigner les délégués syndicaux, leur nombre et la valorisation de leurs parcours ;

- les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

• *Troisième bloc* : tous les autres domaines.

L'ordonnance de 2017 avait prévu que l'accord d'entreprise pourrait néanmoins prévaloir dans les matières du premier bloc à condition de prévoir « *des garanties au moins équivalentes* » à celles de l'accord de branche¹. La loi de ratification² a précisé la portée de cette ouverture en indiquant que « *cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière* »³.

De même, un accord d'entreprise peut traiter un thème « verrouillé » du bloc 2 s'il prévoit des garanties au moins équivalentes à celles de l'accord de branche pour les salariés, avec la même appréciation par ensemble de garanties que pour le premier bloc⁴.

¹ Les règles antérieures interdisaient à un accord d'entreprise de traiter tout ou partie des thèmes confiés par la loi aux accords de branche, sauf stipulations plus favorables aux salariés en vertu du principe de faveur.

² Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

³ Article L. 2253-1 du code du travail.

⁴ Article L. 2253-2 du code du travail.

b) Le renforcement de l'accord d'entreprise par rapport au contrat de travail

Le principe de faveur et la force obligatoire du contrat s'opposent en principe à ce qu'un accord collectif conduise à modifier, sans l'accord du salarié, un élément relevant de son contrat de travail. Pour déroger à ce principe, appliqué par la Cour de cassation¹, le législateur a par le passé été conduit à créer des types d'accord dont il affirmait qu'ils ne modifiaient pas le contrat de travail. C'est par exemple le cas des **accords de réduction du temps de travail (ARTT)** conclus en application de la loi « Aubry II »².

Au cours de la période récente, le législateur a cherché à renforcer l'accord d'entreprise par rapport au contrat de travail en créant des catégories d'accords dont les stipulations peuvent se substituer à certaines clauses du contrat de travail. La création de ces « accords de flexisécurité » a visé à favoriser l'anticipation par les entreprises des mutations économiques dans un cadre négocié et à renforcer leur capacité d'adaptation face à l'état du marché.

La loi de 2013 relative à la sécurisation de l'emploi³ avait ainsi mis en place les **accords de maintien de l'emploi (AME)** avec pour objectif de permettre à l'employeur, en cas de difficultés économiques graves, d'aménager la durée du travail et ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération, en contrepartie de l'engagement de maintenir l'emploi pendant la durée de validité de l'accord. Ils devaient comporter une « clause de meilleure fortune », c'est-à-dire prévoir les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés. Leur cadre avait été complété par la loi « Macron » de 2015⁴.

La loi « El Khomri » de 2016 avait par la suite créé des accords « offensifs » pouvant être mis en place en l'absence de difficultés économiques de l'entreprise, les **accords de préservation et de développement de l'emploi (APDE)**. Elle avait mis en place un dispositif d'accompagnement spécifique, le parcours d'accompagnement personnalisé, pour les salariés licenciés à la suite du refus d'appliquer un APDE.

¹ Voir notamment Cass. soc., 25 février 2003, pourvoi n°01-40588.

² Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

³ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

⁴ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

L'ordonnance n° 2017-1185 du 22 septembre 2017 a simplifié et unifié ces différents régimes en créant les accords de performance collective (APC)¹. Désormais, un accord d'entreprise, pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, peut :

- soit aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- soit aménager la rémunération des salariés ;
- soit déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Supprimant les contraintes juridiques qui avaient entravé le recours aux AME et APDE, l'ordonnance laisse une grande latitude aux partenaires sociaux pour définir le contenu de ces nouveaux accords. Les stipulations de l'accord se substituent « *de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail* ». Le salarié qui refuse la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'APC s'expose à ce que l'employeur engage à son encontre une procédure de licenciement, reposant sur un motif spécifique présumé constituer une cause réelle et sérieuse. En cas de licenciement, il est alors accompagné et indemnisé dans les conditions de droit commun, le parcours d'accompagnement personnalisé étant supprimé.

c) L'introduction des accords de rupture conventionnelle collective

Pour permettre à une entreprise de parvenir à un objectif de suppression d'emplois en excluant les licenciements, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017² a introduit la possibilité de conclure un accord collectif déterminant le contenu d'une rupture conventionnelle collective (accord RCC)³.

L'accord RCC, qui doit faire l'objet d'une validation par la direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets)⁴, détermine notamment le nombre maximal de départs envisagés, les conditions que doit remplir le salarié pour en bénéficier, les modalités de calcul des indemnités de rupture garanties au salarié - celles-ci ne pouvant être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement pour motif économique -, ainsi que les mesures visant à faciliter l'accompagnement et le reclassement des salariés. Il doit également prévoir les conditions d'information du comité social et économique (CSE) sur le projet envisagé et son suivi.

¹ Article L. 2254-2 du code du travail.

² Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

³ Article L. 1237-19 et suivants du code du travail.

⁴ Depuis le 1^{er} avril 2021, les anciennes directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) et directions régionales de la cohésion sociale (DRCS) ont fusionné pour devenir les directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets).

L'acceptation par l'employeur de la candidature du salarié dans le cadre de la RCC emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties. Cette rupture ne peut être imposée par l'employeur ou par le salarié. S'il s'agit d'un salarié « protégé », l'autorisation de l'inspection du travail est requise.

4. Les réformes visant à faciliter le dialogue social dans les petites entreprises

a) L'assouplissement des règles de conclusion des accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégué syndical

La majorité des petites entreprises françaises ne sont pas concernées par les règles de droit commun sur la négociation et la conclusion d'accords collectifs dans la mesure où elles ne disposent pas d'interlocuteur syndical pour les signer. En effet, selon la Dares, seules 3,9 % des entreprises employant entre dix et quarante-neuf salariés disposaient en 2017 d'un délégué syndical (DS)¹.

La loi « Rebsamen » de 2015 a réformé en profondeur les règles dérogatoires de conclusion des accords collectifs dans les entreprises dépourvues de DS en donnant **priorité à la négociation avec des élus mandatés par un syndicat représentatif**. À défaut seulement d'élus mandatés, des élus non mandatés pouvaient négocier un accord collectif portant uniquement sur des mesures dont la mise en œuvre était subordonnée par la loi à un accord. En cas de carence d'élus ou si aucun élu n'avait manifesté son souhait de négocier, il était par ailleurs possible de négocier avec un ou plusieurs salariés mandatés non élus.

La loi « El Khomri » a apporté en 2016 quelques modifications à ces règles, sans en bouleverser l'équilibre. Elle a notamment remplacé la condition d'approbation des accords conclus dans ce cadre par une commission paritaire de branche, par une simple transmission pour information. Au total, ces mécanismes ont peiné à convaincre employeurs et salariés en raison de leur lourdeur.

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a assoupli ces règles, qui varient désormais en fonction de la taille des entreprises. Elles sont synthétisées dans le tableau ci-dessous.

¹ « La négociation collective d'entreprise en 2017 », Dares Résultats, n° 058, décembre 2019.

**Règles de conclusion des accords collectifs
dans les entreprises dépourvues de délégué syndical**

Taille de l'entreprise	Présence d'un CSE	Règles de conclusion d'un accord collectif
Moins de 11 salariés		Tout projet d'accord de l'employeur, quel que soit le thème abordé, est validé s'il est ratifié par au moins deux tiers des salariés.
Entre 11 et 20 salariés	Non	Tout projet d'accord de l'employeur, quel que soit le thème abordé, est validé s'il est ratifié par au moins deux tiers des salariés.
Entre 11 et 49 salariés	Oui	L'employeur peut négocier et conclure un accord : - soit avec un salarié mandaté par un syndicat représentatif, à condition d'obtenir ensuite l'approbation de la majorité des salariés ; - soit avec un ou plusieurs membres de la délégation du personnel au CSE, s'ils ont obtenu plus de la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles dans l'entreprise.
Au moins 50 salariés	Oui	L'employeur peut négocier et conclure un accord - soit avec les élus mandatés de la délégation du personnel au CSE (l'accord devant ensuite être approuvé par la majorité des salariés) ; - soit, à défaut, avec ces mêmes élus non mandatés à condition qu'ils aient obtenu plus de la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles, - soit, en cas de refus des élus au CSE de négocier, avec un salarié mandaté non élu (à condition que l'accord soit ensuite approuvé par la majorité des salariés).
	Non	Dès lors qu'un procès-verbal de carence établit l'absence de représentants élus du personnel, l'employeur peut négocier et conclure un accord avec un salarié mandaté non élu à condition que l'accord soit ensuite approuvé par la majorité des salariés.

b) La création d'instances de représentation des salariés des TPE

La présence d'institutions représentatives du personnel n'est obligatoire que dans les entreprises d'au moins onze salariés. Dans certaines branches existent toutefois depuis plusieurs années, sur une base conventionnelle, des commissions paritaires régionales permettant d'assurer la représentation des salariés des très petites entreprises (TPE)¹.

Des commissions paritaires régionales interprofessionnelles de l'artisanat (CPRIA) ont ainsi été créées par les partenaires sociaux sur la base de l'accord du 12 décembre 2001 relatif au développement du dialogue social dans l'artisanat, conclu par l'UPA et les organisations sectorielles concernées avec les organisations syndicales représentatives.

Par ailleurs, l'accord sur le dialogue social de 2012, signé par les organisations syndicales et l'UNAPL, a prévu la création de commissions paritaires régionales des professions libérales (CPRPL) pour permettre la représentation des salariés des entreprises de moins de 11 salariés des professions libérales.

La loi « Rebsamen » a généralisé ce dispositif en mettant en place, au 1^{er} juillet 2017, des **commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI)** afin de permettre la représentation des salariés des entreprises de moins de onze salariés relevant des branches qui ne disposaient pas de telles commissions. Celles-ci ont pour compétences :

- de donner aux salariés et aux employeurs toutes informations ou tous conseils utiles sur les dispositions légales ou conventionnelles qui leur sont applicables ;

- d'apporter des informations, de débattre et de rendre tout avis utile sur les questions spécifiques aux petites entreprises et à leurs salariés, notamment en matière d'emploi, de formation, de GPEC, de conditions de travail, de santé au travail, d'égalité professionnelle, de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes, de travail à temps partiel et de mixité des emplois ;

- de faciliter la résolution de conflits individuels ou collectifs n'ayant pas donné lieu à saisine d'une juridiction, la commission ne pouvant toutefois intervenir qu'avec l'accord des parties concernées ;

- de faire des propositions en matière d'activités sociales et culturelles².

Les CPRI sont composées de vingt membres, dont dix désignés par les organisations syndicales de salariés et dix par les organisations professionnelles d'employeurs.

¹ En outre, la loi n° 99-574 d'orientation agricole du 9 juillet 1999 avait institué dans chaque département, pour les exploitations et entreprises agricoles dépourvues de CHSCT, des commissions paritaires d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture (CPHSCT).

² Article L. 23-113-1 du code du travail.

c) L'élection des représentants des salariés des très petites entreprises et des particuliers employeurs

Entre les organisations syndicales de salariés, la répartition des sièges au sein des CPRI s'effectue proportionnellement aux voix obtenues à l'« **élection TPE** ».

Tous les quatre ans, les salariés des entreprises de moins de onze salariés ainsi que les employés à domicile sont en effet appelés à voter dans le cadre d'un scrutin régional sur sigle. Ce vote contribue, en étant additionné avec les résultats des élections professionnelles, à mesurer l'audience des syndicats de salariés, qui constitue l'un des critères de leur représentativité (*cf. supra*).

Le dernier scrutin, qui devait se tenir du 23 novembre au 6 décembre 2020, a été reporté par ordonnance¹ en raison de la crise sanitaire due à l'épidémie de covid-19 et s'est finalement déroulé du 22 mars au 6 avril 2021. Plus de 265 000 salariés des TPE et employés à domicile ont pris part à ce scrutin, soit un **taux de participation de 5,44 %** (contre 7,35 % en 2016-2017). Au niveau national et interprofessionnel, la CGT a obtenu le plus grand nombre de suffrages exprimés (26,31 %) devant la CFDT (16,46 %), l'UNSA² (15,89 %) et FO (13,84 %)³.

d) La création d'observatoires départementaux du dialogue social

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a prévu la création d'**observatoires départementaux d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation** chargés de favoriser et d'encourager le développement du dialogue social et de la négociation collective au sein des entreprises de moins de 50 salariés⁴.

Institués par décision du Dcrets, ces observatoires sont composés de représentants de l'autorité administrative ainsi que de représentants des organisations syndicales et des organisations professionnelles d'employeurs représentatives.

Chaque observatoire est chargé d'établir un bilan annuel du dialogue social dans le département, peut être saisi par les organisations syndicales et les organisations d'employeurs de toutes difficultés rencontrées dans le cadre d'une négociation et apporte son concours et son expertise juridique aux entreprises de son ressort dans le domaine du droit social.

¹ Ordonnance n° 2020-388 du 1^{er} avril 2020 relative au report du scrutin de mesure de l'audience syndicale auprès des salariés des entreprises de moins de onze salariés et à la prorogation des mandats des conseillers prud'hommes et membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles.

² Union nationale des syndicats autonomes.

³ Source : ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion.

⁴ Articles L. 2234-4 à L. 2234-7 du code du travail.

À l'occasion des débats sur la loi de ratification des ordonnances, le Sénat avait souhaité supprimer ces observatoires, estimant notamment que la multiplication des instances paritaires locales n'était pas pertinente et que les missions d'appui et de conseil qui leur sont confiées peuvent déjà utilement être remplies par les services déconcentrés de l'État et les branches professionnelles.

Fin juillet 2020, 98 observatoires départementaux avaient été installés, seuls trois départements d'outre-mer en étant dépourvus (la Guyane, la Guadeloupe et Mayotte). Dans la région Grand Est, citée en exemple par le comité d'évaluation des ordonnances de 2017, les observatoires fonctionnaient et se réunissaient effectivement, mais leur mission relative à l'établissement d'un bilan annuel du dialogue social dans le département était alors la seule à s'être véritablement concrétisée¹.

5. La fusion des institutions représentatives du personnel

a) La mise en place du comité social et économique

Dans les entreprises d'au moins onze salariés, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a créé **une instance unique de représentation du personnel, le comité social et économique (CSE)**, en lieu et place des structures existantes : délégués du personnel (DP), comité d'entreprise (CE) et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Elle prolonge ainsi un processus déjà engagé de rationalisation des institutions représentatives du personnel (IRP), à l'image de la réforme de la délégation unique du personnel (DUP) opérée par la loi « Rebsamen » en 2015².

L'ensemble des prérogatives des anciennes IRP ont été transmises au CSE. Ainsi, traduisant l'ancienne dichotomie entre DP et CE, **le statut juridique du CSE et ses modalités de fonctionnement varient en fonction de la taille de l'entreprise** : dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, il est doté de la personnalité civile, doit établir un règlement intérieur et se réunit au moins une fois tous les deux mois.

Cette réforme s'inscrit dans le prolongement de la réécriture du code du travail engagée par la loi « El Khomri » sur la base du triptyque : ordre public, champ de la négociation collective et dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord. Elle donne ainsi **une place plus importante à la négociation collective** dans la mise en place et la définition des modalités de fonctionnement et des missions de la nouvelle instance.

¹ Rapport intermédiaire du comité d'évaluation des ordonnances Travail du 22 septembre 2017, publié le 28 juillet 2020.

² Dans les entreprises de 50 à 299 salariés ayant mis en place la DUP, les représentants du personnel élus dans cette délégation exerçaient à la fois les mandats d'élu du CE, de DP et de membre du CHSCT.

C'est notamment un accord d'entreprise qui détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la constitution d'éventuels CSE d'établissement. Cet accord peut également décider la mise en place de **représentants de proximité**, qui ont vocation à remplir le rôle précédemment dévolu aux DP, au contact direct des salariés. Il définit enfin les modalités de mise en place et de fonctionnement de la **commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT)**, laquelle est obligatoire dans certains cas¹. Le CSE peut aussi compter d'autres commissions spécialisées dont le nombre et les attributions sont déterminés par les partenaires sociaux, sous réserve des dispositions d'ordre public concernant la commission des marchés.

L'ordonnance a prévu une application progressive de la réforme avec une **date limite fixée au 31 décembre 2019** pour la mise en place du CSE. Les mandats des élus des anciennes instances encore en place ont pris fin à cette date.

b) L'adaptation des consultations récurrentes du CSE

Les partenaires sociaux ont parallèlement acquis une plus grande marge de manœuvre pour fixer l'agenda social de l'entreprise.

La loi « Rebsamen » de 2015 avait rationalisé les consultations annuelles du CE en rassemblant les dix-sept consultations existantes en **trois thématiques** :

- les orientations stratégiques de l'entreprise ;
- la situation économique et financière de l'entreprise ;
- la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi².

Un accord d'entreprise pouvait adapter les modalités des consultations relatives à la situation économique et financière de l'entreprise et à sa politique sociale, ainsi que les informations devant être communiquées au CE dans ce cadre.

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a assoupli le cadre de ces consultations obligatoires en élargissant le champ de la négociation collective. Désormais, **un accord d'entreprise peut déterminer la périodicité des consultations récurrentes**, dans la limite d'un plafond de trois ans. En l'absence d'accord, la périodicité annuelle des trois consultations est maintenue.

¹ Entreprises ou établissements distincts d'au moins 300 salariés, sites Seveso, installations nucléaires et certains gisements miniers (art. L. 2315-36 du code du travail). En outre, l'inspecteur du travail peut imposer la création d'une CSSCT lorsque cette mesure est nécessaire, notamment en raison de la nature des activités, de l'agencement ou de l'équipement des locaux (art. L. 2315-37).

² Article L. 2312-17 du code du travail.

L'accord peut également prévoir la possibilité pour le CSE d'émettre un avis unique portant sur tout ou partie de ces thèmes de consultation. Il peut également déterminer les niveaux auxquels les consultations sont conduites et, le cas échéant, leur articulation.

En l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le CSE, adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité, peut déterminer l'ensemble de ces éléments¹.

c) Le cadre d'exercice du mandat des représentants du personnel

Comme le prévoit l'ordonnance n° 2017-1386 précitée, les membres du CSE restent élus pour une durée de quatre ans. **En revanche, les représentants du personnel au CSE ne peuvent plus effectuer plus de trois mandats successifs**, que ce soit en tant que titulaire ou suppléant, sauf dans les entreprises de moins de cinquante salariés ou lorsque le protocole d'accord préélectoral (PAP) a prévu de s'affranchir de cette règle. Cette règle, si elle rend plus contraignant l'accès à un mandat de représentant du personnel, vise à légitimer et à valoriser l'exercice d'un tel mandat.

Par ailleurs, **le rôle des élus suppléants a été réduit** dans le cadre du CSE par rapport aux anciennes IRP. Ils ne peuvent désormais participer aux réunions qu'en l'absence des titulaires².

Les moyens alloués aux représentants du personnel consistent essentiellement en des heures de délégation accordées aux élus titulaires, considérées comme du temps de travail et rémunérées comme telles. **Le volume total d'heures de délégation a logiquement diminué** avec la fusion des IRP.

Le nombre d'heures de délégation des membres du CSE est fixé par décret en Conseil d'État en fonction à la fois des effectifs de l'entreprise ou de l'établissement et du nombre de membres de la délégation³, sans pouvoir être inférieur à dix heures par mois dans les entreprises de moins de cinquante salariés et à seize heures dans les autres entreprises. À titre de comparaison, les délégués du personnel disposaient, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, de dix heures par mois et les élus au CE de vingt heures.

¹ Article L. 2312-19 du code du travail.

² Article L. 2314-1 du code du travail.

³ De 10 heures au total dans les entreprises de 11 à 24 salariés, à 1 190 heures réparties entre 35 délégués dans les entreprises de 10 000 salariés et plus (art. R. 2314-1 du code du travail).

Dans le cadre de la négociation du PAP, **il est désormais possible de modifier le nombre de sièges ou le volume des heures de délégation** accordées à chaque élu dans la limite globale des planchers légaux mensuels¹. Ainsi, un accord peut réduire le nombre mensuel d'heures de chaque élu s'il augmente le nombre d'élus titulaires de telle sorte que le volume global d'heures soit respecté.

L'ordonnance n° 2017-1386 a en outre introduit **deux assouplissements dans l'utilisation des heures de délégations** :

- les membres titulaires du CSE peuvent chaque mois se répartir entre eux, mais aussi avec leurs suppléants, le crédit d'heures dont ils disposent dans la limite d'une fois et demie le crédit d'heures mensuel auquel chacun a droit² ;

- les heures de délégation peuvent être reportées d'un mois sur l'autre dans la limite de douze mois et sans dépasser le même plafond mensuel³.

Les représentants du personnel au CSE disposent enfin d'un **droit à la formation**. En particulier, comme les membres de l'ancien CHSCT, les élus au CSE, ou les membres de la CSSCT si le comité en comporte une, bénéficient de la formation nécessaire à l'exercice de leurs missions en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, laquelle est prise en charge par l'employeur⁴.

La loi « Rebsamen » avait également permis des avancées en matière de reconnaissance des compétences acquises par les représentants du personnel et la valorisation de leurs parcours (*cf. infra*, deuxième partie, II).

d) La création du conseil d'entreprise

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 permet aux partenaires sociaux de simplifier davantage encore l'organisation du dialogue social dans l'entreprise en confiant au CSE, par accord d'entreprise, la **compétence de négociation des accords d'entreprise ou d'établissement** détenue en principe par les délégués syndicaux ; **le CSE se transforme alors en conseil d'entreprise**⁵. Celui-ci peut également être constitué par accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de DS.

¹ Article L. 2314-7 du code du travail.

² Article L. 2315-9 et R. 2315-6 du code du travail.

³ Article R. 2315-5 du code du travail.

⁴ Article L. 2315-18 du code du travail.

⁵ Article L. 2321-1 et suivants du code du travail.

Le conseil d'entreprise possède toutes les attributions du CSE et détient, lorsqu'il est créé, un monopole de négociation avec l'employeur. Seuls les accords collectifs soumis à des règles spécifiques de validité¹ restent du ressort des DS.

Il s'agit donc d'une remise en cause de la *summa divisio*, caractéristique du modèle français, entre la négociation collective, qui constitue dans l'entreprise la mission du DS, et l'information-consultation, qui relève désormais du CSE.

Les règles de validité des accords prévus dans ce cadre s'apparentent à celles relatives aux accords majoritaires prévues par la loi « El Khomri ».

B. DE PREMIERS ÉLÉMENTS DE BILAN QUI NE PERMETTENT PAS DE TIRER DES CONCLUSIONS DÉFINITIVES

1. Malgré un bilan quantitatif positif, tous les effets escomptés sur la dynamique du dialogue social ne se font pas encore sentir

a) Un dynamisme quantitatif en partie en trompe-l'œil

Les données quantitatives indiquent que la négociation collective est depuis plusieurs années engagée dans une dynamique positive, tant au niveau de l'entreprise que de la branche.

D'après le bilan de la négociation collective en 2019 publié par la direction générale du travail (DGT), **le nombre d'accords d'entreprise a connu une forte croissance** avec 103 700 accords et autres textes conclus en 2019, dont 80 780 accords et avenants, en **augmentation de 30 % par rapport à 2018**. Cette augmentation est même de 44 % dans les entreprises de 1 à 20 salariés.

Dans le détail, on ne recense toutefois que 61 340 textes élaborés dans le cadre de négociations collectives entre directions d'entreprise et représentants du personnel (délégués syndicaux, élus ou salariés mandatés), soit 59 % du total, ce qui représente une baisse de 5 points par rapport à l'année précédente. Pour le reste, 22 370 textes (22 %) ont été approuvés par consultation directe des salariés, leur proportion restant stable, et 19 090 (18 %) ont été signés par l'employeur uniquement, en augmentation de 3 points par rapport à 2018.

Cette vitalité de la négociation d'entreprise est notamment liée à la mise en œuvre des dispositions introduites par les ordonnances de septembre 2017, et en particulier des nouveaux outils à la disposition des petites entreprises.

¹ Notamment les accords déterminant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), le protocole d'accord préélectoral ou les accords modifiant le nombre et la composition des collèges électoraux du CSE.

La négociation de branche est également dynamique avec environ 1 380 accords conclus en 2018 et 1 100 accords en 2019. Parmi les principaux thèmes abordés par ces accords en 2019, la DGT recense les salaires (418 textes), l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (229), la formation professionnelle et l'apprentissage (200) ainsi que la protection sociale complémentaire (135). Quelques branches se sont saisies des sujets liés aux contrats de travail (CDD et CTT) ouverts à la négociation par les ordonnances de 2017 (4 accords signés).

S'agissant de la mise en œuvre de la fusion des institutions représentatives du personnel, on dénombrait, au 2 juin 2020, 81 371 CSE mis en place (couvrant près de 10,8 millions de salariés) et 39 354 procès-verbaux de carence (représentant environ 1,1 million de salariés)¹.

b) Un bilan qualitatif décevant

D'un point de vue plus qualitatif, Marcel Grignard et Jean-François Pilliard, co-présidents du comité d'évaluation des ordonnances de 2017 qui ont été auditionnés par le rapporteur, constatent **une appropriation lente et conservatrice des réformes par les acteurs du dialogue social**.

Ainsi, les organisations syndicales étant opposées à la réforme de 2017 et les employeurs en ayant eu une approche « court-termiste », la mise en place du CSE a généralement été peu travaillée en amont. La négociation sur la mise en place du CSE, dont le calendrier était contraint par la loi, s'est souvent résumée à un exercice convenu et formel et s'est concentrée sur la question des moyens accordés aux élus. Le comité estime que les partenaires sociaux se sont ainsi privés d'un levier d'amélioration de la qualité du dialogue social.

Le bilan d'étape de la fusion des IRP ne permet donc pas de constater une forte dynamique nouvelle en faveur du dialogue social. Elle a pu, cependant, creuser les écarts entre entreprises en améliorant la qualité du dialogue social là où elle était déjà bonne.

c) Des réformes pas encore pleinement digérées

Il semble que l'appropriation de la réforme, qui vient après beaucoup d'autres, soit difficile tant pour les employeurs que pour les salariés. Un accompagnement plus fort des acteurs aurait été souhaitable. Le comité d'évaluation des ordonnances relève en effet **un déficit important en matière de pédagogie des réformes**.

¹ Rapport intermédiaire du comité d'évaluation des ordonnances Travail du 22 septembre 2017, publié le 28 juillet 2020.

Plus généralement, il apparaît que **les entreprises ne se sont pas saisies de toutes les opportunités ouvertes par les réformes** en matière de négociation collective, à l'image de la possibilité de conclure un accord de méthode fixant l'agenda des négociations. Là encore, les ordonnances de 2017 ont plutôt permis aux entreprises les plus actives et innovantes de se renforcer mais n'ont pas amélioré la situation dans les entreprises où la négociation collective était faible.

La difficile « digestion » de cette série de réformes par les acteurs suggère que les entreprises ne se saisiront de certaines de leurs potentialités que dans une deuxième étape. **Il paraît donc prématuré de tirer dès à présent des conclusions générales et définitives** de ces réformes dont il y a lieu de penser que l'objectif - donner du pouvoir aux acteurs de la négociation collective - reste pertinent.

En outre, il ressort de nombreuses auditions menées par le rapporteur que les entreprises éprouvent une lassitude compréhensible à l'égard des réformes et qu'elles attendent désormais davantage de calme et de sécurité. Dans l'attente des conclusions définitives du comité d'évaluation, il convient donc de **donner la priorité à l'accompagnement des acteurs afin qu'ils s'approprient les réformes**, en mettant l'accent sur les TPE-PME. Le cadre relativement souple mis en place par les ordonnances de 2017 offre de nombreuses possibilités que les acteurs doivent maintenant se donner les moyens d'utiliser.

Préconisation n° 2 : préserver à court terme la stabilité du nouveau cadre du dialogue social mis en place par les ordonnances de 2017

2. Si les ordonnances ont apporté une simplification bienvenue, certaines réformes semblent avoir manqué leur objectif

a) Une simplification bienvenue

Les ordonnances de 2017 ont été inspirées par l'idée que les acteurs de terrain sont les mieux placés pour savoir de quoi ils ont besoin. Elles ont ainsi globalement apporté, **du point de vue de la plupart des praticiens et observateurs, une réelle simplification du cadre du dialogue social dans l'entreprise**. En particulier, la création du CSE a clarifié le paysage des institutions représentatives du personnel. La suppression du CHSCT a ainsi permis d'instaurer un fonctionnement plus simple en évitant notamment les doubles consultations.

Dans les PME de onze salariés et plus sans délégué syndical, le CSE a par ailleurs permis de faciliter la négociation collective.

Toutefois, **les organisations syndicales, qui étaient opposées à cette réforme, accueillent la nouvelle instance de manière globalement négative**, considérant qu'elle entraîne avant tout une diminution du nombre d'élus et une baisse importante des moyens mis à leur disposition. Il convient cependant de ne pas se focaliser sur cette question des moyens mais plutôt de considérer qu'une meilleure efficacité bénéficie à l'ensemble de l'entreprise sans remettre en cause la centralité du dialogue social.

b) L'apparition de certains effets indésirables

Comme le relève le comité d'évaluation des ordonnances de 2017, les réformes ont engendré **un double mouvement de décentralisation de la production de normes vers l'entreprise**, lequel a permis un rééquilibrage notable, **et de centralisation du dialogue social au sein de l'entreprise** avec la fusion des institutions représentatives du personnel.

Pour de nombreuses personnalités auditionnées par le rapporteur, la question de la proximité reste entière dans ce nouveau cadre. Faute de négociation, les accords de mise en place du CSE ont rarement prévu la mise en place de représentants de proximité comme la loi le leur permet. Il en résulte **une centralisation parfois excessive et une perte du lien de proximité** qui s'avèrent plus marquées dans les entreprises à établissements multiples.

Quant à l'usage des **outils de flexisécurité**, il reste limité quantitativement en dépit de leur simplification. En particulier, très peu de PME se sont engagées dans cette voie qui nécessite une certaine expertise. Pour l'économiste Christine Erhel, l'usage des APC demeure en pratique **marqué par un déséquilibre en faveur des employeurs** qui ne répond pas à leur objectif initial. Les co-présidents du comité d'évaluation des ordonnances ont également exprimé leur crainte que les APC donnent lieu à des dérives et deviennent, plutôt qu'un outil efficace pour traiter de manière négociée les enjeux économiques et sociaux, un moyen de soutenir une course à la réduction des coûts salariaux en amoindrissant les garanties collectives des branches. En juin 2020, 371 APC avaient été conclus. Dans le contexte précédant la crise de la covid-19, ils étaient le plus souvent à durée indéterminée et ne prévoyaient pas de « clause de retour à meilleure fortune ».

c) Des réformes n'ayant pas ou peu produit d'effet

Parmi les innovations apportées par les dernières réformes, **le conseil d'entreprise représente un échec manifeste**. Une quinzaine seulement d'entreprises se sont saisies de cet outil transformant le CSE en instance unique de négociation collective. Il est au demeurant improbable que les délégués syndicaux, dont l'accord est nécessaire, renoncent volontairement à leur monopole de négociation dans l'entreprise. À moins qu'un mécanisme incitatif ne soit imaginé, ce dispositif pourra difficilement s'avérer opérationnel.

Pour sa part, **le référendum ouvert à l'employeur pour valider un accord minoritaire reste un outil peu usité** car il est à double tranchant, même si le dispositif est en théorie jugé intéressant pour surmonter certains blocages. Un référendum peut en effet devenir un facteur de division dans l'entreprise alors que son but était de favoriser le compromis. Par ailleurs, la CPME signale que cette procédure peut être coûteuse pour les TPE-PME qui n'ont d'autre choix que de passer par un prestataire extérieur pour mettre en place une consultation à distance.

3. La crise sanitaire a révélé certaines potentialités et limites des réformes

a) Le dialogue social face à la crise

Pendant la crise sanitaire, **la négociation collective a été un levier permettant aux entreprises de s'organiser pour faire face à la pandémie**. D'après le bilan 2019 de la DGT, une vingtaine d'accords de branche et près de 6 000 accords d'entreprise ayant pour objet de faire face aux conséquences de la crise sanitaire avaient été conclus au 15 juin 2020. Au niveau national et interprofessionnel, deux accords ont été conclus sur le télétravail¹ et sur la santé au travail².

Ce recours à la négociation collective a été encouragé par les pouvoirs publics, plusieurs dispositifs d'urgence étant conditionnés à la conclusion d'un accord. Il en va ainsi de la possibilité pour l'employeur d'imposer aux salariés la prise de congés payés, prévue par l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020³, de la possibilité d'adapter les règles relatives au nombre de renouvellements et au délai de carence applicables aux CDD et aux contrats de travail temporaire, ouverte par la loi portant dispositions urgentes du 17 juin 2020⁴, ou du dispositif d'activité partielle de longue durée (voir encadré ci-dessous). Dans ce contexte, **les APC sont également apparus comme un recours** dans le but de maintenir l'emploi et d'éviter les procédures de licenciements économiques : leur nombre a augmenté plus fortement en 2020 avec 340 accords signés contre 202 en 2019 et 150 en 2018.

¹ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail.

² Accord national interprofessionnel du 9 décembre 2020 pour une prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail.

³ Ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos.

⁴ Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

Les accords APLD

L'article 53 de la loi du 17 juin 2020 portant dispositions urgentes liées à la crise sanitaire a institué un **dispositif spécifique d'activité partielle**, introduit par amendement au Sénat, dénommé « activité réduite pour le maintien en emploi » ou activité partielle de longue durée (APLD)¹, destiné, dans le contexte de la crise économique déclenchée par la pandémie de covid-19, à **assurer le maintien dans l'emploi dans les entreprises confrontées à une réduction d'activité durable** mais n'étant pas de nature à compromettre leur pérennité.

L'employeur peut bénéficier de ce dispositif **sous réserve de la conclusion d'un accord collectif d'établissement, d'entreprise ou de groupe, ou de la conclusion d'un accord collectif de branche étendu**, définissant la durée d'application, les activités et les salariés concernés par l'activité partielle spécifique, les réductions de l'horaire de travail pouvant donner lieu à indemnisation à ce titre ainsi que les engagements spécifiquement souscrits en contrepartie, notamment pour le maintien de l'emploi. L'entreprise qui souhaite bénéficier du régime d'APLD en application d'un accord de branche élabore, après consultation du CSE, un document définissant les engagements spécifiques en matière d'emploi.

Un **décret en Conseil d'État en date du 28 juillet 2020** a précisé le contenu de ces accords, qui doivent notamment définir les modalités d'information, tous les trois mois au minimum, des organisations syndicales signataires et des IRP sur leur mise en œuvre².

Le décret précise que **la réduction de l'horaire de travail ne peut être supérieure à 40 % de la durée légale**. Cette limite ne peut être dépassée que dans des cas exceptionnels résultant de la situation particulière de l'entreprise, sur décision de la Dreets et dans les conditions prévues par l'accord collectif, sans que la réduction de l'horaire de travail puisse excéder 50 % de la durée légale.

Dans ce cadre, **le pourcentage de l'indemnité et le montant de l'allocation d'activité partielle peuvent être majorés** dans des conditions et dans les cas déterminés par décret, notamment selon les caractéristiques de l'activité de l'entreprise.

Ces dispositions sont applicables aux accords collectifs et aux documents transmis à l'autorité administrative pour validation ou homologation **au plus tard le 30 juin 2022**. Sauf si une loi prévoit sa prolongation, il restera donc assez peu de temps, à la sortie de la crise sanitaire, pour que ce dispositif prenne la dimension attendue. Selon la DGT, 64 accords de branche et environ 8 850 accords d'entreprise relatifs à l'APLD ont été conclus depuis la mise en place du dispositif.

¹ Un premier dispositif d'APLD avait déjà été créé en 2009 avant d'être supprimé par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013.

² Décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable.

Par ailleurs, **le dialogue social dans l'entreprise s'est réorganisé avec créativité à la faveur des assouplissements** prévus dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, notamment en matière d'utilisation de la visioconférence pour les réunions du CSE. Ainsi, les épisodes de confinement ont été révélateurs de l'importance du dialogue social et de la souplesse permise par les réformes.

Les questions de santé au travail ont naturellement été au premier plan en 2020. Cette situation a confirmé que les organisations syndicales font difficilement le deuil du CHSCT et déplorent généralement sa suppression. **La fusion des instances présente cependant l'avantage d'avoir décloisonné les questions de santé et sécurité et les questions sociales et économiques.** Pour l'ANDRH, la crise a montré que la disparition d'un CHSCT autonome n'est pas de nature à porter atteinte à la prise en compte des enjeux de santé et de sécurité au travail et a plutôt fluidifié le dialogue sur ces thématiques.

b) Des instances à ne pas surcharger

Il n'en reste pas moins que, dans cette nouvelle entité dont le rôle et les attributions sont conséquents, les représentants du personnel, qui ont souvent conservé la culture des anciennes IRP, n'ont pas nécessairement la capacité à hiérarchiser les priorités ou à travailler en délégation. Pour Marcel Grignard et Jean-François Pilliard, le CSE reste « *une instance en devenir* ».

Une consultation menée par l'Anact en janvier et février 2021 a montré que si le dialogue social s'est globalement intensifié depuis le début de la crise, l'adaptation des moyens n'a pas toujours suivi¹.

Or, plusieurs projets ou propositions de loi en discussion² envisagent d'alourdir les attributions d'un CSE dont les ordres du jour sont déjà surchargés. Il est ressorti des auditions menées par le rapporteur que, dans les entreprises où le dialogue social est suffisamment dynamique, les IRP s'étaient déjà emparées depuis longtemps de sujets tels que la transition écologique sans qu'une disposition législative soit nécessaire. Dans des entreprises où le fonctionnement du CSE est plus difficile, ajouter de nouvelles consultations impératives ne rendrait pas service aux partenaires sociaux. Une des leçons à tirer de la crise est que le dialogue social gagnerait sans doute en efficacité s'il était recentré sur la vie de l'entreprise et sur les préoccupations immédiates des salariés.

¹ Cf. <https://www.anact.fr/covid-19-dialogue-social-intensifie-adaptation-des-moyens-limitee>.

² C'est notamment le cas de la proposition de loi pour renforcer la prévention en santé au travail ou du projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

Préconisation n° 3 : recentrer sans les alourdir de manière impérative les compétences du CSE sur la vie de l'entreprise et les préoccupations immédiates des salariés

Enfin, la très faible participation à l'élection des représentants des salariés des très petites entreprises organisée du 22 mars au 6 avril 2021 (5,44 %) reflète les conditions exceptionnelles d'organisation du scrutin en période de crise sanitaire, mais aussi le manque de visibilité des instances de représentation des salariés concernés.

DEUXIÈME PARTIE : DES PISTES POUR UNE MEILLEURE APPROPRIATION DES RÉFORMES

I. PERMETTRE AUX PARTENAIRES SOCIAUX DANS L'ENTREPRISE DE SE SAISIR DES POSSIBILITÉS QUI LEUR ONT ÉTÉ TRANSFÉRÉES

A. DÉCLOISONNER LES INSTANCES POUR FAIRE RECULER LES PRÉJUGÉS RÉCIPROQUES ENTRE ACTEURS DU DIALOGUE SOCIAL DANS L'ENTREPRISE

1. L'ouverture des élections professionnelles à des listes non syndicales

Les dernières réformes n'ont pas remis en cause le mode de scrutin des élections des représentants du personnel au comité social et économique, qui est régi par les articles L. 2314-26 à L. 2314-29 du code du travail. Les ordonnances de septembre 2017 ont toutefois introduit une condition de représentation équilibrée par sexe (voir l'encadré ci-dessous).

Le mode de scrutin de l'élection des représentants du personnel au CSE

Au premier tour des élections professionnelles, les listes sont établies exclusivement par les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné.

Les listes qui comportent plusieurs candidats sont composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part respective de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. Elles sont composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des deux sexes¹.

Un second tour de scrutin doit être organisé dans le délai de quinze jours à compter de la date du premier tour dans les cas suivants :

- en cas de carence de candidatures au premier tour, c'est-à-dire si aucune organisation syndicale n'a présenté de candidats² ;
- si le nombre des votants est inférieur à la moitié des électeurs inscrits³ ;
- s'il reste des sièges vacants à l'issue du premier tour. Le second tour n'est alors organisé qu'afin de pourvoir les sièges vacants.

¹ Article L. 2314-30 du code du travail.

² Cass. soc., 18 mars 1982, n° 81-60.871P.

³ Article L. 2314-29 du code du travail.

Au second tour, les électeurs peuvent voter pour des listes autres que celles présentées par une organisation syndicale. La jurisprudence considère que la règle de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des listes ne s'applique pas à ces candidatures libres¹.

L'ouverture du second tour à tous les salariés ne permet pas à toutes les entreprises de se doter de représentants du personnel. Le rapport intermédiaire du comité d'évaluation des ordonnances de septembre 2017 faisait état, au 2 juin 2020, de **39 354 procès-verbaux de carence (concernant 1,1 million de salariés)** pour 81 371 CSE mis en place (couvrant 10,8 millions de salariés) dans les entreprises de plus de dix salariés. Ces constats de carence concernent avant tout les petites et moyennes entreprises : selon la Dares, seul un tiers des entreprises de 10 à 49 salariés disposaient d'au moins une instance de représentation du personnel en 2018.

Sans doute existe-t-il une certaine réticence à l'engagement syndical de la part des salariés en France par comparaison avec certains pays voisins. Assouplir les conditions dans lesquelles il est possible de représenter les salariés sans s'afficher avec une étiquette syndicale pourrait ainsi constituer un moyen pour les volontaires de se familiariser plus facilement avec les missions d'élu, surtout dans les entreprises de petite taille, et plus généralement de favoriser la participation des salariés.

Selon les chiffres publiés par le ministère du travail, 5,4 millions de salariés ont voté lors des différents scrutins pris en compte pour la mesure de l'audience syndicale 2017-2021 (soit un taux de participation de 38 %), contre 5,6 millions lors du cycle précédent (43 % de participation)².

La logique de cette réflexion n'est pas d'affaiblir davantage les syndicats, qui représentent des acteurs indispensables de la démocratie sociale. Dans les pays étrangers qui autorisent les candidatures tant syndicales que non syndicales aux élections des représentants du personnel, un tel effet n'a d'ailleurs pas été constaté.

En Allemagne, par exemple, les candidatures au *Betriebsrat* (conseil d'entreprise) sont libres et les organisations syndicales ne jouent aucun rôle dans l'organisation du scrutin. Le syndicalisme y est pourtant stable et puissant, alors que le *Betriebsrat* a des attributions plus importantes que le CSE en France.

¹ Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 19-60.222.

² Cette mesure tient compte des résultats des élections professionnelles, de l'«*élection TPE*» ainsi que des élections aux chambres départementales d'agriculture.

Pour Jean-Christophe Sciberras¹, auditionné par le rapporteur, **une ouverture des élections professionnelles à des listes non syndicales aurait pour intérêt de faire tomber certains préjugés réciproques** entre acteurs du dialogue social et d'intégrer une représentation de l'ensemble de la collectivité de travail, y compris des éventuels contestataires, dans le cadre du CSE. Ce qui compte, au-delà d'une vision purement institutionnelle du dialogue social, est d'avoir les « bons » représentants, c'est-à-dire ceux qui représentent effectivement les salariés.

Cette ouverture constituerait également, pour le rapporteur, une opportunité pour les organisations syndicales de regagner la confiance des salariés en étant ainsi mis en concurrence et participerait d'une meilleure information des salariés sur le rôle et les réalisations des syndicats.

Toutefois, il ne s'agit pas de remettre en cause le fonctionnement du dialogue social dans les entreprises où il donne satisfaction.

Il pourrait donc être envisagé de **rendre le monopole syndical au premier tour optionnel en autorisant un protocole d'accord préélectoral à le prévoir**. Ainsi, les entreprises qui le souhaitent pourraient conserver le système actuel.

À défaut d'accord, **les élections des représentants du personnel au CSE seraient ouvertes aux listes non syndicales qui seraient présentées, selon la taille de l'entreprise, par une proportion minimum (pouvant être fixée à 5 %) des électeurs ou par un certain nombre d'entre eux (par exemple, 100 électeurs), à l'image des règles applicables à l'élection des représentants des salariés au conseil d'administration²**.

En conséquence, il serait cohérent de préciser dans la loi que **l'exigence de proportionnalité femmes-hommes, interprétée de manière restrictive par la Cour de cassation, s'applique aux listes non syndicales**.

Cette ouverture ne doit pas remettre en cause le système de représentativité syndicale reposant sur les résultats au premier tour des élections professionnelles ni le monopole de principe dont disposent les délégués syndicaux en matière de négociation collective. Même en présence de listes non syndicales, le seuil de 10 % des suffrages exprimés resterait en effet dans la plupart des cas à la portée des organisations syndicales.

Dans l'hypothèse où aucune organisation syndicale n'atteindrait ce seuil, les règles actuelles permettent en effet aux entreprises de négocier et de conclure des accords en l'absence de DS.

¹ Ancien DRH France de Solvay et ancien directeur des relations sociales du groupe Axa.

² Article L. 225-28 du code de commerce.

Cette mesure serait particulièrement profitable au dialogue social dans les petites et moyennes entreprises. Selon le comité d'évaluation des ordonnances de 2017, 86 % des carences d'élus au CSE sont constatées dans des établissements de moins de 50 salariés. Aussi, cette proposition, si elle n'était pas généralisée, pourrait s'appliquer au moins dans les entreprises n'excédant pas une certaine taille.

Préconisation n° 4 : rendre optionnel, au moins dans les entreprises n'excédant pas une certaine taille, le monopole syndical au premier tour des élections professionnelles. À défaut d'accord, ouvrir les élections aux listes non syndicales présentées par une proportion minimum des électeurs ou par un certain nombre d'entre eux

Préconisation n° 5 : appliquer l'exigence de proportionnalité hommes-femmes aux listes non syndicales

2. Le renforcement de la représentation des salariés au sein des conseils d'administration

a) Une ouverture ancienne des organes d'administration aux représentants des salariés

La France a été précurseur en matière de représentation des salariés dans les organes d'administration des entreprises. Dès le début des années 1980, la deuxième loi « Auroux »¹ avait prévu une représentation obligatoire du comité d'entreprise (CE), avec voix consultative, au conseil d'administration ou de surveillance.

Alors que la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques² avait ouvert la possibilité de désigner des administrateurs représentant les salariés dans les organes d'administration avec voix délibérative³, c'est la loi relative à la sécurisation de l'emploi de 2013⁴ qui a rendu obligatoire la représentation des salariés non actionnaires au conseil d'administration dans les sociétés employant au moins 5 000 salariés en France ou 10 000 dans le monde afin d'associer et d'informer les salariés de la stratégie de l'entreprise.

¹ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

³ Article L. 225-27 du code de commerce.

⁴ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

b) La relance récente du dispositif

Plusieurs lois récentes ont renforcé le dispositif de représentation des salariés au sein des conseils d'administration (*cf.* encadré ci-dessous).

**Les réformes récentes de la représentation des salariés
au sein des conseils d'administration des entreprises**

La loi « Rebsamen » de 2015 a renforcé la présence des représentants des salariés au sein du conseil d'administration en prévoyant une désignation **obligatoire dans les sociétés qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 1 000 salariés permanents** dans la société et ses filiales dont le siège est fixé sur le territoire français, ou au moins 5 000 salariés permanents dans la société et ses filiales dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger¹.

Le nombre des administrateurs représentant les salariés est alors au moins égal à un dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs est inférieur ou égal à douze et au moins à deux s'il est supérieur à douze. Les administrateurs salariés ne sont pas pris en compte pour la détermination du nombre minimal et du nombre maximal d'administrateurs, ni pour l'application des règles de représentation équilibrée entre femmes et hommes dans les conseils d'administration.

Diverses modalités de désignation des représentants des salariés peuvent être déterminées par les statuts de la société : organisation d'une élection, désignation par le CSE, désignation par l'organisation syndicale ayant obtenu le plus de suffrages au premier tour des élections professionnelles, *etc.*

La loi « Pacte » de 2019 a apporté de nouvelles modifications à ce dispositif². En particulier, le seuil au-delà duquel la présence de deux administrateurs salariés est obligatoire est passé **de douze à huit administrateurs**³. Le Sénat avait approuvé cette évolution.

Cette présence de représentants des salariés au sein du conseil d'administration permet de garantir la prise en compte des intérêts de l'entreprise au-delà des seuls intérêts financiers. Selon Jean-Christophe Sciberras, elle contribue en outre à réduire l'éloignement culturel entre employeurs et syndicats.

Pour sa part, Jean-Denis Combrexelle a considéré lors de son audition que l'intégration des syndicats dans la gouvernance de l'entreprise constitue l'un des enjeux qui restent à traiter à l'issue des dernières réformes.

Le rapporteur estime par conséquent que ce sujet concerne tout autant le dialogue social que la performance des entreprises et qu'il est possible d'aller plus loin dans ce domaine, comme le montrent plusieurs exemples étrangers (*cf.* encadré ci-dessous).

¹ Des dérogations sont prévues : holding gérant des filiales respectant ces obligations ; filiale d'une société elle-même soumise à cette obligation.

² Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

³ Article L. 225-27-1 du code de commerce.

Exemples étrangers de représentation des salariés au sein des organes d'administration ou de surveillance des entreprises

En Suède, depuis une loi de 1987, 2 ou 3 représentants des employés, selon la taille de l'entreprise, doivent siéger au conseil d'administration ou de direction dans toutes les entreprises qui comptent plus de 25 salariés ; ils y représentent environ un tiers des membres de ces instances dans les trois quarts des entreprises concernées. Ils ne peuvent en revanche jamais être en majorité. Ils sont élus par le personnel sur présentation de candidatures soumises par les syndicats.

Au Danemark, le seuil pour que le personnel puisse être représenté au conseil d'administration ou de direction est fixé à 35 salariés. Les représentants des salariés détiennent environ un tiers des mandats en moyenne.

En Norvège, le seuil est de 30 salariés. Dans les entreprises de 50 salariés et plus, un tiers des membres du conseil d'administration représentent les salariés, qui les élisent.

En Finlande, le seuil est fixé à 150 salariés : en fonction de la taille de l'entreprise, le nombre de représentants peut être compris entre 1 et 4.

En Allemagne, un principe de codétermination au sein des conseils de surveillance des entreprises a été créé au niveau fédéral par la loi en 1952. Un tiers des sièges sont ainsi réservés aux représentants des salariés dans les sociétés de 500 à 2 000 salariés, la moitié dans les entreprises de plus de 2 000 salariés. Dans les entreprises de plus de 2 000 salariés, la délégation des salariés est composée de membres du personnel de l'entreprise ainsi que de représentants extérieurs proposés par les syndicats implantés dans l'entreprise.

En premier lieu, le seuil à partir duquel la présence de représentants des salariés au conseil d'administration est obligatoire est élevé. **Il paraît possible d'abaisser progressivement ce seuil à 300 salariés en France** ou 1 000 salariés dans le monde.

Dans les plus grandes entreprises, il pourrait être envisagé d'augmenter la proportion de membres représentant les salariés au sein du conseil d'administration.

En second lieu, **il conviendrait de supprimer l'incompatibilité entre un mandat d'administrateur salarié et un mandat de délégué syndical**¹. En effet, les dirigeants de l'entreprise et les délégués syndicaux pourraient apprendre à se connaître dans le cadre du conseil d'administration ; une telle ouverture peut donc contribuer à faire disparaître certains préjugés. De plus, cette règle de non-cumul pousse en pratique les syndicats à présenter au conseil d'administration des représentants en fin de carrière syndicale. Or, cette expérience peut faire évoluer la vision de syndicalistes qui sont en mesure de constater comment sont prises les décisions.

¹ Article L. 225-30 du code de commerce.

Préconisation n° 6 : abaisser de manière progressive la taille de l'entreprise à partir de laquelle la présence d'administrateurs représentant les salariés est obligatoire au sein du conseil d'administration

Préconisation n° 7 : supprimer l'incompatibilité entre les mandats d'administrateur salarié et de délégué syndical

Le rapporteur estime que ce sujet ne devrait pas relever du seul droit des sociétés. L'article L. 2411-1 du code du travail mentionne d'ailleurs, au sein de la liste des salariés bénéficiant d'une protection contre le licenciement, les représentants des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, des sociétés anonymes (SA) et des sociétés en commandite par actions (SCA).

Par cohérence et pour favoriser l'harmonisation des droits des représentants du personnel, il serait donc préférable d'inscrire dans le code du travail les dispositions, actuellement encadrées par les articles L. 225-30-1 et L. 225-30-2 du code de commerce, relatives aux moyens garantis aux salariés élus ou désignés au conseil d'administration pour l'exercice de leur mandat.

B. FAVORISER L'INNOVATION DANS LA NÉGOCIATION D'ENTREPRISE

1. La prise en charge par l'employeur des cotisations syndicales

En tant qu'organisation ayant exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans ses statuts¹, un syndicat professionnel devrait tirer sa principale source de revenu des cotisations versées par ses adhérents. Cependant, devant la désaffection des salariés à l'égard des syndicats, d'autres sources de financement ont été mises en place.

Un fonds paritaire de financement du dialogue social a notamment été institué par la loi du 5 mars 2014² afin de financer certaines missions d'intérêt général remplies par les organisations syndicales et patronales représentatives au niveau national³. Il est essentiellement alimenté par une contribution des employeurs, fixée à 0,016 % des rémunérations versées aux salariés, soit un montant total de 100 millions d'euros, et une subvention de l'État d'un montant de 32,6 millions d'euros.

¹ Article L. 2131-1 du code du travail.

² Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

³ Articles L. 2135-9 et suivants du code du travail.

En 2019, 376 organisations syndicales et professionnelles avaient bénéficié de ces fonds¹, dont les 5 organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel (à hauteur de 81,2 millions d'euros), 2 organisations syndicales à vocation multiprofessionnelle (6,6 millions d'euros) et 18 organisations syndicales représentatives au niveau d'une branche (0,1 million d'euros).

Au niveau de l'entreprise, l'article L. 2141-6 du code du travail « *interdit à l'employeur de prélever les cotisations syndicales sur les salaires de son personnel et de les payer au lieu et place de celui-ci* ». En outre, une éventuelle participation de l'employeur au financement des syndicats doit s'envisager au regard du critère d'indépendance énoncé à l'article L. 2121-1 pour la détermination de la représentativité syndicale.

La **pratique du « chèque syndical »**, consistant à attribuer à chaque salarié un bon de financement d'un syndicat, à charge pour lui de le remettre ou non au syndicat de son choix, s'est toutefois développée dans certaines grandes entreprises à l'initiative de l'entreprise Axa. Le chèque peut être utilisé au profit de tout syndicat, qu'il soit représentatif ou non. Le nombre de chèques collectés par un syndicat détermine le montant de la subvention patronale revenant au syndicat. En revanche, l'attribution d'un chèque syndical par un salarié n'implique pas son adhésion au syndicat bénéficiaire.

Une autre méthode consiste pour l'employeur à **rembourser au salarié tout ou partie de la cotisation individuelle qu'il a choisi de verser à un syndicat**, une fois soustraite la partie fiscalement déductible de l'impôt sur le revenu. C'est le dispositif prévu par l'accord d'entreprise conclu en 2016 par l'UES Solvay France dont l'avantage, par rapport au chèque syndical, est de contribuer à développer l'adhésion syndicale.

À l'occasion du contentieux portant sur cet accord, **la Cour de cassation a récemment précisé les conditions de prise en charge des cotisations syndicales par l'employeur** (voir l'encadré ci-dessous).

¹ Rapport annuel 2019 du Fonds pour le financement du dialogue social.

La jurisprudence de la Cour de cassation sur les conditions de prise en charge des cotisations syndicales par l'employeur

La Cour de cassation s'est prononcée, le 27 janvier 2021¹, sur les conditions de prise en charge partielle des cotisations syndicales par l'employeur à l'occasion du contentieux concernant les dispositions de l'accord « Solvay »².

La Cour a considéré qu'un accord collectif *« peut instituer des mesures de nature à favoriser l'activité syndicale dans l'entreprise, et dans ce cadre, en vue d'encourager l'adhésion des salariés de l'entreprise aux organisations syndicales, prévoir la prise en charge par l'employeur d'une partie du montant des cotisations syndicales annuelles »*, à condition que le dispositif conventionnel :

- ne porte aucune atteinte à la liberté du salarié d'adhérer ou de ne pas adhérer au syndicat de son choix ;

- ne permette pas à l'employeur de connaître l'identité des salariés adhérant aux organisations syndicales ;

- **bénéficie tant aux syndicats représentatifs qu'aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise.**

En outre, **le montant de la participation de l'employeur ne doit pas représenter la totalité du montant de la cotisation** due par le salarié, le cas échéant après déductions fiscales, au regard du critère d'indépendance visé à l'article L. 2121-1 du code du travail.

Le dispositif de l'accord Solvay visait à donner des moyens aux seuls syndicats représentatifs, ceux-ci étant les acteurs essentiels du dialogue social dans l'entreprise. En conséquence, la Cour de cassation a confirmé l'illégalité de cette disposition.

Pourtant, **on ne peut pas considérer qu'un tel accord porte atteinte à l'indépendance des syndicats**, les salariés restant libres d'adhérer à l'organisation syndicale de leur choix. En outre, **la décision de la Cour de cassation tend à conforter l'émiettement syndical**, qui constitue l'une des faiblesses du syndicalisme en France. Elle s'inscrit enfin à rebours des réformes législatives qui ont visé à renforcer la représentativité syndicale et à sécuriser le financement des syndicats représentatifs.

Il convient de relever que Solvay, groupe multinational de chimie, a pu mettre en place ce dispositif dans d'autres pays, notamment la Belgique.

Bien qu'il existe, de la part de certaines organisations syndicales, une opposition de principe à toute participation des employeurs au financement des syndicats, le rapporteur estime qu'il convient de soutenir les initiatives de terrain visant à innover en faveur du dialogue social.

¹ Cour de cassation, chambre sociale, arrêt n° 141 du 27 janvier 2021 (18-10.672).

² La Fédération nationale des industries chimiques CGT avait saisi le juge des référés afin qu'il suspende les stipulations litigieuses de l'accord.

Une intervention législative serait donc souhaitable afin d'assouplir le cadre posé par la Cour de cassation, en rendant notamment possible une participation au financement des seuls syndicats représentatifs dans l'entreprise.

Préconisation n° 8 : fixer dans la loi le cadre dans lequel un accord d'entreprise peut prévoir la prise en charge par l'employeur d'une partie du montant des cotisations syndicales, en précisant qu'un tel dispositif peut éventuellement bénéficier aux seuls syndicats représentatifs

2. La possibilité d'expérimenter des projets d'évolutions d'accords collectifs existants

Si, du point de vue quantitatif, le dynamisme de la négociation d'entreprise est indéniable, le bilan est plus mitigé sur le plan qualitatif. En particulier, dans le cadre des négociations liées à la mise en place du CSE, les accords sont restés marqués par des cultures et des pratiques anciennes et les partenaires sociaux ne se sont pas pleinement saisis des marges de manœuvre permises par la loi.

Dans le but de favoriser l'innovation en matière de relations sociales, certaines entreprises se sont dotées d'un **cadre permettant d'expérimenter des projets d'évolutions d'accords collectifs existants en amont d'une éventuelle révision de ces accords**. Tel est le cas du protocole d'expérimentation mis en place dans un récent accord collectif conclu à l'Association pour l'emploi des cadres (APEC)¹.

Dans ce cadre, des projets d'expérimentation peuvent être présentés soit à l'initiative de la direction, soit à l'initiative d'une ou plusieurs organisations syndicales signataires. Selon la partie à l'origine de l'expérimentation, un droit d'opposition est à la disposition des syndicats représentant au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections au CSE ou de la direction. En l'absence d'opposition, les projets d'expérimentation font l'objet d'une présentation aux collaborateurs dans les territoires concernés et, le cas échéant, d'un appel au volontariat. Les expérimentations menées dans ce cadre doivent être évaluées par un comité de pilotage paritaire et sont toujours localisées, limitées dans le temps et réversibles.

À titre d'exemple, l'APEC envisage de mener de telles expérimentations en matière d'organisation du travail et de temps de travail.

¹ Accord pour une nouvelle dynamique du dialogue social à l'APEC du 11 février 2021.

Ce type de protocole présente l'intérêt de **donner les moyens aux partenaires sociaux, notamment aux syndicats, d'être les plus informés et les plus compétents possible** en vue d'aborder une négociation et peut permettre de **surmonter un certain conservatisme de la négociation d'entreprise**.

Cependant, en tant que ce mécanisme permet de déroger pour un objet et une durée limitée à des accords en vigueur sans passer par la procédure de l'accord majoritaire prévue par la loi, le rapporteur considère qu'il serait **préférable de le sécuriser juridiquement** par une modification législative.

Préconisation n° 9 : donner une base légale à des protocoles d'expérimentation permettant de déroger, sur un objet et pour une étendue et une durée limités, à des accords d'entreprise en vigueur en vue de leur révision

C. AMÉLIORER LA FORMATION AU DIALOGUE SOCIAL

La relative faiblesse du dialogue social en France résulte en grande partie d'une formation insuffisante des acteurs, qui les conduit parfois à adopter des postures plus propices aux conflits, ou du moins aux blocages, qu'à un dialogue fécond.

Ces postures peuvent d'ailleurs constituer une solution de facilité par rapport à une implication réelle dans une démarche de négociation supposant des concessions de part et d'autre.

La nécessité d'améliorer la formation est l'affaire de tous les acteurs et le rapporteur considère que c'est à la racine, au niveau de l'entreprise, que peut s'opérer l'indispensable évolution culturelle qui irriguera ensuite les autres niveaux.

1. La formation initiale des acteurs de l'entreprise

L'évolution culturelle doit commencer dès la formation initiale, et notamment celle des futurs dirigeants. Il ressort des auditions menées par le rapporteur que les cursus universitaires et les formations dispensées par les écoles de commerce n'abordent que de manière très insuffisante la question de la négociation collective, de ses finalités et de ses modalités. Il en résulte que de nombreux *managers* voient la négociation collective comme une formalité, voire comme une contrainte et non comme une opportunité. Il conviendrait donc que le ministère chargé de l'enseignement supérieur tienne davantage compte des priorités définies par le ministère du travail dans la définition des programmes académiques.

Préconisation n° 10 : intégrer davantage la formation au dialogue social et à la négociation collective au sein des cursus universitaires et des écoles de commerce

2. Développer les formations communes rendues possibles par le législateur

a) Un outil créé par la loi de 2016 mais encore insuffisamment exploité

Le rapporteur considère que le développement d'une culture commune de la négociation collective constitue le meilleur moyen de donner une réalité à l'ambition de renforcer le dialogue social. Or, il semble que les différents acteurs, les partenaires sociaux mais également les juges, les agents des directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets) et même les journalistes ont trop souvent une vision différente, voire incompatible, de ce que doit être la négociation collective.

Faisant suite à une recommandation formulée par le rapport Combrexelle de 2015¹ le législateur a ressenti la nécessité de les inscrire explicitement dans le code du travail en 2016.

Les formations communes au dialogue social

Issu de l'article 33 de la loi du 8 août 2016, l'article L. 2212-1 du code du travail dispose ainsi que « *les salariés et les employeurs ou leurs représentants peuvent bénéficier de formations communes visant à améliorer les pratiques du dialogue social* ».

Ces formations peuvent être financées par les crédits du fonds paritaire pour le financement du dialogue social. Elles peuvent également être financées par les entreprises dans le cadre de leur plan de développement des compétences.

Il est précisé que ces formations peuvent être suivies par des magistrats judiciaires ou administratifs et par d'autres agents de la fonction publique.

Le décret du 2 mai 2017², pris pour l'application de l'article L. 2212-1, confie à l'Institut national de l'emploi et de la formation professionnelle (Intefp) la mission de définir un cahier des charges des formations communes. L'Intefp intervient par ailleurs dans le dispositif en concevant et dispensant des formations, directement et par l'intermédiaire du réseau qu'il anime.

¹ Proposition 12 : « Mise en place de formations communes syndicats/entreprises sur la base d'un cahier des charges établi par l'État, éventuellement prises en charge sur le fonds de financement du paritarisme pour les employeurs. Ces formations se feraient sans préjudice des formations syndicales particulières. »

² Décret n° 2017-714 du 2 mai 2017 relatif aux formations visant à améliorer les pratiques du dialogue social communes aux salariés, aux employeurs, à leurs représentants, aux magistrats judiciaires ou administratifs et aux agents de la fonction publique.

Le cahier des charges, rédigé en lien avec les partenaires sociaux et publié en 2018¹, précise que ces formations ont vocation à « *favoriser le développement d'une culture du dialogue et de la négociation, en confrontant les regards sur l'entreprise et en questionnant les acteurs sur leur représentation du dialogue social* » et « *contribuent à un nouvel équilibre entre les parties* ».

Le rôle des formateurs doit dans ce cadre être moins celui d'experts techniques que celui d'animateurs, voire de modérateurs des échanges entre les participants.

L'Intefp a ainsi développé un réseau comprenant plus de 200 organismes et consultants référencés présents dans chaque région et référencés sur la plateforme *Format Dialogue*².

L'institut anime par ailleurs un comité national de suivi associant sept des organisations syndicales et patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel³.

De telles formations doivent, selon le rapporteur, être vivement encouragées.

Il ressort de l'audition de l'Intefp par le rapporteur qu'un réseau à même de proposer une offre structurée de formations communes a pu être développé. Toutefois, le recours à ces formations reste faible (quelques dizaines d'actions conduites) malgré l'intérêt que le dispositif suscite et les retours positifs de ceux qui ont pu en bénéficier.

L'Intefp identifie plusieurs leviers de nature à renforcer le recours à cet outil, souhaité par le législateur.

b) Renforcer la communication

Malgré leur inscription dans le code du travail et en dépit des travaux de l'Intefp, les formations communes sont manifestement insuffisamment connues des acteurs du dialogue social. Il conviendrait donc d'organiser une campagne de communication nationale auprès des entreprises, des représentants syndicaux mais également des autres publics cités par l'article L. 2212-1.

Préconisation n° 11 : lancer une campagne nationale d'information sur les formations communes

¹ Bulletin officiel du ministère du travail n°2018/7 du 30 juillet 2018.

² [Formatdialogue.intefp.fr](http://formatdialogue.intefp.fr)

³ Le rapporteur regrette que la CGT se soit retirée de ce comité de suivi.

c) Inciter les branches à développer des formations communes

Un bilan du recours aux formations communes pourrait être réalisé par les commissions paritaires permanentes de négociation et d'interprétation (CPPNI) au sein de leur rapport annuel d'activité. S'il n'était pas possible de parvenir à ce résultat par le dialogue entre l'administration et les branches, il pourrait être utile de préciser le 3° du II de l'article L. 2232-9 du code du travail, relatif au contenu du rapport annuel d'activité des CPPNI¹.

Préconisation n° 12 : demander ou imposer aux branches l'inclusion d'un bilan annuel de la mise en œuvre des formations communes

d) Faciliter le recours aux fonds paritaires

Le financement des formations communes par les fonds paritaires pour le financement du dialogue social est possible sur la base du 3° de l'article L. 2135-11 du code du travail, c'est-à-dire au titre de la formation économique, sociale et syndicale (FESS)². Or, selon l'Intefp, les organismes habilités à organiser des formations éligibles³ ne souhaitent pas s'inscrire dans une démarche paritaire de formations communes au dialogue social.

La mobilisation des fonds mutualisés pourrait être facilitée, soit en élargissant la liste des organismes habilités à dispenser des formations⁴, soit en permettant ce financement non pas au titre de la FESS mais au titre de la conception et de l'animation des politiques menées paritairement⁵. Dans un cas comme dans l'autre, il conviendrait que des financements soient spécifiquement fléchés, afin de ne pas réduire les moyens aujourd'hui consacrés aux autres actions financées par le fond.

¹ Au terme de cet article, le rapport annuel des CPPNI doit dresser un bilan des accords collectifs d'entreprise, de l'impact de ces accords sur les conditions de travail des salariés et la concurrence entre les entreprises, formuler des recommandations destinées à répondre aux difficultés identifiées, établir un bilan de l'action de la branche en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, ainsi qu'un bilan des outils mis à la disposition des entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement professionnel. La complexité supplémentaire induite par la mention d'un bilan des formations communes ne serait donc que marginale.

² Aux termes de l'article L. 2135-11, le fonds contribue à financer « 1° La conception, la gestion, l'animation et l'évaluation des politiques menées paritairement [...] 3° La formation économique, sociale et syndicale, notamment [...] les formations communes mentionnées à l'article L. 2212-1 ».

³ Ces organismes sont énumérés par l'arrêté du 25 janvier 2021 fixant la liste des centres, instituts et organismes spécialisés agréés dont les stages ou sessions ouvrent droit aux congés de formation économique, sociale et syndicale. Il s'agit essentiellement d'un organisme dépendant de chacune des cinq organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel et des instituts régionaux du travail.

⁴ Il conviendrait pour cela de modifier l'arrêté du 25 janvier 2021.

⁵ Il faudrait pour cela modifier l'article L. 2335-11 afin que les formations communes soient mentionnées au 1° et non plus au 3°.

Préconisation n° 13 : modifier les règles relatives au financement des formations communes par le Fonds paritaire pour le financement du dialogue social

e) Rendre les formations communes éligibles au CPF

Le recours à des formations communes pourrait enfin être grandement favorisé si elles étaient éligibles au compte personnel de formation (CPF)¹. Le recours à des formations communes pourrait alors être choisi par les salariés eux-mêmes, l'employeur pouvant décider de les cofinancer dans le cadre de son plan de développement des compétences.

Deux pistes peuvent être suivies à cet effet.

La première consisterait à élaborer une certification professionnelle pouvant être inscrite par France compétences au répertoire spécifique prévu à l'article L. 6113-6 du code du travail.

Si les formations communes prévues par l'article L. 2212-1 ne donnent aujourd'hui droit à aucune certification, l'Intefp a indiqué au rapporteur disposer de suffisamment de données pour envisager la création d'un référentiel en vue de la création d'une certification qui pourrait être inscrite au répertoire spécifique.

Cette solution permettrait en outre de rendre les formations communes plus attractives en valorisant les compétences qu'elles permettent d'acquérir, ce qui serait cohérent avec la volonté exprimée par les partenaires sociaux².

Alternativement, les formations communes pourraient être explicitement mentionnées au II de l'article L. 6323-6 parmi les formations éligibles au CPF³. Une telle solution nécessite l'intervention du législateur.

Préconisation n° 14 : rendre les formations communes éligibles au compte personnel de formation

¹ Aux termes de l'article L. 6323-6, dans sa rédaction issue de la loi LCAP, le CPF peut être mobilisé notamment pour financer des actions de formations sanctionnées par l'obtention d'une certification professionnelle enregistrée (I) ou pour financer certaines actions de formation limitativement énumérées (II).

² Aux termes du cahier des charges, les formations communes doivent notamment permettre de valoriser l'engagement et les compétences acquises à l'occasion de l'exercice d'un mandat.

³ Sont notamment mentionnées aujourd'hui les actions permettant la validation des acquis de l'expérience, la préparation aux épreuves du permis de conduire ou encore les formations dispensées aux volontaires du service civique. Le rapporteur estime donc que mentionner les formations communes prévues à l'article L. 2212-1 ne serait pas incongru.

3. Adapter le financement par l'État aux responsabilités transférées aux partenaires sociaux

Le renforcement de la responsabilité des partenaires sociaux dans la régulation sociale ne peut être effectif que si l'État leur donne les moyens de se saisir des pouvoirs qu'il leur transfère. Or, le mouvement de décentralisation de la production normative s'est accompagné d'une grande stabilité des crédits dédiés à la formation des acteurs de la négociation collective, retracés au sein de l'action 3 du programme 111 (mission Travail et emploi).

Ces crédits s'élèvent à 36,6 millions d'euros dans la loi de finances initiale pour 2021, soit sensiblement le même niveau qu'en 2015¹.

L'essentiel de ces crédits correspond à la subvention versée au Fonds pour le financement du dialogue social dans le cadre d'une convention triennale. Cette subvention n'a pas été revalorisée depuis la création du fonds et s'élève à 32,6 millions d'euros, dont 29,6 millions d'euros sont consacrés au financement de la formation économique, sociale et syndicale.

Dans le même temps, la participation des employeurs, fixée par décret à 0,016 % des rémunérations, a légèrement augmenté sous l'effet de la progression de la masse salariale (elle s'élevait en 2019 à 99,9 millions d'euros dont 14,1 millions d'euros au titre de la formation).

Ainsi, alors que l'État invitait les partenaires sociaux à davantage se saisir des possibilités offertes par la négociation collective, il n'a pas accompagné cette politique par un réel effort en faveur de la formation des acteurs.

Préconisation n° 15 : augmenter les ressources budgétaires consacrées par l'État au financement de la formation des acteurs du dialogue social et accompagner chaque nouvel élargissement du rôle de négociation collective d'un renforcement des moyens accordés aux partenaires sociaux pour qu'ils s'en saisissent

¹ En 2015, les crédits programmés s'élevaient à un peu moins de 36,3 millions d'euros, et les crédits exécutés à 35,5 millions d'euros.

D. FLUIDIFIER LE DIALOGUE SOCIAL DANS UNE ENTREPRISE DÉMATÉRIALISÉE

1. L'utilisation par les syndicats de la messagerie électronique

En matière de communication, le code du travail prévoit que **les moyens d'action traditionnels suivants sont obligatoirement mis à la disposition des syndicats :**

- l'affichage des communications syndicales s'effectue librement sur des panneaux réservés à cet usage. Les panneaux sont mis à la disposition de chaque section syndicale suivant des modalités fixées par accord avec l'employeur¹ ;

- les publications et tracts de nature syndicale peuvent être librement diffusés aux travailleurs de l'entreprise, dans l'enceinte de celle-ci, aux heures d'entrée et de sortie du travail² ;

- le contenu des affiches, publications et tracts est librement déterminé par l'organisation syndicale, « *sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse* »³.

S'agissant des outils numériques, la loi est moins prescriptive. Aux termes de l'article L. 2142-6 du code du travail, issu de la loi « El Khomri » de 2016, un accord d'entreprise peut définir les conditions et les modalités de diffusion des informations syndicales au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise.

À défaut d'accord, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise et satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans **peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical** accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe.

L'utilisation à des fins de diffusion des informations syndicales de la messagerie de l'entreprise n'est donc possible qu'avec l'accord de l'employeur, ou si un accord d'entreprise le prévoit.

¹ Article L. 2142-3 du code du travail.

² Article L. 2142-4 du code du travail.

³ Article L. 2142-5 du code du travail.

La loi précise en revanche que l'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques mis à leur disposition doit satisfaire l'ensemble des conditions suivantes :

- être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise ;
- ne pas avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ;
- préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message.

Or, la crise sanitaire due à l'épidémie de covid-19 et la dispersion forcée des salariés qui en a résulté ont fait apparaître le besoin, dans ces circonstances exceptionnelles, de maintenir le lien entre les membres de la communauté de travail et leurs représentants. Ce besoin a vocation à devenir durable à l'heure où le travail à distance entre dans les mœurs et où les entreprises sont plus généralement engagées dans des processus de dématérialisation.

Il serait donc opportun d'autoriser l'utilisation par les syndicats de la messagerie électronique de l'entreprise pour communiquer avec les travailleurs, dans les limites déjà prévues par le code du travail et dans celles définies dans l'entreprise par une charte de bonnes pratiques.

Cette modernisation des moyens de communication mis à la disposition des syndicats pourrait contribuer à l'effort à réaliser en direction des jeunes afin de susciter leur adhésion : le taux de syndicalisation augmente en effet avec l'âge et les jeunes générations semblent se tourner vers de nouvelles formes de mobilisation.

Préconisation n° 16 : permettre aux organisations syndicales d'utiliser, dans le cadre d'une charte de bonnes pratiques, la messagerie électronique de l'entreprise pour diffuser des informations aux salariés

2. La pérennisation de certains assouplissements exceptionnels

Dans le cadre des mesures d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, les procédures d'information et de consultation du CSE et les règles de la négociation collective ont été exceptionnellement assouplies afin de garantir la continuité du dialogue social et de la vie de l'entreprise.

En particulier, s'agissant de la **négociation et de la conclusion des accords d'entreprise** dont « *l'objet est exclusivement de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 ainsi qu'aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation* », **certains délais ont été raccourcis par ordonnance¹** jusqu'au 10 octobre 2020 :

- le délai dans lequel les accords qui ont recueilli la signature d'organisations syndicales de salariés représentant entre 30 % et 50 % des suffrages exprimés peuvent faire l'objet d'une demande de consultation des salariés a été ramené à 8 jours² à compter de la signature de l'accord ;

- le délai à compter duquel cette consultation peut être organisée a été réduit à 5 jours³ ;

- dans les entreprises de moins de onze salariés dépourvues de délégué syndical et d' élu, jusqu'au 10 août 2020⁴, les accords ont pu faire l'objet d'une consultation du personnel au terme d'un délai minimum de 5 jours⁵ ;

- les élus qui souhaitent négocier dans les entreprises de plus de cinquante salariés dépourvues de délégués syndicaux ont disposé d'un délai de 8 jours⁶ pour le faire savoir.

Ont également été raccourcis, par dérogation aux dispositions légales ou conventionnelles applicables dans l'entreprise, **les délais applicables à la communication de l'ordre du jour du CSE** (à 2 jours au lieu de 3) et du CSE central (à 3 jours au lieu de 8) dans le cadre de leur information ou de leur consultation sur les « *décisions de l'employeur qui ont pour objectif de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19* »⁷. Les délais dans lesquels cette information et cette consultation interviennent ont par ailleurs été adaptés par décret⁸, comme le retrace le tableau ci-dessous.

¹ Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, article 11 bis.

² Au lieu d'un mois en application du 2^e alinéa de l'article L. 2232-12 du code du travail.

³ Au lieu de 8 jours en application du 3^e alinéa de l'article L. 2232-12 du code du travail.

⁴ Ordonnance n° 2020-737 du 17 juin 2020.

⁵ Ce délai est normalement de 15 jours en application de l'article L. 2232-21 du code du travail.

⁶ Au lieu d'un mois en application de l'article L. 2232-25-1 du code du travail.

⁷ Ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de covid-19, modifiée par l'ordonnance n° 2020-507 du 2 mai 2020 adaptant temporairement les délais applicables pour la consultation et l'information du comité social et économique afin de faire face à l'épidémie de covid-19.

⁸ Décret n° 2020-508 du 2 mai 2020 adaptant temporairement les délais relatifs à la consultation et l'information du comité social et économique afin de faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19.

**Adaptation temporaire des délais liés à l'information
et à la consultation du CSE (décret n° 2020-508 du 2 mai 2020)**

Objet du délai	Délai prévu par le code du travail	Délai fixé par le décret du 2 mai 2020
Délai de consultation en l'absence d'intervention d'un expert	2 mois (art. R. 2312-6)	8 jours
Délai de consultation en cas d'intervention d'un expert	2 mois (art. R. 2312-6)	12 jours (CSE central) 11 jours (autres comités)
Délai de consultation en cas d'intervention d'une ou plusieurs expertises dans le cadre de consultation se déroulant à la fois au niveau du comité central et d'un ou plusieurs comités d'établissement	3 mois (art. R. 2312-6)	12 jours
Délai minimal entre la transmission de l'avis de chaque comité d'établissement au comité central et la date à laquelle ce dernier est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif	7 jours (art. R. 2312-6)	1 jour
Délai dont dispose l'expert, à compter de sa désignation, pour demander à l'employeur toutes les informations complémentaires qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission	3 jours (art. R. 2315-45)	24 heures
Délai dont dispose l'employeur pour répondre à cette demande	5 jours (art. R. 2315-45)	24 heures
Délai dont dispose l'expert pour notifier à l'employeur le coût prévisionnel, l'étendue et la durée d'expertise	10 jours (art. R. 2315-46)	48 heures à compter de sa désignation ou, si une demande a été adressée à l'employeur, 24 heures à compter de la réponse apportée ce dernier
Délai dont dispose l'employeur pour saisir le juge pour chacun des cas de recours prévus à l'article L. 2315-86	10 jours (art. R. 2315-49)	48 heures
Délai minimal entre la remise du rapport par l'expert et l'expiration des délais de consultation du comité mentionnés aux second et troisième alinéas de l'article R. 2312-6	15 jours (art. R. 2315-47)	24 heures

Le rapporteur est favorable à un assouplissement du formalisme du dialogue social et de la négociation collective en entreprise, considérant qu'une plus grande fluidité permet des échanges plus directs et plus nourris. L'Association nationale des directeurs des ressources humaines (ANDRH) tire en effet un bilan positif des assouplissements exceptionnels permis pendant l'état d'urgence sanitaire.

Selon une enquête menée en septembre 2020 par l'ANDRH auprès de ses adhérents, **84 % d'entre eux se sont prononcés en faveur d'une pérennisation de ces mesures exceptionnelles** en matière de dialogue social.

Saisi par plusieurs organisations syndicales d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État a toutefois jugé, dans une décision du 19 mai 2021¹, que le Gouvernement n'était pas habilité à adapter les délais de consultation du CSE sur le fondement de la loi d'urgence du 23 mars 2020 et a donc annulé les dispositions contestées de l'ordonnance du 22 avril 2020 ainsi que le décret qui s'y rattache².

À la lumière de cette expérience, il pourrait néanmoins être procédé à une revue d'ensemble de ces délais afin de déterminer lesquels pourraient utilement être réduits de manière pérenne sans porter atteinte à la liberté syndicale ni aux droits du CSE.

Préconisation n° 17 : envisager, en la sécurisant juridiquement, une pérennisation de certains assouplissements des délais et procédures permis pendant la crise sanitaire

¹ Conseil d'État, décision n° 441031 du 19 mai 2021.

² Cette décision a une portée limitée en pratique puisque les dérogations concernées n'étaient plus applicables.

II. CONFIRMER LA BRANCHE DANS SON RÔLE DE RÉGULATEUR

A. POURSUIVRE LE MOUVEMENT DE RESTRUCTURATION DES BRANCHES

1. Le renforcement du rôle de la branche se heurte à la fragmentation du paysage conventionnel

a) Le rôle nouveau donné à la branche

Le législateur a souhaité refonder la place des branches professionnelles tant en ce qui concerne leur place dans la production de normes qu'en ce qui concerne leur rôle dans la politique de l'emploi.

La loi de 2016 a pour la première fois inscrit dans le code du travail les missions qui sont dévolues aux branches. Ainsi, aux termes de l'article L. 2232-5-1, la branche a pour missions de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables et de réguler la concurrence entre les entreprises.

Ce rôle est cohérent avec les conclusions de l'OCDE. En effet, le rapport *Négociateur pour avancer ensemble* de 2019 souligne que les effets de la décentralisation de la négociation collective sont plus importants « *lorsque des accords de branche définissent un cadre général en laissant les dispositions détaillées être négociées au niveau des entreprises* »¹.

Les missions nouvelles confiées aux branches

Définition de l'ordre public conventionnel

La primauté donnée à l'accord d'entreprise dans un certain nombre de domaines a conduit à définir de manière explicite le champ dans lequel il revient à la branche de jouer son rôle de régulateur en énumérant les domaines dans lesquels l'accord de branche prime de droit (art. L. 2253-1 du code du travail) ou lorsqu'un accord de branche le prévoit (art. L. 2253-2).

Formation professionnelle

La loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a réformé les modalités de financement de l'apprentissage en donnant plus de pouvoirs aux branches professionnelles. Il revient ainsi désormais aux branches de définir un niveau de prise en charge des contrats d'apprentissage.

¹ L'OCDE note en revanche que le simple remplacement de la négociation de branche par la négociation d'entreprise sans coordination sectorielle est généralement associé à une dégradation de la situation du marché du travail.

CPPNI

Le législateur a également voulu renforcer le rôle de la commission paritaire d'interprétation, devenue commission permanente paritaire de négociation et d'interprétation (CPPNI) depuis la loi du 8 août 2016 (art. L. 2232-9). Ainsi, les missions de cette commission ont été précisées au niveau législatif. La CPPNI a vocation à représenter la branche auprès des entreprises et des pouvoirs publics et son rôle consultatif auprès des juridictions est affirmé. Au travers de la CPPNI, la branche a en outre vocation à jouer un rôle de veille sur les conditions de travail et d'emploi. Enfin, la CPPNI doit établir chaque année un rapport d'activité, dont le contenu a été enrichi par la loi du 5 septembre 2018.

Rôle auprès des TPE-PME

Enfin le rôle des branches en faveur des entreprises, et en particulier des petites et des très petites entreprises, doit notamment se traduire par la définition d'accords types pouvant être repris par les entreprises de moins de 50 salariés (art. L. 2232-10-1). En outre, pour pouvoir être étendues, les conventions collectives de branche doivent désormais, sauf justification, comporter des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de 50 salariés (art. L. 2261-23-1).

b) Le constat ancien d'une fragmentation excessive du paysage conventionnel

Le rôle confié aux branches ne peut être pleinement rempli que si elles ont la taille critique et les moyens humains et financiers nécessaires pour élaborer et mettre en œuvre des dispositifs conventionnels.

En effet, **la taille de la branche, en nombre de salariés, est fortement corrélée à son activité conventionnelle**, en ce qui concerne tant le nombre d'accords conclus que leur contenu. Dans de nombreuses branches de petite taille, les conventions collectives se bornaient ainsi souvent à reproduire les dispositions législatives. Souvent, les stipulations conventionnelles n'étaient pas mises à jour et l'accord de branche pouvait devenir moins disant que la loi, notamment en matière de rémunération¹.

En outre, le rôle régulateur des branches ne peut être pleinement satisfaisant que s'il concerne un nombre suffisamment important d'entreprises. À l'inverse, la fragmentation du droit conventionnel d'une activité à l'autre et d'un territoire à l'autre nuit à la clarté du droit et peut être source d'inégalités qui ne sont pas justifiées.

¹ Lorsqu'une branche prévoit un salaire minimum inférieur au SMIC, ce sont les dispositions législatives qui s'appliquent. Toutefois, lorsque les grilles salariales sont construites par référence à ce salaire minimum, l'absence de révision de la convention collective peut pénaliser l'ensemble des salariés de la branche.

Enfin, les enjeux de gestion des parcours professionnels et de reconversion gagnent à être traités à l'échelle d'une branche qui comprend, au sein d'un même secteur, une diversité suffisante d'activités et de métiers.

Or, le constat d'un éparpillement du paysage conventionnel en un nombre excessif de branches professionnelles existe depuis plusieurs années.

Dès 2004, dans le rapport¹ remis au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, la commission présidée par Michel de Virville constatait la nécessité de réduire le nombre de branches à une centaine pour leur permettre de pleinement remplir leur rôle. Ce resserrement était à l'époque envisagé comme devant venir des partenaires sociaux eux-mêmes.

Cinq ans plus tard, dans un rapport² commandé par le Premier ministre, l'ancien député Jean-Frédéric Poisson recensait encore plus de 900 branches professionnelles (687 conventions collectives enregistrées par le ministère du travail et 256 par le ministère de l'agriculture). À titre de comparaison, un document de travail³ de la Direction générale du Trésor recensait en 2017 environ 150 branches en Allemagne⁴.

2. Un chantier lancé en 2014 dont un premier bilan peut être tiré

a) La fixation d'un objectif et la définition de moyens juridiques

En 2014, soit 10 ans après le rapport Virville, le législateur a entrepris de confier au ministre du travail les moyens juridiques d'impulser une **restructuration du paysage conventionnel**. Ces outils ont par la suite été progressivement renforcés au fil des textes législatifs ultérieurs, notamment par la loi « El Khomri » du 8 août 2016.

Le programme présidentiel d'Emmanuel Macron fixait explicitement l'objectif de parvenir, par une « *démarche volontariste* », à un paysage conventionnel de 50 à 100 branches professionnelles.

¹ Michel de Virville, Pour un code du travail plus efficace, rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004.

² Jean-Frédéric Poisson, Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, rapport au Premier ministre, 11 mai 2009.

³ Direction générale du Trésor, « Dialogue social sectoriel et décentralisation des négociations : étude comparée France/Allemagne », Documents de travail de la DG Trésor, n° 2017/01, 7 février 2017.

⁴ Les conventions collectives sont toutefois négociées en Allemagne au niveau de zones conventionnelles géographiques, au nombre de 1 100. La DG Trésor note toutefois que « cette parcellisation territoriale, susceptible de conduire à un système à plusieurs vitesses, est relativisée par la concertation des partenaires sociaux en amont ».

La construction progressive du cadre juridique permettant la restructuration des branches professionnelles

Le cadre juridique permettant au ministre du Travail d'impulser la fusion de branches professionnelles est prévu à l'article L. 2261-32 du code du travail, créé par la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale¹.

La loi de 2014 a ainsi permis au ministre de fusionner le champ d'une convention collective avec celui d'une branche présentant des conditions économiques et sociales analogues lorsque la branche dont le rattachement est envisagé se caractérise par une faible représentativité des organisations patronales² et par une faible activité conventionnelle.

Cette loi a également conféré au ministre la possibilité de refuser d'étendre une convention collective ou d'arrêter la représentativité des partenaires sociaux dans les branches caractérisées par une faible représentativité des organisations patronales et par une faible activité conventionnelle ou par une faible capacité à assurer leurs missions.

La loi du 17 août 2015 a rendu les critères de taille et d'activité conventionnelle alternatifs et non cumulatifs.

La loi du 8 août 2016 a intégralement refondu le cadre posé par l'article L. 2261-32 en définissant **5 critères alternatifs** permettant au ministre d'engager une procédure de fusion de champ d'application de conventions collectives :

- faiblesse des effectifs salariés ;
- faiblesse de l'activité conventionnelle ;
- champ d'application uniquement régional ou local ;
- faible représentativité des organisations patronales (moins de 5 % des entreprises de la branche adhérant à une organisation représentative) ;
- absence de mise en place ou de réunion de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation (CPPNI).

Ces mêmes critères peuvent par ailleurs justifier un refus d'étendre une convention collective ou d'arrêter la représentativité des partenaires sociaux.

Il était également précisé que la procédure pouvait être engagée pour fusionner plusieurs branches « *afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives* ». Cette disposition a toutefois été censurée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 novembre 2019³.

La loi de 2016 a en outre, dans son article 25 (non codifié), fixé aux partenaires sociaux l'objectif d'atteindre « *environ 200 branches professionnelles* » dans les trois ans.

¹ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

² Lorsque moins de 5 % des entreprises adhèrent à une organisation professionnelle représentative.

³ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019.

Une ordonnance du 22 septembre 2017 est venue préciser le critère tenant à la faiblesse des effectifs en fixant un seuil de 5 000 salariés. Elle a par ailleurs réduit de trois à deux ans le délai dans lequel les branches professionnelles devaient parvenir à réduire le nombre de branches professionnelles à environ 200.

Enfin la loi du 5 septembre 2018 a ajouté un sixième critère en permettant ministre d'engager la fusion de branches professionnelles lorsque l'une d'entre elles s'avère dans l'incapacité d'assurer effectivement « *la plénitude de ses compétences en matière de formation professionnelle et d'apprentissage* ».

b) Le bilan de la première phase

La mobilisation par le ministre du travail du pouvoir qu'il tient de l'article L. 2261-32 du code du travail et l'action menée de manière volontaire par les branches professionnelles elles-mêmes ont conduit à une simplification considérable du paysage conventionnel, au point que **l'objectif de 200 branches fixé par la loi de 2016 est proche d'être atteint**. Selon les informations fournies par la DGT, on dénombre aujourd'hui environ 250 branches, dont une trentaine couvre moins de 5 000 salariés.

S'il est difficile de mesurer à quel point la perspective de fusions imposées par l'administration a constitué un aiguillon, on peut noter que la restructuration des branches s'est principalement faite sur la base de regroupements volontaires. Le bilan 2019 de la négociation collective fait ainsi état de 40 arrêtés de fusion et de 76 processus de fusion volontaire. Dans le détail, 52 branches avaient signé un accord de fusion, créant 18 nouveaux champs conventionnels et 24 branches ont fusionné en concluant directement une nouvelle convention collective, créant sept nouvelles conventions collectives.

Au terme de cette première phase de restructuration, la ministre du travail avait confié à Pierre Romain¹ une mission tendant à formuler des propositions dans l'optique d'une seconde phase devant permettre d'atteindre la cible d'une centaine de branches professionnelles, conformément à l'objectif affiché par le Président de la République.

Initialement attendu pour juillet 2019, le rapport Romain n'a jamais été publié², mais un pré-rapport dressant un certain nombre de constats et formulant plusieurs propositions a été diffusé en janvier 2020.

La crise sanitaire ayant bouleversé les priorités en matière sociale, le Gouvernement ne s'est à ce jour pas saisi de la question de la poursuite du mouvement de restructuration des branches professionnelles.

¹ Lettre de mission adressée en janvier 2019.

² M. Romain a été nommé directeur général du travail par un décret du 7 octobre 2020.

3. Poursuivre le processus en clarifiant ses objectifs

a) *Ne pas se fixer d'objectif chiffré*

Le processus de restructuration du paysage conventionnel apparaît inachevé et doit certainement être poursuivi. La fixation d'un objectif chiffré ne semble toutefois plus pertinente. En effet, **le Gouvernement et les partenaires sociaux doivent davantage viser la constitution de branches fortes, à même d'assurer les missions qui leurs sont confiées, que l'atteinte d'une cible quantitative fixée ex ante.**

Parvenir à un nombre de branches professionnelles compris entre 50 et 100¹ ne doit donc plus être l'ambition affichée par les pouvoirs publics. Au demeurant, s'il est possible de concevoir un paysage conventionnel cohérent comprenant environ une centaine de branches, l'hypothèse de 50 branches semble excessivement basse².

b) *Attendre la prochaine mandature pour relancer le processus*

La situation sanitaire et économique, qui mobilise fortement les services de l'État et les partenaires sociaux, et le contexte de la nouvelle mesure de la représentativité des organisations syndicales et professionnelles empêchent de relancer le processus à très court terme. Il s'agit donc d'un chantier qui devra être rouvert sous la prochaine législature.

c) *Clarifier les objectifs et les modalités*

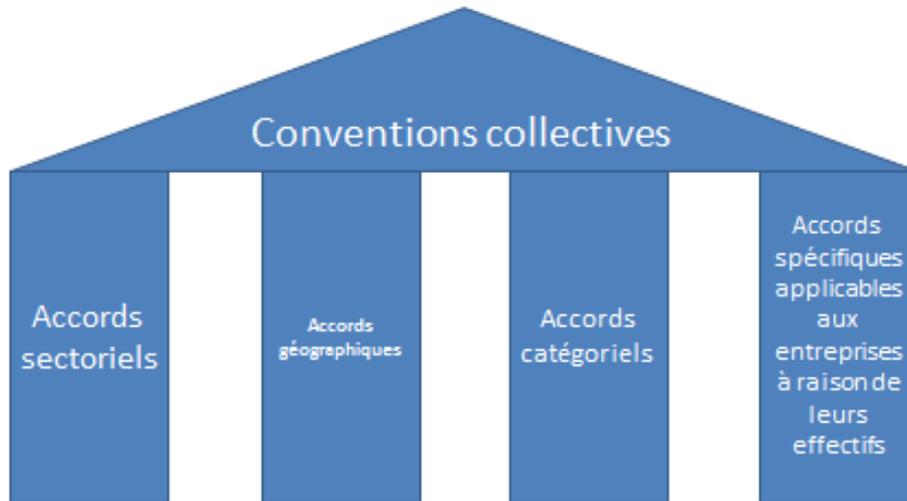
La fusion de branches professionnelles peut susciter des réticences lorsqu'elle est perçue comme empêchant la prise en compte des spécificités de certains secteurs. L'article L. 2232-5-2, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, précise déjà que, si les branches ont un champ d'application national, certaines stipulations peuvent être « *définies, adaptées ou complétées* » au niveau local. **Si rien ne s'oppose à ce que des règles spécifiques s'appliquent à certaines catégories de salariés ou d'entreprises au sein d'une même branche, il pourrait être utile de le préciser dans la loi.**

Toutefois, la représentativité des partenaires sociaux devrait continuer à être mesurée au niveau de la branche et non des « sous-champs » correspondant à de tels accords catégoriels ou annexes, sous peine de réduire à néant l'effort de simplification présidant au processus de restructuration.

¹ Cet objectif, figurant dans le programme électoral du Président de la République, était également mentionné dans la lettre de mission remise en janvier 2019 à Pierre Raimin. Il est possible que cet objectif ambitieux ait contribué à la dynamique observée au cours de la première phase de restructuration.

² Le pré-rapport Raimin estime qu'« un schéma avec un peu plus de 80 branches professionnelles paraît concilier la recherche d'un paysage conventionnel significativement éclairci et la prise en compte des particularités de certains secteurs professionnels » *mais qu'un schéma à 50 branches* « serait contesté et perdrait plus en cohérence qu'il ne gagnerait en simplicité ».

À terme, l'édifice conventionnel de chaque branche pourrait ainsi comprendre une convention socle, comprenant des dispositions applicables à l'ensemble des salariés et des entreprises de la branche, et des règles spécifiques à certains sous-secteurs, certains territoires, certaines catégories de salariés ou certaines entreprises à raison de leur taille, comme l'illustre le schéma ci-dessous, emprunté au pré-rapport Romain.



Source : Pierre Romain, pré-rapport sur la restructuration des branches professionnelles

Préconisation n° 18 : préciser de manière explicite dans la loi la possibilité pour les partenaires sociaux d'un même champ conventionnel de définir des règles spécifiques s'appliquant à certaines catégories d'entreprises et de salariés

4. Une intervention législative nécessaire

a) Le cadre actuel a épuisé ses possibilités

Parmi les six critères de l'article L. 2261-32, le ministère du travail a surtout mobilisé les trois premiers, soit la faiblesse des effectifs et de l'activité conventionnelle et le caractère restreint du champ d'application des conventions collectives. Selon le pré-rapport Romain, plus de 300 branches territoriales ont ainsi été supprimées, notamment dans les secteurs du bâtiment, de la métallurgie et de l'agriculture, et plus de 180 conventions collectives de branches n'ayant pas déposé d'accord depuis plus de 15 ans ont vu leur identifiant supprimé. Enfin, alors que plus de 100 branches comportant moins de 5 000 salariés étaient recensées avant 2016, il en restait une vingtaine début 2020.

Si ces trois critères ont l'avantage d'une certaine objectivité, leurs effets potentiels sont à peu près épuisés. Or, ainsi que le montre le pré-rapport Romain, les trois autres critères de l'article L. 2261-32 nécessitent la définition d'une doctrine et donc de choix politiques tranchés. Quoi qu'il en soit, ils ne sont guère susceptibles d'être mobilisés pour obtenir des effets importants.

Or, la possibilité de fusionner des branches pour « *renforcer la cohérence du champ* », que Pierre Romain jugeait déjà trop imprécise, a été censurée par le Conseil constitutionnel.

La décision du 29 novembre 2019 du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a été saisi en octobre 2019 d'une question prioritaire de constitutionnalité au travers de laquelle plusieurs organisations syndicales faisaient valoir que les dispositions de l'article L. 2261-32 du code du travail étaient contraires au principe de liberté contractuelle, applicable à la négociation collective.

Dans sa décision du 29 novembre 2019, le Conseil constitutionnel a jugé que chercher à limiter l'éparpillement des branches professionnelles dans le but de renforcer le dialogue social et de leur permettre de disposer de moyens d'action à la hauteur de leurs attributions légales constitue un objectif d'intérêt général. Il a en outre considéré que les critères relatifs au nombre de salariés couverts par la branche, à la faiblesse de l'activité conventionnelle, au champ géographique et à l'absence de mise en place de la CPPNI sont en rapport avec cet intérêt général.

Dans ces conditions, la restriction à la liberté contractuelle que représente la fusion de branches par arrêté ministériel n'a pas été jugé disproportionnée.

En revanche, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en prévoyant qu'une procédure de fusion peut également être engagée par le ministre « *afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives* », le législateur « *n'[avait] pas déterminé au regard de quels critères cette cohérence pourrait être appréciée* » et avait donc laissé à l'autorité ministérielle une latitude excessive.

Cette possibilité subsidiaire, introduite par la loi du 8 août 2016, a donc été censurée.

b) Proposer un nouveau critère de fusion permettant de renforcer la cohérence des champs

Alors que la plupart des branches dont l'existence autonome pouvait être objectivement discutée ont été supprimées, soit volontairement par les partenaires sociaux, soit sur la base des critères de l'article L. 2261-32, **des fusions visant à renforcer la cohérence des champs d'application de conventions collectives demeurent envisageables.**

On peut notamment s'interroger sur la pertinence de l'existence de plusieurs branches distinctes couvrant des champs dont les métiers sont similaires et qui s'exercent dans des conditions économiques et sociales proches. Par exemple, comme le souligne le pré-rapport Romain, il existe quatre conventions collectives différentes dans le secteur bancaire, dont certaines ne s'appliquent qu'à une entreprise, ou encore sept conventions collectives pour le commerce de proximité (une pour le commerce de détail de chaussures et une pour l'habillement par exemple).

Il convient de définir de manière précise et conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel des critères sur la base desquels le ministre du travail pourrait procéder à des fusions visant à renforcer la cohérence des champs d'application.

Ces critères méritent d'être définis en concertation avec les partenaires sociaux. Cette concertation semble d'autant plus nécessaire que leur définition dans la loi ne pourra intervenir qu'après que les organisations patronales et syndicales représentatives dans les champs actuels auront été consultées.

Préconisation n° 19 : réintroduire la possibilité de fusionner des champs conventionnels afin de renforcer leur cohérence, après avoir déterminé dans la loi, après concertation avec les partenaires sociaux, les critères sur la base desquels cette cohérence devra s'apprécier

5. Mesures de fluidification des fusions

L'intervention du législateur doit également permettre d'apporter certaines précisions de nature à fluidifier la restructuration des branches.

La procédure de fusion de branches

L'article L. 2261-32 du code du travail définit la procédure applicable à la procédure de fusion de branches.

Lorsque les critères prévus sont remplis, le ministre du travail peut rendre publique son intention de procéder à la fusion du champ d'application des conventions collectives d'une branche avec celui d'une branche de rattachement.

Les partenaires sociaux et les personnes intéressées sont alors invités à faire connaître leurs observations. La fusion peut ensuite être prononcée par arrêté, après avis de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle (CNNCEFP).

Deux organisations patronales ou deux organisations syndicales représentées au sein de la CNNCEFP peuvent proposer une autre branche de rattachement. Le ministre doit alors procéder à une nouvelle consultation de la commission.

La fusion peut également être décidée par un accord collectif.

Dans les deux cas, les partenaires sociaux disposent d'un délai de cinq ans pour définir une nouvelle convention collective. À défaut d'accord dans ce délai, la convention collective de la branche initialement désignée comme branche de rattachement s'applique.

a) Laisser davantage de temps aux partenaires sociaux pour l'élaboration de la nouvelle convention collective

Les dispositions actuelles de l'article L. 2261-33 du code du travail prévoient que les partenaires sociaux disposent de cinq ans pour négocier une nouvelle convention collective à compter de la fusion des champs prononcée par le ministre du travail ou de l'accord de fusion. Ce délai peut s'avérer excessivement contraignant lorsque les négociations sont complexes ou au contraire conduire à allonger un processus qui pourrait être plus rapide.

Un projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale en novembre 2019, mais jamais inscrit à l'ordre du jour¹, prévoit ainsi de modifier l'article L. 2261-33 afin qu'en cas de regroupement volontaire de plusieurs branches, le délai de cinq ans puisse être porté à sept ans par accord collectif². Une telle proposition figure également dans le pré-rapport Romain.

Préconisation n° 20 : laisser les partenaires sociaux définir le délai qu'ils se donnent pour parvenir à la conclusion d'une nouvelle convention collective, dans la limite de sept ans

b) Ne pas déterminer ex ante la convention collective de rattachement

En l'état actuel du droit, lorsque le ministre du travail prend un arrêté de fusion, il désigne la convention qui aura vocation à s'appliquer à défaut d'accord³. Cette disposition peut crispier les négociations, d'autant plus lorsque, comme cela sera fréquemment le cas dans la prochaine phase de restructuration des branches, la fusion concerne deux branches de taille conséquente dont aucune n'est caractérisée par une atonie conventionnelle.

¹ *Projet de loi ratifiant diverses ordonnances prévues par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel et portant diverses mesures d'ordre social, n° 2412, déposé le mercredi 13 novembre 2019 et renvoyé à la Commission des affaires sociales*

² *Article 5, II, 2°.*

³ *L'article L. 2261-32 prévoit la désignation d'une branche de rattachement et l'article L. 2261-33 prévoit l'application des stipulations de sa convention collective à défaut d'accord sur une nouvelle convention à l'issue d'un délai de cinq ans.*

Le ministère pourrait ainsi laisser les négociations se dérouler et n'intervenir pour désigner la convention collective applicable qu'à la fin du délai ouvert par l'arrêté de fusion, dans l'hypothèse où les négociations n'aboutiraient pas.

Cette proposition est formulée dans le pré-rapport Romain.

Préconisation n° 21 : réviser le cadre juridique de la fusion des branches afin que la branche de rattachement ne soit pas systématiquement désignée dès l'arrêté de fusion des champs

c) Réviser les règles de représentativité au niveau national multiprofessionnel

Le code du travail¹ prévoit l'appréciation de la représentativité au niveau multiprofessionnel dans trois secteurs (agriculture, économie sociale et solidaire et spectacle).

Pour être reconnues représentatives, les organisations patronales ne sont pas tenues de remplir un critère d'audience mais doivent être représentatives ou rassembler des organisations représentatives dans au moins dix conventions collectives du secteur considéré.

La réduction du nombre de branches pourrait faire perdre de sa pertinence à ce critère, qui devra être révisé².

Préconisation n° 22 : réviser le critère de représentativité patronale au niveau multiprofessionnel pour tirer les conséquences de la réduction du nombre de branches

Concernant plus généralement les règles de la représentativité patronale, lesquelles sont actuellement remises en cause par certaines organisations professionnelles qui estiment qu'elles ne permettent pas une représentation équitable des petites entreprises (*cf. supra*, première partie, II), une éventuelle intervention de l'État en l'absence de consensus entre les partenaires sociaux devrait être prudente afin de ne pas perturber des équilibres existants. En tout état de cause, une modification ne saurait intervenir avant la fin des opérations de mesure d'audience en cours et ne pourrait donc s'appliquer qu'à partir du cycle suivant, c'est-à-dire à compter de 2024.

¹ Article L. 2152-2.

² Le pré-rapport Romain propose de supprimer le seuil de 10 et de le remplacer simplement par une condition de représentativité dans « plusieurs » branches.

B. SÉCURISER LE RÔLE RÉGULATEUR DE LA BRANCHE

1. Un rôle de régulateur confié à la branche

Le rôle de régulation de la branche s'exerce notamment en matière de fixation des salaires minima conventionnels, le plus souvent sous la forme de grilles salariales tenant compte des qualifications des salariés et de compléments de salaire obligatoires.

C'est afin de conforter la vocation d'origine de la branche de lutter contre la concurrence déloyale entre entreprises d'un même secteur que la loi du 5 mai 2004 a mentionné les « *salaires minima* » parmi les éléments pour lesquels l'accord d'entreprise ne pouvait déroger à l'accord de branche¹.

2. L'impact de la réforme de 2017, telle qu'interprétée par le ministère du travail

a) *Un changement sémantique auquel l'administration a conféré une portée importante*

Depuis le 22 septembre 2017, les « *salaires minima hiérarchiques* », et non plus les « *salaires minima* » sont mentionnés à l'article L. 2253-1 du code du travail qui définit les domaines dans lesquels l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise.

Le ministère du travail considère que cette évolution sémantique a eu pour effet de restreindre le champ dans lequel l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise à la définition du seul salaire de base², l'accord d'entreprise primant en ce qui concerne les différents compléments et accessoires du salaire. Dès lors, un accord d'entreprise pourrait réduire ou supprimer des primes prévues par un accord de branche.

Sur ce fondement, la ministre du travail a ainsi refusé d'étendre, ou a étendu avec réserves, des conventions collectives, notamment dans plusieurs arrêtés du 29 mai 2019.

¹ Article L. 2253-3 du code du travail dans sa rédaction antérieure au 24 septembre 2017. Avant la refonte du code du travail opérée en 2008, ces dispositions figuraient à l'article L. 132-23.

² S'agissant d'une ordonnance, et faute d'élément éclairant dans les travaux préparatoires, l'interprétation faite par le Gouvernement de la « volonté du législateur » est discutable.

Par exemple, l'arrêté portant extension d'un accord de la branche des professions regroupées du cristal, du verre et du vitrail¹, précise que « dès lors que les stipulations conventionnelles de branche visent une grille salariale (comportant une assiette qui intègre des compléments de salaire) et par ailleurs un barème de primes, et qu'elles disposent qu'on ne peut y déroger dans un sens moins favorable, ces stipulations ne peuvent avoir pour objet et légalement pour effet de faire obstacle à la conclusion d'accords d'entreprise ».

b) Les conséquences : la branche ne peut pas pleinement jouer son rôle

L'interprétation du ministère du travail permet à des accords d'entreprise de réduire les rémunérations en deçà du niveau que la branche avait souhaité fixer. Pour y remédier, les branches pourraient redéfinir leur salaire minimum hiérarchique afin de le porter au niveau de la rémunération minimale qu'elles garantissaient, primes comprises. Toutefois, une telle solution manquerait de souplesse et conduirait les entreprises à arbitrer entre une remise en cause des primes existantes et une forte augmentation des coûts salariaux².

Pour l'avenir, cette interprétation restreint la capacité des branches à réguler la concurrence entre les entreprises d'un même secteur. Or, la définition de primes adaptées aux réalités de l'organisation du travail dans un secteur d'activité semble relever pleinement de la « loi de la profession » qu'il revient aux branches de définir.

Le respect du salaire minimum conventionnel selon la Cour de cassation

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le respect du salaire minimum conventionnel versé au salarié est vérifié en retenant « tous les avantages en espèce consentis en contrepartie ou à l'occasion du travail s'ils ne sont pas exclus par la convention collective »³. En d'autres termes, sauf stipulation contraire de l'accord de branche, une entreprise est libre de définir la composition de la rémunération du salarié, par exemple en prévoyant des primes liées à l'atteinte d'objectifs⁴, des commissions ou encore un « treizième mois »⁵, dès lors que le total des sommes versées en contrepartie du travail⁶ est au moins égale au salaire minimal conventionnel.

¹ Arrêté du 29 mai 2019 portant extension d'un accord conclu dans le cadre de la convention collective nationale des professions regroupées du cristal, du verre et du vitrail (n° 1821).

² Seraient concernées les entreprises dans lesquelles le minimum de branche est atteint, dans le respect de la jurisprudence de la Cour de cassation, par la combinaison d'un salaire de base inférieur au salaire minimum conventionnel et de primes mises en place au niveau de l'entreprise.

³ Par exemple, Cour de cassation, chambre sociale, 27 juin 2012, 11-12320.

⁴ Cour de Cassation, chambre sociale, 4 juin 2002, 00-41.140.

⁵ Cour de Cassation, chambre sociale, 2 avril 2003, 01-40.338.

⁶ Les primes d'ancienneté, d'assiduité ou correspondant à des sujétions particulières, qui ne rémunèrent pas la prestation de travail proprement dite, sont en revanche exclues de la rémunération comparée au minimum conventionnel.

La même analyse est utilisée par le juge s'agissant du respect du SMIC¹.

Cette jurisprudence a permis aux branches de garantir une rémunération minimale des salariés, tout en laissant aux entreprises une marge de liberté leur permettant d'adapter la structure des rémunérations à leurs besoins stratégiques.

3. Un conflit d'interprétation à trancher

L'interprétation faite par le ministère du travail semble discutable. En l'absence de débats parlementaires sur l'ordonnance du 22 septembre 2017, il est difficile de déterminer l'intention du législateur, dont le ministère se prévaut, et le rapport au Président de la République est muet sur ce point. Des recours ont été formés devant le Conseil d'État par des organisations syndicales.

Si l'interprétation du ministre du travail n'était pas invalidée par le juge, le rapporteur considère qu'il serait souhaitable que le législateur intervienne pour préciser de manière explicite le rôle des branches en matière de salaires.

Il semble en effet que le rôle de régulateur de la concurrence confié de manière explicite aux branches professionnelles en 2016 doit se traduire par la possibilité de conférer un caractère obligatoire à certaines primes pour leur permettre de fixer une rémunération minimale tout en laissant aux entreprises une certaine marge de liberté quant à la composition de cette rémunération.

Au demeurant, la rédaction de l'article L. 2261-25 du code du travail issue de la loi du 5 septembre 2018 permet au ministre chargé du travail de refuser l'extension d'un accord collectif pour des motifs d'intérêt général, « notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence » ou « au regard des objectifs de la politique de l'emploi ». Dès lors, il ne semble pas à craindre qu'une trop grande liberté laissée aux branches professionnelles ne conduise à une restriction excessive de la concurrence et ait des effets négatifs sur l'emploi.

Préconisation n° 23 : préciser au niveau législatif la primauté des accords de branche en ce qui concerne la rémunération

¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 18 juillet 1991, n° 89-83.12.

C. CONFIER À LA NÉGOCIATION DE BRANCHE LE THÈME DE LA VALORISATION DES PARCOURS DES ÉLUS

1. Les avancées réalisées depuis 2008

La reconnaissance des compétences acquises par les représentants du personnel et la valorisation de leurs parcours sont **des enjeux majeurs pour lesquels la marge de progrès reste importante** en vue de lever les freins à l'engagement syndical.

Dans leur position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, les partenaires sociaux considéraient que « *la reconnaissance des acteurs syndicaux dans leur identité et leurs responsabilités propres constitue une condition de l'existence d'un véritable dialogue social* ». Le texte recommandait ainsi aux entreprises de prendre des mesures visant à faciliter la conciliation de l'activité professionnelle et de l'exercice de mandats représentatifs, à garantir la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les détenteurs d'un mandat représentatif et les autres salariés de l'entreprise, à prendre en compte l'expérience acquise dans l'exercice d'un mandat dans le déroulement de carrière et à moderniser les conditions d'accès au congé de formation économique, sociale et syndicale en vue de faciliter la formation des négociateurs salariés.

Dans la continuité de ce texte, **la loi « Rebsamen » du 17 août 2015 a tenté d'apporter des réponses** à ces enjeux en créant plusieurs outils :

- la **conciliation des temps de vie** : la loi prévoit qu'un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives, en veillant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes. Cet accord prend en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle¹ ;

- la **mise en place d'un entretien individuel en début de mandat** au bénéfice des représentants du personnel titulaires, des délégués syndicaux et des titulaires d'un mandat syndical. Cet entretien, portant sur les modalités pratiques d'exercice du mandat au sein de l'entreprise au regard de l'emploi exercé, ne se substitue pas à l'entretien professionnel dont tout salarié bénéficie tous les deux ans² ;

¹ Article L. 2141-5 alinéa 2 du code du travail.

² Article L. 2141-5 alinéa 3 du code du travail.

- pour les titulaires de « mandats importants »¹, le **recensement des compétences acquises au cours du mandat et des modalités de valorisation de l'expérience acquise à l'occasion de l'entretien professionnel lorsqu'il a lieu en fin de mandat**. Dans les entreprises de 2 000 salariés et plus, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a étendu ce droit à tout titulaire d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical² ;

- la **garantie salariale pour les titulaires de « mandats importants »** : en l'absence d'accord prévoyant des garanties au moins aussi favorables, ces salariés bénéficient d'une évolution de rémunération au moins égale, sur l'ensemble de la durée de leur mandat, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable³ ;

- la **reconnaissance des compétences acquises au cours du mandat** à travers la création, sur la base d'une liste de compétences établie par le ministre chargé du travail et de la formation professionnelle, d'une **certification inscrite au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP)**⁴.

¹ C'est-à-dire dont le nombre d'heures de délégation annuel dépasse 30 % de la durée de travail fixée dans leur contrat de travail ou, à défaut, de la durée de travail applicable dans l'établissement.

² Article L. 2141-5 alinéa 4 du code du travail.

³ À défaut de tels salariés, leur évolution est comparée aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues dans l'entreprise (art. L. 2141-5-1 du code du travail).

⁴ Article L. 6112-4 du code du travail.

La certification relative aux compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical

Cette certification inscrite au RNCP, créée par arrêté du 18 juin 2018, peut être obtenue par la validation de six certificats de compétences professionnelles transférables¹, qui présentent chacun au moins une équivalence avec un bloc de compétences d'un titre professionnel délivré par le ministère du travail.

Peuvent se présenter aux sessions d'examen, organisées par l'Agence nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), les candidats justifiant l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical au cours des cinq années précédant la session d'examen, quelle qu'en soit sa durée. Le jury d'examen, habilité par le Drees, comprend au moins un membre issu d'une organisation syndicale représentative au niveau national ayant exercé un mandat de représentant du personnel ou un mandat syndical².

Un décret du 20 décembre 2019³ a précisé que les actions de formation certifiantes nécessaires à l'obtention de la certification, notamment les actions de positionnement, d'accompagnement et d'évaluation des compétences, constituent un temps de travail effectif et donnent lieu pendant leur déroulement au maintien par l'entreprise de la rémunération.

2. La nécessité d'aller plus loin par la négociation collective

Dans un rapport remis en 2017 à la ministre du travail⁴, Jean-Dominique Simonpoli estimait que *« l'insuffisance des dispositifs permettant de rendre plus attractif l'exercice de mandats et de responsabilités syndicales - notamment en luttant contre les discriminations réelles et ressenties, en permettant de valoriser les expériences et les compétences acquises et en prenant en compte les notions de parcours et de carrière - est un frein à l'engagement syndical et à l'exercice de fonctions électives. Elle est incompatible avec l'objectif d'un dialogue social constructif et de qualité, notamment au niveau des entreprises dans le cadre des instances représentatives du personnel et de la négociation avec les organisations collectives. »*

¹ Ces certificats de compétences sont intitulés : « Encadrement et animation d'équipe », « Gestion et traitement de l'information », « Assistance dans la prise en charge de projet », « Mise en œuvre d'un service de médiation sociale », « Prospection et négociation commerciale » et « Suivi de dossier social d'entreprise ».

² Arrêté du 18 juin 2018 portant création de la certification relative aux compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical.

³ Décret n° 2019-1422 du 20 décembre 2019 relatif à la mise en œuvre de la certification relative aux compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical.

⁴ La reconnaissance et la valorisation des compétences des représentants du personnel et des mandataires syndicaux, rapport de Jean-Denis Simonpoli, directeur général de l'association Dialogues, août 2017.

Ce rapport recommandait notamment de faire de l'existence d'une activité conventionnelle sur la valorisation des compétences des représentants syndicaux un critère complémentaire de l'opportunité pour le ministère du travail d'engager une fusion de branches professionnelles. Il proposait également de mettre en place une « *task force* de branche » composée de binômes d'anciens représentants syndicaux et de DRH chargés d'aider les TPE-PME de la branche qui n'en ont pas les moyens à négocier sur ce thème.

Les ordonnances de septembre 2017 ont par la suite inscrit dans le « bloc 2 » de la négociation collective (qui peut être verrouillé par la branche) le thème de la valorisation des parcours des délégués syndicaux¹.

Auditionnée par le rapporteur, la CFDT fait cependant le constat qu'il existe à l'heure actuelle **très peu d'accords d'entreprise et de branche concernant la reconnaissance et la valorisation des compétences** acquises par les représentants des salariés. Il apparaît en effet que ce thème est culturellement nouveau pour les syndicats comme pour les directions d'entreprise, ce qui explique son modeste développement. La CFDT estime urgent d'aller au-delà de la loi « Rebsamen » en négociant de tels accords, pour lequel **la branche apparaît comme un échelon pertinent** puisque l'évolution professionnelle des titulaires de mandats de représentant du personnel transcende potentiellement le cadre de l'entreprise.

Du fait de la **limitation, par les ordonnances de 2017, du nombre de mandats pouvant être occupés successivement par les représentants du personnel au CSE**, ainsi que de l'instauration d'une représentation équilibrée par sexes aux élections professionnelles, il est en effet plus que jamais indispensable de donner aux salariés concernés des perspectives de vie professionnelle au-delà de leur engagement d'élu.

Dans cette perspective, il serait pertinent de **remonter ce thème dans le « bloc 1 » de la négociation collective**. L'accord de branche primerait ainsi sur l'accord d'entreprise, sauf si ce dernier prévoyait des garanties au moins équivalentes.

<p>Préconisation n° 24 : inscrire dans le « bloc 1 » de la négociation de branche le thème de la reconnaissance et la valorisation des compétences et des parcours des représentants du personnel et des mandataires syndicaux</p>

¹ Article L. 2253-2 du code du travail.

EXAMEN EN COMMISSION

Réunie le mercredi 30 juin 2021, sous la présidence de Mme Catherine Deroche, présidente, la commission examine le rapport d'information de Mme Frédérique Puissat sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective.

Mme Catherine Deroche, présidente. – Nous examinons le rapport d'information de notre collègue Frédérique Puissat sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective.

Mme Frédérique Puissat, rapporteur. – Madame la présidente, mes chers collègues, le rapport que je vous présente ce matin est le fruit de plusieurs mois de travaux, entamés en janvier dernier, et de plus de vingt auditions.

La mission qui m'a été confiée par la commission des affaires sociales porte sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective. Ce bilan se concentre plus précisément sur la série de réformes entamées en 2014-2015 qui ont visé à moderniser le dialogue social et à donner une plus grande place à la négociation collective, et qui se sont conclues par les ordonnances « travail » de septembre 2017.

Même si l'on peut saluer un mouvement de réformes ambitieux, il ressort de ces auditions que leurs effets sont encore peu perceptibles pour des raisons en grande partie culturelles. Je vous présenterai une série de préconisations qui, sans remettre en cause le cadre mis en place par ces réformes, visent à lui apporter des améliorations ciblées et, surtout, à favoriser une meilleure appropriation par les acteurs du dialogue social.

Les partenaires sociaux tiennent traditionnellement une place importante en France, qui s'exprime notamment par la gouvernance paritaire d'un certain nombre d'organismes et de régimes de protection sociale. Cette importance se traduit également par le rôle normatif de la négociation collective, et en particulier de la convention de branche à laquelle la procédure d'extension confère un fort taux de couverture.

Au niveau national et interprofessionnel, le principe d'un rôle subsidiaire de la loi par rapport à la norme négociée a été reconnu par la loi « Larcher » de 2007. Si la lettre de l'article L.1 du code du travail est généralement respectée, il conviendrait que son esprit le soit davantage, que les invitations à négocier soient plus sincères et que le Gouvernement tienne davantage compte des compromis trouvés par les partenaires sociaux.

Le dialogue social en France présente cependant des faiblesses importantes : un taux de syndicalisation très faible et un paysage syndical fragmenté ; un modèle conflictuel de relations sociales qui rend difficile l'atteinte de compromis ; un dialogue social souvent perçu comme une contrainte et se résumant par conséquent à un exercice formel.

Un dialogue social plus fécond serait pourtant de nature à améliorer le climat social, et donc la qualité des relations de travail, mais pourrait également avoir des effets économiques positifs. Cette idée a inspiré la récente vague de réformes qui ont cherché à faire une plus grande place à la négociation collective, et en particulier à la négociation d'entreprise, avec en point d'orgue les ordonnances du 22 septembre 2017.

Les réformes de la représentativité syndicale – en 2008 – et patronale – en 2014 – constituaient un prérequis afin de renforcer la légitimité des acteurs de la négociation collective. Le principe majoritaire est également apparu comme une condition de la montée en puissance des accords collectifs. Il est devenu la règle pour les accords d'entreprise depuis le 1^{er} mai 2018.

Un référendum d'entreprise peut toutefois permettre de valider, à la demande d'organisations syndicales signataires, un accord minoritaire. Les ordonnances de 2017 ont également donné la possibilité à l'employeur de déclencher ce référendum, sauf si l'ensemble des organisations signataires, représentant au moins 30 % des suffrages, s'y opposent.

Ce pari de la négociation collective s'est concrétisé par une réécriture de certaines parties du code du travail selon une organisation ternaire distinguant les règles d'ordre public, le champ de la négociation collective et les dispositions supplétives s'appliquant en l'absence d'accord. Cette modernisation a permis de donner une plus grande latitude aux partenaires sociaux dans l'organisation de la négociation collective. Au niveau de la branche comme au niveau de l'entreprise, ils peuvent conclure, dans le respect des règles d'ordre public, un accord de méthode précisant le calendrier, les thèmes et les modalités de la négociation. La loi « Rebsamen » de 2015 puis les ordonnances de 2017 ont rationalisé le « mille-feuilles » des négociations obligatoires au niveau de l'entreprise.

Inspirées par l'idée d'améliorer le fonctionnement du marché du travail, les réformes récentes ont cherché à donner une plus grande place à la négociation d'entreprise, soit le niveau le plus proche des besoins du terrain, en remettant en question le principe de faveur. Les ordonnances de 2017 ont ainsi classé en trois blocs les thèmes pouvant faire l'objet de négociations, consacrant une primauté de principe de l'accord d'entreprise.

Au cours de la période récente, le législateur a également créé des catégories d'accords dont les stipulations peuvent se substituer à certaines clauses du contrat de travail. Les ordonnances de 2017 ont simplifié et unifié les différents régimes existants en créant les accords de performance collective (APC).

Ces réformes ont par ailleurs visé à favoriser le dialogue social dans les petites entreprises. Elles ont notamment cherché à assouplir les règles de conclusion des accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégué syndical en prévoyant des modalités alternatives de conclusion d'accords.

Tous les quatre ans, les salariés des entreprises de moins de 11 salariés sont appelés à voter dans le cadre d'un scrutin régional sur sigle, dit « élection TPE ». Ce vote contribue, en étant additionné avec les résultats des élections professionnelles, à mesurer l'audience des organisations syndicales et permet l'élection de représentants au sein des commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI). 265 000 salariés des TPE et employés à domicile ont pris part au dernier scrutin organisé du 22 mars au 6 avril dernier, soit un taux de participation de 5,44 % qui doit nous interpeller.

L'un des volets les plus emblématiques de ces réformes est la fusion des institutions représentatives du personnel (IRP). Les ordonnances de 2017 ont créé une instance unique de représentation du personnel, le comité social et économique (CSE), en lieu et place des IRP existantes : délégués du personnel (DP), comité d'entreprise (CE) et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). La mise en place du CSE est obligatoire dans toutes les entreprises d'au moins 11 salariés depuis le 31 décembre 2019.

Une place importante est donnée à la négociation collective dans la mise en place et la définition des modalités de fonctionnement et des missions de la nouvelle instance. Les partenaires sociaux ont également acquis une plus grande marge de manœuvre pour fixer l'agenda social de l'entreprise.

Le cadre d'exercice du mandat des élus a parallèlement évolué : les représentants du personnel au CSE ne peuvent effectuer plus de trois mandats successifs et le rôle des représentants suppléants a été réduit ; quant au volume total d'heures de délégation, il a logiquement diminué avec la fusion des IRP.

L'ordonnance permet aux partenaires sociaux de simplifier davantage encore l'organisation du dialogue social dans l'entreprise en confiant au CSE, qui devient un conseil d'entreprise, la compétence de négociation des accords d'entreprise détenue par les délégués syndicaux.

J'en viens aux premiers éléments de bilan de ces réformes. Les données quantitatives indiquent que la négociation collective est depuis plusieurs années engagée dans une dynamique positive, tant au niveau de l'entreprise que de la branche. D'après le bilan publié par la direction générale du travail (DGT), le nombre d'accords d'entreprise a connu une croissance de 30 % entre 2018 et 2019. Ce dynamisme est toutefois en partie en trompe-l'œil car il est notamment porté par une proportion croissante de textes signés par l'employeur uniquement. S'agissant de la mise en œuvre de la fusion des IRP, on dénombrait, au 2 juin 2020, 81 371 CSE mis en place (couvrant près de 10,8 millions de salariés) et 39 354 procès-verbaux de carence (concernant environ 1,1 million de salariés).

D'un point de vue plus qualitatif, on peut constater une appropriation lente et conservatrice des réformes par les acteurs du dialogue social. Le bilan d'étape de la fusion des IRP ne permet pas de constater une forte dynamique nouvelle en faveur du dialogue social : la négociation sur la mise en place du CSE, dont le calendrier était contraint par la loi, s'est souvent résumée à un exercice convenu et formel.

De même, en matière de négociation collective, les entreprises ne se sont pas saisies de toutes les opportunités ouvertes par les réformes, à l'image de la possibilité de conclure un accord de méthode.

Il semble que l'appropriation des ordonnances de 2017, qui sont venues après beaucoup d'autres réformes, soit difficile tant pour les employeurs que pour les salariés. Il paraît donc prématuré de tirer dès à présent des conclusions générales et définitives de ces réformes dont il y a lieu de penser que l'objectif – donner du pouvoir aux acteurs de la négociation collective – reste pertinent.

Dans l'attente des conclusions définitives du comité d'évaluation des ordonnances de 2017, il convient, avant d'envisager de nouvelles modifications du cadre actuel, de donner la priorité à l'accompagnement des acteurs afin qu'ils s'approprient les réformes, en mettant l'accent sur les TPE-PME.

Ces réformes ont apporté une réelle simplification du cadre du dialogue social dans l'entreprise. En particulier, la création du CSE a clarifié le paysage des IRP. En revanche, certains effets indésirables ont été relevés. En particulier, les accords de mise en place du CSE ont rarement prévu la mise en place de représentants de proximité comme la loi le leur permet. Il en résulte une centralisation parfois excessive et une perte du lien de proximité. Quant à l'usage des APC, qui reste limité quantitativement, il est parfois marqué par un déséquilibre en faveur des employeurs.

En outre, certaines mesures n'ont pas ou peu produit d'effet. Ainsi, la création du conseil d'entreprise représente un échec manifeste : très rares sont les entreprises qui se sont saisies de cet outil. Pour sa part, le référendum d'entreprise reste peu utilisé par les employeurs pour valider un accord minoritaire car il est considéré comme un outil à double tranchant.

La crise sanitaire a dernièrement révélé certaines potentialités et certaines limites des réformes. Ainsi, la négociation collective a été un levier permettant aux entreprises de s'organiser pour faire face à la pandémie. Dans ce contexte, les APC sont également apparus comme un recours dans le but de maintenir l'emploi et d'éviter les procédures de licenciement économique.

Par ailleurs, le dialogue social dans l'entreprise s'est réorganisé avec créativité à la faveur des assouplissements prévus dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Il n'en reste pas moins qu'au sein du CSE, dont le rôle et les attributions sont conséquents, les représentants du personnel n'ont pas nécessairement la capacité à hiérarchiser les priorités ou à travailler en délégation. Une des leçons à tirer de la crise est que le dialogue social gagnerait sans doute en efficacité s'il était recentré sur la vie de l'entreprise et sur les préoccupations immédiates des salariés.

Le premier axe des préconisations de mon rapport vise à permettre aux partenaires sociaux dans l'entreprise de se saisir des potentialités des réformes. Dans cette perspective, il convient tout d'abord de continuer à décloisonner les instances.

La réforme du CSE n'a pas remis en cause le monopole syndical au premier tour des élections professionnelles. Pourtant, une ouverture des élections professionnelles à des listes non syndicales aurait pour intérêt de faire tomber certains préjugés réciproques entre acteurs du dialogue social et d'intégrer une représentation de l'ensemble de la collectivité de travail, y compris des éventuels contestataires, dans le cadre du CSE. Elle constituerait également une opportunité pour les organisations syndicales de regagner la confiance des salariés en étant ainsi mis en concurrence et participerait d'une meilleure information des salariés sur le rôle et les réalisations des syndicats.

Il pourrait donc être envisagé, au moins dans les entreprises n'excédant pas une certaine taille, de rendre le monopole syndical au premier tour optionnel en autorisant un protocole d'accord préélectoral à le prévoir. À défaut d'accord, les élections des représentants du personnel au CSE seraient ouvertes aux listes non syndicales qui seraient présentées par une proportion minimum des électeurs. En conséquence, il serait cohérent de préciser dans la loi que l'exigence de proportionnalité femmes-hommes, interprétée de manière restrictive par la Cour de cassation, s'applique aux listes non syndicales.

Par ailleurs, l'intégration des syndicats dans la gouvernance de l'entreprise constitue l'un des enjeux qui restent à traiter à l'issue des dernières réformes. Prévue dès le début des années 1980, la représentation des salariés au sein des conseils d'administration a été progressivement renforcée. En 2019, la loi « Pacte » a ainsi abaissé de douze à huit administrateurs le seuil au-delà duquel la présence de deux administrateurs salariés est obligatoire.

Cette présence de représentants des salariés au sein du conseil d'administration permet de garantir la prise en compte des intérêts de l'entreprise au-delà des seuls intérêts financiers. Comme le montrent plusieurs exemples étrangers, à l'instar de l'Allemagne et des pays nordiques, il est possible d'aller plus loin dans ce domaine. Le nombre de salariés à partir duquel la présence de représentants des salariés au conseil d'administration est obligatoire, qui est aujourd'hui de 1 000, pourrait ainsi être progressivement abaissé. En outre, il conviendrait de supprimer l'incompatibilité entre un mandat d'administrateur salarié et un mandat de délégué syndical, cet assouplissement pouvant également contribuer à faire disparaître certains préjugés.

Je préconise par ailleurs des mesures visant à favoriser l'innovation dans la négociation d'entreprise.

En premier lieu, la prise en charge partielle des cotisations syndicales par l'employeur est possible sous certaines conditions, récemment précisées de manière restrictive par la Cour de cassation. Pour encourager les initiatives de terrain visant à stimuler l'adhésion syndicale, il serait opportun de préciser dans la loi le cadre dans lequel un accord d'entreprise peut prévoir cette prise en charge, en précisant qu'un tel dispositif peut éventuellement bénéficier aux seuls syndicats représentatifs.

En second lieu, dans le but de favoriser l'innovation en matière de relations sociales, certaines entreprises se sont dotées d'un cadre permettant d'expérimenter des projets d'évolutions d'accords collectifs existants en amont d'une éventuelle révision. Il serait pertinent de donner une base légale à ces protocoles d'expérimentation qui peuvent permettre de surmonter un certain conservatisme de la négociation d'entreprise.

La relative faiblesse du dialogue social en France résulte en grande partie d'une formation insuffisante des acteurs. Cette lacune commence dès la formation initiale, notamment celle des futurs dirigeants. Il conviendrait donc d'intégrer davantage de formations au dialogue social et à la négociation collective au sein des cursus universitaires et des écoles de commerce.

Les formations communes aux représentants des salariés et des employeurs, inscrites dans la loi depuis 2016, peuvent favoriser le développement d'une culture partagée de la négociation collective. De telles formations, qui restent aujourd'hui confidentielles, doivent être vivement encouragées. Plusieurs leviers seraient de nature à renforcer le recours à cet outil : lancer une campagne nationale d'information ; demander aux branches de réaliser un bilan annuel de la mise en œuvre de ces formations communes ; modifier les règles relatives au financement de ces formations par le Fonds paritaire pour le financement du dialogue social. Afin d'améliorer leur attractivité, il serait pertinent de rendre les formations communes éligibles au compte personnel de formation (CPF).

Les crédits dédiés à la formation des acteurs de la négociation collective s'élèvent à 36,6 millions d'euros en 2021, soit sensiblement le même niveau qu'en 2015. Il conviendrait pourtant d'augmenter les moyens donnés aux acteurs pour se former à chaque nouvel élargissement du rôle de la négociation collective.

Certains ajustements permettraient enfin de fluidifier le dialogue social dans l'entreprise. En particulier, il serait opportun d'autoriser l'utilisation par les syndicats de la messagerie électronique de l'entreprise pour communiquer avec les travailleurs, dans les limites définies dans l'entreprise par une charte de bonnes pratiques.

Dans le cadre des mesures d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, les procédures d'information et de consultation du CSE et les règles de la négociation collective ont été exceptionnellement assouplies afin de garantir la continuité du dialogue social et de la vie de l'entreprise. En particulier, certains délais ont été réduits par ordonnance jusqu'au 10 octobre 2020. A la lumière de cette expérience, jugée positive par les directeurs des ressources humaines, il pourrait être procédé à une revue d'ensemble de ces délais afin de déterminer lesquels pourraient être utilement être réduits de manière pérenne sans porter atteinte à la liberté syndicale ni aux droits du CSE.

Le second axe de mes préconisations tend à confirmer la branche professionnelle dans son rôle de régulateur.

La loi définit depuis 2016 les missions dévolues aux branches : celles-ci ont pour missions de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables et de réguler la concurrence entre les entreprises.

Toutefois, le renforcement du rôle de la branche se heurte au constat de la fragmentation du paysage conventionnel. Le rapport Poisson de 2009 recensait ainsi plus de 900 branches professionnelles, dont 687 conventions collectives enregistrées par le ministère du travail, nombre d'entre elles étant inactives.

La loi « El Khomri » a défini 5 critères permettant au ministre du travail d'engager une procédure de fusion de champ d'application de conventions collectives et fixé aux partenaires sociaux l'objectif d'atteindre « environ 200 branches professionnelles » dans les trois ans. Cet objectif est aujourd'hui proche d'être atteint. Jusqu'à présent, cette restructuration s'est principalement réalisée sur la base de regroupements volontaires.

Le processus de restructuration du paysage conventionnel apparaît cependant inachevé et doit être poursuivi. Toutefois, alors que le Président de la République avait indiqué en 2017 vouloir parvenir à un paysage de 50 à 100 branches, la fixation d'un objectif chiffré n'apparaît aujourd'hui plus pertinente. L'État et les partenaires sociaux doivent plutôt viser la constitution de branches fortes, à même d'assurer les missions qui leurs sont confiées. Par ailleurs, il pourrait être utile de préciser de manière explicite dans la loi la possibilité, pour les partenaires sociaux d'un même champ conventionnel, de définir des règles spécifiques s'appliquant à certaines catégories d'entreprises et de salariés.

À la suite de la décision du Conseil constitutionnel qui a censuré la possibilité d'engager une procédure de fusion « afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives », une intervention législative est nécessaire pour déterminer, après concertation avec les partenaires sociaux, les critères sur la base desquels cette cohérence devra s'apprécier. La loi pourrait également fluidifier le processus de restructuration des branches, en laissant les partenaires sociaux définir le délai qu'ils se donnent pour parvenir à la conclusion d'une nouvelle convention collective et en laissant les négociations se dérouler avant de définir la branche de rattachement.

Le critère de représentativité patronale au niveau multi-professionnel devrait être révisé pour tirer les conséquences de la réduction du nombre de branches. Concernant plus généralement les règles de la représentativité patronale, lesquelles sont actuellement remises en cause par certaines organisations professionnelles estimant qu'elles ne permettent pas une représentation équitable des TPE, notamment dans le secteur du bâtiment, une éventuelle intervention de l'État en l'absence de consensus entre les partenaires sociaux devrait être prudente afin de ne pas perturber les équilibres existants.

Le rôle de régulation de la branche s'exerce notamment en matière de fixation des salaires minima conventionnels. Depuis les ordonnances de 2017, le ministère du travail considère que le champ dans lequel l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise en la matière se limite au seul salaire de base. Il serait souhaitable que le législateur intervienne pour préciser de manière explicite le rôle des branches en matière de détermination des salaires, en y incluant éventuellement les primes.

Je recommande enfin de confier à la négociation de branche le thème de la valorisation des parcours des élus. Il s'agit d'un enjeu majeur pour lequel la marge de progrès reste importante en vue de lever les freins à l'engagement syndical. La loi « Rebsamen » de 2015 a tenté d'y apporter des réponses en créant plusieurs outils, parmi lesquels la création d'une certification inscrite au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP). Cependant, devant le faible nombre d'accords d'entreprise en la matière, il serait pertinent de remonter ce thème dans le « bloc 1 » de la négociation collective.

Voilà, mes chers collègues, les principaux résultats de cette mission d'information. La nécessité d'une pause dans les réformes, alors que la dernière vague n'a pas encore été complètement absorbée, est largement ressortie de mes auditions. Ce principe s'applique notamment, à mon sens, à la tendance du législateur, constatée dans plusieurs textes actuellement en navette – tel le projet de loi Climat et résilience –, à vouloir alourdir de manière impérative les missions du CSE, alors que celui-ci reste, de l'avis des co-présidents du comité d'évaluation des ordonnances, « une instance en devenir ».

Au total, si je partage la conviction selon laquelle la négociation collective peut répondre aux enjeux actuels, force est de constater que des freins restent à lever pour qu'elle prenne toute sa place. Le cadre relativement souple mis en place par les ordonnances offre de nombreuses possibilités que les partenaires sociaux doivent maintenant se donner les moyens d'utiliser. Reste qu'un meilleur accompagnement des entreprises, notamment des TPE-PME, est attendu. Je vous remercie.

Mme Catherine Deroche, présidente. – *Je vous remercie pour votre présentation, il était important que nous puissions faire le point sur les récentes réformes du dialogue social.*

M. Alain Milon. – *Je vous remercie, madame le rapporteur. Nous sommes en 2021 et, depuis 2015, nous avons eu les lois des ministres Rebsamen, El Khomri puis Pénicaud. Nous avons beaucoup modifié le code du travail. Avant de proposer une nouvelle réforme, je crois qu'il faut d'abord appliquer la loi et évaluer les effets des réformes récentes. Je soutiens vos propositions mais il faut ralentir le rythme des réformes et mesurer les effets dans le temps des dernières lois qui ont été promulguées.*

Mme Catherine Deroche, présidente. – *Vos remarques rejoignent les conclusions du rapporteur.*

Mme Pascale Gruny. – *Le sujet est complexe et je suis d'accord sur le fait qu'on a du mal à s'y retrouver à force de modifier la loi ; c'est particulièrement le cas pour les acteurs dans les entreprises.*

Vous avez donné le taux de participation aux élections professionnelles, il est encore plus faible qu'aux élections politiques. Je considère que les syndicats sont trop politisés et trop éloignés du terrain. J'ai en tête l'exemple d'une PME où les salariés ont reçu de syndicats des tracts dont les revendications ne correspondaient pas à la situation de l'entreprise.

Il faut s'appuyer sur les représentants du personnel qui connaissent bien l'entreprise. Contrairement à d'autres pays, nous vivons le dialogue social comme un affrontement et il se concentre souvent sur des sujets qui sont décorrélés des réalités du terrain. Nous avons besoin de représentants du personnel mais il faut détacher le dialogue social d'une approche politicienne.

Je rejoins le rapporteur sur ses propositions. Il faut renforcer la pédagogie et les branches doivent davantage affirmer leur rôle.

M. Olivier Henno. – *Je remercie le rapporteur et je rejoins mes collègues sur le fait que, par des lois successives, nous avons essayé de stimuler le dialogue social avec un succès relatif. Or, il s'agit moins d'une question juridique que de pratique. Je connais bien le modèle rhénan et ce qui se passe notamment dans l'entreprise Bayer, où le dialogue social est beaucoup plus naturel au sein de l'entreprise.*

S'il y a du dogmatisme chez les représentants du personnel, on constate aussi chez les représentants du patronat un intérêt relatif pour le dialogue social. Il y a, chez les employeurs, un investissement inégal et beaucoup de dirigeants de TPE-PME s'engagent assez peu.

Je rejoins les remarques d'Alain Milon. Il faut faire une pause dans les réformes et renforcer l'acculturation au dialogue social dans le cadre existant.

Mme Cathy Apourceau-Poly. – *Je remercie le rapporteur pour sa présentation. Ses conclusions sont conformes à ce que nous avons entendu lors des auditions.*

Je ne sais pas si les syndicats font trop de politique ! Oui, le taux de syndicalisation est très faible mais on en est au même niveau pour les partis politiques. Je vous renvoie au taux de participation aux élections régionales et départementales de ce week-end. La légitimité des syndicats, souvent remise en cause, est la même que celle des élus politiques.

Si les syndicats font de la politique, ils défendent avant tout les salariés. Je prends le cas de l'entreprise Bridgestone : les syndicats ont fait de la politique en dénonçant un patronat qui se moquait des salariés et n'investissait pas dans l'entreprise. Si c'est cela faire de la politique, alors ils l'ont fait pour les salariés, pour dénoncer les fonds de pensions et les attitudes du patronat.

Pour nous, le dialogue social dans l'entreprise ne doit pas seulement accompagner l'employeur : il doit permettre aux salariés de porter leurs revendications dans des instances représentatives. J'insiste sur la représentativité. Les élus du personnel sont les représentants légitimes des salariés. Il faut plus de justice sociale de proximité, fondé sur des garanties collectives solides.

Je pense qu'en inversant la hiérarchie des normes, en réduisant les droits des organisations syndicales, en supprimant les CHSCT, en réduisant les heures de délégation, les réformes successives ont affaibli le dialogue social.

Mme Frédérique Puissat, rapporteur. – Comme j’aime à le dire, le futur ministre du travail devra aussi être le ministre du temps libre, car après celles de 2015, 2016, et 2017, et sans parler des contraintes qu’a fait peser la crise sanitaire sur l’organisation des entreprises, nous avons vraiment besoin d’une pause dans les réformes du droit du travail. C’est une des préconisations du rapport.

Les syndicats ne suscitent guère l’enthousiasme. Quand on les interroge, les étudiants avouent ne pas connaître les syndicats. Ceux-ci font néanmoins ce qu’ils peuvent pour trouver une audience et remplir leurs missions. Certains ont développé des services pour les employés, ce qui leur permet de conserver quelques adhérents. Nous restons hélas les derniers de la classe en termes de syndicalisation, avec un taux de 8,8 %, contre 66,5 % au Danemark ! Nous avons pourtant une culture de la négociation collective.

Un certain nombre d’anciens représentants syndicaux, comme M. Jean-Claude Mailly, nous ont dit regretter le Commissariat au plan, qui valorisait l’apport syndical et permettait de déterminer les grands axes de l’organisation du travail et les conditions de la compétitivité de nos entreprises à un horizon de vingt ou trente ans. Il manque aujourd’hui une telle instance de réflexion.

Les représentants du personnel parviennent malgré tout à mener des négociations donnant lieu à des accords ayant valeur normative. Penchons-nous dès lors sur les moyens de dynamiser les rencontres et les occasions de négocier, pour améliorer la compétitivité de nos entreprises.

Mme Catherine Deroche, présidente. – Merci beaucoup. Je vous propose à présent d’autoriser la publication du rapport d’information.

Il en est ainsi décidé.

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

- **Comité d'évaluation des ordonnances Travail du 22 septembre 2017**
 - Marcel Grignard**, co-président
 - Jean-François Pilliard**, co-président

- **Paul-Henri Antonmattei**, professeur de droit du travail à l'université de Montpellier

- **Christine Erhel**, professeure au Conservatoire National des Arts et Métiers (CNAM), chaire Économie du travail et de l'emploi, directrice du Centre d'études de l'emploi et du travail

- **Jean-Emmanuel Ray**, professeur de droit du travail à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Sciences-Po

- **Jean-Claude Mailly**, Senior advisor à Alixio, ancien secrétaire général de la confédération Force ouvrière (FO)

- **Auteurs du rapport *Accompagner la dynamique du dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques***
 - Jean-Dominique Simonpoli**, directeur général de l'association Dialogues
 - Gilles Gateau**, directeur général de l'Association pour l'emploi des cadres (APEC)

- **Pierre Gattaz**, président du directoire de Radiall, ancien président du MEDEF, et **Olivier Gainon**, conseiller

- **Mouvement des entreprises de France (Medef)**

Hubert Mongon, président de la commission Dynamique du marché du travail du Medef, délégué général de l'Union des industries et métiers de la métallurgie (UIMM)

Pierre-Matthieu Jourdan, directeur des relations sociales et politiques d'emploi, Pôle social

Adrien Chouguiat, directeur de mission affaires publiques

- **Confédération des petites et moyennes entreprises (CPME)**

Éric Chevée, vice-président chargé des affaires sociales

Florian Faure, directeur des affaires sociales et de la formation

Adrien Dufour, chargé de mission Affaires publiques et organisation

- **Association nationale des directeurs des ressources humaines (ANDRH)**

Audrey Richard, présidente nationale

Benoît Serre, vice-président national délégué

Christine Caldeira, secrétaire générale

- **Union des entreprises de proximité (U2P)**

Pierre Burban, secrétaire général

Christian Pineau, chef du service Relations au travail et protection sociale

- **Confédération française démocratique du travail (CFDT)**

Christophe Clayette, secrétaire confédéral

- **Confédération générale du travail (CGT)**

Manu Blanco, membre de la direction confédérale

Jamila Mansour, conseillère confédérale

- **Confédération Force ouvrière (FO)**

Karen Gournay, secrétaire confédérale du secteur négociation collective et des rémunérations

Heïdi Akdouche, assistante confédérale

- **Confédération française de l'encadrement-Confédération générale des cadres (CFE-CGC)**

Gilles Lecuelle, secrétaire national en charge du secteur dialogue social et de la restructuration des branches professionnelles

Aurélié Cea, juriste en droit social en charge de la négociation collective

- **Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC)**

Pierre Jardon, membre du Conseil confédéral, en charge du dialogue social

- **Jean-Christophe Sciberras**, ancien directeur des relations sociales d'Axa, ancien DRH France du groupe Solvay

- **Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (INTEFP)**

Hervé Lanouzière, directeur

Sébastien Grosjean, responsable de la mission Format Dialogue

- **Direction générale du travail (DGT)**

Anne Sipp, sous-directrice des relations individuelles et collectives du travail

Coralie Deffes, cheffe du bureau des relations collectives du travail

Caroline Méchin, adjointe à la cheffe de pôle Instances et acteurs du bureau de la démocratie sociale

Laure Beaujot, chargée d'études au pôle Instances et acteurs du bureau de la démocratie sociale

- **Jean-Denis Combrexelle**, président adjoint de la section de l'intérieur au Conseil d'État, auteur du rapport *La négociation collective, le travail et l'emploi*

- **Ambassade de France en Allemagne**

Mireille Jarry, conseillère pour les affaires sociales

- **Ambassade de France en Espagne**

Mireille Jarry, conseillère pour les affaires sociales

- **Ambassade de France en Suède**

Éric Trottmann, conseiller pour les affaires sociales

Jean Traband, deuxième conseiller, conseiller presse

Fanette Caudron, adjointe au conseiller pour les affaires sociales

CONTRIBUTION ÉCRITE

- **Raymond Soubie**, président d'Alixio