

Le "dialogue social" : mode de légitimation de la décision patronale

(réflexion à partir d'un exemple topique, l'APC)

Mercredi 26 avril 2023 par Hélène CAVAT et Marie-Laure DUFRESNE-CASTETS

« Don't mourn, organize ! »

« Ne te lamente pas, organise-toi ! »

Joe Hill, poète et musicien du syndicalisme révolutionnaire nord-américain, 1915

L'évolution de la nature et des finalités de la négociation collective ne peut être dissociée de celle de l'identité de ceux qui la conduisent. De l'accord de fin de conflit conclu par les mandataires choisis par les salariés qui ont mené la grève, à l'accord de performance collective dont la validité dépend du caractère représentatif des syndicats l'ayant signé, la transformation s'est faite à travers un long cheminement où se sont mêlées conquêtes des travailleurs et récupérations patronales. L'accord collectif de travail s'est rapidement (dès 1919) éloigné du principe de démocratie directe qui avaient présidé à sa naissance, pour s'institutionnaliser. Néanmoins jusqu'aux années 80, il restait habité par le principe de faveur, qui interdisait qu'il puisse avoir d'autre finalité que celle d'améliorer ou compléter la loi, ou le contrat de travail, s'il était lui-même plus favorable que la loi. Cependant la nature particulière de l'accord collectif tenant à cette visée univoque fut d'abord ébranlée par l'avènement des accords dits « donnant-donnant » issus des ordonnances de 1982. Le processus a encore connu une accélération considérable avec le « choix du chômage » opéré à la fin des années 80 (voir B. COLLOMBAT et D. CUVILLIER « Le choix du chômage - De Pompidou à Macron, enquête sur les racines de la violence économique », Futuropolis, coll. Albums, 2021). Ce choix politique, a favorisé l'émergence d'un discours sur l'emploi, dont le premier postulat consiste dans une priorité donnée à la compétitivité des entreprises, laquelle, selon ses promoteurs, ne peut être atteinte que par une diminution drastique du coût du travail. A cette fin, on devait « flexibiliser » le droit du travail. Or, pour déconstruire ce droit habité par un ordre public de protection, le plus simple était de donner la prééminence à la négociation collective sur la loi. Mais il fallait pour cela bouleverser le sens de l'accord collectif de travail, de la faveur à la défaveur. Au nom d'un droit de l'emploi, au demeurant indéfini, les dispositions de l'accord devaient pouvoir non seulement être moins favorable que la loi, mais également se substituer aux clauses plus favorables du contrat de travail. Encore fallait-il donner un semblant de légitimité aux accords collectifs de branche, puis d'entreprise, enfin d'établissement qui allaient, à quelques matières près, désormais constituer la loi professionnelle régissant les rapports entre employeurs et salariés.

Un double mouvement s'est donc opéré à travers un processus de domestication des syndicats (I) s'accompagnant d'une dénaturation progressive de l'accord collectif de travail, depuis l'institution des accords dits « donnant-donnant » jusqu'aux accords de gestion et en dernière étape l'accord de performance collective (II).

I. LE PROCESSUS DE DOMESTICATION DES SYNDICATS

Il n'est nullement question ici de nier les résultats de la lutte acharnée de la classe ouvrière pour la conquête de droits dont les travailleurs bénéficient encore à ce jour, tels les congés payés ou la mensualisation. Il s'agit simplement de ne pas perdre de vue l'absence d'autonomie du droit du travail, rattrapé sans cesse par le fait qu'il est « un droit bourgeois qui s'ajuste au travail » (Bernard EDELMAN « La légalisation de la classe ouvrière », T1, Ed. Christian Bourgeois, 1978, p. 12).

L'exemple du syndicat illustre très bien ce double mouvement qui pourrait paraître contradictoire si l'on oubliait qu'il n'y a pas de neutralité axiologique ni d'innocence politique du droit. Marx a exprimé de la manière la plus parfaite ce qui est aujourd'hui traité comme un lieu commun pour tenter d'en effacer la pertinence. Il n'est pourtant pas inutile de le rappeler sans cesse : « Ces dispositions minutieuses qui ordonnent au son de la cloche, de façon si militairement uniforme, la période, les limites et les pauses du travail ne furent en aucun cas le produit chimérique de l'imagination des parlementaires. Elles se sont développées au fur et à mesure, en fonction des conditions réelles comme autant de lois naturelles du mode de production moderne. Leur formulation, leur reconnaissance officielle et leur proclamation par l'État furent le résultat de luttes de classes de longue haleine » (Karl MARX « Le Capital », Livre I ; 3ème section, § 6, trad. fr. JP Lefebvre, Paris, Puf, « Quadrige », 1993, p. 316).

Le syndicat apparaît comme une conquête en ce qu'il constitue un outil permettant une détermination collective des conditions de travail menant à des avancées (voir notamment d'un point de vue historique les accords passés par la « Compagnie générale des omnibus de Paris » et l'action menée pour leur application en 1892 », Claude DIDRY « La production juridique de la convention collective » in « Annales, Histoire, Sciences sociales » 2001/6, p. 56). Mais, dans le même temps, il a été autorisé et conçu pour la construction d'un « droit des relations sociales en tant que droit des règles du jeu », selon deux visées, l'une correspondant à « une stratégie de résorption des foyers d'inflammation par l'institution d'un dispositif de règlement des conflits », l'autre à titre préventif visant à « inciter syndicats et patronat à entrer dans un processus de négociation permanente » pour « tout mettre en œuvre pour faciliter le rapprochement et le compromis entre les acteurs » (Jacques LE GOFF « Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail de 1830 à nos jours », Presse universitaires de Rennes 2004, p. 266 et s.).

A. L'ACTIVITE SYNDICALE ASPIREE PAR L'INVITATION A LA NEGOCIATION

C'est l'augmentation du nombre de grèves ainsi que l'allongement de leur durée et de leur intensité qui, vers la fin du XIXème siècle et au début du XXème, a activé la réflexion sur la question du règlement des conflits. Dans ce contexte, la lutte des classes a imposé le fait syndical, mais à travers un lent processus le patronat et sa classe d'appartenance se sont employés à « circonvenir », pour reprendre le terme utilisé par Bernard EDELMAN, ce qui allait devenir une institution. En effet, dès la fin du XIXème siècle, immédiatement avec leur reconnaissance, « Affrontée au 'fait' syndical, la bourgeoisie utilise toutes les armes pour les transformer en appareil idéologique d'Etat. Comment ? En lui octroyant un 'pouvoir' qui reproduise son propre pouvoir ; un pouvoir de droit, bien sûr, mais en tant seulement que les syndicats existent dans la légalité, mais un pouvoir de fait surtout, en tant que ces mêmes syndicats seront présumés représenter les masses » (B. EDELMAN, ouvrage précité, p. 17).

Ainsi, le pouvoir que la classe dominante peut reconnaître aux syndicats ne doit pas excéder certaines limites. Ces limites sont au demeurant clairement tracées par l'inscription du droit du travail dans les principes généraux constituant la légalité bourgeoise. Un exemple, en est donné par l'un des principes organisateurs de notre corpus juridique consistant notamment à ne jamais

remettre en cause le droit de propriété de l'employeur, donc son pouvoir de gestion dans l'entreprise. A cet égard, le renforcement progressif des libertés (dites fondamentales) des dominants économiques, en particulier à travers l'émergence et la place accordée à la liberté d'entreprendre, limite drastiquement le contrôle du juge. Le domaine du licenciement économique en est une illustration. Le Conseil constitutionnel a censuré la Loi de modernisation sociale concernant sa définition du licenciement économique en se fondant sur une atteinte trop grande à la liberté d'entreprendre, au motif que le juge ne doit pas se voir autorisé à un contrôle qui l'amènerait à « substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles » (Cons. Constit. Décis. N° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, JO 18 janvier, p. 1053). Cette position est en parfaite harmonie avec la jurisprudence constante de la Cour de cassation, dont un exemple nous est fourni dans l'arrêt SAT rendu en Assemblée plénière le 8 décembre 2000, dans lequel la Cour de cassation considère à l'égard du juge « qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles » (AP 8 décembre 2000, 97-442019, A. LYON-CAEN « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 104-105). De manière plus générale, la jurisprudence établie au nom de la liberté constitutionnelle d'entreprendre, interdit au juge, comme à quiconque, de se mêler du pouvoir de gestion du chef d'entreprise sur son bien. Ce point est constamment soulevé par les avocats patronaux et le plus souvent admis comme un élément paralysant pour les juges, qui sont pétris d'un droit civil entièrement fondé sur la propriété privée protégée par la Constitution depuis la révolution de 1789 en France, puis par la Convention européenne des droits de l'homme.

Néanmoins, contre ce pouvoir, les luttes menées par les travailleurs furent souvent victorieuses.

Pour pérenniser les droits arrachés aux possédants, dans le contexte politique de ces moments, les victoires momentanées, professionnellement et géographiquement circonscrites, ont dû trouver une traduction juridique accessible au moment dans lequel elles s'inscrivaient.

Cependant, le patronat et ses soutiens institutionnels considéraient que les travailleurs faisaient un usage trop intempestif des droits qui leur étaient reconnus. L'éminent professeur Paul PIC écrivait : « C'est ainsi que le droit de coalition et d'association, détourné de son but, a trop souvent pris le caractère et les allures d'une machine de guerre contre le capital ». C'est pourquoi, dans le cadre de la loi du 27 décembre 1892, dans une « pensée de conciliation et de pacification sociale », des « Conseils officiels de conciliation et d'arbitrage en vue d'aplanir aisément, rapidement et sans frais les différends collectifs entre patrons, ouvriers et employés » furent institués (P. PIC, « Rapport sur la loi du 27 décembre 1892 sur la conciliation et l'arbitrage en matière de différends collectifs entre patrons et ouvriers », p. 5 et s.).

C'est dans ces conditions qu'à la suite de la loi supprimant le délit de coalition en 1864 et de l'institution du syndicat par la loi de 1884, la convention collective naît comme une réponse au problème posé au patronat par ces groupements professionnels et notamment par cette institution nouvelle qu'est le syndicat.

Une fois l'interlocuteur institué, la question se pose alors de la nature de la convention collective.

La loi du 25 mars 1919 restait indéniablement marquée par la logique civiliste très dominante à la fin du XIXème, début XXème siècle. La convention collective y était conçue selon les règles du mandat et obéissait au principe de l'effet relatif des contrats. Les membres du syndicat donnaient mandat à leurs délégués pour signer un accord collectif de travail qui ne devait bénéficier qu'à ces mandants, c'est à dire les membres du groupe signataire, les ouvriers syndiqués. En outre, les parties au contrat pouvaient s'en dégager en démissionnant du syndicat. Il s'agissait donc seulement de la référence pour un ensemble de contrats individuels plutôt que d'un contrat collectif. Cependant, la définition de la convention collective donnée par la loi du 25 mars 1919, était double :

« La convention collective de travail est un contrat relatif aux conditions du travail, conclu entre, d'une part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employés et, d'autre part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement

d'employeurs, ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel ou même un seul employeur » (art. 31, al. 1).

Il peut être relevé que, lors de l'édiction de cette loi, l'époque était encore proche des luttes, qui furent importantes en nombre et en intensité en cette fin de XIX^{ème} siècle (Jacques LE GOFF, ouvrage précité, p. 267). Cette circonstance explique peut-être le fait que la loi de 1919 ait donné leur place, au même titre qu'aux représentants des syndicats professionnels, aux assemblées ouvrières constituées dans les grèves, au cours desquelles les principaux intéressés pouvaient participer à la délibération collective et mandater directement des négociateurs. Ainsi, la grève, ce « fait de masse par excellence », constitutif du mouvement ouvrier français (B. EDELMAN, ouvrage précité, p. 30), demeurait l'un des éléments fondamentaux de la négociation collective. Dans cette conception, le caractère collectif de la convention ne pouvait être réduit à la représentativité.

L'abandon des thèses contractuelles classiques et une évolution au profit d'un aspect réglementaire plus marqué, commença avec la loi du 24 juin 1936. Le texte qui suivit les accords de Matignon donnait en effet la possibilité au Ministre du travail, après consultation des organisations professionnelles et du Conseil National Economique, de procéder à une extension de la convention collective, c'est-à-dire de la rendre obligatoire par un arrêté ministériel pour l'ensemble des employeurs du secteur professionnel et de la région considérée. Cependant, le texte de 1936 laissait subsister les deux types de conventions collectives. Les conventions régies par la loi de 1919 étaient considérées alors comme constituant le régime de droit commun. Ce sont néanmoins les conventions étendues qui allaient dominer le paysage conventionnel.

On va en effet assister à l'effacement progressif de ce qui reflétait l'influence de l'anarcho-syndicalisme dans le texte de 1919, 1936 apparaissant comme un tournant dans la négociation collective. Encore une fois, il ne s'agit pas de nier les apports considérables conquis par les grèves massives de 1936, que ce soit sur un plan substantiel ou sur le plan des principes, tels que, en droit du travail, ce progrès important que fut l'instauration du principe de faveur interdisant aux parties de déroger à la loi en vigueur, si ce n'est dans un sens plus favorable aux salariés. En revanche, il peut être relevé que la naissance des accords de branche a contribué à justifier par leur importance sociale l'institution d'une procédure de négociation menée par une commission mixte, à laquelle ne pouvaient participer que les organisations syndicales dites représentatives, excluant les groupements constitués des assemblées nées des grèves au cours desquelles les ouvriers pouvaient participer à la délibération collective et choisir directement leurs négociateurs (M. DESPAX, Traité de droit du travail, Conventions collectives, Dalloz 1966, n°23 et s.).

Certes, la loi du 24 juin 1936, fondatrice de la convention de branche, a confié à la négociation collective le soin de déterminer la hiérarchie et le niveau des salaires horaires minima, réduisant ainsi l'arbitraire patronal en matière de rémunération, dans une visée d'amélioration et d'unification des conditions de travail. Il n'est nullement question de revenir sur ce constat. Il est cependant indéniable que l'élargissement du champ d'application des accords collectifs de travail par la voie de l'extension a largement contribué à l'effacement des traces de démocratie directe qui demeuraient dans la loi de 1919 et a favorisé l'émergence d'une conception nouvelle de la collectivité fondée sur la notion de représentativité, mais pas n'importe laquelle : il s'agissait d'une représentativité institutionnelle.

L'institutionnalisation de la négociation supposait en effet une machine syndicale fortement concentrée et elle-même institutionnalisée. Ce processus a commencé dès que le pouvoir patronal a saisi toute l'utilité que pourrait représenter à son profit l'existence de syndicats, dont il pourrait être institutionnellement reconnu qu'ils représentent les travailleurs. C'est au demeurant ce qui est fréquemment pointé par la doctrine comme une nécessité : « C'est semble-t-il seulement dans la mesure où les états-majors syndicaux deviennent puissants et organisés qu'ils peuvent poursuivre avec succès une politique de négociation qui par suite crée des habitudes et des façons nouvelles de conduire la lutte sociale » (D. MARTIN, « Les systèmes de négociation et de représentation dans l'entreprise », Dr. Soc. 1976, p. 97).

Après ce que certains auteurs ont appelé « La mise en sommeil des conventions collectives » durant la seconde guerre mondiale, la loi du 23 décembre 1946, en conférant un pouvoir accru à l'Etat « tend à transformer la convention collective en une véritable loi professionnelle », accentuant son caractère réglementaire et le contrôle de l'Etat sur l'exercice de leurs pouvoirs par les groupements syndicaux (M. DESPAX, ouvrage précité, n°30).

Peu de choses ont été écrites sur la loi du 11 février 1950, qui a été souvent présentée comme un « retour à la liberté » contractuelle en ce que « les conventions collectives déterminent leur champ d'application ; celui-ci peut être national, régional ou local ». Maintenant le principe de l'extension, elle renforce en outre le rôle de la représentativité. Cette loi constitue en effet une rupture avec le droit antérieur en ce qui concerne les prérogatives reconnues aux organisations syndicales représentatives, lesquelles ont désormais le monopole de la signature des accords de salaires et d'établissement (M. DESPAX, ouvrage précité, n°36).

Les accords de Grenelle de 1968 avaient introduit le syndicat dans l'entreprise avec la création de la section et du délégué syndical, mais cette avancée du point de vue des travailleurs sera tempérée par la loi du 13 juillet 1971, dont le concepteur fut Jacques DELORS, alors conseiller du premier Ministre de l'époque, Jacques CHABAN DELMAS, lequel entendait impulser un nouveau cours à la « politique contractuelle ».

Pour comprendre les conceptions qui allaient être mises en œuvre, il suffit de reprendre l'exposé des motifs du projet de loi qui « est l'expression d'une orientation politique des pouvoirs publics qui ont fait de la concertation entre les pouvoirs sociaux, la clef de voûte de la politique sociale. Il s'agit de moderniser un instrument à qui on entend demander des services accrus » (Rapport AN, n°1704, p. 3).

C'est à cette époque que les chantres de la « Nouvelle Société » ont lancé, les termes fourre-tout de modernité et de réforme, qui feront florès et serviront jusqu'à nos jours de paravents à la lente destruction des acquis sociaux. A la même époque était également promue la « théorie institutionnelle de l'entreprise », véritable négation de l'antagonisme de classe, comme si le propriétaire pouvait avoir les mêmes intérêts que les producteurs. Enfin l'avènement du droit de l'emploi conduira à la réalisation des vœux du CNPF vers un « assouplissement », un « allègement », puis une « simplification » du droit du travail, ce qui faisait écrire dès 1978 à Gérard LYON-CAEN : « Il faut dire les choses crûment, le droit du travail est en train de s'effondrer. Là est l'inversion des valeurs : la restauration se fait sans aucune contrainte juridique (...) Le capitalisme français a su convaincre les autorités de l'Etat qu'il fallait lui laisser les mains libres » (G. LYON-CAEN, Le Monde, 31 octobre 1978).

L'arrivée du Parti Socialiste au pouvoir en 1981 continuait d'affirmer la prééminence de l'intégration sur l'émancipation, accentuant la liberté patronale dans l'entreprise telle celle bien connue « du renard dans le poulailler », comme la décrivait MARX. Les lois AUROUX imaginées par la directrice de cabinet du Ministre, Martine AUBRY (puissamment inspirée par le rapport produit par la CFDT en juillet 1981), ne correspondaient en rien aux promesses de campagne de François MITTERRAND. Toujours sous couvert de « modernisation sociale », deux idées constituaient les axes de cette réforme, l'une pour l'affichage, celle de « citoyenneté dans l'entreprise », laquelle va se résumer à un droit d'expression des salariés purement platonique, l'autre de « revitalisation des institutions représentatives », qui accentuera la légalisation des syndicats, notamment avec l'introduction des négociations annuelles obligatoires.

Comme le souligne la doctrine, cette époque constitue un nouveau tournant dans la conception de la négociation collective : « Les accords dérogatoires, et a fortiori les accords donnant-donnant, ont donc mis à jour l'instabilité du système de relations professionnelles, qui s'est dessinée dès les années 1980, du fait de la modification progressive de la nature et des finalités de la négociation collective. C'est dire si l'analyse des perturbations actuelles invite à la pondération, tant la dynamique n'est pas nouvelle » (H. CAVAT, « Le droit des réorganisations – Etude de droit du travail, thèse Paris Nanterre, 2020).

Toutefois, le pouvoir patronal était bien gardé. Comme le rappelle Jacques LE GOFF, Jean AUROUX n'a eu de cesse de préciser qu' « Il n'[était] pas question de remettre en cause l'unité de direction et de décision dans l'entreprise » (J. LE GOFF, ouvrage précité, p. 469).

Parallèlement à ce renforcement de l'institutionnalisation du monde syndical, la négociation collective se verra dotée d'un champ toujours plus étendu avec les lois de Robien (1996), Aubry (1998 et 2000), plus atomisée avec la loi Fillon (2004), enrichie de nouveaux accords par les lois de 2013, 2015 (Macron) et 2016 (dite El Khomri), enfin les ordonnances Macron de 2017, lesquelles annoncent leur ambition consistant à placer : « au cœur des nouveaux modes de régulation des relations professionnelles l'ordre conventionnel construit par les partenaires sociaux. »

B. LA REPRESENTATIVITE : UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE COHERENTE AVEC SA FONCTION DE LEGITIMATION D'UN DROIT CONVENTIONNEL AU SERVICE DU PATRONAT

La notion d'organisation syndicale « représentative » est née dans la partie XIII du Traité de Versailles signé le 28 juin 1919, par lequel a notamment été créée l'Organisation

Internationale du Travail (OIT). Cette notion y était employée comme outil de sélection des organisations autorisées à désigner les membres admis à participer aux conférences de l'OIT. Le texte parlait, sans plus de précision des « syndicats les plus représentatifs ». Par un avis du 31 juillet 1922, la Cour permanente de justice internationale, précisait que si le nombre d'adhérents n'était pas le seul critère, il devait être prédominant.

Cette exigence de représentativité sera encore retenue par le décret de 1921 concernant

l'élection au Conseil supérieur du travail, puis par un décret du 16 janvier 1925 portant sur

la constitution du Conseil national économique. Cependant, c'est bien avec la loi de 1936 sur les conventions collectives, que la notion allait acquérir une importance de premier plan en conditionnant l'accès des organisations syndicales de salariés aux commissions mixtes en vue de la conclusion de conventions collectives de branches.

A cet égard, il n'est pas indifférent de se souvenir que les accords de Matignon (qui seront repris par la loi) sont d'abord nés d'une forte demande du patronat, qui, sur fond d'une forme de « complotisme » et d'anticommunisme primaire et face à la puissance du mouvement et aux occupations d'usines, craignait une contagion révolutionnaire. En réalité, « l'historiographie a depuis infirmé la thèse du « complot communiste » en soulignant le caractère largement spontané du mouvement mais aussi la volonté du PCF de le limiter puis de le faire cesser dans l'ordre » et l'on pourrait ajouter : avec l'appui de la CGT, alors inféodée au parti « frère ». Il est encore relevé par l'auteur que par la signature des accords : « Les patrons s'engagent à ne pas sanctionner les faits de grève et les représentants ouvriers s'engagent à intervenir en faveur de la reprise du travail » (Laure Machu , « Juin 1936, les accords de Matignon », Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe [en ligne] <https://ehne.fr/fr/node/22043>).

Hormis les tarifs déjà cités, les accords de fin de conflit de la fin du XIXème, début XXème siècle étaient le fruit d'un fait social : la grève. Les conventions collectives de 1936 furent également gagnées par la grève, mais leur institutionnalisation dans le contexte politique de leur édicition les a éloignées de ce « fait de masse » et va transformer l'approche de la réalité collective concernée par l'accord de travail, pour devenir la collectivité institutionnalisée du syndicat professionnel.

La représentativité est une notion à l'apparence vertueuse. Quoi de mieux en effet que de représenter réellement ceux au nom de qui l'on prétend parler ? Il ne semble donc pas incongru de se poser la question de savoir en quoi l'exigence de représentativité serait en soi un facteur de mise au pas.

Les circulaires de 1936 et 1945, écrites à destination des préfets et des inspecteurs du travail, ont posé pour la première fois les critères de représentativité syndicale. Les instructions données à l'administration visaient le nombre d'adhérents, l'ancienneté de l'organisation, son activité négociatrice, les cotisations, l'indépendance. A l'issue de la seconde guerre mondiale fut ajoutée l'attitude patriotique des syndicats durant la période d'occupation par la circulaire Parodi du 28 mai 1945 (JO 28 juin ; Dr. Soc. 1945, p. 275). Ces critères ont été repris dans la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail en son article 31-1, codifié à l'article L. 133-2 du Code du travail, puis dans la loi du 13 novembre 1982.

C'est par référence à ces critères qu'un arrêté du Premier ministre et du Ministre du travail du 8 avril 1948 désignait comme représentatifs au plan national une liste de quatre confédérations : CGT, CFDT, CGT-FO et CGC, liste qui sera complétée par un arrêté du 31 mars 1966 par une cinquième confédération, la CFTC née d'une scission au sein de la CFDT. En outre, s'agissant de la désignation d'un délégué syndical et de la constitution d'une section syndicale, la loi du 17 décembre 1968 (JO 31 décembre 1968) prévoyait que « tout syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national est considéré comme représentatif dans l'entreprise ». La présomption ainsi instituée était irréfragable. Il existait donc deux modes d'acquisition de la représentativité pour un syndicat, par l'affiliation d'une part et, d'autre part, par la preuve de la représentativité au niveau où le syndicat entendait exercer une prérogative.

Dans le prolongement de la position commune du 9 avril 2008, la loi du 20 août 2008 portant « rénovation de la démocratie sociale » a profondément transformé le régime de la représentativité des organisations syndicales de salariés, faisant disparaître la représentativité par affiliation. Il existe désormais un mode unique d'acquisition de la représentativité, reposant sur sept critères cumulatifs, parmi lesquels le plus important est un seuil d'audience électorale qui diffère selon les niveaux que sont l'entreprise, la branche et le niveau national interprofessionnel (Georges BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », RDT 2008, p. 712). C'est donc à l'aune du résultat des élections professionnelles désormais organisées tous les 4 ans qu'est appréciée l'audience, donc la représentativité des syndicats.

La réforme intervenue en 2008 au nom d'une prétendue « démocratie sociale », se situe dans la droite ligne d'une harmonisation du dispositif de négociation collective avec les règles de représentativité, sans cesse renforcée au cours de la construction historique. Ce phénomène s'est accentué avec la loi de 2008. Comme le soulignait Monsieur BORENFREUND « La collectivité du personnel n'est plus seulement appelée à élire ses représentants en manifestant sa préférence pour telle ou telle liste syndicale. Désormais, le vote traduit également un choix en vue de permettre à un syndicat d'acquérir la représentativité » (voir note précitée, p. 713).

Ce sont donc les conditions de cette acquisition de la représentativité qu'il faudrait interroger.

Au niveau de l'entreprise, l'article L. 2122-1 du Code du travail prévoit que pour prétendre être représentatif, le syndicat pourra se contenter de 10 % des suffrages, ce pourcentage n'étant cependant pas calculé sur l'ensemble des salariés, mais uniquement à proportion des suffrages exprimés, quel que soit le nombre de votants.

Pour comprendre ce que ces fameux 10 % représentent réellement, il faut tenir compte du fait que, d'une part, des élections n'ont pas lieu dans toutes les entreprises, que d'autre part lorsqu'elles se tiennent tous les salariés ne votent pas, et qu'enfin un certain nombre vote pour des listes sans couleur syndicale.

Dès lors, comme le soulignent Messieurs Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « la 'représentativité' syndicale est avant tout un construit juridique et ne traduit qu'imparfaitement les audiences et la sociologie du syndicalisme » (D. ANDOLFATTO et D. LABBE « Quelle est la représentativité du syndicalisme français », L'OURS, Hors-série Recherche socialiste, 2020, 90-91, p. 25-36).

Il ressort en effet de l'analyse effectuée par ces deux auteurs que, la mesure de la représentativité ne recensant que les résultats du premier tour de scrutin, « la représentativité officielle, telle que

construite par le droit est le fruit d'un scrutin inachevé ». Ils rappellent que dans les entreprises, seuls 47 % des électeurs expriment un choix syndical. De manière générale, le faiblesse de la participation aux élections professionnelles révèle des accords « représentatifs » d'au maximum 19 % de la collectivité de travail (D. Andolfatto et D. Labbé, « Les élections professionnelles, autre visage de la société abstentionniste », *The Conversation*, 18 juillet 2021). Par ailleurs, les mêmes auteurs signalent « un véritable divorce entre les syndicats et les salariés français » depuis les années 80, attribuant pour seule cause à ce processus le cumul des mandats, qui amènerait, selon eux, à une disparition de contacts individuels (voir note précitée, p. 9).

Madame Sophie BEROUD décrit une réalité plus complexe, relevant que par la loi de 2008, puis les lois Macron, El Khomri et en dernier lieu les ordonnances de 2017, la représentation syndicale a été conçue « comme une activité de plus en plus spécialisée, professionnalisée et dont la finalité est entièrement tournée vers la production de normes au niveau de l'entreprise, intégrées à l'ordre managérial » (Sophie BEROUD, « Représentation syndicale, représentativité et négociation », *Dr. Soc.* 2018, p. 264).

Cependant, si elle a été accentuée en 2008, l'institutionnalisation des syndicats n'a pas débuté avec la réforme de la représentativité syndicale. Le mouvement d'intégration a été considérablement renforcé par la montée en force des institutions représentatives du personnel, au détriment du principe d'autonomie syndicale, au sens de la capacité à se gouverner par ses propres lois, pourtant raffermi en 1968, c'est-à-dire l'autonomie des militants mandatés pour exercer une liberté publique consistant à défendre les salariés en position de dominés.

Les lois AUROUX de 1982, avaient en effet largement œuvré en ce sens sous couvert de « démocratie sociale », ce qui amenait certains commentateurs à relever : « Nous sommes ici encore loin de la mise en place de ce contre-pouvoir qui a été perçu comme attaché à la reconnaissance de la section syndicale d'entreprise par la loi du 27 décembre 1968 » (Voir Pascal MOUSSY, Karl GHAZI « L'implantation syndicale et le principe d'autonomie à l'épreuve de la loi du 20 août 2008 », mercredi 1er avril 2009, <http://www.chronique-ouvriere.fr/>, citant dans cette note J.M VERDIER, *Syndicats et droit syndical*, volume II, Dalloz, 1984, 32).

A cet égard, il n'est pas indifférent de relever que, dès l'origine, c'est-à-dire dès sa création par l'ordonnance du 22 février 1945, le comité d'entreprise fut conçu comme « un agent de coopération de toutes les catégories de personnel de l'entreprise avec la direction ». Comme le souligne l'historien Jean-Pierre LE CROM cette conception ressort de l'exposé des motifs de l'ordonnance de 1945 : « Celui-ci indique en effet qu' « ils ne sont pas dans le domaine économique des organismes de décision », « qu'ils ne sauraient avoir de caractère revendicatif », mais que « dominés par le souci de l'œuvre commune », ils doivent « être le signe de l'union féconde de tous les éléments de la production » et un instrument de « coopération » » (Jean-Pierre LE CROM « La CGT et les comités d'entreprise dans les années 50 », in E. BRESSOL, M. DREYFU, J. HEDDE et M. PIGENET « La CGT dans les années 1950 », collection Histoire, Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 59 et s)

L'auteur rappelle encore que « jusqu'en 1947, les CE sont d'abord un instrument au service de la bataille de la production, produire étant selon Maurice Thorez « l'arme la plus élevée du devoir de classe » » (Ibid, p. 60).

Depuis cette époque il se diffuse, en parallèle, un discours dominant, qui n'a cessé de présenter le droit du travail comme une entrave à la « compétitivité » des entreprises, laquelle notion de « compétitivité » n'a au demeurant jamais été définie (voir sur ce point L. Willemez, « Le travail dans son droit. Sociologie historique du droit du travail (1892-2017) », LGDJ, 2017). Un autre aspect de ce discours entretenant la confusion du vocabulaire, autant que des concepts, consiste à remplacer, de manière progressive et subreptice, le principe de l'autonomie syndicale par celui d'autonomie de la négociation. Selon les tenants de cette doxa, il faut, passant par-dessus les principes, faire preuve de pragmatisme et créer le droit « au plus près du terrain », c'est-à-dire en évitant la constitution de rapports de force qui se nourrissent du nombre. Tout s'ordonne ainsi pour réduire et dénaturer les capacités de résistance et d'action collective du monde du travail.

Cette évolution des syndicats a été synthétisée par Pierre BOURDIEU les décrivant comme « transformés en instances para-étatiques, souvent subventionnées par l'État, les bureaucraties syndicales participent à la redistribution de la richesse et garantissent le compromis social en évitant les ruptures et les affrontements » (Pierre BOURDIEU, « Contre la politique de dépolitisation », Contre-feux 2, Raisons d'agir, 1998, p. 64 ; voir à cet égard Jacques CHEVALIER « Le syndicalisme et l'Etat entre l'autonomie et l'intégration » UPUV <https://u-picardie.fr/revues/chevalierpdf>)

Il restait ensuite à permettre une forme d'identification au modèle patronal, convertissant le syndicat en appareil gestionnaire et bureaucratique. L'entrée dans le jeu du dialogue favorise en outre le fait que chacun peut devenir réceptif aux arguments de l'autre et même s'approprier sa logique, parfois en toute bonne foi tant l'intériorisation du modèle est puissante. En outre, la pratique du partenariat impose le respect d'une règle du jeu nécessairement commune. Les partenaires utilisent un langage commun, celui de la raison et de l'ordre relevant du droit patronal. Les uns et les autres adoptent des présupposés tacites reposant sur un économisme de bon aloi et les raisons faussement techniques promues par les « experts » du patronat. Au demeurant, l'acceptation du dialogue implique à elle seule que les syndicats admettent la possibilité de parvenir à un compromis entre des intérêts antagoniques, autant que la légitimité de l'employeur à en définir les termes.

Un grand sociologue écrivait que l'on peut définir la violence symbolique comme "tout pouvoir qui parvient à imposer des significations et à les imposer comme légitimes en dissimulant les rapports de force qui sont au fondement de sa force" (Pierre BOURDIEU, Esquisse d'une théorie de la pratique, Paris, Droz, 1972, p. 18)

Dans notre histoire, c'est par soumission à cette violence symbolique que certains se sont laissés circonvenir. Il est vrai, en outre, que le syndicalisme sert souvent de moyen de promotion sociale à des individus qui ont été privés de l'égalité de chances au départ de leur vie, ce qui n'a rien d'illégitime. Il peut également permettre d'échapper à l'usine ou au bureau, voire de se former dans des matières auxquelles les syndicalistes n'auraient jamais eu accès s'ils n'avaient adhéré à une organisation. Ces effets peuvent avoir un aspect bénéfique, mais l'état de déshérence de toute pensée politique au sein des organisations transforme ces phénomènes en pièges qui peuvent mener à une conception boutiquière du syndicat. Et puis, il y a ceux qui, dénués de tous principes, font du syndicalisme une forme de fonds de commerce.

C'est ainsi que, pour beaucoup, des syndicalistes se sont transformés en « partenaires sociaux », ardents participants au « dialogue social ».

Ces syndicalistes institués et ayant fortement intégré la doxa entrepreneuriale ne négocient pas, ou vraiment à la marge, les accords qu'ils signent. Ils adhèrent à un acte préexistant à la rencontre. C'est qu'en effet, les patrons n'arrivent pas les mains vides dans la « négociation », mais porteurs d'un projet qu'ils vont faire endosser par les syndicats. La discussion peut avant tout faire office de sondage au sujet des réactions possibles de la part des salariés, à mesurer l'ampleur de résistances éventuelles. En outre, les concessions faites sont le plus souvent calculées par avance et surtout, ne sont jamais telles qu'elles pourraient remettre en cause la cohérence du projet. Ainsi, le pouvoir de décision unilatéral des directions paraît-il sortir intacte du fameux « dialogue social », lequel assure la pleine sécurité juridique de la production patronale.

Il est plus facile de dialoguer avec un interlocuteur prêt à collaborer et qui ne récusé pas par avance la rationalité patronale, mais on perçoit du même coup les limites très immédiates d'un partenariat qui suppose l'élimination préalable des antagonismes irréductibles. La négociation collective, vidée de son caractère antagonique s'est donc éteinte au bénéfice du « Dialogue social », modifiant en profondeur la fonction réelle du syndicat. Ainsi, dans le contexte français où la syndicalisation atteint un taux de moins de 10 % de salariés, la représentativité syndicale, telle qu'historiquement construite et plus particulièrement encore depuis la loi de 2008, a constitué un outil de transformation des syndicats contribuant à les transformer en courroie de transmission des souhaits du patronat. C'est dans ces conditions que, malgré leur très faible représentativité réelle, faisant office d'interlocuteurs légitimement autorisés à parler au nom de la collectivité des travailleurs, ces

organisations vont participer, par leur seule présence, à la production de normes appelées à régir les rapports entre employeurs et salariés, lesquelles normes seront présentées comme d'autant plus incontestables qu'elles émaneront de « partenaires sociaux » réputés représentatifs.

La pratique judiciaire permet de vérifier la réalité concrète du caractère pervers de cette dichotomie organisée entre la vocation affichée du syndicat et son activité réelle. En effet, lorsqu'un syndicat qui refuse de collaborer avec l'employeur agit en justice contre un accord dit majoritaire, c'est-à-dire en général signé par une alliance composée de la CFDT, la CGC et FO, voire dans certains cas avec un syndicat-maison, le premier argument de l'avocat patronal consiste à vanter la légitimité de cet accord paraphé par les « partenaires sociaux ». Nous verrons dans la seconde partie de ce travail ce que produit ce genre de « partenariat » pour les salariés.

*

* *

II. UN PARTENARIAT AUX LOURDES CONSEQUENCES POUR LES TRAVAILLEURS

A. L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE : DERNIERE ETAPE D'UNE DENATURATION AU LONG COURS

Selon Le Robert, dénaturer un objet consiste à en changer la nature, c'est-à-dire modifier ses caractéristiques essentielles. S'agissant des accords collectifs de travail, il ne peut être nié que « désormais le procédé de l'accord collectif n'est plus employé pour poursuivre les fins qui lui étaient traditionnellement attachées. En ce sens il apparaît que le modèle est instrumentalisé » (Ylias FERKANE « L'accord collectif de travail – Etude sur la diffusion d'un modèle », Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 166, Dalloz, n°547 et s.).

La critique argumentée portée par Ylias FERKANE sur la dénaturation opérée au profit des employeurs à travers la mise à mal du principe de faveur et le développement des négociations de concession est parfaitement convaincante. Cependant sa dénonciation de l'instrumentalisation du modèle comme mode de légitimation de l'action privée, notamment par la mise à l'écart du juge, ne va pas au bout du raisonnement. Après avoir justement relevé que, compte tenu de l'évolution dénaturante précédemment retracée, « l'accord collectif puisse abriter une décision unilatérale » (ouvrage précité n°607), sans plus d'analyse des intérêts en cause dans cette évolution, pas plus que de la traduction du rapport de force politique qu'elle révèle, l'auteur se borne en quelque sorte au constat du temps qui passe, se contentant de conclure qu'« un modèle juridique est nécessairement tributaire des évolutions législatives. Aussi, l'évolution observée du modèle de l'accord collectif de travail n'est peut-être qu'une transformation, majeure malgré tout de celui-ci. Sa diffusion contribue indéniablement à ce mouvement » (ouvrage précité n°706).

Il n'est pourtant pas indifférent que les accords collectifs de travail et particulièrement leurs effets progressistes (comme dit l'auteur), soient nés de la recrudescence des luttes ouvrières qui se sont multipliées à la fin du XIXème siècle, une vingtaine d'années après la première révolution prolétarienne que fut la commune de Paris et de l'émergence des théories socialistes et communistes. Il n'est pas plus curieux que le principe de faveur, lequel constituait l'une de leurs

caractéristiques principales ait été affirmé après les grandes grèves de 36. Il est logique que l'affirmation de la présence syndicale dans l'entreprise ait suivi mai 68.

S'agissant des reculs, ils sont également le fruit des nouveaux rapports de force politiques. Il est tout à fait cohérent que l'entreprise de dénaturation des accords collectifs de travail ait trouvé son commencement avec la sociale démocratie mitterrandienne et tout aussi compréhensible que de nouvelles régressions aient marqué la prise du pouvoir en alternance par les sociaux libéraux et une droite toujours plus dure. Il n'y a enfin rien d'étonnant à ce que ce soient les zélés défenseurs du capital macronistes qui aient inventé l'accord de performance collective, dernier avatar de l'accord collectif de travail.

L'élargissement des libertés données à l'employeur a toujours bien évidemment été justifié par les chantages du libéralisme en droit du travail. Le Président de la chambre sociale de l'époque posait tout simplement en principe que « la meilleure protection du salarié, c'est encore le bon fonctionnement et la compétitivité des entreprises » (Jean-Yves FROUIN, « Le recul du juge en droit du travail », RDT 2020, p. 18 et s.).

Au service de la « compétitivité », c'est-à-dire du taux de marge qui permet de servir les actionnaires, l'accord collectif de travail constituera un outil plutôt performant pour contourner le contrat de travail, qui, bien que parfois fragile, restait l'un des derniers remparts des droits des salariés.

En effet, dès la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, dite « Aubry II », l'accord devait primer sur le contrat de travail. L'employeur n'a pas à solliciter l'accord des salariés, même dans les cas où la durée du travail figurait dans leur contrat, le texte prévoyant que « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail » (anc. art L. 1222-7 CT).

La loi, dite « Warsmann », du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives reprenait le procédé. Instituant un dispositif concernant toutes les formes de modulation mises en œuvre par accord collectif, la loi dispose que, pour les salariés à temps complet la nouvelle répartition des horaires « ne constitue pas une modification du contrat de travail » (art. L. 3122-6 CT ; voir à cet égard Michel MORAND, « L'accord d'aménagement du temps de travail », JCP S 2012, n° 14, 1145).

Dans les deux cas les salariés qui refuseraient les modifications de leur contrat s'exposent à un licenciement individuel, dont l'article 30 II de la loi du 19 janvier 2000 prévoit qu'il ne repose pas sur un motif économique. La Cour de cassation, par une série d'arrêtés rendus le 15 mars 2006 a précisé le régime d'un tel licenciement, « le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus, [devant être apprécié] au regard des seules dispositions de l'accord ». Seul le licenciement pour refus d'une modification résultant d'une mise en œuvre unilatérale d'une réduction du temps de travail est un licenciement économique (voir chron. Philippe WAQUET sous Cass. Soc. 15 mars 2006, n° 05-42.946, RDT 2006, p. 27).

Il n'importe plus alors, que les clauses de l'accord collectif soient plus ou moins favorables que celles qui sont contenues dans le contrat de travail. On pourrait dire que dans le cadre d'une impérativité renforcée, l'accord s'applique au contrat, la seule liberté du salarié consistant à pouvoir refuser – curieuse « liberté » qui consiste à avoir le droit de perdre son emploi (sur la notion d'impérativité renforcée, voir Ylias FERKANE, « Une force juridique renforcée », ouvrage précité, n° 572 et s.).

Ces lois et leur application ouvrent la voie à une transformation des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail, lequel voit son intangibilité de plus en plus malmenée. Cette transformation ne cessera de s'accroître jusqu'à l'effacement presque complet du principe de faveur, inversant la fonction de l'accord collectif de travail au seul bénéfice de l'employeur (voir Ylias FERKANE, « Le progressisme de l'accord collectif de travail remis en cause – 1) La mise à mal d'une logique de faveur », ouvrage précité, n° 582 et s.).

Seulement les exigences du patronat n'allaient pas en rester là et les gouvernements de gauche et de droite, puis ni de gauche ni de droite, allaient servir fidèlement leurs intérêts.

Les accords dits « de gestion », prémisses de l'accord de performance collective

Au nom de la « sécurisation de l'emploi » à la suite de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 signé par la CFDT, la CFTC et la CFE-CGC, la loi du 14 juin 2013 permettait à l'employeur, lorsque l'entreprise connaissait de graves difficultés conjoncturelles et en contrepartie de l'engagement de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, d'aménager par accord d'entreprise la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération des salariés. Selon les rédacteurs de la loi, il s'agissait de limiter la destruction d'emplois face à un choc conjoncturel. Le refus de l'application de l'accord par l'un ou plusieurs salariés, entraînait leur licenciement, lequel était prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique (art. L. 5125-2 CT abrogé).

Les accords de mobilité interne issus de la même loi du 14 juin 2013 connaissaient un régime similaire (art. L. 2242-23 CT abrogé).

La loi du 8 août 2016 (dite El Khomri) prétendait, quant à elle, sécuriser les parcours professionnels à travers une nouvelle catégorie d'accords, qui permettaient à l'employeur d'aménager notamment la rémunération, la durée ou les horaires de travail, sans toutefois diminuer la rémunération mensuelle des salariés. Ce dispositif devait, selon ses promoteurs non seulement préserver, mais développer l'emploi, s'inscrivant dans la logique du rapport Combexelle (septembre 2015), lequel préconisait dans sa proposition no 42 d'instituer « une règle faisant prévaloir dans l'intérêt général et l'intérêt collectif des salariés, les accords collectifs préservant l'emploi sur les contrats de travail ». Cette proposition s'appuyait sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 15 mars 2012 (Cons. const. 15 mars 2012, no 2012-649 DC), avait admis que la loi puisse prévoir la prévalence de l'accord collectif sur le contrat de travail dès lors qu'il s'agit de répondre à un motif d'intérêt général. Cependant, à la différence des accords de maintien de l'emploi, ces accords pouvaient être conclus hors des situations de difficultés conjoncturelles graves, et plus généralement de difficultés économiques, dans une logique prospective, toujours au nom du droit de l'emploi. En réalité, il s'agissait de permettre aux entreprises d'adapter le coût du travail aux variations d'activité et de la conjoncture. Il n'est pas indifférent de souligner que l'accord devait comporter un préambule indiquant notamment les objectifs en matière de préservation ou de développement d'emploi, l'absence de préambule entraînant la nullité de l'accord (art. L. 2254-2 CT abrogé). Comme dans les accords précédents, le salarié qui refusait la modification de son contrat de travail était licencié dans les conditions applicables au licenciement pour motif économique, mais la rupture ne reposait pas sur un motif économique : elle reposait sur un motif spécifique constituant une cause réelle et sérieuse (art. L. 2254-2 CT abrogé).

En dernier lieu, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, complétée par la loi de ratification des ordonnances dites Macron du 29 mars 2018, a opéré un pas supplémentaire s'inscrivant très exactement dans la foulée des dispositifs conventionnels précédents. C'est ainsi que l'accord collectif de maintien de l'emploi, issu de la loi du 14 juin 2013 (gouvernement AYRAULT), et l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi, résultant de la loi du 8 août 2016 (gouvernement CAZENEUVE), ont été remplacés à compter du 24 septembre 2017 (gouvernement PHILIPPE) par un modèle unique : l'accord de performance collective.

Il s'agit d'un nouveau type d'accord pouvant être conclu en dehors de toute justification fondée sur des difficultés économiques. A la différence des précédents, hormis l'existence d'un préambule, qui doit mentionner ses objectifs – obligation au demeurant relativement platonique, dans la mesure où son absence n'entraîne pas la nullité –, aucune clause obligatoire n'est imposée dans l'accord de performance collective.

En outre, l'objet de l'accord de performance collective est largement défini. L'article L. 2254-2 du Code du travail, qui définit le régime en précise les objets ou cas de recours possibles : « I. – Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord de performance collective (...) »

Trois possibilités sont donc ouvertes par la loi concernant l'objet de l'accord. Ce peut être la préservation de l'emploi, le développement de l'emploi ou la poursuite de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. La seule exigence posée par l'article L. 2254-2 du Code du travail consiste en effet dans l'obligation pour les signataires de tels accords de définir précisément l'objet de l'accord conclu, lequel objet doit correspondre à l'un des trois qui viennent d'être cités.

Cet objet que la doctrine appelle encore « cas de recours » (voir Hélène Cavat « Les accords de performance collective – Enseignements d'une étude empirique », RDT 2020, p. 165) permet de déceler ce que pourrait être l'engagement pris par l'employeur en contrepartie des efforts réclamés des salariés, ce qui a permis d'affirmer que : « L'accord de performance collective ayant pour objet la préservation de l'emploi est celui à travers lequel les parties aménagent le temps de travail, la rémunération, voire le lieu de travail, en contrepartie d'un engagement de préserver l'emploi » (Ines Meftah, « L'accord de performance collective », RJS 10/20, 668).

Cela signifie que l'accord peut comporter des mesures d'aménagement de la durée du travail, de ses modalités d'organisation et de répartition ; de la rémunération dans le respect des salaires minima hiérarchiques ; déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise, autant que lesdites mesures permettent d'atteindre l'objectif qu'il s'est fixé. La mention de l'objet figurant dans l'accord est donc essentielle pour en vérifier sa conformité avec la loi.

Dans une affaire récente concernant la société SERVAIR, le juge à qui il était demandé en référé d'ordonner la suspension de l'accord de performance collective signé dans l'entreprise prônait un contrôle effectif de ce que l'un des objectifs légaux était « non seulement formellement recherché par l'accord, mais qu'il l'est réellement ». Cependant, le même juge refusait de vérifier tant l'opportunité que la proportionnalité des mesures inscrites dans l'accord à l'objectif inscrit dans le préambule, à savoir « la préservation de l'emploi ». Il est dès lors mal aisé de saisir en quoi un tel contrôle pourrait avoir une quelconque effectivité. Or, comme il sera vu par ailleurs, il entre pleinement dans l'office du juge de vérifier si les choix opérés par les signataires d'un accord sont conformes à la loi et notamment de vérifier si le contenu dudit accord est conforme à l'objet prétendu, tel que défini par la loi.

Accord ou mesure unilatérale de l'employeur ?

Dans l'affaire SERVAIR ci-dessus évoquée, la direction de la société n'hésitait pas à soutenir dans sa défense que la critique des clauses de l'accord de performance collective opérée par le syndicat devant le juge constituait une atteinte à son pouvoir de gestion. Il apparaît que, dans un élan de sincérité inhabituel dans le prétoire, l'employeur assumait la plus parfaite expression de « la négociation comme mode d'expression d'un pouvoir », en l'occurrence du son pouvoir unilatéral de gestion de son bien : l'entreprise.

D'une part, ce moyen de défense n'était guère sympathique pour ses affidés, les syndicats signataires qui plaidaient à ses côtés, étalant devant eux le peu de cas qu'il faisait de leur signature. Il serait intéressant de savoir ce que les « partenaires sociaux » de SERVAIR pensent de cette sincérité soudaine de l'employeur au sujet de sa manière de montrer que l'accord de performance collective a été conçu comme un acte unilatéral.

Par ailleurs, il est piquant d'observer que la direction de SERVAIR n'hésitait pas à demander que soit traité comme des « choix de gestion de l'employeur », ce qui était pourtant formellement présenté comme un accord collectif conclu avec des syndicats. Il faut dire que compte tenu des conditions de leur signature, la nature des « accords » de ce type est discutable. Ce sont, au mieux,

des contrats d'adhésion, sinon des actes unilatéraux de l'employeur déguisé en accords collectifs grâce à la complaisance de syndicats survivant grâce à cette connivence (Voir à cet égard l'analyse très éclairante d'Ylias FERKANE, « La négociation comme mode d'expression d'un pouvoir », ouvrage précité, n°607 et s.).

Cependant, la nature véritable de l'accord de performance collective n'est pas seule en cause. Ses effets sont considérables.

Il a en effet été relevé que l'accord de performance collective est le « support juridique permettant d'imposer au salarié une modification de son contrat de travail : un outil de flexibilisation du droit du travail, d'atteinte au contrat individuel » (G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective », Semaine sociale Lamy, 31 août 2020, n° 1918, 9 et s.).

Enfin, l'article L. 2254-2 du Code du travail donne le choix au salarié de refuser l'allongement de son temps de travail pour un salaire moindre, éventuellement accompagné d'une mobilité professionnelle qui dégrade ses conditions de travail, comme dans l'affaire SERVAIR déjà citée. Cependant, ce refus lui coûtera son emploi, dans les conditions prévues par la loi, laquelle précise que « ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20. »

Il ne s'agit donc pas d'une rupture relevant du régime du licenciement économique, mais de ces licenciements dits « sui generis », qui laissent le salarié « libre », mais sans droits.

Une révolution copernicienne

Les accords collectifs de travail sont nés des accords de fin de conflit garantissant la protection des droits conquis par les salariés.

Ils ont été ensuite conçus dans leur rapport avec le contrat de travail comme habités par le principe de faveur, consubstantiel à l'effet impératif (Voir sur ce point Hélène CAVAT, thèse précitée, n°342)

Enfin, partant des accords dérogatoires nés des lois Auroux de 1982 jusqu'à l'accord de performance collective, une lente révolution s'est opérée permettant que l'accord collectif de travail puisse devenir un véritable instrument de régression sociale au service des patrons.

En effet, par l'institution d'un accord désormais unique pour remplacer les différents accords collectifs sur l'emploi, l'ordonnance du 22 septembre 2017 ne se borne pas à poursuivre un but d'harmonisation. En réalité, le législateur a offert au patronat une avancée encore considérable dans la dénaturation des accords collectifs de travail. Dans cette évolution, comme l'a écrit Hélène CAVAT, « il n'est plus seulement question de la « sauvegarde » du pouvoir de l'employeur mais bien de son amplification » (Hélène CAVAT, thèse précitée, n°342).

L'extrême liberté accordée aux employeurs à travers l'élargissement et la plasticité des cas de recours, totalement affranchis de la condition de l'existence de difficultés économiques, à laquelle s'ajoute une libéralisation du contenu des accords, contribuent à en faire un instrument efficace au bénéfice d'un accroissement de la productivité et en même temps une baisse du coût du travail.

C'est là que l'on retrouve un postulat fort utile à ces visées, posé par une doctrine éminente : « la meilleure protection du salarié, c'est encore le bon fonctionnement et la compétitivité des entreprises » (Jean-Yves FROUIN « Le recul du juge en droit du travail », RDT 2020. p. 18 et s.).

Erigeant faussement la préservation de l'emploi comme finalité de l'activité conventionnelle, les employeurs et ceux qui les servent, défendent leurs intérêts.

Cependant, nous savons tous que la force qui est donnée aux accords scélérats que nous avons passés en revue ci-dessus ne tient nullement à une quelconque efficacité dans la préservation de l'emploi dont il est démontré qu'elle n'a aucune existence, mais à la qualité de leurs signataires. Ceux-ci prétendent représenter les travailleurs. Or il est démontré que la représentativité prétendue n'est qu'une fiction. Il est temps de lever le voile.

B. L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE, STADE SUPRÊME DE LA GESTION PATRONALE

Étant donné le régime singulier dont ils bénéficient et l'effet sans précédent sur le contrat de travail qui leur est octroyé par la loi, les accords de performance collective suscitent une interrogation majeure : celle de leur contrôle.

Une question dont l'enjeu est redoublé par le succès de ce dispositif, qui a suscité un grand intérêt dès son entrée en vigueur. Alors que ses prédécesseurs n'ont été que très peu mobilisés, on dénombre au moins 120 accords de performance collective conclus en 2018, année de l'entrée en vigueur du dispositif (Hélène CAVAT, « Les accords de performance collective », article précité). Et le succès se confirme par la suite, avec un nombre exponentiel d'accords conclus. Au total, sur l'année 2020, 490 accords de performance collective sont recensés (Mathilde PESENTI, « Les accords de performance collective : quels usages durant la crise sanitaire ? », DARES Analyses n° 66, 23 novembre 2021). On en serait au total, depuis la création du dispositif, à plus de 1300 accords conclus.

Comparé au nombre d'accords d'entreprise conclus en France chaque année (76 820 en 2021 ; voir le « Bilan de la négociation collective en 2021 », DGT), le nombre d'accord de performance collective pourrait sembler insignifiant. Une analyse plus fine convainc du contraire. Les différents organismes de statistique publique, comme la Dares par exemple, ont l'habitude de raisonner « hors accords de participation, d'intéressement, et d'épargne salariale », car ceux-ci représentent autour de la moitié des accords d'entreprise conclus, et se rapprochent, de fait, d'une formalité puisqu'ils bénéficient d'incitations fortes des pouvoirs publics. Comparé à près de 35 000, le nombre d'APC paraît déjà moins anecdotique. Mais surtout, il suffit de rapprocher ce chiffre avec le nombre d'accords conclus sur certains thèmes très courants, tel que le télétravail (2 000 accords en 2020, 4 070 en 2021), pour s'apercevoir que le nombre d'APC est en réalité considérable – a fortiori, évidemment, compte tenu de ses effets sans précédent.

Enfin, la crise sanitaire n'a pas été sans effet sur le sort réservé à ce dispositif. Ce qui devait arriver, arriva. Elle a donné lieu à une recrudescence spectaculaire du nombre d'accords de ce type, qui en dit long sur la plasticité de cet outil et sur le rapport étroit et particulièrement dangereux qu'il entretient avec le droit de crise – nous y reviendrons plus bas.

Mais si un enjeu tout particulier entoure cet objet nouveau en droit du travail, ce n'est pas seulement du fait de son succès, mais surtout en raison de l'affranchissement de tous verrous dont le régime de l'APC fait l'objet et de son effet dévastateur sur les conditions de travail et d'emploi, comme sur le contrat de travail lui-même. Sa soumission à un certain contrôle n'en est que plus urgente.

Un contrôle à construire

- Quelle finalité ?

La force singulière de l'APC vis-à-vis du contrat de travail a suscité un contentieux, rare mais remarqué, relatif au motif du licenciement subséquent. À ceux qui s'étonnent du peu de décisions

rendues à ce sujet, au point d'y voir la preuve du caractère inoffensif du dispositif, on rappellera que le dispositif tire précisément sa force de sa « sécurisation », à savoir la quasi-immunité que lui confère son régime légal.

Le contentieux n'est toutefois pas inexistant. La Cour de cassation a esquissé une marche à suivre dans un arrêt du 2 décembre 2020 (Cass. soc. 2 déc. 2020, n° 19-11.986, RDT 2021, p. 104, I. MEFTAH), rendu à propos des accords de mobilité interne, mais ayant vocation à s'appliquer aux APC alors déjà en vigueur.

Dans cet arrêt la Cour dessine un contrôle du motif du licenciement subséquent à l'accord, malgré les contradictions du texte légal, et comme l'y invitait le Conseil constitutionnel (Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC). Au visa de la convention n° 158 de l'OIT, elle exclut le contrôle de la justification du licenciement sur le terrain classique du motif économique, mais affirme qu'il appartient bien au juge d'apprécier son caractère réel et sérieux, au regard de la conformité de l'accord à son régime légal et de sa justification par les « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » (formule dont le flou rend évidemment toute contestation ardue – les employeurs ne s'y sont d'ailleurs pas trompés, 76 % des APC conclus en 2018 le sont au nom des « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise », voir Hélène CAVAT, article précité). Quitter les rives connues de l'appréciation de la cause réelle et sérieuse, riches de décennies de jurisprudence, compromet évidemment l'effectivité du contrôle – sans surprise cependant puisque c'était bien là l'objectif poursuivi par le législateur avec l'invention d'un licenciement sui generis. Mais même réduit à la vérification de la justification de l'accord et de sa conformité à la loi, le contrôle n'est pas sans poser d'importantes difficultés : qu'est-ce donc que la justification d'un accord ? Outre qu'il est contestable que l'accord puisse être « causé » par ses finalités, contrairement à ce qu'ont pu suggérer des auteurs en doctrine, l'idée sous-jacente est que les licenciements « doivent » leur justification au « motif » de l'accord – la cause réelle et sérieuse serait comme métabolisée par un avatar de son homonyme civiliste. Convoquer le « motif », à propos de l'accord, au prix d'un travestissement certain, permet de donner l'illusion que l'accord, en lui-même, satisfait une exigence de justification (mais alors, laquelle ?), exonérant ainsi l'employeur d'avoir à justifier tant la réorganisation que les suppressions ou modifications d'emplois subséquentes.

« Finalités », « objets », « motifs » de l'accord... Face à l'imprécision totale du gouvernement – et pour cause, l'ordonnance en question s'affranchit de toutes les catégories cardinales du droit du travail –, on est porté à être attentif aux termes de la loi d'habilitation des ordonnances qui se referait, elle, à des « conditions de recours » à l'accord (L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017). Elles seraient dès lors à interpréter strictement. À la manière des contrats à durée déterminée, contrats d'exception ne pouvant être conclus que dans des situations énumérées par la loi. Ce serait la moindre des choses étant donné le régime dérogatoire des APC, doté d'un effet singulièrement invasif à l'égard du contrat de travail. Une récente illustration plaide en ce sens : dans un arrêt du 16 février 2022, la chambre sociale condamne à la nullité tout accord générique prévoyant le régime spécifique aux APC – suspension des clauses contractuelles contraires et licenciement « pour un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » – sans remplir pour cela les conditions de recours prévues par la loi (Cass. soc. 16 fév. 2022, n° 20-17.644).

Mais l'intensité de ce contrôle reste sujette à caution.

Or, étant donné la nature « finaliste » de ces cas de recours à l'accord, le contrôle devrait nécessairement apprécier l'adéquation des mesures. Il ne peut en aucun cas se borner à la mention de la finalité de l'accord – ce qui reviendrait à ériger la simple volonté déclarative en seul critère de qualification. Contrôler le motif, a fortiori un cas de recours, implique nécessairement de contrôler sa réalité, c'est-à-dire son existence réelle et matériellement vérifiable, mais également sa pertinence : l'OIT rappelle qu'aux termes de l'article 9.3 de la convention, en cas de licenciement motivé par les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, le tribunal devra être habilité à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, et non pour d'autres raisons qui pourraient s'avérer contraires à la convention.

De plus, le contrôle doit nécessairement comprendre l'appréciation de la loyauté des négociations, tant par rapport au processus qu'au regard des objets de l'accord (en ce sens, v. l'avis de l'avocate

générale Mme Berriat rendu dans l'affaire ayant mené à l'arrêt du 2 décembre 2020). Attention toutefois, si la « loyauté » dans les négociations est une figure montante aujourd'hui, à laquelle se raccroche la Cour de cassation, c'est comme palliatif de l'absence d'un réel contrôle sur les terrains plus classiques en droit du travail. Et encore, même avec ces préventions, ce contrôle n'est-il pas encore acquis. Dans le contentieux SERVIAIR, par exemple, pour l'instant, le juge reste indifférent à la circonstance que l'employeur n'a pas hésité à négocier un accord de méthode annonçant un accord d'APLD et de RCC, pour finalement abandonner l'APLD et mettre en place un APC en parallèle de la RCC... Pourtant, la pratique est évidemment déloyale et l'enjeu est d'autant plus important qu'elle semble systématique : il n'y a qu'à rester dans le même aéroport, voir le même avion pour la rencontrer à nouveau : la société ADP a mené en 2020 des négociations conduisant à un accord de RCC (suite à l'échec des négociations d'un APC et d'un accord d'APLD) et a adressé, seulement un mois après, aux représentants du personnel un projet de modification des contrats de travail et un projet de PSE. La CA de Paris, ayant à juger de la validité de ce PSE simultané, n'y a pourtant rien trouvé à redire. Alors même que pour la RCC, l'éviction du droit du LME n'est possible qu'à condition que soit exclu « tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois » et que l'administration du travail avait rappelé que la RCC « n'a pas vocation à être mise en œuvre simultanément à un PSE » (Questions-Réponses sur la RCC, DGT, 2018). Pourtant, en l'espèce, le montage était particulièrement contestable puisqu'un salarié déclinant « l'opportunité » d'un départ dans le cadre de la RCC, pouvait se voir proposé une modification de son contrat (pouvant induire jusqu'à 15 % de perte de salaire) et être licencié dans le cadre du PSE en cas de refus. Ne pas prendre en compte ces entorses manifestes est tout particulièrement inexplicable à l'heure où le « dialogue social » est encensé de toute part... sauf à ce qu'il soit ainsi reconnu qu'il n'est que le cache-sexe du pouvoir patronal.

Enfin, le contrôle des mesures contenues dans l'accord s'impose afin de s'assurer de leur opportunité ou adéquation et de leur proportionnalité au regard de la finalité annoncée. Dans l'arrêt du 2 décembre 2020, aucun gage n'est donné en ce sens. Toutefois dans le seul autre arrêt dont on dispose sur cette question, le contrôle de proportionnalité n'avait pas été écarté par la Cour (Cass. soc. 11 déc. 2019, n° 18-13.599, RDT 2020, p. 119, M. KOCHER) – elle avait alors précisé que s'il n'avait pas été effectué en l'espèce, c'est qu'il n'avait pas été demandé par le salarié avant le stade du pourvoi. Du reste, si la Cour y validait le contrôle opéré par la cour d'appel de la « nature » et non de « l'ampleur » des mesures, elle rappelait toutefois que les cas de recours doivent être interprétés strictement : or pour ce faire, les moyens mobilisés pour atteindre le but que s'est fixé l'accord doivent être contrôlés, sous peine d'invalider la finalité même et donc la conformité avec un cas de recours prévu par la loi. Ici encore, le cas SERVIAIR fournit une illustration éloquent : tandis que l'employeur invoque comme finalité de l'accord celle de « préserver l'emploi », il lui fixe comme objectif de réduire de 10 % la masse salariale. En toute hypothèse, le raisonnement tenu par l'employeur, s'il était sincère, se heurterait à un problème de logique. En effet, si les mesures en cause aboutissent à faire travailler plus chaque salarié de l'entreprise, pour un salaire moindre, leur seul effet sera de permettre une diminution du nombre de salariés de l'entreprise, probablement ainsi la réalisation d'économies pour l'entreprise, mais en aucun cas de préserver l'emploi.

Le contrôle peut trouver un point d'appui dans un rapport publié début 2022, à propos de l'accord de performance collective, où l'OIT exhorte à un « véritable contrôle judiciaire » (Rapport OIT, 16 février 2022). L'exhortation est limpide – de la part, qui plus est, d'une institution qu'on ne peut soupçonner d'être défiante vis-à-vis du dialogue social, bien au contraire. Il rappelle qu'« il incombe au juge national de déterminer si cette notion de nécessité de fonctionnement de l'entreprise a été effectivement respectée au sens de l'article 4 de la convention » et qu'il doit être en mesure d'exercer « un contrôle effectif et non seulement formel du motif de licenciement ». Rappel à l'ordre adressé au législateur, dont il n'a pas échappé au comité qu'il avait calibré les contours du régime de l'APC de sorte à limiter l'intervention du juge. Mais rappel à l'ordre à l'égard du juge également, qui ne saurait s'abstenir de tout contrôle, ni même – et là se trouve le véritable apport du texte – se contenter d'un contrôle formel. Une invitation, malgré la faveur dont jouit le produit de la négociation collective aujourd'hui, à dépasser l'un des artifices principaux permis par l'ingénierie singulière de cette nouvelle classe d'accords collectifs de réorganisation.

À supposer que l'on admette la nécessité de ces deux pendants du contrôle – contrôles de réalité et de pertinence du « motif », impliquant un contrôle de proportionnalité des mesures – deux raisons ne manqueront cependant pas d'être avancées à l'encontre de ce « contrôle véritable » : liberté d'entreprendre et raison conventionnelle. Sans pour autant convaincre.

En témoigne le contentieux SERV AIR, comme évoqué plus haut, dans lequel la partie patronale joue sur les deux tableaux. En cela, il est révélateur d'une logique de fond en droit du travail aujourd'hui. Aux fins d'immuniser l'opération, c'est tantôt le ressort conventionnel de ce dispositif qui est mis en avant, tantôt la notion de « choix de l'employeur » pour se raccrocher à la jurisprudence SAT et ainsi prôner l'abstention du juge. Pourtant, comme le rappelle un auteur, l'imputabilité de la réorganisation ne fait aucun doute (« c'est l'employeur qui décide de la restructuration ; c'est lui encore qui décide de la mesure de mobilité individuelle dans sa formulation et du salarié qui en est le destinataire ; c'est enfin lui qui décide de licencier le salarié » – M. KOCHER, note précitée), de sorte à plaider pour un contrôle plus substantiel sous peine de « masquer l'exercice d'un pouvoir et de l'extraire du régime de la justification qui est le sien ». On ne peut invoquer simultanément la non-immixtion du juge dans les choix de gestion de l'employeur au nom de la liberté d'entreprendre, et son abstention au nom de l'autonomie des acteurs de la négociation collective. Du moins ne peut-on pas se prévaloir d'une immunité sur les deux terrains.

- Quel objet, et quel effet ?

Jusqu'ici le peu de débat judiciaire relatif à l'APC avait essentiellement porté sur le contrôle des « finalités » de l'accord. Mais récemment, il a également porté sur les conditions de validité même de l'accord, suscitant ainsi l'intérêt.

Pour la première fois, à notre connaissance, un APC a été annulé. Dans l'arrêt rendu le 6 février dernier, la cour d'appel de Nancy annule l'accord organisant le déménagement d'un site, au motif qu'il ne peut « avoir pour objet ou pour effet de supprimer des postes » (CA Nancy, 6 février 2023, n° 21/03031). Ce faisant, elle admet qu'un APC puisse être mobilisé pour la fermeture d'un établissement – un cas fréquent dans la pratique puisqu'un quart des APC conclus en 2018 procédaient à une telle fermeture – ce qui est particulièrement contestable. Le ministère du travail lui-même avait d'ailleurs adopté une position contraire, en prohibant un tel usage au motif qu'il constitue « un abus de droit destiné à contourner les dispositions prévues aux articles L. 1233-2 et suivants du Code du travail » (Questions-Réponses sur l'APC, DGT, 2020). Mais elle y pose toutefois un garde-fou : l'accord ne peut « avoir pour objet ou pour effet de supprimer des postes » – ce qui est caractérisé en l'espèce car l'employeur n'avait pas procédé au remplacement de l'ensemble des postes des salariés licenciés suite à leur refus de l'accord. L'employeur doit donc être en mesure de justifier du remplacement de l'ensemble des salariés licenciés, sous peine, dans le cas contraire, que soit caractérisé le contournement des dispositions relatives aux licenciements économiques.

Une logique similaire anime une autre décision récente (CA Versailles, 24 novembre 2022, n° 20/01405), dans laquelle les juges ont considéré qu'un salarié peut « légitimement s'opposer à la mise en œuvre d'un APC visant à éluder les règles applicables en cas de licenciement pour motif économique, sans que ce refus suffise à justifier son licenciement dans le cadre de l'article L. 2254-2 du code du travail ».

- Quels négociateurs ?

Autre condition de validité, les signataires de l'accord : la cour d'appel de Nancy est la première à se positionner sur la question de savoir si un APC peut être conclu par des négociateurs alternatifs au délégué syndical. La cour invite à poser une question prioritaire de constitutionnalité, mais s'attache, « en son absence » à dessiner un contrôle strict des conditions prévues par la loi pour ce type de négociation : en l'espèce, l'accord avait été signé par des membres du CSE, ce qui requiert, notamment, « l'indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur », « l'élaboration

conjointe du projet d'accord par les négociateurs », « la concertation avec les salariés » (art. L. 2232-29 CT) – une piste intéressante de contestation...

Ces modalités de négociation « substitutive », également introduites dans la loi par les ordonnances Macron de 2017, ne sont pas explicitement écartées par le régime légal de l'APC, mais leur mobilisation est plus que contestable, étant donné la force sans précédent de ce type d'accord – c'est d'ailleurs ce que suggère la décision du Conseil constitutionnel relative aux ordonnances (Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC). Et la question est loin d'être anecdotique. En 2018, les APC étaient conclus à 41 % par des acteurs alternatifs de la négociation. En 2021, cette proportion monte à 49 %. Soit trois fois plus, en moyenne, que pour les accords génériques. Cela indique une pénétration, via les APC, de la « négociation collective » dans les entreprises à effectif réduit, pour laquelle la nature de cet accord n'est pas indifférente. Le prix est élevé : non qu'il faille être défiant quant à l'expression des salariés eux-mêmes à propos de leurs conditions de travail – bien au contraire – mais cette expression, telle qu'organisée par la loi, est biaisée de mille manières. La ratification par les salariés aux deux tiers pose par exemple des problèmes majeurs (tels que des scrutins organisés par l'employeur lui-même, ou ses représentants...), tandis que le référendum « complémentaire » à la signature des syndicats ne représentant que 30 % des voix, peine à cacher que sa seule raison d'être est de contourner l'opposition des syndicats. Enfin, la démarche plébiscitaire des modes de négociation avec des acteurs « alternatifs », dans des petites entreprises où le rapport de force et le lien de subordination sont ceux qu'on connaît, laisse songeur. Surtout, telle que l'organise la loi, il n'est fait appel à l'expression directe des salariés que lorsqu'il s'agit de valider un projet patronal – jamais sinon : nombre de grèves ont eu lieu contre des APC, quelques mois après leur application dans l'entreprise, comme à Bergams à Grigny par exemple, sans qu'à aucun moment cette « expression directe » des salariés ne soit prise en compte.

Un modèle qui fait école

- Un modèle à vocation hégémonique

L'affranchissement de cet accord de tout verrou et la diversification de ses objets potentiels donne un tremplin à ce dispositif. De telle sorte que semble advenir une évolution du droit de la négociation collective, qui était en germe dans la succession effrénée des différentes versions de ces accords jusqu'ici. En effet, le vaste champ des « aménagements » auxquels la loi autorise les employeurs à procéder par APC, son effet particulièrement invasif sur le contrat de travail et le caractère dérogoire du régime du licenciement subséquent sont autant de caractéristiques qui laissent à penser que cet accord pourrait devenir une arme redoutable contre les droits des salariés. À cela s'ajoute que cet accord est utilisé pour des usages particulièrement problématiques du point de vue du droit, tels que pour fermer un établissement, pour revenir sur les 35 heures, pour « homogénéiser » le statut collectif suite à une fusion, pour tenir lieu de « convention collective d'entreprise », etc. En effet, la malnommée mais néanmoins drastique « inversion de la hiérarchie des normes », conjuguée à l'effet rédhibitoire de l'APC sur le contrat de travail, créent les conditions d'un accord d'entreprise véritablement tout-puissant.

Or, le danger de l'APC comme nouveau modèle conventionnel ne relève pas de la pure chimère. Ces traits caractéristiques les plus dérogoires se répandent depuis en droit du travail. Le modèle fait recette.

D'abord, le licenciement sui generis créé pour l'APC, basé sur une forme de présomption de justification synthétisée dans la formule « pour un motif qui constitue une cause réelle et sérieuse » a été introduite, depuis 2018, dans trois nouveaux cas de figure, dont le dernier concerne les transferts « automatiques » accompagnant l'ouverture à la concurrence dans les transports (voir not. art. 3111-16-5 Code des transports). Et pour cause, la force de cet artifice est notoire, qui cumule présomption (« qui constitue une cause réelle et sérieuse ») et fiction (un « motif spécifique » – alors que la *summa divisio* classique du droit du licenciement écarte toute possibilité d'un licenciement de « troisième type »). Le législateur ne s'encombre pas de droit : à chaque nouveau

projet, de nouveaux « dispositifs » juridiques propres – des greffes sauvages peu respectueuses des articulations classiques du droit du travail. L'ère du sui generis en somme.

Ensuite, la prétention des accords de performance collective, en pratique, à se substituer aux normes conventionnelles préexistantes, alors même qu'elle est tout à fait infondée juridiquement, fait aussi école. L'article L. 2254-2 du Code du travail ne règle, ni même n'aborde, cette question. Or, à défaut d'une disposition légale le prévoyant explicitement (comme c'est le cas pour la substitution entre accords de différents « niveaux », prévue explicitement par le législateur – voir les art. L. 2253-5 à L. 2253-7, CT), rien ne permet de dire que les accords préexistants puissent être « substitués », du moins sans que la procédure de révision soit applicable. Comment la seule mention d'une « substitution » par les négociateurs, au mépris du régime de la révision, pourrait-elle produire l'effet recherché ? Non, l'effet substitutif ne peut être que le résultat de la procédure de révision, au risque, à défaut, d'organiser son contournement. Et cela, quelque soient l'autorité normative que s'arrogent eux-mêmes ces accords. Le risque est réel : dans le contentieux SERVAIR, le juge s'est pour l'instant plié à cette prétention démesurée de l'accord, en invoquant l'esprit de la loi... Là où pourtant la lettre devrait suffire à prouver que cette faculté n'a pas été prévue par le législateur, contrairement, encore une fois, à d'autres domaines. Or, là aussi, une logique similaire est mobilisée dans un autre champ, aux enjeux majeurs : dans l'espoir de faire place nette avant l'application de la nouvelle convention de la métallurgie, l'UIMM a inventé « l'avenant de révision-extinction », pour mettre fin aux Conventions Collectives Territoriales sans passer par la procédure de dénonciation. Une manœuvre sanctionnée par la cour d'appel de Chambéry le 24 novembre 22 (n° 22/01427). Elle rappelle que, comme l'a jugé la chambre sociale, « un accord d'entreprise demeure en vigueur tant qu'il n'a pas été régulièrement dénoncé ou mis en cause » (Cass. soc. 25 avril 2001, n° 98-45.195), et qu'aucune disposition du code ne prévoit que la révision peut porter sur la disparation ou l'abrogation totale d'un accord collectif – ce dont il résulte que la procédure de révision ne peut que modifier des normes conventionnelles et non prévoir leur extinction. Pour cela, il faut en passer par la procédure de dénonciation. Le rappel au droit est salutaire, car à voir prospérer ces contorsions tout à fait contraires aux règles cardinales du droit du travail, c'est l'ensemble de l'édifice qui est menacé.

Enfin, et de manière plus générale, le modèle de l'APC révèle un brouillage entre droit de crise et droit de gestion courante. Il tire sa force d'un certain paradoxe. Alors même que, contrairement à ses prédécesseurs, son régime n'est plus arrimé ni à des difficultés économiques ni à l'exigence du maintien de l'emploi ou de quelque contrepartie que ce soit, sont consolidés à la fois son effet impératif renforcé sur le contrat de travail et l'éviction du droit du licenciement. Il brouille ainsi la frontière entre gestion courante et gestion de crise et prospère sur cette confusion. L'accord de performance collective est, par essence, un accord de réorganisation « normalisée ». C'est une illustration éloquente de ce droit d'exception ayant pourtant vocation à durer, auquel le droit du travail sacrifie de plus en plus aujourd'hui (voir également Marie-Laure DUFRESNE-CASTETS, « Un monde à gagner – La lutte des classes au tribunal », Broché, 2017).

- De crise en crise

La crise sanitaire due au Covid a justement fait la démonstration de la vocation de l'APC à épouser les atours d'un accord de crise – comme le fera sans doute la prochaine.

À l'occasion de la dite crise, leur essor est considérable : une augmentation de 86 %, si l'on compare les trois trimestres antérieurs et postérieurs au premier confinement, au mois de mars 2020 (Mathilde PESENTI, étude précitée). La dégradation des conditions de travail et d'emploi opérée grâce à ces accords est drastique. La part des APC prévoyant une baisse des rémunérations augmente : 80 % traitent d'un repli des primes fixes (contre 76 % avant-crise), 71 % d'une diminution de la part variable (contre 57 %), 68 % d'un recul du taux horaire (contre 7 %). La baisse du temps de travail est beaucoup plus fréquente pour des raisons évidentes (12,5 % des APC traitant de la durée du travail en 2018, contre 35 % en 2020), mais alors même que le patronat invoque une activité largement freinée, la hausse de la durée de travail est toujours majoritaire parmi les accords !

De même, l'absence de réelle visée à préserver l'emploi se confirme, y compris alors que dans bien des entreprises les salaires sont déjà pris en charge par l'État, via l'activité partielle. Et pour cause, bien que présenté comme un dispositif de sauvegarde de l'emploi, l'APC n'en a ni les caractéristiques, ni la fonction. La « préservation de l'emploi » n'est que l'un des trois motifs invocables pour sa conclusion. Et ni engagement, ni contrepartie ne sont exigées de l'employeur. Les initiateurs de ces accords ne s'y sont pas trompés : en 2018 seuls 10 % des accords comprenaient des engagements précis, et 3 % des « efforts » de la part des dirigeants ou actionnaires. Et preuve que ce type d'accord n'est pas mobilisé pour franchir une « crise conjoncturelle » : dans la grande majorité des cas, ils ne sont pas limités dans le temps et même en pleine crise sanitaire, la part d'accords à durée déterminée ne passe que de 25 % à 50 %. Les renoncements des salariés peuvent donc être indéfinis et installer, en tant que tels, une régression de long terme. D'autant que la crise a également généralisé les imbrications de différents accords simultanés, tendance dangereuse qui s'accroît (APC, RCC, APLD, PSE, etc.).

En vérité, la crise fait figure d'alibi, et l'image d'un dispositif de maintien de l'emploi tient, comme pour d'autres, uniquement au postulat aussi répandu qu'il est peu interrogé, selon lequel l'adaptation permanente et la sécurisation des entreprises seraient in fine la meilleure protection pour l'emploi.

- Des « partenaires sociaux » à son image

Pour les APC conclus ces dernières années, le chantage à l'emploi est incontestable. Fondamentalement, il s'agit de ces affaires où « les employeurs et leurs complices reviennent aux pratiques du XIX^{ème} siècle, prétendant échanger la survie matérielle et sociale des travailleurs, c'est-à-dire la possibilité de conserver leur emploi, contre l'acceptation de l'exploitation » (voir Marie-Laure DUFRESNE-CASTETS, ouvrage précité, p. 25).

Dès lors, si des voix s'élèvent qui brandissent « l'intérêt collectif » pour justifier ces accords, qui permettraient « de faire primer l'intérêt de la collectivité de travail sur celui du travailleur individuel » (voir par exemple J. Barthélémy et G. Cette, Tribune, Le Monde, 29 août 2020), et dont la signature syndicale immuniserait à toute contestation ou contrôle, c'est au prix d'un renversement historique. L'intérêt des salariés devient un « intérêt individuel », tandis qu'est désignée comme « l'intérêt collectif » – qui a longtemps consisté à faire front commun face au pouvoir de l'employeur – une nouvelle déclinaison de l'intérêt de l'entreprise, étendard de l'intérêt des dirigeants ou actionnaires. Une inversion dont le régime de l'APC est fondamentalement porteur. En cela, il est bien le symptôme d'une époque.

À la faveur de ce mouvement, s'accroît le rôle de la négociation collective comme simple technique de gestion, tournée vers le dépassement des antagonismes d'intérêts entre employeurs et salariés et l'accroissement du pouvoir de l'employeur. Le partage feint sert un exercice sans partage du pouvoir. Ce « mode de normativité » conventionnel engendre non seulement des accords collectifs d'entreprise tout puissants, mais également des « partenaires sociaux » à son image, légitimes parce que pouvant signer des accords – mouvement que la loi de 2008 a accéléré en accentuant le rôle de la légitimité électorale, comme on l'a vu plus haut. Au point qu'une contradiction ne peut que venir à s'exacerber : à force de promouvoir les organisations syndicales dans ce rôle de caution des régressions sociales, leur légitimité, nécessaire à la logique de ces dispositifs conventionnels de gestion – puisqu'il est prétendu qu'elle justifie l'éviction du droit du licenciement pour motif économique et l'écrasement de la volonté individuelle – n'est-elle pas susceptible de s'étier ?

Est-ce, au fond, sous cet angle, que peuvent être lus les appels qui se multiplient à l'élargissement des conditions de recours au référendum, au prétexte de la nécessité de faciliter, à la faveur de la crise économique, la conclusion d'APC salutaires ? En réalité celui-ci jouit déjà de l'application la plus large, il s'agirait donc de permettre d'y avoir recours y compris lorsque l'employeur ne dispose pas même d'une minorité syndicale sur laquelle s'appuyer. Sous couvert de promouvoir une nouvelle source de légitimité, celle d'une « démocratie directe » – notons que s'exprime ainsi

une conception bien étrange de la démocratie, qui consiste en la faculté généreusement offerte de choisir la branche d'une alternative, dont l'autre mène directement à un licenciement justifié, le tout dans le cadre de l'entreprise, c'est-à-dire d'un rapport fondamental de pouvoir et de subordination – il s'agirait de faire subir à l'expression directe des intérêts des travailleurs, qui n'a nul besoin d'être avalisée par la loi, la même instrumentalisation, au prix d'une dénaturation semblable, que celle qu'a subi la négociation collective au cours du XXème siècle.