

Mieux distinguer le droit syndical et le droit de la négociation collective

Bilan et propositions d'évolution des nouvelles règles de représentativité syndicale

Sophie Bérout, maître de conférences en science politique, Triangle, Université Lyon 2
Karel Yon, Chargé de recherches CNRS, CERAPS, Université Lille 2

Cette contribution s'appuie sur le travail réalisé pour la DARES dans le cadre de deux conventions de recherche passées en 2009 et 2011. Avec plusieurs collègues, nous avons documenté le processus de mise en oeuvre de la réforme de la représentativité dans le secteur privé en nous demandant en priorité quels étaient les effets de la réforme sur les pratiques syndicales : celle de 2008 dans les entreprises dotées d'institutions représentatives du personnel mais aussi celle de 2010 organisant le vote des salariés des très petites entreprises. Nos terrains d'enquête ont principalement porté sur des entreprises de secteurs divers, mais nous avons également étudié l'impact de la réforme dans les branches professionnelles et sur les organes interprofessionnels des organisations syndicales. La démarche monographique, centrée sur l'étude qualitative de cas contrastés, a permis de souligner la diversité des logiques des acteurs et l'importance du contexte. Les deux rapports présentant les résultats de nos recherches sont librement téléchargeables. Ils fournissent l'arrière-fond empirique sur lequel s'appuient les réflexions présentées ici.

À l'issue de trois années d'enquête (2010-2012), nous avons pu constater que **les deux piliers de la réforme – la suppression de la règle de présomption irréfutable de représentativité et la consolidation du principe de l'accord majoritaire – semblent avoir franchi l'épreuve de la pratique**. Il nous semble que **c'est sur des points secondaires mais non moins déterminants des nouvelles règles de représentativité que des évolutions pourraient être engagées**. Ces évolutions tendraient à **opérer une clarification nécessaire entre les deux dimensions affectées par la réforme : la négociation collective et l'action syndicale**.

1. Le constat : une appréciation nuancée de la réforme

Pour un bilan détaillé de la mise en oeuvre des nouvelles règles de représentativité, nous renvoyons aux rapports et, pour un résumé des principaux enseignements de nos recherches, aux synthèses qui leur sont jointes¹. Nous voudrions surtout attirer l'attention ici sur la nécessité de procéder à un bilan nuancé de la réforme, prenant en compte ses aspects contradictoires. En effet, si les deux piliers de la réforme semblent avoir été confortés par l'épreuve de la pratique, d'autres points ont posé problème et menacent la pérennité du nouveau dispositif.

Du point de vue de l'encadrement de la négociation collective et surtout de la validation des accords, les appréciations recueillies sont généralement favorables au nouveau dispositif, y compris de la part de syndicalistes membres d'organisations qui se sont opposées nationalement à cette réforme, même si la réalité de la négociation sociale est bien entendu très variable d'une entreprise à l'autre, selon les secteurs et la taille de l'entreprise. **Les nouveaux seuils de validation et d'opposition pour les accords collectifs sont appréciés comme des moyens de donner une plus grande légitimité aux accords**. Ils n'ont pas semblé entraver le « dialogue social ». Certains critiquent encore ces dispositions au nom de la liberté de négociation, mais leur extension dans des dispositifs juridiques ultérieurs (on pense à la majorité de 50 % requise pour les accords de « maintien de l'emploi ») montre qu'ils figurent désormais comme un critère essentiel de

¹ Premier rapport: http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/60/95/06/PDF/Rapport_Representativite-Anonymise.pdf ; deuxième rapport : http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/83/04/49/PDF/Rapport-representativite-DARES_2_mars_2013-VF.pdf

légitimation de la négociation collective, particulièrement au niveau des entreprises. De ce point de vue, c'est sans doute moins la question des majorités d'engagement et d'opposition que la pertinence de la négociation d'entreprise comme instrument de régulation des relations de travail dans une économie globalisée qui mériterait discussion. **On a également pu constater que les seuils pouvaient contribuer à une meilleure lisibilité des enjeux syndicaux** en incitant les organisations à conclure ou stabiliser, sinon des alliances au moment des élections, au moins des partenariats dans les arènes de négociation. C'est particulièrement net au plan national interprofessionnel avec l'arc autoproclamé « réformiste » unissant CFDT, CFTC et CFE-CGC.

Autre changement décisif : la suppression de la présomption irréfragable de représentativité, qui ne bénéficiait qu'aux syndicats affiliés aux cinq confédérations « historiques ». Les effets attendus de ce changement de la part d'organisations comme l'UNSA et l'Union syndicale Solidaires ont été au rendez-vous. Quelle qu'ait été leur opinion à l'origine, **les responsables des syndicats outsiders reconnaissent que la réforme a été favorable à leur développement**. Elle a réduit considérablement les risques de contentieux au moment du dépôt de listes pour les élections professionnelles. La plupart des syndicalistes reconnaissent par ailleurs que **les nouvelles règles ont contraint les équipes syndicales à redynamiser leur intervention** sous peine de disparaître. C'est tout aussi net au sein et au-delà des entreprises, la reconnaissance des fédérations et unions interprofessionnelles étant désormais tributaire de performances électorales mesurées à deux niveaux : dans les élections professionnelles et au plan territorial avec le scrutin TPE. Sans avoir d'effets mécaniques sur les organisations syndicales, le nouveau régime de représentativité fait de la question des modes d'organisation et de coordination un enjeu essentiel pour tous les syndicats.

Si le « cœur » de la réforme semble donc plutôt conforté, des problèmes sérieux ont cependant été rencontrés. Ils portent sur des dispositions qui pourraient à première vue sembler secondaires mais qui ont des conséquences décisives. **Le choix de faire reposer tout l'édifice de la représentativité syndicale sur les résultats des élections aux comités d'entreprise et d'établissement a des effets contradictoires**. À première vue, le morcellement syndical a été contenu, puisque le nombre moyen d'organisations en lice au niveau des CE s'est réduit (cf. enquête Reponse 2011). Une analyse plus détaillée montre cependant que ce résultat peut aller de pair avec une dispersion organisationnelle accrue : d'un comité d'établissement à l'autre, ce ne sont pas toujours les mêmes organisations qui se présentent aux élections et qui atteignent le seuil de représentativité. On assiste par conséquent à des **phénomènes de représentativité à géométrie variable qui posent des problèmes d'articulation des niveaux de négociation**, au sein des entreprises quand elles sont dotées de plusieurs établissements, comme entre les niveaux de l'entreprise et de la branche. Ce problème est ressenti par les acteurs syndicaux autant que par les représentants des directions qui doivent gérer des interlocuteurs aux statuts multiples. Beaucoup de syndicalistes pointent en outre des conséquences inattendues de la réforme qui se sont révélées néfastes pour l'action syndicale. Il s'agit de **difficultés accrues pour susciter les vocations militantes, assurer l'engagement syndical et sa continuité, qui sont liées au fait que le temps de l'engagement syndical se trouve désormais enserré dans celui des élections professionnelles**. Des décisions de jurisprudence ont parfois conforté cette impression en redéfinissant les périmètres de désignation des délégués syndicaux ou en interdisant à une section de cumuler les mandats de DSC et RSS dans une même entreprise. Sans parler de la propension de certains employeurs à jouer avec les règles en profitant de la faiblesse syndicale pour instrumentaliser des sections.

Cette appréciation contrastée apporte un éclairage essentiel : même si la réforme de la représentativité a été envisagée par les syndicats qui la soutenaient comme un levier de « revitalisation syndicale », **les changements concrets introduits par la réforme ont principalement été pensés en fonction de l'objectif de sécurisation juridique de la négociation collective, sans réflexion approfondie quant à leurs conséquences sur les pratiques syndicales**. Les nouvelles règles de représentativité, quand bien même elles n'entendaient intervenir que sur la

capacité *juridique* de représentation (c'est-à-dire l'aptitude à négocier, signer, valider et contester des accords collectifs), ont des conséquences en retour sur les capacités *sociales* de représentation (c'est-à-dire sur la capacité syndicale d'intégration et de mobilisation des groupes sociaux). Nos propositions visent donc à reconnaître cet aspect pour tenter de contrôler les effets inattendus des nouvelles règles de représentativité.

2. Les propositions : mieux distinguer le droit de la négociation collective du droit syndical

Il ne peut y avoir de « démocratie sociale » sans acteurs forts et légitimes pour l'animer ; pas de négociation collective équilibrée, exigeante, productive, innovante, sans organisations syndicales fortes, en lien étroit avec leurs mandants, représentatives des salarié-e-s dans leur diversité. Pour que des interactions authentiques s'opèrent entre représentants des salariés et du patronat, il faut que les uns et les autres puissent engager séparément des interactions authentiques avec celles et ceux qu'ils entendent représenter.

C'est à cette fin qu'il nous semble nécessaire de mieux distinguer le droit de la négociation collective et le droit syndical. Ce qui suppose en premier lieu de **préciser la fonction des procédures électorales de régulation de la représentativité**. Tenant compte de la spécificité du système français de relations professionnelles où n'existe pas d'incitation forte à l'adhésion, **la réforme a consacré le vote comme le moyen principal de vérifier la légitimité de la délégation syndicale**, c'est-à-dire l'aptitude juridique d'un syndicat à porter la *volonté* d'une collectivité de salariés, qu'il s'agisse d'une catégorie de travailleurs, des salariés d'un établissement, d'une entreprise, d'un secteur professionnel ou de la communauté salariale dans son ensemble. Cette vérification présuppose l'existence d'un périmètre juridiquement délimité qui fasse office de circonscription d'élection et d'administration. Il est cohérent que le droit de disposer d'un certain nombre de prérogatives au sein de ce périmètre (droit de négocier, de signer des accords, de participer aux instances de « dialogue social ») soit subordonné au dépassement d'un seuil de représentativité, calculé au niveau du périmètre pertinent. **Mais il existe en amont de la négociation collective une autre fonction de la représentation syndicale pour laquelle ce n'est pas le vote mais la délibération qui s'avère cruciale**. C'est la fonction de *figuration*, celle par laquelle la parole syndicale donne forme à une collectivité qui n'existait pas auparavant. Cette fonction relève de **la capacité acquise historiquement par les syndicats à représenter les travailleurs dans toute leur diversité**, qu'il s'agisse du noyau stable des travailleurs à statut, salariés en CDI en agents de la fonction publique, ou des formes d'emploi atypiques qui émergent à la faveur des recompositions de l'économie. Cette fonction de représentation inclusive est plus que jamais d'actualité à une époque où s'étendent les « zones grises » de l'emploi précaire et du « salariat indépendant ». On sait en effet que l'invisibilité de certains travailleurs entretient l'absence de droits. **À ce niveau, c'est le droit à l'action syndicale qui doit être garanti** : la disponibilité des vocations, l'existence de moments et de lieux pour se réunir, délibérer, mettre des mots génériques sur des expériences qui étaient jusqu'alors vécues comme singulières.

Alors que ces deux dimensions sont parfois insuffisamment distinguées dans le cadre juridique actuel, entravant de diverses manières le développement syndical, quelques modifications simples permettraient d'opérer une clarification salutaire :

1. Abroger la disposition qui subordonne la désignation du délégué syndical au fait qu'il ait recueilli 10 % sur son nom propre lors des élections. Cette règle contraint en effet fortement l'activité syndicale, tant du point de vue de l'implantation que de la continuité de la représentation : dans les entreprises marquées par un fort *turn-over* des salariés (liées aux restructurations ou à la pénibilité du métier), il est ainsi devenu impossible de susciter des vocations militantes à mi-mandat, alors même que ces pratiques permettaient de maintenir le dynamisme des sections

syndicales. Le problème se pose aussi pour les salariés qui sont associés à des chantiers plutôt qu'à une entreprise donnée (nettoyage, gardiennage, etc.).

2. Ramener le périmètre de désignation des délégués syndicaux à celui des communautés de travail, c'est-à-dire des délégués du personnel. C'est une condition première pour faire en sorte que les représentants syndicaux restent proches des salariés et maintiennent un contact étroit avec eux : la tendance observée dans les grandes entreprises à la centralisation des IRP nourrit un processus de professionnalisation des représentants du personnel qui a par ailleurs été renforcé par le revirement de jurisprudence de la cour de cassation, ce qui tend à couper davantage les représentants du personnel des salariés qu'ils sont censés représenter. Il faut une intervention du législateur pour rétablir l'acception ancienne de l'établissement, périmètre de désignation, au sens sociologique de la communauté de travail.

3. Le RSS doit avoir les mêmes droits et moyens que le DS, la seule différence étant qu'il ne peut pas participer aux activités de dialogue social (négociation, présence dans les instances, signature d'accords). Dans le même esprit, la qualité transitoire du mandat de RSS devrait disparaître, ce qui favoriserait une stratégie d'implantation dans la durée et diminuerait l'effet dissuasif d'un engagement « à un coup » pour les salariés.

4. Tout syndicat représentatif, qu'il ait ou non des élus, doit pouvoir désigner un représentant syndical au CE ou au CHSCT afin de disposer d'un accès à l'information. Il y a une incohérence à voir dans certaines situations des syndicats juridiquement représentatifs avec plus de 10 % être coupés, faute d'élus, de toutes les informations pertinentes car interdits d'assister aux réunions des IRP.

La reconnaissance du droit syndical comme droit au développement et à l'action syndicale ne s'oppose pas à la négociation collective, elle permet au contraire de l'étendre. En effet, si le dispositif de 2008 est pensé dans l'optique de favoriser la négociation collective, cette négociation collective « modèle » correspond à un certain type de relations professionnelles : celles qu'on trouve dans les grandes entreprises, qui disposent en leur cœur d'une force de travail relativement stable permettant de dégager des moyens matériels et de détacher des individus pour assumer les fonctions de représentation. Le texte de 2010 sur les TPE ne change pas fondamentalement cette situation.

Les employeurs pourraient légitimement répliquer que la capacité syndicale à représenter au-delà de leurs périmètres de souveraineté ne les concerne pas. Après tout, c'est bien pour alléger leurs structures qu'ils se sont saisi de nouvelles techniques juridiques comme l'externalisation, la sous-traitance, l'intérim, les contrats de mission, etc. Mais la conséquence de cette situation, c'est que la représentation du personnel et la négociation collective, bref la « démocratie sociale », existent difficilement hors des grandes entreprises. **Comment faire en sorte que les syndicats puissent remplir leur fonction de représentation dans son intégralité ? Que les coûts de cette fonction soient équitablement répartis et que les droits se diffusent vers toutes les entreprises et tous les travailleurs ? Une réponse possible serait de mutualiser le droit syndical :** ce serait un moyen de faire en sorte que toutes les entreprises contribuent effectivement et selon leur juste part à l'exercice de la démocratie sociale. Ce serait aussi un moyen d'en finir avec les transactions collusives autour du droit syndical et des IRP qui sont d'autant plus faciles que les négociations, morcelées, se déroulent dans l'opacité. La logique de mutualisation du droit syndical entrerait en résonance avec l'accord national interprofessionnel signé entre les organisations syndicales et l'Union professionnelle de l'artisanat. Elle tracerait un chemin vers une double représentation salariale permettant d'inclure les TPE : une représentation interne dans les entreprises atteignant les seuils et une représentation externe, collective pour les salariés des TPE.

Créer les conditions de la participation du plus grand nombre de salariés à la démocratie sociale supposerait aussi de **permettre la discussion la plus large**, notamment à l'occasion des élections professionnelles, entre les salariés et ceux qui se proposent de les représenter. **L'accès des syndicats aux intranets d'entreprise, l'organisation d'heures mensuelles d'information sur le modèle de la fonction publique**, qui sont pour le moment renvoyées à la négociation d'entreprise, pourraient être généralisés.

Il faudrait en outre **que la démocratie sociale, entendue à la fois comme promotion de la négociation collective et des acteurs de cette négociation, devienne un véritable axe dans les politiques du travail**, et pas seulement un donné que l'administration mesure. Ce qui supposerait que des moyens soient accordés à l'inspection du travail pour veiller au respect du droit syndical, à la mise en place des instances de représentation du personnel (dont sont encore privées une large partie des salariés travaillant pourtant dans des entreprises de plus de dix salariés), à l'organisation des élections.

Le nouveau régime de représentativité pose aussi la question du morcellement des branches professionnelles et de leur mode d'institution. Il tend à encourager le processus d'institutionnalisation des branches en les autonomisant des accords entre acteurs ayant présidé à leur naissance. Un renforcement de l'institution par reconnaissance réciproque, comme le propose le rapport Poisson de 2009, peut-il garantir l'avenir des branches ? Ce mode d'institution passe sous silence le fait que la « reconnaissance réciproque » est bien souvent une reconnaissance contrainte, par l'État et les syndicats de salariés, d'un périmètre délimité par les décisions d'organisation des employeurs. Les stratégies patronales sont donc prééminentes. De même que l'administration du travail intervient, en cas de conflit, pour arbitrer dans la délimitation des périmètres d'établissements, **une intervention plus active de l'État dans la délimitation des périmètres de branche pourrait être envisagée**.

La représentation de branche pose par ailleurs une autre question : celle de **la représentativité des organisations patronales**. Nos travaux n'ayant pas porté sur cet aspect, nous ne reviendrons pas dessus, mais des collègues ont déjà fait des propositions à ce sujet qui, par bien des aspects, rejoignent nos préoccupations.