

DAMY Grégory
13 boulevard Gambetta 06000 Nice
06.64.38.63.62
e-mail : damy@idefi.cnrs.fr

PUBLICATIONS DANS LES REVUES JURIDIQUES

- « Le contrôle du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement : une légitimité critiquée », *JCP G*, en cours de publication.
- « La négociation d'entreprise : une décentralisation de la production de normes juridiques au niveau de l'entreprise », *Les Petites Affiches*, 2005, en cours de publication.
- « La fiscalité des fusions et acquisitions de sociétés : étude synthétique pour une stratégie efficiente », *Revue droit fiscal*, avril 2005.
- « Les vertus fiscales des cessions de fonds de commerce », *Les Petites Affiches*, 16 mars 2005, pp. 7-8.
- « L'obligation de loyauté et d'information dans les cessions d'actions », *JCP G*, octobre 2004, II, 10153, pp. 1754-1757.
- « La répression de l'abus de biens sociaux : l'imprescriptibilité contestée », *Gazette du Palais*, octobre 2004, pp. 2-8.
- « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », *Droit et Patrimoine*, septembre 2004, pp. 46-53.
- « La nécessaire mutation de l'association, agent économique et social », *Bulletin Joly Sociétés*, Avril 2004, § 121, pp. 597-606.
- « La nécessité d'une approche renouvelée du droit social européen », *Travail et Protection sociale*, édition du Juris-classeur, pp. 4-7.
- « Les réformes législatives du droit français de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation*, édition du Juris-classeur, 1^{er} novembre 2003, pp. 13-17.
- « La loi de sécurité financière : une consécration de l'unification de la régulation boursière au profit de l'Autorité des marchés financiers », *Gazette du Palais*, 10 octobre 2003, pp. 3-4.
- « Proposition d'un nouvel équilibre dans la gouvernance des entreprises », *Petites Affiches*, 20 août 2003, pp.3-6.
- « Concentrations bancaires ; la compétence controversée des autorités », *Recueil Dalloz*, 10 juillet 2003, pp.1828-1830.

PRESENTATION SYNTHETIQUE DE L'ARTICLE

L'article démontre que la négociation d'entreprise est le moyen d'opérer une régulation juridique décentralisée au niveau de l'entreprise. Dans de nombreuses restructurations, les sociétés trouvent des solutions par voie d'accords sociaux sur l'emploi. Ces derniers mettent en évidence une décentralisation du droit. Ils permettent une adaptation, une création de règles correspondant à la spécificité des besoins de l'opérateur économique. Cette négociation d'entreprise est même un instrument d'évolution et de modification du droit national. Le travail accompli tend à confirmer que l'idée même de hiérarchie des normes est sans doute, sinon dépassée, du moins prise dans des enchevêtrements plus complexes. Au système

pyramidal traditionnel paraît se substituer un système circulaire qui tend, non pas à opposer et à exclure, mais plutôt à concilier des règles d'origines différentes qui se nourrissent les unes des autres. Il s'agit désormais moins de suprématie et d'infériorité que d'interaction et de combinaison des sources.

Ces sources variées servent des intérêts différents et concourent à la formation d'un droit nouveau, adapté à la spécificité et aux contraintes du marché.

La négociation d'entreprise : une décentralisation de la production de normes juridiques au niveau de l'entreprise

Grégory DAMY
Docteur en droit
CREDECO/ CNRS

La négociation d'entreprise est le moyen d'opérer une régulation juridique décentralisée au niveau de l'entreprise. Elle peut être considérée comme un instrument moderne de régulation autonome tant juridique que sociale. En effet, il est possible de relever que les règles instaurées dans les entreprises et formalisées dans les accords sont parfois directement prises en compte et entérinées par la loi, ou conduisent à rendre inefficaces certaines normes.

A l'aube du XXI^{ème} siècle, il est donc désormais fondamental de rechercher si cette négociation d'entreprise n'est pas devenue une source privée du droit produite par des acteurs privés.

La découverte des pouvoirs privés a été faite par les Allemands aux lendemains du premier conflit mondial. Si le droit public est le droit du pouvoir et le droit privé celui du contrat et des relations entre particuliers, avec la concentration le pouvoir fait son apparition en droit privé. Toute l'histoire du XX^{ème} siècle est marquée par les tensions entre ces deux pôles de pouvoir.

Aujourd'hui, l'existence des pouvoirs privés économiques est incontestable¹. Des gouvernances privées reposent sur l'existence de pouvoirs privés économiques. La puissance de certaines entreprises, liée aux phénomènes de concentrations, les rend plus puissantes que certains Etats. Ce pouvoir est source de normes.

Par exemple, dans de nombreuses concentrations, les sociétés trouvent des solutions par voie d'accords sociaux sur l'emploi. Ces derniers mettent en évidence une décentralisation du droit. Ils font de l'entreprise le lieu privilégié de production du droit. Ils permettent une adaptation, une création de règles correspondant à la spécificité des besoins de l'opérateur économique lors de sa concentration. D'ailleurs, la négociation d'entreprise est même un instrument d'évolution et de modification du droit national.

La négociation d'entreprise est ainsi une conséquence primordiale de la concentration. Le recours à la négociation est fondamental puisque le but des équipes dirigeantes est de réaliser des économies sur la masse salariale. Cette négociation d'entreprise a pour objectif une gestion assouplie des effectifs (I). Elle permet la décentralisation de la production de normes juridiques au niveau de l'entreprise (II).

I/ La négociation d'entreprise, une gestion assouplie des effectifs

¹ Voir, notamment, le dernier ouvrage de G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004 ; add. G. Farjat, *Réflexions sur les codes de conduites privés*, in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, pp. 56-57.

En pratique, lorsque des opérateurs économiques se restructurent, ils cherchent simultanément à atteindre divers objectifs, notamment, une réduction de leurs coûts. Ils utilisent fréquemment la voie des accords sociaux sur l'emploi (A). Ces derniers permettent d'atteindre efficacement le but des réductions de coûts sur les salaires (B).

A/ L'utilisation des accords sociaux sur l'emploi

Les entreprises souhaitent fréquemment échapper à la procédure officielle du licenciement économique et trouver des solutions internes par voie d'accord, même si ces accords sont communément qualifiés de plan social ou de plan de sauvegarde de l'emploi.

Il existe en effet une confusion entre les notions de plan de sauvegarde de l'emploi et d'accord social sur l'emploi qu'il convient de clarifier (1). Dans les deux cas, l'objectif est le même : réduire les effectifs. Mais les logiques, la temporalité et les enjeux sont différents (2).

1/ La clarification de la distinction entre plan de sauvegarde de l'emploi et accord social

L'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi est une étape obligatoire de la procédure de licenciement économique prévue par la loi qui lui donne une importance particulière. Les évolutions de la législation sont significatives :

- la loi du 30/12/1986 a institué le régime juridique du licenciement économique aujourd'hui en vigueur. Elle a aboli l'autorisation administrative de licenciement qui avait été instituée en 1975. Néanmoins, elle a renforcé la procédure obligatoire de consultation du comité d'entreprise et a maintenu une intervention de l'Administration du Travail, à qui tout projet de licenciement doit être notifié et qui peut en vérifier la réalité. Cette loi a consacré un effacement du contrôle administratif ;

- la loi du 02/08/1989 a imposé à l'employeur la présentation d'un plan social aux élus du personnel, pour tout licenciement de dix salariés et plus². Ce plan doit viser à limiter le nombre des licenciements en présentant des mesures de reclassement. Il est soumis par l'employeur aux membres du comité d'entreprise qui en discutent et émettent un avis. Ceux-ci peuvent également recourir aux services d'un expert-comptable ;

- ensuite, la loi du 27/01/1993, complétée par une circulaire du 29/01/1993³, a renforcé les obligations relatives au plan social, en définissant plus strictement le contenu⁴ et surtout en prévoyant la nullité de la procédure en cas d'inexistence ou d'insuffisance de ce plan. Cette loi se révèle fort contraignante pour les employeurs, propre à leur faire regretter l'ancienne autorisation administrative ;

- enfin, la terminologie de plan social a été abandonnée par la loi de modernisation sociale du 17/01/2002⁵ au profit de celle de plan de sauvegarde de l'emploi. Cette loi a également renforcé les obligations de l'employeur en matière de reclassement. Par ailleurs, il est prévu que le plan doit être transmis par l'employeur au directeur départemental du travail et de l'emploi⁶. Il est donc consacré un nouveau rôle à l'administration dans la procédure de

² Article L. 321-4-1 du Code du travail.

³ JO du 13/02/1993.

⁴ Obligation de prévoir le reclassement interne ou externe, par exemple ; article L. 321-4-1 al. 2 du Code du travail.

⁵ Loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17/01/2002, JO du 18/01/2002, p. 1008 et s.

⁶ Article L. 321-7 du Code du travail.

licenciement économique. Néanmoins, la loi du 03/01/2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques a suspendu cette dernière disposition⁷.

En matière de licenciement économique, les procédures instaurées sont donc contraignantes pour les employeurs. Les représentants du personnel sont associés au processus juridique puisque le plan de sauvegarde de l'emploi doit obligatoirement leur être présenté par l'employeur. Néanmoins, leur rôle est uniquement consultatif ; le plan de sauvegarde de l'emploi peut être considéré comme relevant du pouvoir de gestion de l'employeur et à ce titre qualifié d'acte unilatéral auquel les représentants du personnel ne peuvent directement s'opposer. Leur seul moyen d'opposition est le conflit qui sur ce thème s'opère souvent par la voie du recours en justice qui a montré son efficacité. Il peut conduire, sinon à mettre en échec la procédure engagée, tout au moins à la ralentir ou à la bloquer pour un certain temps.

L'accord social, pour sa part, relève de la négociation d'entreprise ; les partenaires à cette négociation sont l'employeur et les délégués syndicaux des syndicats représentatifs de l'entreprise. Ce système permet à une direction de donner un support juridique à sa décision concernant la gestion et la réduction des effectifs, qui devient source de droit interne incontestable. Il permet également de faire adhérer les syndicats à cette décision et d'obtenir une certaine garantie de paix sociale. En contrepartie de leur soutien, les directions consentent certains avantages, généralement financiers mais aussi en termes d'emplois : renoncement à des décisions autoritaires.

Plan de sauvegarde de l'emploi et accord social relèvent donc bien de deux logiques différentes même si elles sont imbriquées. Le plan de sauvegarde de l'emploi implique un dispositif juridique strict. L'accord social relève d'une recherche exclusivement interne de solutions, dont la portée est moins conflictuelle. Les suppressions d'emplois qui interviennent ainsi dans ce cadre ont leur nature propre⁸. Il y a bien un projet patronal de réduction des effectifs, mais la décision de rupture ou de transformation du contrat est commune aux parties et nécessite un acte de volonté du salarié qui reste un facteur de distinction déterminant⁹. Nous comprenons dès lors le souci des directions de rechercher l'accord et de vouloir éviter la première procédure.

L'analyse des accords met en évidence leurs objectifs. Ceux-ci visent en premier lieu à la réduction des effectifs. En même temps, ils contribuent à mettre en place une plus grande flexibilité du personnel et abordent les questions d'organisation du travail, de mobilité et d'aménagement du temps de travail. Ainsi, ils s'inscrivent comme supports d'une véritable politique de gestion de la main-d'œuvre qui marque un tournant par rapport au système antérieur.

2/ Les principales caractéristiques des accords sociaux sur l'emploi

Les mesures instaurées témoignent d'une recherche d'ajustements. Ces accords sont fondés sur trois caractéristiques principales : le volontariat, les incitations financières et le ciblage des personnes concernées.

Présente dans tous les accords, la notion de volontariat requise pour bénéficier des mesures devient un véritable concept juridique. La loi du 29/07/1992¹⁰ consacre une

⁷ Loi n° 2003-6 du 03/01/2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (*JO* n° 3 du 04/01/2003, p. 255 et s. ; *JCP E* 2003, n° 5, act. p. 193). Ce dispositif devrait être confirmé dans la future loi Larcher.

⁸ Par exemple, accord mutuel.

⁹ F. Duquesne, « Départs volontaires et procédure de licenciement économique », *Dr. social*, 06/1995, 576.

¹⁰ Loi n° 92-722 du 29/07/1992.

reconnaissance du volontariat ; elle vise implicitement les départs volontaires pour les intégrer dans le régime des licenciements économiques¹¹. Mais ils ne sont assimilés à des licenciements qu'au regard de la procédure générale et ne sont pas considérés comme des licenciements sur le plan individuel. Ils ne donnent lieu ni à procédure individuelle, ni au versement automatique des indemnités légales, ni au respect d'un préavis. La jurisprudence reconnaît également le volontariat. Selon la Cour de cassation, la rupture d'un contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif ; cette rupture constitue une résiliation amiable du contrat de travail¹².

Il suppose une décision individuelle du salarié, son acceptation et son consentement de rompre ou de transformer son contrat de travail, ce qui d'ailleurs n'exclut pas que certaines pressions puissent être exercées pour obtenir son accord. Mais ce choix¹³ transforme la qualification de la rupture du contrat, qui ne s'analyse pas nécessairement en licenciement. Cette notion s'oppose à celle de décision autoritaire, concernant un collectif, émanant des directions. Le processus ainsi élaboré est original. Le principe de la décision de réduction collective des emplois émane des directions ; l'aspect collectif porte sur le nombre et éventuellement la qualité des emplois à supprimer mais non sur l'application des mesures et le choix des personnes concernées. Lors de la mise en œuvre de la concentration Crédit Agricole/ Crédit Lyonnais, cette notion de volontariat a été très présente. En effet, la direction a souhaité obtenir 1550 départs volontaires.

Les incitations financières accompagnent presque toutes les différentes mesures de réductions d'effectifs. Les accords prévoient surtout des incitations financières¹⁴, mais ils peuvent aménager des garanties en termes d'emploi en prévoyant un droit de retour et une garantie de stabilité dans la profession. Ainsi, les directions souhaitent-elles encourager les salariés à se porter volontaires pour bénéficier des mesures. Certaines ont fait l'objet de conventions avec le ministère, permettant le versement d'allocations spécifiques¹⁵. Les aides financières sont différenciées selon les cas et se caractérisent par des montants variables. Elles peuvent prendre la forme de primes directes, de prise en charge de frais¹⁶, de majorations de salaire¹⁷ et d'indemnités. Dans le cas du rapprochement entre le Crédit Agricole et le Crédit Lyonnais, une indemnité de départ avoisinant les trente mois de salaire, majorée d'une compensation pour perte de revenus d'un montant de 300 euros par mois pendant dix-huit mois a été prévue¹⁸.

De façon générale, on peut considérer que plus l'acceptation de la mesure est source de contrainte pour le salarié, plus l'avantage financier est important. Par ce moyen, les directions privilégient les modalités des accords constituant les éléments clés de leur politique. Les accords comportent donc des dispositions qui incitent les salariés à quitter volontairement et définitivement l'entreprise en contrepartie de versement d'indemnités importantes. Ce fut le cas à la Banque Worms suite à son rachat par la Deutsche Bank en 2001. Les départs volontaires ont concerné 50 % des quelques 750 salariés¹⁹. Dans tous les cas, le souci est le même c'est à dire, réduire les charges salariales. Néanmoins, le régime de ces départs présente des différences d'une entreprise à l'autre.

¹¹ Article L. 321-1 du Code du travail.

¹² Cass. soc., 02/12/2003, B c/ Société Etienne Lacroix tous artifices, *Juris-Data* n° 2003-021240, *JCP E* 2003, n° 51-52, act. 328.

¹³ Qu'il soit libre ou contraint.

¹⁴ Primes, aides au logement, au déménagement, prise en charge des frais de scolarité des enfants ou de transport, etc...

¹⁵ Conventions du Fonds national de l'emploi, particulièrement au Crédit Lyonnais.

¹⁶ Par exemple, déménagement, transports dans le cas de la mobilité.

¹⁷ Par exemple, pour le temps partiel.

¹⁸ Voir, L. Berny, « Crédit Agricole SA : le coût de la fusion », *Les Echos*, 29/01/2004, p. 31.

¹⁹ Voir M. Jator, « L'avenir de la Banque Worms débattu ce matin », *Les Echos*, 20/12/2001, p. 24.

Les opérateurs économiques peuvent également recourir aussi aux formes classiques de préretraites, réservées aux salariés plus âgés. Les accords prévoient fréquemment la possibilité d'une préretraite complète, entraînant la suspension totale du contrat de travail.

Même si elles ne sont pas explicitement mentionnées dans les accords, les mesures de réduction d'effectifs sont particulièrement destinées aux personnels administratifs, de faible qualification, et plutôt âgés. Or, le problème qui peut découler du volontariat est le risque de fuite non contrôlée de compétences nécessaires à l'entreprise²⁰.

Certaines dispositions des accords concernent le redressement de la pyramide des âges, la transformation des règles d'organisation du travail et particulièrement les horaires.

Le développement du temps partiel vise indirectement la réduction des effectifs, sans aboutir à l'exclusion physique des personnes²¹. Le système de la « flexibilisation » des horaires de travail est très important dans les concentrations et il constitue même une des dispositions clés des accords. La somme des réductions d'horaires, évaluée en unités²² temps plein (UTP) comptabilise les emplois ainsi dégagés²³. Ce système n'entraîne pas la rupture du contrat de travail, il permet donc des suppressions d'emplois sans versement d'indemnité. En outre, basé en principe sur le volontariat, il présente moins de risque de déclenchement de conflit que des suppressions d'emplois complètes.

Les accords prévoient tous un double régime du temps partiel :

- le régime classique du temps partiel correspond à une demande des salariés en fonction de leurs propres contraintes²⁴. Ces aménagements d'horaires ne font l'objet d'aucune incitation particulière et sont payés strictement proportionnellement au temps travaillé ;
- le régime incité par l'employeur entraîne une contrainte supplémentaire pour le salarié. Dans ces cas, le salarié reçoit une contrepartie financière estimée à hauteur de la contrainte. Le passage au mi-temps peut dans ces conditions entraîner une majoration de salaire qui vise aussi à susciter des candidatures. C'est la forme la mieux indemnisée car, du point de vue des employeurs, elle favorise une substantielle diminution de temps de travail, donc d'UTP. De plus, elle désorganise le moins le travail : il est plus facile de faire se relayer deux personnes sur un poste lorsqu'elles sont chacune à mi temps que si l'une est à 80 % et l'autre à 50 %. Pour le salarié, si la prime de l'employeur n'existait pas, le mi-temps risquerait d'entraîner une trop forte diminution de revenus. Cette modalité est présentée comme satisfaisant l'intérêt des directions²⁵ et des salariés²⁶.

Par conséquent, l'analyse des principales mesures des accords montre leurs points communs. Les divers accords mettent en place un large éventail de mesures diversifiées, afin d'obtenir le maximum d'impact. Ils mettent tous l'accent sur le volontariat et l'absence de contrainte²⁷. Il s'agit, en réalité, d'une clef de leur effectivité et de leur efficacité.

²⁰ Personnel jugé performant, notamment les commerciaux.

²¹ Le recours au temps partiel est particulièrement significatif comme mode :

- de réduction des effectifs à moindre coût : absence de procédure, de versement d'indemnités de départ ;
- de réduction du temps de travail opérée à titre individuel ;
- de redressement de la pyramide des âges dans l'hypothèse d'un raisonnement en unités temps plein ;
- d'organisation et d'aménagement d'un temps de travail plus flexible.

²² Ou équivalent.

²³ Deux mi-temps = 1 UTP.

²⁴ Essentiellement des femmes pour des raisons familiales : mercredi non travaillé, temps partiel annualisé en fonction des congés scolaires.

²⁵ A la recherche de réduction de la masse salariale et de flexibilité.

²⁶ Soucieux de protéger leur emploi et une moindre réduction de leur rémunération.

²⁷ A notre avis, les mesures telles que le travail à temps partiel, la préretraite et les départs négociés ont pour objectif de rendre les suppressions et transferts d'emplois tolérables.

B/ L'effectivité et l'efficacité des accords d'entreprises

De façon générale, se pose la question de l'effectivité de ce droit, c'est-à-dire de la réelle application des règles, ou encore de la conformité des comportements par rapport au prescrit ; l'effectivité se traduit par des comportements conformes. Un phénomène est donc effectif lorsqu'il existe, qu'il est actualisé, qu'il a quitté le simple état de forme, de virtualité. En effet, ce droit n'est pas consacré par les pouvoirs publics, et n'a donc pas de caractère obligatoire au sens juridique classique du terme. Cependant, il faut se convaincre d'une chose essentielle : l'effectivité d'une règle n'est pas liée à son caractère obligatoire. Il y a des règles obligatoires non effectives et inappliquées et il existe des règles non obligatoires largement appliquées.

L'efficacité d'une action peut être constatée lorsque qu'il a été posé l'effet à atteindre et que le phénomène en cause l'a effectivement produit. Elle s'évalue donc par son aptitude à procurer le résultat pour lequel elle a été conçue. Elle peut se mesurer en termes d'atteinte des objectifs fixés au départ, et de façon plus générale, en termes de réussite dans la mission d'ensemble qui a été prescrite.

Cette efficacité peut donc faire l'objet d'une approche quantitative, presque technique : mesurer les résultats quantifiables obtenus. Elle peut aussi se mesurer de façon qualitative : apprécier la mise en œuvre de nouvelles orientations issues de décisions ayant un caractère de politique de gestion. L'efficacité suppose et dépasse donc l'effectivité. La plupart des accords d'entreprise ont une efficacité certaine lors des concentrations. Ils permettent la mise en place d'une politique de réductions d'effectifs, sans déclenchement de conflits significatifs. Ils constituent l'instrument d'une politique de gestion du personnel plus flexible, destinée à adapter les ressources humaines aux contraintes d'économies imposées par la concurrence et la concentration. Ainsi, se dessinent de nouvelles orientations en matière d'organisation du temps de travail²⁸ dans un contexte de baisse des effectifs associé à la recherche d'une rentabilité accrue.

La négociation d'entreprise devient un relais qui donne un fondement légitime aux décisions de reconversion du personnel, ou de modification des règles du temps de travail, décision de gestion permettant une plus grande flexibilité du personnel. L'utilisation de la négociation d'entreprise constitue aussi un mode de légitimation des décisions des employeurs lors des concentrations. A ce titre, elle est une ressource juridique qui permet la mise en œuvre de politiques de gestion du personnel, élément crucial à la suite d'une concentration.

La négociation d'entreprise est le moyen d'opérer une régulation juridique par le bas, décentralisée. Les syndicats sont ainsi associés aux décisions de gestion. L'action syndicale révèle le passage d'une logique d'opposition visant à la conquête d'avantages quantitatifs ou qualitatifs, à une logique d'association aux décisions de gestion²⁹.

La décentralisation du droit privilégie l'entreprise comme lieu de production de ses propres normes. Elle met en évidence l'autonomie de l'entreprise et sa capacité à s'autoréguler, à prendre son indépendance par rapport à la norme impérative nationale. Ainsi, se met en place un processus d'internalisation du droit qui permet l'élaboration de normes adaptées aux besoins de l'entreprise, ce qui lui donne une flexibilité d'adaptation et permet en réalité d'élargir les pouvoirs de gestion et de décision de l'employeur. Ceci constitue bien un élément d'efficacité.

²⁸ Temps partiel, allongement de l'amplitude horaire.

²⁹ Parfois au prix de contreparties.

Il apparaît donc que, pour être effectives et efficaces, les règles doivent correspondre à des attentes et répondre à des objectifs en rencontrant l'adhésion des acteurs concernés.

L'usage ou l'utilisation du droit au niveau local peut transformer les règles étatiques. Néanmoins, cette évolution ne signifie pas pour autant déréglementation, car il n'y a pas abrogation directe ou suppression de toute réglementation, mais choix d'un mode de régulation différent qui témoigne de l'évolution du rôle de l'Etat. Peu à peu, celui-ci se désengage du domaine de la gestion sociale des entreprises. L'Etat reste présent, mais son rôle se modifie : il réglemente autrement, après des négociations qu'il a incitées ou qu'il prend en compte. Il se situe de plus en plus dans la logique de la « régulation conjointe », comme partenaire, au même titre qu'un autre, même si c'est lui qui décide en dernier ressort et reste le garant de l'ordre public social.

Le recul du rôle normatif de l'Etat peut présenter des avantages certains pour les employeurs : intégration des syndicats, adaptation aux besoins des directions et aux enjeux économiques et sociaux tels qu'ils sont définis lors de la concentration.

Cependant, le droit décentralisé produit par la négociation d'entreprise est source « d'insécurité juridique »³⁰. « La flexibilité juridique » soulève un certain nombre d'incertitudes et est à l'origine d'une insécurité à plusieurs titres. Il existe tout d'abord une précarité des accords. En effet, un accord d'entreprise peut facilement être dénoncé et renégocié. Les règles produites ont une durée de vie qui peut être très courte et qui, selon les circonstances, dans le cas d'une nouvelle concentration, pourront être modifiées ou supprimées. Ceci est source d'insécurité pour les salariés qui peuvent voir leurs conditions d'emploi et de travail transformées. Il y a aussi un renforcement des inégalités. Selon la situation économique des entreprises, leur taille, la présence syndicale et leur poids, la négociation d'entreprise peut engendrer un droit conventionnel dispersé et proliférant. Les disparités des règles ainsi produites peuvent être importantes, ce qui contribue à accentuer les déséquilibres entre différentes entreprises et à accorder aux salariés des statuts inégalitaires.

Par ailleurs, il y a une inégalité entre les parties à la négociation, car le plus souvent les syndicats sont dans une position de subordination par rapport aux exigences de l'employeur et restent tributaires des pressions sur l'emploi. La puissance de l'entreprise accentue le déséquilibre entre les parties.

Nous venons donc de démontrer que la négociation d'entreprise a pour objectif une gestion assouplie des effectifs. Elle entraîne également une décentralisation du droit.

II/ La négociation d'entreprise, une décentralisation du droit

Ces accords d'entreprise constituent une source privée de droit. Il convient donc avant de déterminer leur place dans le système juridique de préciser les raisons du développement de cette régulation privée. Les raisons sont multiples. Mais à notre avis, la raison fondamentale est le phénomène de concentration. Les entreprises en grandissant acquièrent une puissance de plus en plus colossale, qui leur permet de dicter plus aisément leur comportement. En effet, le pouvoir est source de normes.

La décentralisation du droit aboutit à faire de l'entreprise le lieu privilégié de production du droit. Elle permet une utilisation, une adaptation, une création de règles correspondant aux besoins de l'entreprise lors de sa concentration³¹. Mais surtout elle a un objet implicite de

³⁰ J.-E. Ray, « Plan social et insécurité juridique », *Droit social*, 07-08/1995, 661 .

³¹ M. Dressen Marnix et D. Roux-Rossi, *Restructuration des banques et devenir des salariés*, Cahier travail et emploi, éd. La Documentation Française, 01/12/1996, p. 78.

régulation autonome (A) qui appelle une réflexion sur sa place dans le système général de hiérarchie des sources du droit (B).

A/ La négociation d'entreprise, mode de régulation autonome

La régulation doit être perçue dans le sens de recherche d'un équilibre. Etudier les processus de régulation, c'est, « analyser la manière dont se créent, se transforment ou se suppriment les règles » dans un souci de compromis³².

Dans le cadre des concentrations notamment, la négociation d'entreprise peut être considérée comme un instrument moderne de régulation autonome tant juridique que sociale, qui contribue au déclin du droit étatique, jugé inadapté. Il s'agit d'un droit qui est le produit de l'autorégulation. L'analyse de cette régulation met en évidence « un ensemble de ressources sollicitées et modelées par des acteurs en fonction des besoins et suivant les relations de pouvoir, les relations de force existant », aboutissant au passage de « l'imposé »³³ au « négocié »³⁴.

Actuellement, les accords d'entreprise sont de plus en plus producteurs de règles applicables à ce niveau. Ce type d'accord est une source de droit qui devient plus autonome ; sa valeur juridique est incontestable et il présente une légitimité aux yeux de tous les acteurs de l'entreprise. Il convient de rappeler que la loi du 13/07/1971 a établi un principe d'identité de nature entre les conventions et accords de branche et d'entreprise.

Les accords sur l'emploi, notamment lors de concentrations, ont été créateurs de droit dans la mesure où ils ont mis en place un système de départs négociés. Or, cette forme de rupture n'était, jusqu'en 1992, pas prévue par le Code du travail ; dans ce contexte, l'accord est bien source autonome de droit.

Les clauses relatives à la mobilité dans les divers accords sont elles aussi des exemples de production de droit délocalisé. En effet, aucun texte législatif ne traite de cette question, surtout abordée par la jurisprudence sous l'angle de la modification du contrat de travail induite par une mutation. Certes, la convention collective fixe un cadre pour la mobilité et les accords s'inscrivent dans son prolongement. Néanmoins, ils sont producteurs de droit en instaurant un véritable droit de la mobilité, avec des conditions, des règles et des mesures particulières.

Le développement visé du temps partiel témoigne d'une adaptation du droit puisqu'il existe une législation sur le temps partiel³⁵. Mais, là encore, les accords instituent des systèmes tout à fait particuliers et introduisent des notions non prévues dans les textes, qui vont au-delà d'une seule adaptation. Il y a là aussi création de normes particulières et élaboration d'un système sophistiqué de droits et obligations en échange de contreparties financières.

En créant ses propres règles, en dérogeant ou en adaptant la loi, l'entreprise devient le lieu d'ajustement du droit qui prend de plus en plus de distance par rapport aux normes étatiques. Les accords constituent le moyen de donner un fondement légitime à des décisions

³² J.-D. Reynaud, *Les règles du jeu : l'action collective et la régulation sociale*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 1993, p. 30 et s.

³³ Précisons que si la norme étatique est présentée comme rigide, elle reste un facteur d'équilibre indispensable dans les relations, le plus souvent inégales, entre employeurs et salariés. En outre, la loi peut aussi présenter les vertus qui sont habituellement reconnues au dialogue social (souplesse, autonomie, démocratie sociale) lorsque les acteurs sociaux ont l'occasion de participer à l'élaboration même de la loi.

³⁴ J. Commaille, « Normes juridiques et régulation sociale, retour à la sociologie générale » in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, pp. 13-22.

³⁵ Article L. 212-4-2 et s. du Code du travail.

et des pratiques de gestion liées aux concentrations puisqu'ils sont des sources officielles de droit.

Ayant de plus en plus pour thème les modes de gestion de la main-d'œuvre et les conditions d'emploi, ces accords révèlent l'évolution générale de la négociation collective. Les avantages quantitatifs sont conditionnés par l'acceptation des exigences de l'entreprise. Ainsi, ces accords fixent les termes d'un échange : l'acceptation d'une contrainte supplémentaire³⁶, permet d'obtenir des contreparties³⁷.

Dans ces négociations, les intérêts de l'entreprise priment sur les autres considérations. Pour cette raison, la négociation peut être considérée comme « outil de gestion »³⁸, permettant la mise en œuvre des politiques d'entreprise décidées par l'employeur alors que celui-ci subit la négociation de branche³⁹. Le droit de la négociation d'entreprise est ainsi utilisé à des fins économiques : améliorer la rentabilité et la compétitivité de l'entreprise, but ultime des concentrations. Tous les accords rencontrés se situent dans cette perspective.

Ces types d'accords peuvent également être qualifiés « d'accords du troisième type »⁴⁰ ou encore « de substitution »⁴¹. De fait, ils permettent un prolongement et un élargissement des pouvoirs de direction, de décision de l'employeur. Généralement à l'initiative des employeurs, cette négociation aboutit à la conclusion d'un accord ; celui-ci peut être qualifié de support juridique d'une décision de gestion qui, si elle avait été décidée de façon unilatérale, aurait été plus difficile à mettre en œuvre.

L'émancipation des accords d'entreprise montre le déplacement du niveau de production du droit vers l'entreprise ; elle consacre une capacité à l'autorégulation des entreprises. Cela pose la question suivante : la promotion de cette autorégulation conventionnelle ne masque-t-elle pas le développement d'une autorégulation patronale, la négociation servant de relais à une décision autoritaire de l'employeur, moyennant quelques compensations ?

La notion de régulation sociale est plus large. Elle qualifie « les phénomènes d'interactions multiples entre social, institutions et acteurs dans les processus de production et de gestion des normes, celles-ci étant de plus en plus soumises à des appropriations multiples »⁴². Le juridique s'inscrit ici dans un domaine plus vaste. En effet, la négociation d'entreprise ne peut être considérée uniquement comme instrument de régulation juridique, ayant pour seul objet la création de normes juridiques adaptées à l'entreprise. Elle est également instrument de régulation sociale qui met en évidence la finalité et la rationalité d'une certaine forme d'action collective et qui inscrit le rôle du juridique dans une évaluation globale du droit dans ses rapports avec la société.

Mécanisme de régulation sociale, la négociation d'entreprise l'est à la fois pour les directions et pour les syndicats, car elle témoigne d'un compromis entre les différents intérêts en présence, même si les premiers et leur objectif d'économie dans le cadre des concentrations sont prédominants.

Pour les directions, la reconnaissance des syndicats comme interlocuteurs est non seulement importante mais nécessaire à la recherche et au maintien d'un bon climat social. Le

³⁶ Quitter l'entreprise, réduire les horaires de travail, modifier les horaires, etc...

³⁷ Volontariat et absence de licenciement « sec », engagement sur l'emploi, primes substantielles, réduction du temps de travail, etc...

³⁸ B. Teyssie, « A propos de la négociation d'entreprise », *Dr. social*, n° 7-8, 7-8/1990.

³⁹ J. Barthelemy, « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *Dr. social*, n° 7-8, 7-8/1990.

⁴⁰ J.-E. Ray, « Pour une réforme de la négociation collective », *Liaisons sociales mensuel*, 10/1995.

⁴¹ J.-C. Javillier, « Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française », *Dr. social*, n° 7-8/1990.

⁴² J. Commaille, « Normes juridiques et régulation sociale, retour à la sociologie générale » in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, pp. 13-22.

choix de négocier un accord a pour objectif de prévenir ou de mettre un terme à un conflit. La volonté d'éviter les conflits sociaux est présente dans toutes les entreprises qui se concentrent. La participation des syndicats à des négociations portant sur des thèmes de gestion et d'organisation du travail ainsi que l'obtention de leur signature donnent une reconnaissance légale, une légitimité à certaines décisions de gestion contraignantes pour les salariés. Dans ce cas, la signature syndicale est garante, aux yeux des directions, de la paix sociale. En général les employeurs se sont montrés prêts à acheter cette paix sociale au prix fort.

Les négociations sur l'emploi sont une illustration évidente de cette démarche. L'association des syndicats à ce type de mesure permet la mise en œuvre d'une politique de réductions d'effectifs décidées par les directions. Les syndicats qui ont négocié et signé ces accords sont de fait des alliés, défenseurs du système instauré.

Les négociations sur l'aménagement du temps de travail témoignent de la même logique. La signature des syndicats emporte leur adhésion à une pratique qu'ils condamnaient.

Les syndicats sont effectivement partenaires de la négociation. Cependant, de façon générale, ils ne sont pas dans une position d'égalité pour négocier les accords d'entreprise, et ce pour plusieurs raisons. En premier lieu, l'érosion de l'influence syndicale ne leur permet pas de former un véritable contre-pouvoir au sein de l'entreprise, notamment lorsqu'il y a concentration. Cela est d'autant plus vrai que dans de nombreuses concentrations, un bouleversement syndical peut être observé. Ainsi, lors de la concentration BNP/Paribas, « la BNP a avalé Paribas, quasiment tous syndicats confondus »⁴³. A notre avis, ce bouleversement a pour conséquence de limiter la faculté de réaction des syndicats à un moment où ils devraient être le plus actif. En second lieu, les justifications des décisions prises par les menaces sur l'emploi⁴⁴ limitent leur capacité d'action. Enfin, ils se situent, dans l'ensemble, non dans une logique d'opposition mais dans une logique défensive qui les conduit à soutenir, avec plus ou moins de réticences, des choix de gestion auxquels ils n'ont participé qu'indirectement. Ils ne sont ni associés ni consultés sur les choix relevant d'une politique de l'entreprise ; parfois, ils sont même mis directement devant le fait accompli. Ils sont conscients d'être dans une position de subordination par rapport aux directions mais justifient leur participation aux négociations par la nécessité de « limiter la casse » et par le désir d'obtenir des contreparties.

Il peut être considéré que la position d'interlocuteur des directions confère aux syndicats une reconnaissance sociale. Ils sont écoutés et valorisés par les employeurs soucieux de respecter les textes et de maintenir la paix sociale. Ajoutons que le rôle des syndicats leur assure une reconnaissance sociale aux yeux d'une partie des salariés, en particulier auprès de ceux qui apprécient les contreparties obtenues dans les négociations. Ces éléments contribuent à expliquer l'intérêt que trouvent les syndicats à participer à ces négociations et, parfois, à signer des accords qui répondent non à leurs demandes et préoccupations mais à celles des directions.

Ces négociations d'entreprise, fruit de compromis élaborant un équilibre créateur ou stabilisateur de règles, constituent un exemple de « régulation conjointe », « rencontre de plusieurs légitimités »⁴⁵, concourant à une légitimation des pratiques d'entreprises. Cependant, l'équilibre ou la cohérence ainsi obtenues ne sont pas sans en menacer d'autres. En effet, l'importance de la négociation d'entreprise comme source autonome de droit remet en cause les articulations entre les différents niveaux de production de normes juridiques.

⁴³ I. E., « BNP Paribas : le grand chantier social est en voie d'achèvement », *Les Echos*, 03/01/2001, p. 23.

⁴⁴ Si l'on ne coupe pas certaines branches, demain tout l'arbre sera à abattre.

⁴⁵ J.-D. Reynaud, *Les règles du jeu : l'action collective et la régulation sociale*, Armand Colin, 2^{ième} éd., 1993, p. 289 et s.

B/ La difficile articulation entre les niveaux de production du droit

L'émancipation constatée des accords d'entreprise soulève le problème de leur place dans le système général de hiérarchie des sources de droit ; elle révèle les difficultés d'articulation entre les différents niveaux de production de normes.

La place de la négociation d'entreprise doit être située dans l'échelle des normes qui constituent le droit du travail. En effet, ce droit émane de deux types de sources : étatiques⁴⁶ et conventionnelles⁴⁷.

Classiquement, ces différentes sources de droit sont hiérarchisées selon un principe d'articulation descendante, suivant « un modèle pyramidal ». Le droit de l'Etat central se diffuse vers le bas⁴⁸. Dans ce concept, il existe ainsi un modèle de hiérarchie structurelle, par le haut qui se traduit par un « effet impératif » des normes étatiques⁴⁹. Les accords d'entreprise s'inscrivent en principe au niveau le plus bas de cette échelle des sources.

Or, il faut constater qu'ils prennent de plus en plus d'autonomie et de distance par rapport aux normes issues des niveaux supérieurs. Ainsi, ils sont innovants en étant créateurs de concepts juridiques : droit des départs volontaires, de la mobilité et du temps partiel. En cela, ils ne dérogent pas au principe de hiérarchie des sources puisqu'il n'y a pas de contradiction avec des règles élaborées à d'autres niveaux, inexistantes. Il peut être considéré qu'ils jouent là un rôle de complémentarité, qui va au-delà de la simple adaptation. Dans ces cas, les accords deviennent bien des sources à part entière de droit. Ils édictent des règles propres, ce qui caractérise la hiérarchie fonctionnelle, induite par l'autonomie des niveaux de négociation⁵⁰.

Cependant, sur des points précis, les accords comportent des avantages par rapport aux règles issues de la loi ou de la convention collective. Ainsi, les primes de départ sont supérieures aux indemnités de rupture prévues. De même, la rémunération du temps partiel est supérieure, dans certains cas, à ce qui est prévu par la loi.

Mais il faut constater l'utilisation sélective, voire distributive, des avantages consentis au regard de l'échelle des sources en fonction des contraintes imposées. Ceux-ci sont accordés en échange de contreparties et relatifs à des situations non prévues par ailleurs⁵¹.

Toutes ces considérations marquent le recul du droit étatique, en tant qu'émetteur de règles impératives. Le rôle régulateur de l'Etat est jugé inadapté et le relais s'effectue au niveau de l'entreprise⁵². Celle-ci étant de plus en plus colossale suite aux concentrations, elle devient de plus en plus puissante, parfois plus influente qu'un Etat, pour imposer des

⁴⁶ Lois, règlements.

⁴⁷ Conventions collectives, accords collectifs négociés par les partenaires sociaux aux différents niveaux professionnels et géographiques.

⁴⁸ J. Commaille, « Normes juridiques et régulation sociale, retour à la sociologie générale » in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, pp. 13-22

⁴⁹ M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, 560-592.

⁵⁰ L'autonomie des niveaux de négociation se caractérise par l'indépendance des conventions ou accords entre eux, et la liberté de définir, à quelque niveau que ce soit, le thème des négociations. Il n'y a pas d'articulation obligatoire entre accords de différents niveaux et le principe de hiérarchie ne joue que si le thème abordé a déjà fait l'objet de réglementation ou de négociation à un niveau supérieur.

⁵¹ Par exemple, une indemnité ayant la valeur d'indemnité de licenciement mais qui lui est supérieure, est accordée pour un type de rupture de contrat non élaboré par la loi ou la convention collective nationale et qui n'est pas un véritable licenciement.

⁵² J.-D. Reynaud, *Les règles du jeu : l'action collective et la régulation sociale*, Armand Colin, 2^{ième} éd., 1993, p. 179 et s.

concessions aux salariés. En outre, elle est aussi plus proche des salariés et donc plus à même de réguler la situation sociale interne.

Il faut souligner la place de la négociation d'entreprise comme instrument d'évolution et de modification du droit national. Les règles instaurées dans les entreprises et formalisées dans les accords aboutissent soit à être prises en compte et entérinées par la loi, soit à rendre « ineffectives »⁵³ certaines normes. Ainsi, les pratiques de départs volontaires ont été entérinées par la loi du 29/07/1992 qui a donc pris acte de cette forme de rupture en les inscrivant dans le régime du licenciement économique, tout au moins sur le plan de la procédure⁵⁴. Mais la qualification individuelle du départ n'a pas été remise en cause. Il n'empêche que l'élaboration d'un droit interne à l'entreprise entraîne l'éviction du droit national.

Nous avons donc esquissé comment l'internalisation de la production du droit par les entreprises fait évoluer le droit national et transforme les articulations classiques entre les différents niveaux.

Cependant, cette prise d'autonomie croissante de l'entreprise dans l'élaboration d'un droit interne modifie les articulations entre les différents niveaux de production de normes et remet en cause le principe de hiérarchie des sources. Elle aboutit à un recul du droit étatique, instance de « régulation centralisée » par nature uniformisante, désormais considérée comme peu adaptée aux mutations en cours. Ce droit du travail étatique est de moins en moins perçu comme un ensemble de règles impératives, immuables, mais comme un cadre, un ensemble de données contestables, adaptables, modifiables par le canal de la négociation d'entreprise.

Sans doute, comme l'observait le doyen Josserand, la naissance d'ordres juridiques privés sonne le glas d'un droit unitaire, la loi et les règlements cessant d'être véritablement les mêmes pour tous⁵⁵. De descendante, l'articulation devient ascendante. Les règles et pratiques émanant des entreprises, dont les supports juridiques sont les accords d'entreprise, conduisent soit à la transformation, soit au recul du rôle de l'Etat. Elles contribuent « à désarticuler l'unité apparente du système juridique »⁵⁶. En effet, elles mettent en place une régulation juridique diversifiée qui se substitue peu à peu à une régulation centralisée et aboutit à déconstruire l'articulation classique entre les sources de différents niveaux et le principe de hiérarchie. L'autonomie de l'entreprise dans l'élaboration de ses normes, conséquence de la concentration, caractérise ainsi sa capacité de flexibilité.

Par conséquent, un processus de transformation du principe traditionnel d'articulation des sources de différents niveaux et de reconnaissance de l'autonomie de l'entreprise pour élaborer ses propres normes s'engage officiellement.

Finalement, le travail accompli tend à confirmer que l'idée même de hiérarchie des normes est sans doute, sinon dépassée, du moins prise dans des enchevêtrements plus complexes⁵⁷. Au système pyramidal traditionnel paraît se substituer un système circulaire qui tend, non pas à opposer et à exclure, mais plutôt à concilier des règles d'origines différentes qui se nourrissent les unes des autres. Il s'agit désormais moins de suprématie et d'infériorité que d'interaction et de combinaison des sources.

Ces sources variées servent des intérêts différents et concourent à la formation d'un droit nouveau, adapté à la spécificité et aux contraintes du marché.

⁵³ C'est-à-dire fictives.

⁵⁴ Art. L. 321-1 al. 2 du Code du travail.

⁵⁵ Sur la reconstitution d'un droit de classe, L. Josserand, *DH*, 1937. Chron. 1.

⁵⁶ A. Chouraqui, « Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social », in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, 285-300.

⁵⁷ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, *spéc.*, p. 88.