



yabdeslam@orange.fr

Contribution d'Yvonne ABDESSLAM

Yvonne Abdeslam évoque ici l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier dernier, traduit dans le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi qui sera présenté prochainement au Parlement. Elle propose un éclairage original en croisant la tribune de Michel Duthoit publiée dans Ouest-France du 23 février avec un article d'Alain Supiot, Professeur au Collège de France, paru en 2003 dans la revue Droit Social et intitulé " Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? "

Le social, l'économique, le politique et le démocratique

L'ANI (Accord National Interprofessionnel), intitulé "pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels", signé le 11 janvier par une partie des partenaires sociaux a été applaudi par certains (ceux qui l'ont signé, le gouvernement, les milieux financiers, la commission européenne...) et critiqué par d'autres (ceux qui ne l'ont pas signé, certains parlementaires...).

Cet "ANI" devenu, après un léger relooking, "projet de loi Sapin relatif à la sécurisation de l'emploi" doit maintenant passer devant l'Assemblée nationale et le Sénat. Les parlementaires sont bien sûr interpellés par ceux qui voient dans ce projet davantage de flexibilité que de sécurisation.

A ce sujet voici ce que j'ai lu dans l'édition de O/F du 23 février, dans une tribune de Michel Duthoit, Président de l'ADRES (association pour le développement des relations sociales) :

Compétitivité : ne pas changer l'accord

L'accord signé par le patronat et plusieurs syndicats, le 11 janvier, sur la "flexi-sécurité" à la française a-t-il besoin d'être confirmé par un vote des députés ? Oui. Deux motifs obligent à ce passage devant l'assemblée. Le premier tient à ce que plusieurs des dispositions de cet accord modifient ou innovent par rapport au code du travail, il faut donc de nouveau légiférer. Et cela, seules les assemblées peuvent le faire. Le second motif vient de l'application de la nouvelle règle de subsidiarité dans le domaine des négociations professionnelles. Elle a été instaurée en 2008 en France, sur le modèle de ce qui existe déjà dans les pays

nordiques et qui est la règle dans l'Union européenne. Cette loi précise une nouvelle articulation des responsabilités entre le pouvoir politique et les partenaires sociaux.

L'essentiel du processus est que, sur une question donnée, le pouvoir confie aux partenaires sociaux le soin de négocier avant de légiférer. Mieux encore, s'ils s'entendent —ce qui est le cas avec cet accord— le pouvoir s'engage à transcrire les dispositions négociées en texte de loi. Comme au niveau européen, cette transposition est assortie d'un engagement : reprendre intégralement le texte négocié. Sans modification. Ceci afin de respecter la volonté des partenaires sociaux et de reconnaître leur expertise dans ce domaine. Le premier texte voté dans ce cadre a cependant été un échec sur ce point. En 2010 à la suite de pressions, de la CGPME notamment, l'accord sur la représentativité dans les petites entreprises, pourtant signé par toutes les autres organisations syndicales et patronales, avait été modifié sensiblement à l'Assemblée.

L'affirmation du gouvernement de vouloir cette fois-ci, respecter le processus... et la loi votée en 2008, est une première. Et l'on voit tout de suite les deux obstacles majeurs. D'abord cela contrarie les habituels essais de rattrapage de ceux qui ne sont pas satisfaits par l'accord signé et, à plus forte raison, de ceux qui n'en sont pas signataires du tout. Les pressions sur les élus permettent alors d'infléchir un nouveau texte de loi, qui comme c'est de règle, prendrait dans ce cas le pas sur l'accord.

Ensuite, il faut bien voir que cette manière de faire heurte de front notre culture politique à laquelle les élus représentants suprêmes de la Nation sont dans notre France jacobine, particulièrement sensibles. Plusieurs se sont déjà empressés de rappeler qu'il n'était pas question pour eux de laisser entamer ce qu'ils considèrent comme la plénitude de leur souveraineté. Faisant, hélas, ainsi la preuve de leur incapacité à se réformer plutôt qu'à donner l'exemple face aux défis de la société.

On le voit aussi dans le cas présent, l'addition de ces risques désigne plutôt le camp des gauches. Il est donc à craindre que le gouvernement n'ait pas le choix. S'il veut respecter sa parole et les partenaires qui ont durement négocié un compromis, l'usage du 49-3 (qui permet l'adoption d'un texte sans vote, sauf motion censurant le gouvernement) est certainement la seule issue souhaitable.

C'est le "point de vue" de Michel Duthoit. Il m'a rappelé un texte de Alain Supiot, professeur au Collège de France et bien connu des membres du conseil de développement de Nantes. Ce long texte (25 pages) est paru en 2003 dans la revue *Droit social* sous le titre **"Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?"**. Je me propose d'en présenter le plan et d'en citer quelques extraits qui me semblent propices à une réflexion sur le sujet.

Faut-il préférer la loi au contrat pour réformer les rapports sociaux en général et le droit du travail en particulier ? Cette question a empoisonné la dernière législature, les tenants d'une "refondation" négociée du droit social s'opposant à ceux de sa "modernisation légale.(...)

Au lieu de soumettre les relations de travail à des règles imposées de l'extérieur ou bien de s'en remettre au contraire au libre jeu du rapport de forces entre employeurs et salariés, on s'efforce d'associer les uns et les autres à la définition et à la mise en œuvre des règles nécessaires au bon fonctionnement du marché du travail. Ainsi entendue, la contractualisation n'est que l'une des manifestations des idéaux de la "régulation ou de la gouvernance". Elle participe d'un mouvement plus large de transformation des sources du droit, dont le droit communautaire offre maints exemples.(...)

On ne prétend plus pouvoir dicter de l'extérieur des règles de bien commun, mais on n'en admet pas pour autant, (...), que l'intérêt général puisse résulter spontanément de la poursuite par chacun de son intérêt particulier. Pour résoudre cet apparent dilemme, on introduit un cadre normatif qui oblige les acteurs du système, non seulement à participer activement à la définition et à la mise en œuvre des règles de bien commun, mais aussi à contribuer à leur révision constante en fonction des enseignements de cette mise en œuvre. Cette évolution va de pair avec une transformation de nos concepts juridiques de base : d'un côté la loi devient une norme relative, dont le sens dépend des conventions qui la préparent ou la mettent en œuvre ; de l'autre, le contrat se meut en instrument d'asservissement de la volonté des parties à des impératifs qui les dépassent. (...)

I- La relativité des lois ou le déclin de la souveraineté du Législateur

La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leur représentants, à sa formation. (...) Le Parlement élu au suffrage universel est ainsi dans toutes les démocraties le siège normal du pouvoir législatif. Cette représentation nationale incarne la volonté générale, et ne saurait consister en l'assemblée de représentants de corps ou d'intérêts particuliers. Aucune section du peuple, aucun corps intermédiaire, ne saurait être admis à imposer sa loi à l'ensemble. car le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. (...)

Concernant la France, on serait tenté de faire remonter à 1958 et à la Constitution de la VIème République le début d'un mouvement de déclin de la souveraineté du Législateur.(...), dans les soubresauts de l'après 68 et des débats sur "l'autogestion", la "participation", et la "nouvelle société" un autre type de corps intermédiaires –les organisations syndicales et patronales– commencent à apparaître sur la scène législative, avec la mise en œuvre d'une "politique contractuelle" qui vise à les associer étroitement à la conduite des affaires publiques.(...). Dans le domaine social, cette association passe par la négociation entre le patronat et les organisations syndicales d'accords nationaux interprofessionnels (ANI) destinés à peser sur l'élaboration ou la mise en œuvre des lois. Cette association est demeurée, jusqu'à il y a peu, un simple usage, ne liant pas juridiquement le Législateur (A). Mais elle est aujourd'hui revendiquée comme un droit, dont la consécration emporterait un véritable partage du pouvoir législatif (B).(...

A. La "politique contractuelle" ou l'association de la négociation au pouvoir législatif

1) La négociation collective peut participer tout d'abord de l'élaboration de la loi. (...)

2) La négociation collective peut participer en second lieu de la mise en œuvre de la loi. (...)

Le point commun de ces différentes manifestations de la politique contractuelle est d'avoir toujours reposé sur le bon vouloir du Législateur, qui demeure libre d'octroyer ou non aux représentants des corps intermédiaires la possibilité de négocier le contenu des lois qui les gouvernent. C'est sur ce point que la "contractualisation" des relations du travail connaît aujourd'hui une rupture notable avec la revendication des partenaires sociaux d'un véritable droit à participer à l'oeuvre législative (...)

B. Les avatars de la "refondation sociale" et la revendication d'un partage du pouvoir législatif

Aux origines du projet de "refondation sociale", se trouve la décision du gouvernement d'imposer le principe de la semaine des 35 h, sans négociation préalable avec les partenaires sociaux. (...)

La réforme de l'assurance chômage offrait un terrain particulièrement propice pour engager le combat de la refondation des rapports entre la loi et le contrat. (...)

Indépendamment des vicissitudes politiques susceptibles d'affecter sa mise en œuvre, l'architecture institutionnelle ainsi dessinée par les partenaires sociaux est symptomatique d'un mouvement beaucoup plus profond, qui procède de l'érosion de la souveraineté des Etats nations et affecte notre conception même de la loi. C'est d'ailleurs l'un des arguments invoqués par les partenaires sociaux, que de souligner que ce qu'ils revendiquent en droit interne a déjà été consacré en droit communautaire. (...) Un pas décisif a été franchi avec le traité de Maastricht, qui a permis qu'en matière sociale les partenaires sociaux puissent s'inviter à la place du Parlement dans le processus d'élaboration des directives.(...)

Ainsi que le juge communautaire l'a observé, c'est une version nouvelle du principe de démocratie qui se trouve alors instituée, version dans laquelle la "représentativité cumulée suffisante" de groupes d'intérêts se substitue à la représentativité électorale des députés européens. (...)

Nous avons du mal à comprendre qu'il (le droit communautaire) puise une nouvelle modernité dans le déclin des Etats nations. Et nous demeurons généralement aveugles au fait que le déclin de la souveraineté du Législateur ne s'accompagne nullement d'un progrès symétrique de la

liberté contractuelle. La "network » society", est le lieu d'une résurgence de la dimension féodale de notre culture contractuelle. A la manière du lien de vassalité, le contrat sert aujourd'hui à inscrire les hommes libres dans un tissu d'obligations qui les enveloppe et les dépasse. Le contractant demeure libre mais l'usage de sa liberté est programmé. (...)

II- L'asservissement des conventions ou la programmation de la liberté contractuelle

On serait tenté de penser que le déclin de la souveraineté du Législateur conduit à un accroissement mécanique de la liberté contractuelle. (...) Au lieu de servir à échanger des quantités, le contrat se "publicise" en participant à la définition d'un bien commun. Ceci rejaillit sur l'autonomie de la volonté des parties : elles demeurent libres de vouloir, mais à condition d'asservir leur volonté à des objectifs qui dépassent leur intérêt propre. Leur liberté est programmée pour la réalisation de ces objectifs. Ce phénomène se manifeste au plan individuel par la normalisation des comportements et au plan collectif par l'instrumentalisation des sources du droit.

A. La normalisation des comportements

(...) Avec l'affadissement du critère de la subordination, nombre de salariés jouissent d'une certaine liberté, mais d'une liberté dirigée, assujettie à des objectifs souscrits d'accord avec le chef d'entreprise. Le pouvoir s'exprime alors au travers de critères "objectifs", indépendants du pouvoir arbitraire d'un chef.(...) Cette nouvelle manière de discipliner les hommes concerne évidemment au premier chef les travailleurs, mais elle touche aujourd'hui les demandeurs d'emploi et les employeurs eux-mêmes.

1) Le travailleur « objectifé »

(...)

2) Le chômeur « objectifé »

(...)

3) L'employeur « objectifé »

(...)Ces techniques de normalisation ont été aussi mises en œuvre pour assujettir les chefs d'entreprises à la défense des intérêts des actionnaires.

B. L'instrumentalisation des sources du droit

La montée en puissance des techniques contractuelles dans l'élaboration du droit ne se traduit nullement par une liberté accrue des contractants. Bien au contraire, dès lors qu'elles participent des sources du droit, les conventions se chargent de normes qui échappent au bon vouloir de ceux qui les négocient ou les mettent en œuvre. Le droit conventionnel est instrumentalisé par la loi qui programme sa négociation. Mais à l'inverse, la loi et le règlement peuvent se trouver eux-mêmes instrumentalisés par des accords qui se situent en amont de la décision politique et en fixent l'orientation.

1) L'instrumentalisation de la négociation collective

(...)

2) L'instrumentalisation des politiques publiques

De même que les directions des grandes entreprises se trouvent asservies à la réalisation d'objectifs de création de valeur, de même les Gouvernements de la plupart des Etats (hormis les Etats-Unis) se trouvent aujourd'hui invités à se faire les instruments de réalisation de programmes auxquels ils sont censés librement adhérer, et qui mettent en œuvre des normes "techniques" élaborées par des autorités internationales..

Remarques finales

Bien sûr, pas plus que les normes comptables ou les normes ISO, les indicateurs de politique publique élaborés au plan communautaire ne sont des normes purement "techniques" qui devraient échapper par

nature au débat contradictoire, parlementaire ou judiciaire. Mais ils sont cependant traités comme tels et c'est l'un des grands risques que fait courir à la démocratie le phénomène de contractualisation. (...)
Car si la contractualisation peut permettre de renouveler les termes de la nécessaire conciliation entre intérêt particulier et intérêt général, elle peut aussi ouvrir la voie à des formes inédites d'oppression. Un dirigeant chinois, interrogé récemment sur l'horizon institutionnel de son immense pays, répondit qu'il devait se mettre à l'école de l'Occident et devenir une "dictature démocratique". C'est l'un des paradoxes du comparatisme : on voit souvent mieux de loin.

Cette analyse de fond dont l'intégralité est facilement accessible sur Google, nous incite à nous préserver de tout manichéisme et à suivre avec intérêt les interventions de nos représentants lors du débat de la loi.