

Pour une modernisation du dialogue social

Rapport au Premier Ministre

Dominique-Jean CHERTIER
31 mars 2006

Sommaire

1. Propos introductifs

Divergence des logiques et confrontation des temps..... 4

1.1 Un grand nombre de constats communs : une société en tensions récurrentes..... 5

1.2 La concurrence des systèmes de représentation : la querelle des frontières..... 8

1.3 Une confrontation conflictuelle des temps : la géométrie variable des urgences..... 12

1.4 La confusion des causes, des moyens et des solutions : entre l'inertie et l'action..... 13

2. Etat des lieux du dialogue social en France

La Tour de Babel..... 14

2.1 Méthodes du dialogue social entre l'Etat et les partenaires sociaux : *le tripartisme inavoué et l'absence d'un langage commun*..... 15

2.1.1 Les multiples formes du dialogue social..... 16

2.1.2 Sur le fond du dialogue : une interaction Etat-partenaires sociaux..... 18

2.1.3 Sur la procédure du dialogue : une absence de cadre formalisé..... 22

2.2 La multiplication des étages du dialogue social : *la construction de la Tour de Babel*..... 25

2.2.1 Des instances multiples contribuant à des degrés divers au dialogue et à la préparation des décisions publiques..... 25

2.2.2 Un fonctionnement du système institutionnel de dialogue social qui souligne la confusion des rôles et des responsabilités..... 32

2.3 Le dialogue social dans la fonction publique : *une référence sans exemplarité*..... 36

3. Les exemples étrangers

Des règles du jeu diverses mais bien définies..... 38

3.1 Le modèle communautaire : le temps réservé au dialogue social..... 39

3.1.1 Le dialogue social européen : le modèle du temps réservé..... 39

3.1.2 Le dialogue social européen : un système qui n'a pas fait la preuve de sa capacité à aborder les sujets les plus stratégiques..... 41

3.2 Le modèle allemand : le système des champs séparés..... 42

3.2.1 Un champ constitutionnellement réservé à la négociation sociale autonome..... 42

3.2.2 Un modèle faisant l'objet d'interrogations..... 43

3.3 Les modèles anglo-saxons : la concertation ouverte	45
3.3.1 L'exemple des Commissions présidentielles américaines.....	45
3.3.2 Les procédures de consultation britanniques : l'association de la société civile en amont de la décision.....	46
3.4 L'exemple néerlandais : un conseil économique et social pivot du dialogue social	50
3.4.1 Une répartition entre loi et négociation établie par consensus.....	50
3.4.2 Un conseil économique et social au cœur du système de régulation sociale.....	51
3.4.3 Un organisme tripartite au cœur de l'agenda.....	52
3.4.4 Une intervention dans la mise en œuvre des lois.....	52
4. Propositions d'évolution	
<i>L'agenda partagé et le temps réservé</i>	54
4.1. Construire un agenda partagé de réforme, connu de tous les acteurs	56
4.1.1 Fixer un programme pluriannuel de réformes en prévoyant d'emblée les modes de concertation et d'association des partenaires sociaux.....	57
4.1.2 Repenser et réactualiser régulièrement l'agenda.....	57
4.2 Prévoir un temps réservé à la concertation, voire à la négociation, dans la conduite des réformes	58
4.2.1 Instaurer pour l'ensemble des réformes, un temps réservé à la concertation.....	58
4.2.2 Pour le droit du travail, ouvrir la possibilité d'utiliser le temps réservé comme espace de négociation.....	60
4.3 Restructurer les lieux du dialogue social et responsabiliser les administrations dans le processus de concertation	65
4.3.1 Réformer le Conseil économique et social pour en faire un organe légitime de régulation de l'agenda partagé et d'expression des points de vue.....	65
4.3.2 Stabiliser une co-production d'expertise articulée autour du centre d'analyse stratégique.....	67
4.3.3 Réexaminer l'utilité, et la composition des multiples instances existantes pour en réduire drastiquement le nombre.....	67
4.3.4 Responsabiliser les administrations dans les processus de concertation.....	71
4.3.5 Faire évoluer le dialogue social dans la Fonction Publique.....	71
Conclusion	73
Récapitulatif des actions à conduire pour mettre en œuvre les réformes proposées	74
Annexes	77

Le présent rapport répond à une demande de M. le Premier ministre, contenue dans la lettre jointe en annexe.

Il s'appuie sur des analyses des systèmes de dialogue et de régulation sociale dans différents pays.

Il s'est enrichi des consultations des partenaires sociaux, personnalités qualifiées et responsables d'administration, qui ont tous bien voulu répondre à nos invitations.

Il ne vise en aucune façon à concilier des points de vue mais se présente comme la contribution de son auteur à un débat dont chacun reconnaît la nécessité et l'urgence.

MM. **Etienne Grass** et **Nicolas Grivel**, membres de l'inspection générale des affaires sociales, ont participé à son élaboration avec toute leur compétence.

1. PROPOS INTRODUCTIFS

DIVERGENCE DES LOGIQUES ET CONFRONTATION DES TEMPS

En ce début du vingt-et-unième siècle, la France est confrontée à une série de défis inédits sans être parvenue à surmonter les difficultés du siècle passé. Le chômage persiste à un niveau inacceptable, l'adéquation entre la formation et l'emploi reste insatisfaisante et se précipitent désormais les bouleversements de la globalisation de l'économie mondiale, un choc démographique sans précédent, des évolutions des mœurs et des modes de vie accélérées par les échanges et les comparaisons internationales.

Chacun perçoit plus ou moins clairement ces défis. Certains sont parfois saisis de la tentation de les refuser. Au-delà des résistances inévitables au changement, au-delà des divergences démocratiques des solutions, il apparaît bien que notre pays doive moderniser sans plus tarder les méthodes d'élaboration des normes sociales qui lui permettront de répondre aux enjeux des temps nouveaux.

1.1 Un grand nombre de constats communs : une société en tensions récurrentes

Tous les acteurs du changement social s'entendent sur un certain nombre de constats communs. Ces constats pourraient être suffisants pour constituer les communs dénominateurs, aussi petits soient-ils, d'une réforme d'ampleur des procédures d'élaboration des normes sociales : la conscience même de la nécessité de cette réforme quand bien même il y a divergence sur le sens de l'évolution de ces normes ; la volonté que l'Etat corrige son travers ancien consistant à sous-estimer l'apport que constitue la société civile à la détermination de son agenda et à sa prise de décision ; la volonté que les acteurs de la société civile, au moins ceux qui s'organisent pour participer en toute transparence à la décision, se renforcent ; la conscience que la multiplication à profusion des instances de concertation est davantage le reflet d'une faiblesse, voire d'une impasse, que la manifestation d'une véritable densité des relations¹.

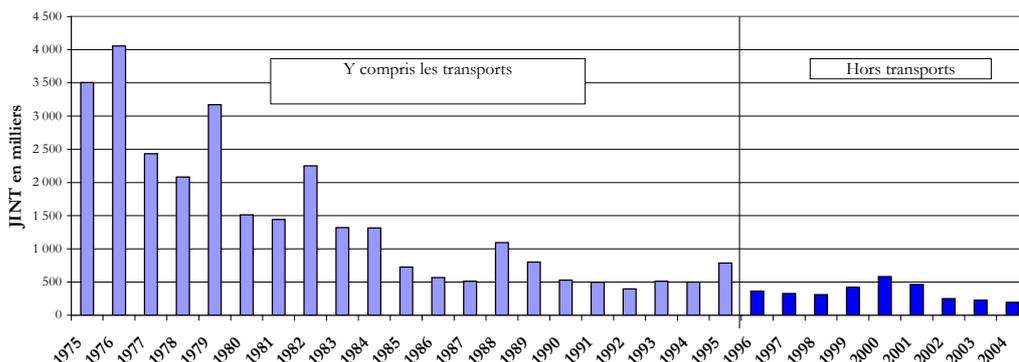
Dans ce contexte, les relations entre le Gouvernement et les partenaires sociaux connaissent régulièrement dans notre pays des périodes de tension et d'incompréhension réciproque. Chaque fois, chaque partie déploie ou pense déployer des efforts considérables pour se faire comprendre des autres parties. De façon récurrente, toutefois, chacun accuse son interlocuteur de ne pas respecter les règles du jeu : les syndicats reprochent au Gouvernement de faire précéder les annonces à la concertation ; les syndicats et/ou le patronat suspectent les autres parties de collusion avec le Gouvernement (et réciproquement) ; les syndicats reprochent (discrètement) à la presse de les pousser à la surenchère pour se faire entendre ; le Gouvernement accuse les partenaires sociaux de ne pas mener des négociations à la hauteur des enjeux...

¹ Ces constats ne sont pas nouveaux : c.f. la conférence animée par Jean le Garrec en 2000 sur la démocratie sociale, la mission de Jacques Fournier sur le dialogue social dans la fonction publique, la Commission Michel Camdessus...

Une démocratie ne peut vivre éternellement dans l'implicite. Dans ces périodes de tension, les relations s'effritent : chacun repose la question de la légitimité de l'autre. Certains estiment que les organisations syndicales ne sont plus en état de négocier, c'est-à-dire, d'être en capacité d'aller jusqu'à la contractualisation et qu'il convient donc de s'en tenir avec eux à une simple concertation ; d'autres ne considèrent plus l'Etat comme un partenaire susceptible de dialogue.

En l'absence de règles, le risque serait par ailleurs qu'un trop petit ou un trop grand nombre d'acteurs prennent part au jeu sans rôle clairement défini : le Gouvernement, le Parlement, le patronat, les syndicats, la presse, les associations, l'opinion... Dans chacun de ces grands ensembles, des stratégies multiples de représentation sont elles-mêmes ouvertes entre tel ou tel sous-ensemble. Les médias sont parfois amenés à quitter leur posture d'analyse pour devenir acteurs mêmes du dialogue. Le périmètre des associations à impliquer est souvent incertain.

Conflits du travail
Nombre de journées individuelles non travaillées (JINT) pour fait de grève dans les entreprises (1975-2004)



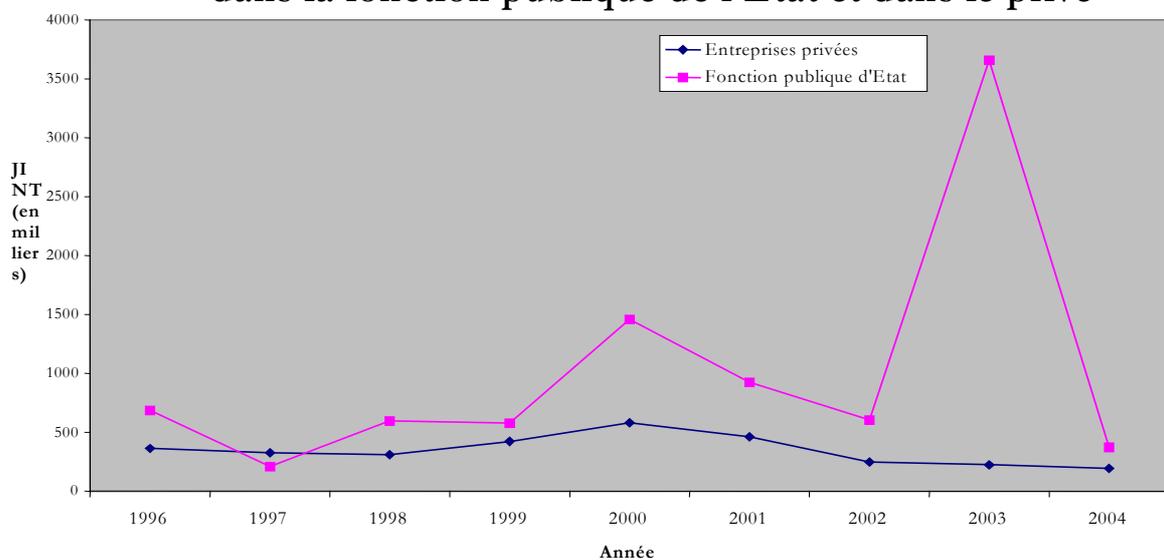
Source : DARES ²

En l'absence de reconnaissance de son rôle, chaque partie cherche à établir la preuve de sa force. Ainsi se trouve-t-on renforcé dans la culture du conflit qui est parfois élevée au rang de valeur nationale. Les formes de cette culture changent toutefois. Contrairement aux idées reçues, le nombre de jours de grèves dans notre pays est très nettement décroissant sur longue période **dans la sphère privée**. Le nombre annuel de journées individuelles non travaillées est passé de moyenne avoisinant les 3 ou 4 millions au milieu des années 1970 à des fourchettes se situant entre 200 000 et 300 000, soit globalement une division par un facteur 10. Les statistiques les plus fines montrent que ce mouvement est particulièrement marqué dans l'industrie et les plus grosses entreprises (+ 500 salariés).

² La série jointe (1975-2004) transmise par la DARES porte sur les conflits du travail dans le secteur privé hors agriculture. Cette série comporte une rupture en 1996 : elle est redressée hors conflits généralisés et hors transports et les données relatives aux transports figurent séparément (série 1996-2004).

Cette évolution pourrait laisser à penser que la conflictualité est en baisse. Il n'en est rien. Tout d'abord, la plus faible occurrence des grèves dans le privé a été pour partie compensée par la croissance du nombre de jours non travaillés dans la fonction publique, comme en attestent les courbes ci-dessous. Il y a là un trait caractéristique de notre système de régulation sociale, dans lequel les progrès du dialogue dans la sphère privée courent régulièrement le risque d'être contrebalancés par les défauts structurels du dialogue dans le secteur public.

Statistiques du nombre de journées individuelles non travaillées dans la fonction publique de l'Etat et dans le privé



Sources : DARES, DGAFP

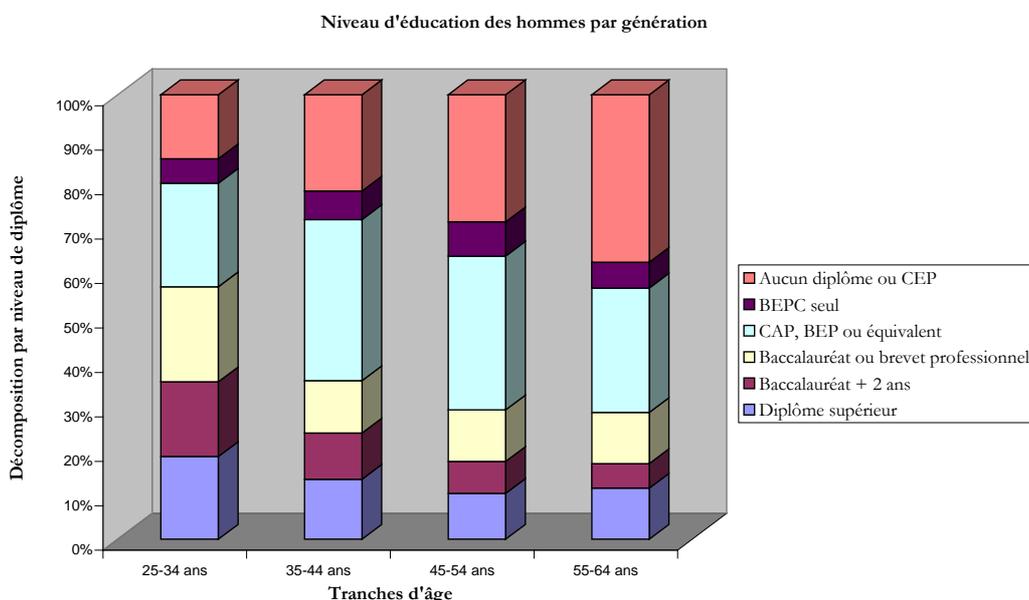
Enfin, la conflictualité française est devenue éruptive. Ainsi, la pratique de la grève se réduit, sauf quand sa visibilité peut s'accroître à travers des mouvements de manifestations. La conflictualité française se traduit de plus en plus dans les manifestations et les sondages d'opinion. Le pic de jours d'arrêt du travail dans la fonction publique en 2003, induit par les manifestations contre la réforme des retraites, en fournit une illustration très remarquable. On retrouve cette tendance par l'examen des principales manifestations qu'a connu le pays depuis le début des années 1984, qui manifeste une intensification très nette dans la période récente.

Manifestations	Nombre de manifestants
24 juin 1984 : Défense de l'école privée	800000 à 1,5 M
12 décembre 1995 : Réforme de la sécurité sociale	932000 à 2 M
1 ^{er} mai 2002 : 2 ^{ème} tour de l'élection présidentielle	1,3 à 1,5 M
13 mai 2003 : Réforme des retraites	1 à 2 M
3 juin 2003 : Réforme des retraites	455000 à 1,5 M
10 mars 2005 : Salaires et 35 heures	570000 à 1 M
4 octobre 2005 : Emploi et pouvoir d'achat	470000 à 1 M
18 mars 2006 : Contrat Première Embauche	530000 à 1,5 M
28 mars 2006 : Contrat Première Embauche	1 à 3 M

Commentaire : le nombre de manifestants est présenté selon une fourchette selon les sources (police et syndicats)

1.2 La concurrence des systèmes de représentation : la querelle des frontières

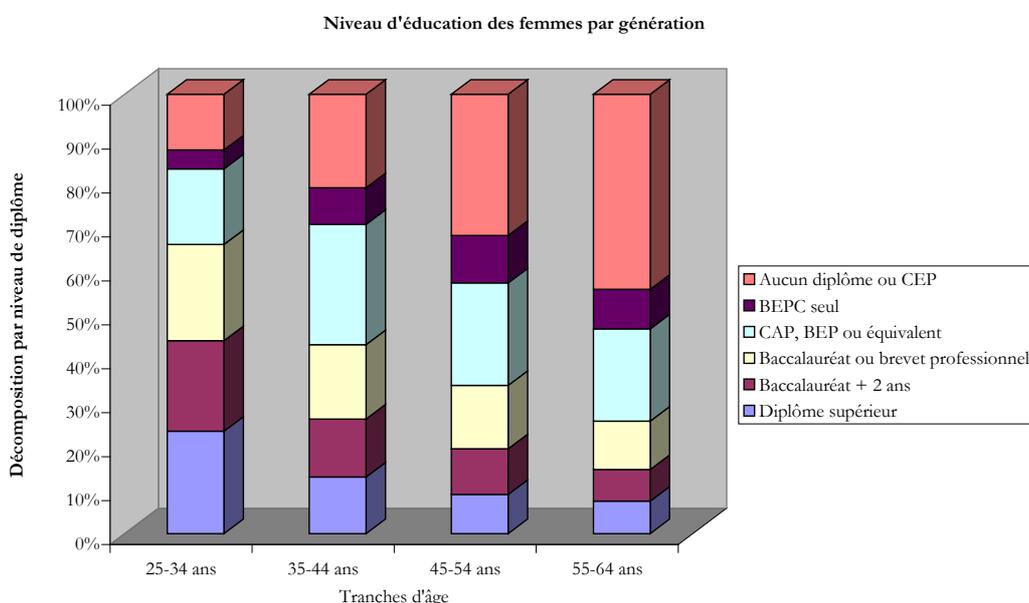
La représentation de la société s'est complexifiée dans toutes les démocraties occidentales. La progression sur longue période du niveau d'éducation des citoyens a accru la compétence civique, c'est-à-dire la capacité de chacun à participer à la décision publique³. Cette évolution se mesure notamment par la comparaison des niveaux de diplôme d'une génération à l'autre.



Source : Enquête Emploi

³ Les théoriciens de la compétence civique mettent ainsi en évidence des corrélations statistiques au niveau mondial entre les niveaux de scolarisation des adultes, les connaissances civiques, les taux de participation aux élections municipales et même les inégalités de revenus. Voir Henri Milner, La compétence civique, Presses de l'Université de Laval, 2004

Cette évolution est particulièrement marquée pour les femmes, dont le niveau d'éducation a dépassé celui des hommes.

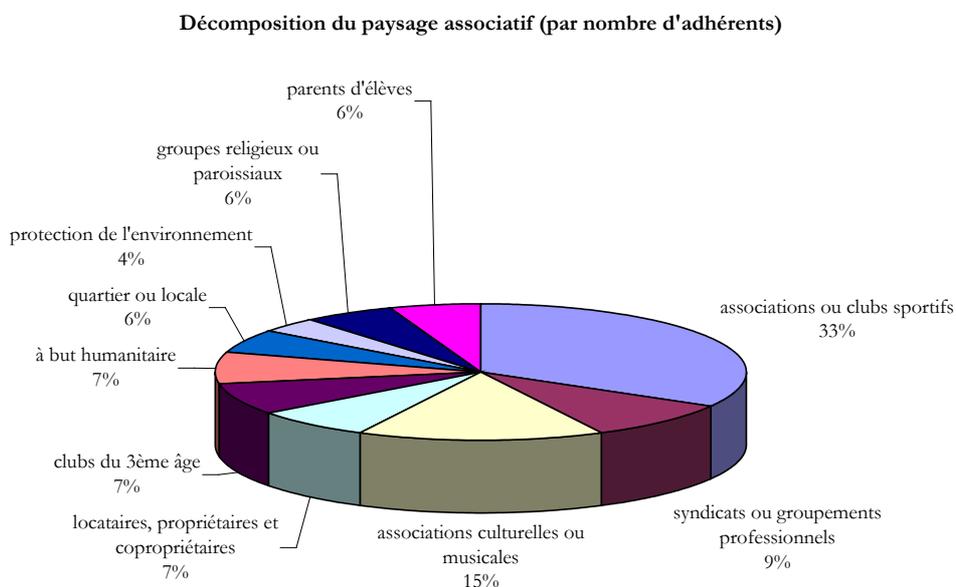


Source : Enquête emploi

L'accroissement de la participation du citoyen à la prise de décision publique est également devenu d'autant plus nécessaire que l'intervention publique s'est démultipliée, investissant des champs de la société jusqu'alors réservés à l'initiative individuelle et manifestant les limites des procédures de décision uniquement fondées sur la représentation électorale. Dans le même temps, les modalités d'intégration des individus à la société se sont complexifiées, voyant l'émergence d'identités moins durables et moins construites que les identités nationales ou syndicales, parfois fondées sur un projet commun (associations solidaires...), d'autre fois fondées sur une altérité commune (associations de victimes, de malades...) ou sur une situation partagée (associations de chômeurs, d'étudiants...), comme l'analyse Pierre Rosanvallon.

L'image publique des différentes composantes de la société civile est contrastée et oppose schématiquement le secteur des partenaires sociaux, considéré hâtivement comme sclérosé et en déclin, et le secteur associatif, dont l'expansion est régulièrement soulignée. Les chiffres sont souvent avancés : selon l'INSEE, les associations comptent 1,6 millions de salariés, 10 à 12 millions de bénévoles et près d'un français sur deux (43%) adhèrent à une association. *Il convient cependant de noter que ce constat repose sur des bases incertaines car sous la bannière commune de l'association, figure une grande diversité d'activités, souvent bien éloignée de l'image d'Épinal des associations culturelles et solidaires. En fait, comme on le constate dans le schéma ci-après, la forme associative n'est autre qu'un statut juridique très plastique, qui regroupe principalement les activités sportives de notre pays, et accessoirement des coalitions d'intérêt dont les motifs sont aussi divers que les intérêts mêmes qui traversent le pays. Deux tiers des associations sont de taille minime. Elles ont des budgets annuels inférieurs à 7 500 euros.*

Seules 5 % des associations, soit environ 40000 associations, disposent de budgets supérieurs à 150000 euros. Les chiffres impressionnant du nombre de salariés dans le secteur associatif correspondent pour moitié aux activités du secteur social et médico-social, largement financées par des budgets publics. 84% des associations n'ont aucun salarié.



Source : INSEE, Enquête permanente sur les conditions de vie, 2003

Les corps intermédiaires prennent ainsi de multiples visages, quitte à permettre l'émergence d'acteurs incertains, mais en apparence plus cohérents car souvent porteurs d'un unique combat, ce qui facilite leur portée médiatique.

Dans toutes les démocraties au monde se constate le déploiement du tissu associatif dans de multiples directions. On décrit généralement cette évolution en utilisant le vocable de « société civile », notion qui rassemble l'ensemble des acteurs de la sphère non publique. Ce phénomène est en accélération dans notre pays comme indiqué en annexe.

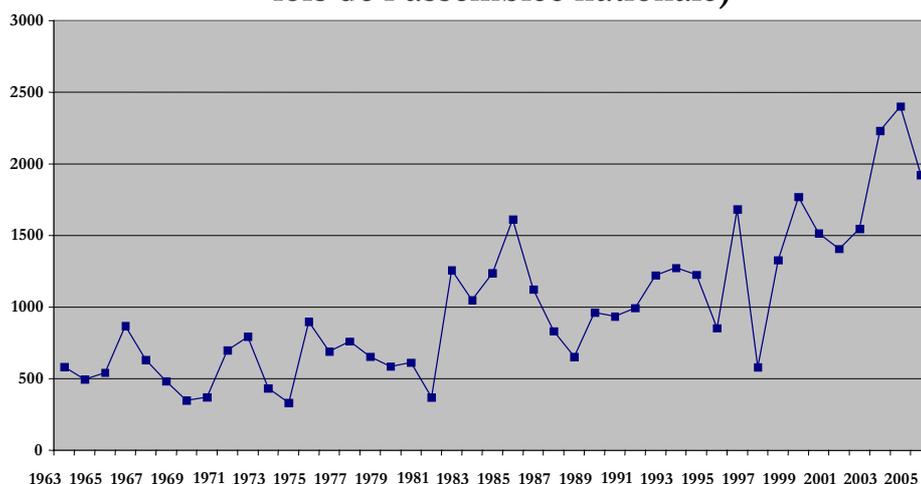
Ainsi en France, les syndicats, porteurs d'intérêt collectif, se trouvent-ils désormais concurrencés par de nouvelles formes de représentation, avant même d'avoir pu conforter leur capacité et leur rôle de représentation. Les historiens expliquent généralement ces faiblesses par la tradition contestataire des organisations sociales dans notre pays et par l'attitude d'ignorance, voire d'opposition, de l'Etat à leur égard, héritage lointain de la révolution française et de la loi Le Chapelier.

L'Etat qui s'est voulu lui-même « instituteur de la société » (Pierre Rosanvallon) s'est comporté comme s'il pouvait définir seul l'intérêt général.

Si l'Etat n'a pas fait le choix d'une plus grande délégation de la prise de décision aux acteurs concernés, il a par contre été conduit à une réduction substantielle de son champ d'intervention par le jeu de multiples transferts : aux collectivités locales, à l'Union européenne, à des agences administratives indépendantes... **Et pourtant l'Etat reste pour chacun le seul acteur de synthèse.** Les citoyens attendent du gouvernement qu'il rende des comptes sur la situation globale du pays et il a ainsi eu tendance à s'investir davantage, voire à surinvestir, dans les champs qui lui sont restés. **La législation sociale est devenue l'un des lieux privilégiés du surinvestissement résiduel de l'Etat.**

La situation est ainsi paradoxale : plus le champ de compétence de l'Etat se rétrécit, plus le volume de la législation s'accroît. Les statistiques du Secrétariat Général du gouvernement montrent ainsi une tendance à la hausse sur longue période du nombre de pages des lois promulguées.

Volume des lois (en nombre de pages du recueil des lois de l'assemblée nationale)

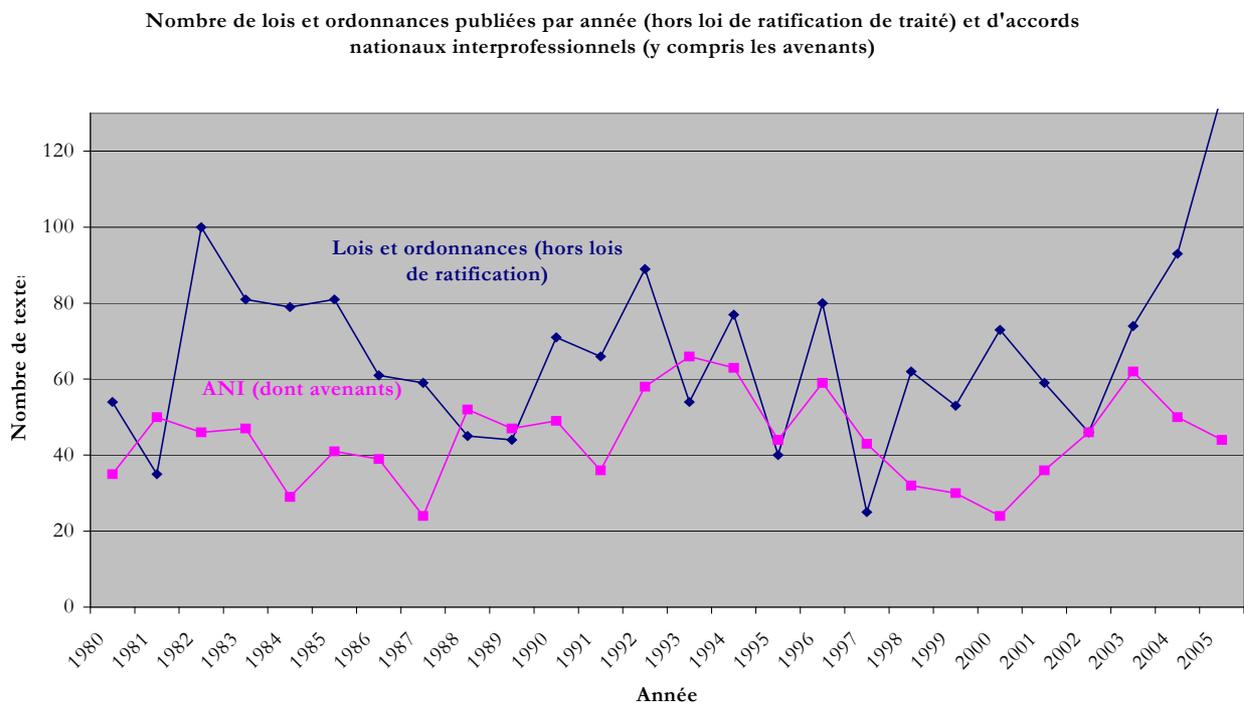


Source : Secrétariat général du gouvernement

Cette inflation du volume des lois ne s'explique pas tant par l'accroissement du nombre de projets que par celle de la taille moyenne des textes, c'est-à-dire la propension du gouvernement et des parlementaires à régenter, dans le détail, les situations individuelles. On constate notamment le fait que le nombre des amendements déposés et adoptés connaît lui aussi une inflation, corollaire à celle du volume des lois alors qu'au contraire le nombre de lois, c'est-à-dire en pratique le nombre de sujets mis à l'ordre du jour du débat politique, évolue de façon erratique. Les courbes ci-dessous montrent que le nombre de textes est soumis à des variations cycliques essentiellement déterminées par les élections : le nombre de lois promulguées augmente nettement dans les 2 ou 3 années qui succèdent à une élection importante (82-84, 89-91, 92-93, 98-2000, 2003-2005) et se réduit sensiblement les années d'élection.

1.3 Une confrontation conflictuelle des temps : la géométrie variable des urgences

La temporalité de l'activité politique est essentiellement celle des échéances électorales. Telle n'est pas la temporalité des partenaires sociaux qui s'inscrit dans la longue durée rythmée par les congrès syndicaux et patronaux. A titre d'exemple, le nombre d'Accords Nationaux Interprofessionnels et d'avenants signés chaque année, évolue peu d'une année sur l'autre. On constate simplement la succession de périodes hautes (1988-1997, 2003-2004) et basses (1978-1981, 1984-1987 et 1997-2002) du dialogue national interprofessionnel.



Source : Secrétariat général du gouvernement et Direction des relations du travail

La difficulté de l'Etat à déléguer aux partenaires sociaux trouve ainsi en partie sa source dans une *confrontation conflictuelle des temps*, qu'on peut schématiquement représenter comme la difficulté à joindre plusieurs ensembles :

- le temps de la société : il est celui de l'évolution des mœurs et des modes de vie ;
- le temps de l'économie : il est imposé par la nécessité de se tenir en état de compétitivité avec le monde ;
- le temps de la politique gouvernementale : il suit le rythme des échéances électorales et s'est à ce titre potentiellement raccourci avec le passage au quinquennat ;

- le temps du Parlement : il s'adapte au rythme des débats et des procédures mais doit tenir compte de « l'engorgement parlementaire » ; (effet de file d'attente des lois) ;
- le temps des partenaires sociaux : il est celui du sentiment de la pérennité ou de la continuité ;
- le temps des médias : il est celui de l'immédiateté.

1.4 La confusion des causes, des moyens et des solutions : entre l'inertie et l'action

Notre pays ne peut choisir les difficultés socio-économiques auxquelles il est confronté. Il doit les surmonter et le fait, certes, mais généralement à la suite de conflits générateurs de perte de temps et sans la cohésion suffisante, garante d'efficacité. Encore faut-il souligner que le cas n'est pas rare où les solutions adoptées ne correspondent pas au problème posé.

Ainsi, à défaut d'un diagnostic clair, d'une vision cohérente sur les solutions, les organisations porteuses de revendications collectives peuvent être conduites à se replier sur des demandes relatives aux moyens.

Faute de capacité à dire et expliquer les orientations, les porteurs d'autorité et de décision trouvent souvent la voie de la réconciliation avec leurs contradicteurs, dans le développement de structures et d'instances pléthoriques, redondantes ou sans cohérence.

La complexité des sujets, la divergence des points de vue, le poids de l'histoire et des habitudes, la différence des temps dans lesquels il s'inscrit, rendent compliqué le dialogue social.

Entre le risque d'être confrontés à des tensions récurrentes et stériles ou celui de se satisfaire de l'inaction ou d'un consensus qui en serait synonyme, il y a place pour des règles nouvelles et constructives.

Dans ce théâtre, sans unité ni de temps, ni de lieu, ni d'action, il devient, en effet, plus qu'urgent de redéfinir le rôle de chacun ainsi que les règles du jeu.

2. ETAT DES LIEUX DU DIALOGUE SOCIAL EN FRANCE

La TOUR de BABEL

L'observation de l'état du dialogue entre gouvernement et acteurs sociaux inspire une double référence à la tour de Babel :

- sur la méthode, on a souvent le sentiment qu'au-delà d'échanges permanents, on peine à trouver un langage commun permettant de se comprendre ;

- sur les lieux de dialogue social, l'impression est celle de l'accumulation d'étages successifs d'instances de concertation visant à se rapprocher d'un idéal dont on s'éloigne en fait sans cesse.

2.1 Méthodes du dialogue social entre l'Etat et les partenaires sociaux : le tripartisme inavoué et l'absence d'un langage commun

« L'ultima ratio » de tout dialogue social, en France, reste la Loi. Le contrat reste un complément ou un élément subalterne et les partenaires sociaux ne disposent pas d'une réelle « autonomie collective ». Pour autant, le système français est caractérisé par un tripartisme qui ne s'avoue pas comme tel. Inclassable, il ne s'assimile à aucun des grands « modèles-types » d'articulation entre rôle de l'Etat et rôle des partenaires sociaux, qu'il s'agisse d'un partage des champs d'intervention (modèle allemand) ou d'un partage des temps d'intervention (modèle communautaire). Dans la conduite des réformes, il n'obéit pas non plus à une procédure unique et souple du type des grandes commissions présidentielles ad hoc mises en place aux Etats-Unis.

Le système français est un mélange de formel et d'informel. Il oscille entre des contacts officieux, utiles mais indicibles, des grand-messes, visibles mais rituelles et parfois improductives, et des procédures de consultation très formelles et souvent subalternes. La confusion caractéristique du modèle français entre la concertation, la consultation et la négociation est génératrice de tensions qui se sont fréquemment exprimées au cours des dernières décennies.

La revendication d'une place plus importante des partenaires sociaux soit en autonomie soit dans un dialogue avec le Gouvernement pose les questions de leur degré de représentativité (pour être légitimes) et de leur capacité d'expertise (pour être à égalité d'analyse). Or la situation actuelle ressemble à un cercle vicieux : on ne confie pas de sujets aux partenaires sociaux au motif qu'ils ne seraient pas capables de bien les traiter, et le fait de ne pas leur confier de responsabilités leur enlève le crédit nécessaire aux yeux de l'opinion, et les exonère de l'obligation de contractualiser.

2.1.1 Les multiples formes du dialogue social

2.1.1.1 Des degrés variables, de l'information à la négociation

Le dialogue entre le gouvernement et les partenaires sociaux peut prendre différentes formes selon le degré d'association de ces derniers à la décision. Même si les frontières restent souvent floues, on peut schématiquement distinguer les situations suivantes :

- les partenaires sociaux peuvent être simplement informés des orientations et décisions gouvernementales ;

- la décision peut faire l'objet d'une consultation des partenaires sociaux, qui peuvent faire état de leurs positions. Cette prise de position peut être officieuse ou officielle si la consultation s'inscrit dans le cadre d'instances auxquelles appartiennent les partenaires sociaux ;

- la concertation avec les partenaires sociaux suppose quant à elle un processus interactif permettant la prise en compte, le cas échéant par modification du projet, des positions des partenaires sociaux, exprimées là encore officieusement ou officiellement ;

- enfin, la décision peut directement résulter d'une intervention des partenaires sociaux par la voie de la négociation. Cette négociation peut être tripartite et faire l'objet d'un accord entre gouvernement, organisations syndicales et patronales, ou bipartite entre les seuls partenaires sociaux.

Dans le cadre de situations conflictuelles, les points de vue du gouvernement et des partenaires sociaux sur le processus en cours peuvent diverger : alors qu'un gouvernement aura eu la volonté ou le sentiment de procéder à une véritable concertation, les partenaires sociaux l'auront ressenti comme une consultation, voire comme une simple information. A l'inverse, les partenaires sociaux auront parfois tendance à revendiquer une véritable négociation avec le gouvernement, tandis que celui-ci veillera à en rester à une logique de concertation.

2.1.1.2 Des modalités différentes selon les thèmes

L'association des partenaires sociaux à la prise de décision dépend de multiples facteurs, d'ordre politique et contextuel. Il varie aussi fortement selon les matières concernées :

- les questions relatives au droit du travail, de la formation professionnelle et à l'indemnisation du chômage ⁴ sont propices à un renvoi à la négociation entre partenaires sociaux dans la mesure où, dotés d'une forte légitimité en la matière, ils sont surtout en capacité de conclure des accords ayant une valeur juridique reconnue et venant s'intégrer au sein des différentes sources du droit du travail. Toutefois, cette situation ne conduit pas pour autant à un recours systématique à la négociation, de nombreuses réformes étant conduites par l'Etat en associant différemment les partenaires sociaux ;

⁴ Encore faut-il reconnaître que pour ce dernier sujet, se pose régulièrement la question de la frontière entre l'assurance chômage relevant des Partenaires Sociaux et la Solidarité (ASS et RMI) relevant des Pouvoirs Publics.

- en revanche, sur les sujets liés à la sécurité sociale, la légitimité des partenaires sociaux liée notamment à la gestion paritaire des régimes ne conduit pas à l'idée selon laquelle ils pourraient déterminer entre eux les règles applicables. Les choix opérés au milieu des années 1990 ont renforcé la primauté de l'Etat dans les grands choix et les grands équilibres de la sécurité sociale, considérés comme relevant de la solidarité nationale. Pour les récentes réformes des retraites et de l'assurance maladie, il a ainsi été clair que les décisions appartiendraient en dernier ressort à l'Etat, même si certaines organisations auraient souhaité que la concertation soit plus approfondie. Seule la branche des accidents du travail et maladies professionnelles, plus directement reliée aux logiques et au monde du travail, fait l'objet d'un traitement plus proche des questions de droit du travail. Ainsi, les partenaires sociaux ont été invités clairement en 2004 à négocier une réforme de la branche visant à accroître l'impact préventif du mode de financement du régime⁵.

- sur d'autres sujets sociaux ou sociétaux, l'implication et la légitimité des partenaires sociaux ou des représentants de la société civile dans la prise de décision publique et la mise en œuvre des politiques sont moins fortes et leur association prend des formes moins intégrées. Cela n'exclut pas que leur rôle soit réel et leur intervention déterminante, mais le registre et les finalités de leur participation à la prise de décision diffèrent. S'agissant par exemple de la lutte contre la pauvreté, les organisations syndicales et les associations concernées sont généralement consultées sur les réformes conduites, mais à un degré inévitablement moindre que pour les domaines sur lesquels leur intervention peut prendre la forme d'une négociation ou ceux où ils ont des compétences de gestion. Il en va de même sur la plupart des champs des politiques publiques en dehors de la sphère purement sociale, par exemple sur la politique économique, la protection des consommateurs, l'environnement, la politique du logement, les transports, la politique d'éducation, etc. Les consultations conduites dans l'ensemble de ces domaines, qu'elles soient institutionnalisées ou non, participent du dialogue social et sociétal sans pour autant jamais pouvoir relever d'un renvoi par l'Etat aux acteurs sociaux ou de la société civile. Dans certains cas, la décision publique peut également être préparée par des instances de réflexion temporaires, qui en auditionnant de nombreux intervenants et en consultant largement au sein de la société civile, peuvent participer à la clarification et à l'apaisement du débat⁶. Enfin, de grandes campagnes de concertation publique peuvent prendre la forme de débats publics locaux et nationaux, par exemple pour des « Assises » ou des « Etats généraux »⁷.

2.1.1.3 Le rôle de négociation des partenaires sociaux : l'acuité du sujet

Parmi ces différentes thématiques et ces formes du dialogue social, le thème de la place des partenaires sociaux par rapport à l'Etat et du rôle de la négociation collective par rapport à la loi est celui qui revient le plus fréquemment au cours des dernières années. Il sera par conséquent plus particulièrement évoqué dans les développements qui suivent et concerne principalement les sujets liés aux relations de travail et les règles issues du code du travail.

⁵ Un premier accord sur la gouvernance de la branche vient d'être conclu début mars 2006.

⁶ Un bon exemple est fourni par les commissions présidées par Marceau Long sur la nationalité en 1987 ou par Bernard Stasi sur la laïcité en 2003, ou la Commission Claude Thélot de 2004 sur le devenir de l'école. De nombreux autres cas peuvent être recensés.

⁷ Par exemple : Assises de la décentralisation organisées en 2002, Etats généraux de la santé à la fin des années 1990, etc.

Deux questions sous-jacentes peuvent principalement être distinguées :

- faut-il réserver des domaines propres aux partenaires sociaux ? Cette question tient à l'articulation matérielle entre la loi et la négociation collective.

- faut-il organiser une procédure ouvrant un espace temporel à la négociation avant toute réforme ? Il s'agit alors plutôt d'une question d'articulation procédurale entre loi et négociation collective.

2.1.2 Sur le fond du dialogue : une interaction Etat-partenaires sociaux

2.1.2.1 L'absence de tout domaine réservé aux partenaires sociaux

Le préambule de la Constitution de 1946 pose largement, en son alinéa 8, le « principe de participation » des salariés : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le Conseil constitutionnel se fonde sur ce texte pour reconnaître un droit à la négociation collective.

D'un point de vue matériel, la répartition du champ de compétences est néanmoins dominée par l'article 34 de la Constitution, aux termes duquel : « La loi détermine les principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». On sait que le Conseil constitutionnel a toujours fait prévaloir une lecture extensive de la détermination de ces « principes fondamentaux », seules les règles de mise en œuvre relevant du domaine réglementaire.

Or dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel n'a jamais considéré que l'alinéa 8 du préambule de 1946 venait restreindre le domaine de compétence du législateur fixé par l'article 34. Les « *délégués* » des travailleurs ne bénéficient pas d'un « *domaine réservé de production de normes* »⁸.

En revanche, il ressort clairement de la jurisprudence constitutionnelle que le législateur peut confier aux partenaires sociaux le soin de préciser les **modalités d'application** des dispositions législatives⁹. Lorsque la loi procède de la sorte, ce qui est rare, le pouvoir réglementaire ne peut venir empiéter sur le domaine ainsi réservé à la négociation collective (ainsi que l'a notamment jugé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 28 juillet 1993¹⁰).

⁸ Formule issue du « Rapport Robineau » : « Loi et négociation collective », rapport remis le 15 mars 1997 au Ministre du travail et des affaires sociales par Yves Robineau, Conseiller d'Etat.

⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, considérant 11 : « Considérant que, sur le fondement de ces dispositions, il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte. »

¹⁰ Le conseil déclare illégal un décret ouvrant la possibilité de mettre en place un système d'horaires décalés dans la mesure où la loi (article L212-2 du code du travail) renvoyait cette faculté à un accord collectif.

2.1.2.2 Un champ d'intervention pour la négociation collective qui permet des interactions fréquentes avec la loi

Si la négociation collective ne bénéficie pas d'un domaine réservé, elle n'est pas non plus cantonnée dans un champ d'intervention limité.

Le code du travail reconnaît en effet « *le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales* » (art L 131-1). Il autorise en outre les accords collectifs à « *comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur* » (art L132-4) ce qui leur permet naturellement d'intervenir sur les mêmes champs.

En conséquence, la négociation collective est appelée à jouer un rôle important dans de nombreux domaines. Et fait des recouvrements de champs de compétences, elle interagit nécessairement avec la loi, selon différentes modalités¹¹.

a) Les « lois négociées » ou la négociation collective directement reprise par la loi

La loi peut ainsi directement résulter de la négociation collective : la reprise par la loi du contenu d'accords nationaux interprofessionnels est devenue une pratique assez régulière depuis la fin des années 1960 et le début des années 1970. La législation sur le salaire minimum (1970), la loi du 16 juillet 1971 sur la formation professionnelle (qui reprend les accords du 9 juillet 1970), la loi du 3 janvier 1975 (qui découle des accords du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi et du 14 octobre 1974 sur l'indemnisation du chômage économique), ou encore la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation (suite de l'accord du 10 décembre 1977) en fournissent les premiers exemples.

La législation sur les contrats temporaires (CDD, intérim), résulte elle aussi directement d'un accord national interprofessionnel du 24 mars 1990.

Cette pratique est relativement fréquente au cours de la dernière décennie, notamment dans certains domaines privilégiés :

- sur les règles de la négociation collective elle-même (loi du 12 novembre 1996 reprenant l'ANI du 31 octobre 1995, loi du 4 mai 2004 reprenant la position commune) ;
- sur la formation professionnelle (loi du 4 mai 2004 reprenant l'ANI du 5 décembre 2003) ;
- sur les dispositifs d'assurance chômage (par exemple loi du 17 juillet 2001 permettant l'adoption de mesures nécessaires à la mise en œuvre du PARE).

Dans beaucoup de ces cas, l'ouverture d'une négociation a largement été encouragée, sinon suscitée, par le gouvernement qui indique alors au préalable qu'il reprendra le cas échéant dans un projet de loi les dispositions de l'accord impliquant des évolutions législatives.

¹¹ Sur ce sujet, on peut voir notamment : Marie-Laure Morin, « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Droit social*, Mai 1998 ; Alain Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, Janvier 2003, pp 59-71 ; pp419-429 ; Georges Borenfreund et Marie-Armelle Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Droit social*, Janvier 2003, pp 72-86

Pour autant, dans tous ces cas, le gouvernement et le Parlement ne sont pas juridiquement liés par le contenu de l'accord et les lois citées, si elles s'appuient pleinement sur les accords conclus, n'en reprennent pas nécessairement l'intégralité des dispositions.

Certains partenaires sociaux savent trouver ici un argument de rapport de force dans le cours de la négociation, ou un motif pour ne pas s'engager à conclure.

b) La loi ouvrant un espace à la négociation interprofessionnelle, puis en tirant les éventuelles conséquences

La loi peut également ouvrir le champ à la négociation collective, avant d'intervenir une seconde fois pour en tirer les conséquences. Cette méthode a déjà été utilisée dans les années 1980, notamment en 1982 sur le droit à l'expression directe des travailleurs et en 1986 sur la suppression de l'autorisation administrative de licenciement.

Elle a de nouveau été mise en œuvre pour la réduction du temps de travail (lois dites Aubry I et II de 1998 et de 2000) et a été tentée sur les licenciements collectifs (la loi du 3 janvier 2003 avait ouvert un espace de 18 mois pour la négociation, qui n'a finalement pas abouti).

Plus récemment, la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 a créé la convention de reclassement personnalisé, renvoyant à la négociation le soin d'en préciser les modalités, avant que le législateur n'adapte la législation aux termes de l'accord par quelques dispositions de la loi du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne.

Dans d'autres cas, le législateur invite les partenaires sociaux à ouvrir une négociation, sans envisager une nouvelle intervention postérieure à l'accord. Ainsi, sur la question de la pénibilité au travail, la loi sur les retraites d'août 2003 a ouvert un délai de trois ans en invitant à une négociation sur « la définition et la prise en compte de la pénibilité au travail », négociation qui n'a pour l'heure pas abouti.

Cette procédure peut, à juste titre, donner le sentiment aux partenaires sociaux qu'ils négocient sous contrainte, ou qu'à tout le moins ils négocient en présumant de la bonne foi du gouvernement quant au respect du résultat de leur négociation.

c) La loi renvoyant à la négociation collective pour fixer ses modalités d'application ou pour permettre l'accès à des dispositifs

Dans d'autres cas, qui concernent plus la participation des partenaires sociaux à la mise en œuvre des réformes qu'à leur conception, la loi procède à un renvoi à la négociation collective pour fixer les modalités d'application des principes qu'elle édicte. Cette pratique est fréquente sur le temps de travail par exemple¹² ou sur la formation professionnelle pour laquelle la loi du 4 mai 2004 renvoie à des accords de branche.

¹² Qu'il s'agisse des lois Aubry ou des lois postérieures en assouplissant les modalités de mise en œuvre.

La loi peut également prévoir un régime de droit commun et ouvrir la possibilité à des accords de méthode, de branche ou d'entreprise, de fixer des règles procédurales différentes, par exemple sur la négociation collective (loi du 4 mai 2004 dans son volet dialogue social), ou sur le licenciement pour motif économique (loi du 3 janvier 2003 puis loi cohésion sociale du 18 janvier 2005).

La loi peut enfin subordonner l'accès à certains dispositifs à la conclusion d'accords collectifs, de branche ou d'entreprise. Cette incitation à la négociation collective peut passer par l'octroi d'aides financières (allègements de charges liées à la réduction du temps de travail par exemple) ou par des dispositions fiscales favorables accompagnant la mise en place de régimes d'intéressement ou de participation.

Dans la situation où la négociation collective intervient en complément de la loi, les partenaires sociaux peuvent ne pas être enclins à jouer un rôle qu'ils considéreront comme secondaire.

2.1.2.3 La « position commune » des partenaires sociaux de 2001 s'efforçait de définir des domaines respectifs de compétence

Dans leur « position commune » sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective du 16 juillet 2001¹³, les partenaires sociaux avaient esquissé un partage de compétences avec l'Etat leur réservant un domaine propre.

Position commune (extraits)

« Il s'agit donc de clarifier et d'articuler les domaines respectifs de compétences et de responsabilité de l'État et des interlocuteurs sociaux en définissant :

– le domaine du législateur, dans lequel il exercerait la souveraineté qu'il tient du suffrage universel, pour fixer, conformément à l'article 34 de la Constitution, les principes généraux destinés, d'une part, à garantir le respect des traités internationaux ratifiés par la France et, d'autre part, à déterminer les règles relevant de l'intérêt général de la nation tels que par exemple les durées maximales du travail, l'âge minimum d'accès au travail, la durée du repos hebdomadaire, le droit aux congés payés, le droit à la représentation collective, l'exercice de la liberté syndicale, le droit de grève, la protection de la maternité, etc. Ces principes généraux devraient se voir conférer une valeur d'ordre public social,

– le domaine partagé du législatif et du réglementaire, d'une part, et des interlocuteurs sociaux d'autre part, les modalités d'application des principes généraux fixés par la loi seraient négociées, au niveau approprié, par les interlocuteurs sociaux. Un texte législatif ou réglementaire de substitution devrait dans tous les cas avoir été adopté pour garantir l'application de la loi à l'ensemble des entreprises et des salariés en cas d'échec de la négociation, sans faire obstacle pour autant à l'entrée en vigueur de modalités d'application conventionnelles. Dans ce cadre, la transcription en droit interne des directives communautaires pourrait intervenir prioritairement par voie conventionnelle,

– et le domaine des interlocuteurs sociaux, pour l'amélioration des dispositions d'ordre public social relatif et la création de droits nouveaux. »

¹³ Signée par l'ensemble des organisations d'employeurs et de salariés à l'exception de la CGT.

Afin de garantir les champs d'action respectifs de la loi et de la négociation collective, la position commune envisageait même la création d'une instance indépendante de toutes les parties concernées (« pouvoir exécutif, législatif et interlocuteurs sociaux »).

Cette tentative de la position commune était restée relativement limitée en particulier quant au champ propre aux partenaires sociaux. La définition d'un réel domaine propre de compétences supposerait, outre un complet changement de culture et de pratiques, une révision préalable de la Constitution.

Du fait de ces difficultés, la position commune n'a été suivie d'aucune suite concrète et la loi du 4 mai 2004 n'a en rien emprunté la direction d'un partage des domaines de compétences entre Etat et partenaires sociaux.

Au total, sur le fond du dialogue, l'absence de domaine réservé aux partenaires sociaux n'empêche pas leur intervention fréquente en interaction avec l'Etat.

2.1.3 Sur la procédure du dialogue : une absence de cadre formalisé

2.1.3.1 Le système traditionnel français

Les exemples de renvoi par le gouvernement ou le législateur à la négociation entre partenaires sociaux et à la reprise par la loi des dispositions des accords sont nombreux. Pour autant, aucune procédure formalisée et systématique n'a été mise en place en France, à la différence de celle mise en place au niveau européen (cf. infra), qui ouvre un espace temporel pour la négociation entre partenaires sociaux avant toute initiative d'ordre législatif dans le champ social. Les seules procédures institutionnalisées tiennent à la consultation obligatoire d'instances auxquelles appartiennent les partenaires sociaux, mais cette consultation intervient sur des textes déjà élaborés.

a) Une volonté de ne pas contraindre excessivement le Gouvernement

Parmi les facteurs explicatifs de l'absence de cadre formalisé, la réticence à poser des contraintes formelles et procédurales excessives pour l'action gouvernementale pèse fortement. Les décalages des temps politiques et sociaux, déjà évoqués, jouent ici pleinement. Le renvoi à la négociation entre partenaires sociaux apparaît dès lors comme une modalité parmi d'autres de la conduite de la réforme, décidée au cas par cas en fonction de considérations d'opportunité et de calendrier.

D'un point de vue juridique, le Conseil constitutionnel a clairement posé, dans sa décision du 10 juin 1998 sur la loi relative à la réduction du temps de travail "*que ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 invoqué par les requérants, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux.*"

b) Des hésitations à restreindre le rôle du Parlement

Dans le cadre d'une procédure formalisée, se poserait également la question du rôle du Parlement. Le Parlement n'a-t-il qu'à « ratifier » les accords conclus par les partenaires sociaux, en leur conférant valeur législative ? Dans quelle mesure peut-il adopter des amendements, sans modifier l'équilibre des accords et contrevenir à la volonté des signataires ?

Cette question est déjà présente de manière plus diffuse dans le cadre actuel lorsqu'un projet de loi reprend un accord national interprofessionnel. Des parlementaires avaient notamment fait entendre leurs réticences face à la limitation (politique et non juridique) de leur pouvoir d'amendement lors des débats sur la loi du 12 novembre 1996 qui reprenait l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle¹⁴. Des remarques du même ordre se sont exprimées lors du débat sur la loi du 4 mai 2004 qui dans ses deux volets, formation professionnelle et dialogue social, déclinait des accords entre partenaires sociaux.

On peut à ce stade relever que le législateur n'a dans ces cas de figure plus recours à la pratique utilisée par la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation qui comprenait en annexe l'accord des partenaires sociaux en tant que tel. Des débats juridiques étaient alors nés sur la capacité pour le Parlement d'amender cette annexe, qui était incorporée dans la loi et susceptible de contrôle du Conseil constitutionnel¹⁵.

De manière plus générale se pose le problème de l'imbrication des logiques législatives et conventionnelles : un domaine régi par la loi mais issu d'un accord (formation professionnelle par exemple) ne peut politiquement pas évoluer sans recourir à la négociation et ne peut juridiquement être modifié sans passer par la loi.

2.1.3.2 La position commune ne s'est que partiellement traduite par l'engagement politique souscrit dans l'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004

Dans la position commune de juillet 2001, les partenaires sociaux s'étaient engagés assez clairement sur la voie d'un partage procédural entre loi et négociation collective, suivant une logique proche du système européen.

¹⁴ Le malaise était alors d'autant plus perceptible que la deuxième partie de cette loi se contentait de transposer la directive européenne sur comité d'entreprise européen, privant là encore les parlementaires d'une grande part de leur marge d'appréciation. Les protestations de l'époque avaient conduit le gouvernement à demander un rapport sur l'articulation entre loi et négociation collective à Yves Robineau, rapport remis en mars 1997.

¹⁵ Sur ce sujet, voir Rapport Robineau.

Position commune (extraits)

« Il conviendrait de prévoir que :

- les interlocuteurs sociaux puissent au niveau national interprofessionnel, prendre, s'ils le souhaitent, le relais d'une initiative des pouvoirs publics dans leur champ de compétence,
- les accords auxquels ils parviendraient dans une telle hypothèse, ou encore à leur propre initiative dans un domaine qui requiert des modifications législatives, puissent entrer en vigueur dans le respect de leur équilibre.

En pratique, la mise en œuvre de ces principes est susceptible d'être organisée sous plusieurs formes. À titre d'exemple, on pourrait concevoir que préalablement à toute initiative législative dans le domaine social, les interlocuteurs sociaux doivent être officiellement saisis par les pouvoirs publics d'une demande d'avis sur son opportunité. À l'issue de cette consultation, si l'initiative était maintenue, la faculté devrait leur être offerte de traiter le thème faisant l'objet de ladite initiative par voie conventionnelle dans un délai à déterminer. En cas de refus des interlocuteurs sociaux de traiter la question par la négociation collective ou en l'absence d'accord à l'issue du délai fixé pour la négociation, l'initiative législative reprendrait son cours.

À l'inverse, si la négociation aboutissait à un accord, celui-ci devrait être repris par le législateur dans le respect de son équilibre. »

Dans sa déclaration de politique générale du 3 juillet 2002, le premier ministre Jean-Pierre Raffarin avait indiqué que « les partenaires sociaux seront consultés avant toute initiative majeure de l'Etat. Ils se verront reconnaître une autonomie pour définir par voie d'accord, et dans le respect des principes fondamentaux de notre droit, les règles qui déterminent les relations du travail ».

Cet engagement a été « solennellement » affirmé par le gouvernement dans l'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004 : « le gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail. Par conséquent, il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par le gouvernement. Le gouvernement proposera à la commission nationale de la négociation collective d'adopter une charte de méthode fixant les modalités pratiques de ce renvoi à la négociation collective interprofessionnelle, et notamment les délais de réponse des partenaires sociaux ».

De nature politique, cet engagement a été souscrit à un moment où les partenaires sociaux étaient notamment invités à négocier sur les règles applicables aux licenciements collectifs. Il n'a pas depuis formellement donné lieu à une mise en œuvre concrète et la charte évoquée par l'exposé des motifs n'a pas été à ce stade discutée au sein de la commission nationale de la négociation collective.

Il est tout à fait intéressant de noter que :

- **plusieurs tentatives ont été faites de sortir d'un tripartisme inorganisé, prouvant la prise de conscience de sa nocivité ;**
- **ces tentatives sont restées pour l'heure au stade des déclarations d'intention, prouvant la résistance des habitudes ;**

- les orientations envisagées sont différentes des unes des autres, prouvant la difficulté de choisir la bonne solution.

2.2 La multiplication des étages du dialogue social : la construction de la Tour de Babel

2.2.1 Des instances multiples contribuant à des degrés divers au dialogue et à la préparation des décisions publiques

L'idée selon laquelle les instances offrant un lieu au dialogue social sont nombreuses et éclatées est communément admise. Pour autant, le recensement conduit dans le cadre du présent rapport montre que la réalité se situe largement au-delà de ce constat. Encore ne s'agit-il ici que des instances nationales, lieux de dialogue avec le gouvernement ; la multiplicité des lieux se retrouve également au niveau territorial.

Les instances sont de nature très diverses et plusieurs typologies peuvent être établies :

- selon leur fonction : certaines instances peuvent être un espace de dialogue et de concertation, elles peuvent être formellement consultées sur des textes en préparation, d'autres encore ont une fonction d'expertise et de diagnostic partagé, d'autres enfin sont des quasi-lieux de négociation. Le recours à ces instances peut être lui aussi plus ou moins formalisé, ou bien discrétionnaire ;

- selon leur composition : elles peuvent comprendre des partenaires sociaux, des représentants de la société civile, des personnalités qualifiées, des élus (nationaux ou locaux), des membres de l'administration. Les équilibres entre ces différentes composantes sont là encore très variables ;

- selon leur dénomination : les termes employés – Haut Conseil, Haute Autorité, Conseil national, Commission supérieure, Conseil supérieur, Comité national, Conseil d'orientation, Comité consultatif etc. – peuvent être plus ou moins solennels et emphatiques, mais ils ne correspondent à aucune classification particulière et ne recroisent pas la typologie opérée selon la fonction des organismes ;

- selon leur texte d'origine : certaines institutions peuvent tirer leur légitimité d'une norme élevée (Constitution pour le Conseil économique et social), d'autres sont créées par la loi, la création de nombreuses instances relevant enfin du pouvoir réglementaire (décret ou arrêté).

Un tableau récapitulatif figurant en annexe de ce rapport vise à croiser ces différentes typologies. La présentation retenue ici fait ressortir le rôle spécifique joué par le Conseil économique et social et, à un degré moindre, par des instances d'expertise et de diagnostic partagé.

2.2.1.1 Le Conseil économique et social occupe une place à part dans le dialogue social et sociétal

Héritier du Conseil national économique créé dans les années 1920 et de son prédécesseur de la IVème République, le Conseil économique et social (CES) voit son rôle défini par le titre XI de la Constitution de 1958 qui prévoit les cas où il est consulté par le Gouvernement. Dans son article premier, l'ordonnance organique du 29 décembre 1958 précise que le CES « *est auprès des pouvoirs publics une assemblée consultative. Par la représentation des principales activités économiques et sociales, le Conseil favorise la collaboration des différentes catégories professionnelles entre elles et assure leur participation à la politique économique et sociale du Gouvernement* ».

Composé de 231 membres désignés par les organisations économiques et sociales ou nommés par le Gouvernement¹⁶, le CES est le lieu de rencontre et de débat entre les différents acteurs de la « société civile organisée ». Les partenaires sociaux constituent une part importante mais loin d'être exclusive de cette institution¹⁷.

L'association du CES à la préparation des projets économiques et sociaux traduit son rôle revendiqué « d'assemblée du premier mot » :

- il est obligatoirement saisi pour avis des projets de loi de programme ou de plan à caractère économique ou social et peut être, au préalable, associé à leur élaboration. Dans la période récente, cette consultation a par exemple eu lieu sur le projet de loi de programme pour la recherche, sur le projet de loi d'orientation agricole, sur la loi de programmation pour la cohésion sociale ;
- il peut être saisi des projets de loi ou de décret ainsi que des propositions de loi entrant dans le domaine de sa compétence et peut également être consulté par le Gouvernement sur « *tout problème de caractère économique ou social intéressant la République* » ;
- il peut enfin s'auto-saisir de toute question relevant de sa compétence.

¹⁶ Pour les 40 personnalités qualifiées.

¹⁷ On compte 69 représentants des organisations syndicales les plus représentatives et 72 représentants des entreprises, dont 25 des exploitants agricoles.

2.2.1.2 Le rôle d'expertise et de diagnostic partagé, auparavant exercé par le Commissariat au Plan, a désormais largement été dévolu à des instances spécialisées

a) Le Commissariat au Plan jouait un rôle reconnu de partage de l'expertise, notamment au travers de ses commissions spécialisées.

Beaucoup des interlocuteurs rencontrés ont souligné que le Commissariat général au Plan avait joué dans le passé un rôle de « réducteur d'incertitudes »¹⁸, en préparant la décision publique par une expertise élaborée en concertation avec l'ensemble des acteurs concernés. Les commissions spécialisées mises en place au sein du Plan réunissaient de manière souple l'ensemble des experts, partenaires sociaux, membres d'associations, qui pouvaient prendre part au débat. La discrétion et le caractère informel de la concertation ainsi conduite dans un contexte de neutralité constituaient également des atouts importants.

Son apport en la matière s'est progressivement estompé, jusqu'à sa récente disparition et son remplacement par le Centre d'analyse stratégique¹⁹.

Parmi les facteurs d'affaiblissement inéluctable du rôle joué en la matière par le Commissariat au Plan, outre la disparition de la logique intrinsèque de planification qu'il portait, la difficulté à appréhender aujourd'hui les politiques publiques de manière globale et transversale constitue une donnée essentielle. Le débat public se structure désormais autour de grandes thématiques relativement cloisonnées et une instance unique ne pouvait plus porter un discours et une expertise générale sur l'ensemble des champs concernés.

Le Centre d'analyse stratégique, directement rattaché au Premier ministre, aura vocation à donner une dimension différente, par ses analyses et expertises, à la préparation des décisions publiques. Le degré d'association des partenaires sociaux et des représentants de la société civile à ses travaux demeure encore relativement incertain, mais le Centre ne se veut pas un lieu de concertation. Il se conçoit plutôt comme une tête de réseau d'instances spécialisées d'expertise et de diagnostic partagé.

b) La mise en place d'instances spécialisées pour les grands sujets de réforme sociale

Ces dernières années ont été marquées par la création successive de trois instances actives en matière sociale et identifiées par l'ensemble des interlocuteurs comme étant des lieux de dialogue social d'un nouveau type : le Conseil d'orientation des retraites (COR), créé en 2000, le Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie (HCAAM), créé en 2003, et le Conseil d'orientation pour l'emploi (COE), créé en 2005.

¹⁸ Pour reprendre la formule de Pierre Massé.

¹⁹ Créé par un décret du 6 mars 2006.

Ces instances ont vocation à réunir partenaires sociaux, membres de l'administration, élus et personnalités qualifiées et à conduire des expertises débattues et adoptées collectivement afin de parvenir à des diagnostics aussi partagés que possible et à des propositions de réforme. Le croisement de ces finalités et de leur composition distingue ces organismes d'autres instances qui peuvent conduire des travaux de même type mais en se reposant sur des experts ou des personnalités qualifiées (par exemple le Conseil d'analyse économique ou le Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale (CERC) qui peuvent réfléchir sur des sujets proches de ceux du COE) ou qui peuvent avoir une composition comparable sans avoir la même fonction (par exemple Conseil supérieur de l'emploi qui est simplement consulté sur des textes normatifs).

Le développement de ces instances spécialisées présente certains avantages par rapport à une structure unique permanente. Elles offrent tout d'abord une visibilité et une dynamique nouvelle pour la politique publique concernée et permettent ainsi de mieux préparer la réforme. Elles permettent ensuite de conduire, sous la présidence de personnalités reconnues et en présence des plus hauts responsables administratifs concernés, des réflexions qui associent de vrais spécialistes des sujets traités, qui peuvent ainsi confronter leurs points de vue et élever leurs compétences avant de les diffuser ensuite dans leur organisation.

En revanche, ces structures spécialisées présentent l'inconvénient de nécessiter de recréer tout ou une partie d'un fonctionnement administratif autonome et de rendre ainsi plus délicate la cessation de leurs travaux une fois la réforme conduite. Significativement, les réformes et des retraites de l'assurance maladie ont chacune conféré une pérennité aux instances qui les avaient préparées.

Pour autant, les jugements émis sur le rôle et le fonctionnement de ces instances sont positifs. Le COR, qui bénéficie de l'antériorité, a ainsi permis de rapprocher les points de vue sur le diagnostic du système de retraites, préalable indispensable à la réforme. Si les positions sont restées en partie divergentes sur les orientations choisies pour la réforme, les constats qui la sous-tendaient n'ont pas été remis en cause. En matière d'assurance maladie, le rôle joué, dans des délais plus contraints, par le Haut conseil a également été salué. Les premiers travaux du COE sont dans l'ensemble également jugés comme prometteurs.

2.2.1.3 Les instances de consultation, de concertation ou de dialogue se sont multipliées

Le dialogue social et la concertation passent également par de multiples instances plus ou moins spécialisées et dont l'activité est plus ou moins intense.

Le sentiment dominant est que chaque ministère tend à créer une instance différente pour chacune des politiques publiques qu'il conduit et à en ajouter au minimum une à l'occasion de chacune des réformes qu'il mène. Dans le même temps, les instances pré-existantes ne font que très rarement l'objet d'une suppression, même lorsqu'elles ne se réunissent plus depuis des années.

Le champ des politiques sociales fournit un exemple du foisonnement de ces instances, mais il est loin d'être isolé en la matière, comme l'illustre le tableau figurant en annexe.

Les instances compétentes pour les politiques de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle

A titre d'exemple, dans ce domaine on recense les instances de consultation et de dialogue suivantes (en plus du conseil d'orientation pour l'emploi déjà évoqué), qui comprennent toutes des partenaires sociaux :

- le comité supérieur de l'emploi, chargé d'appuyer le ministre chargé de la politique de l'emploi et de donner des avis sur l'orientation de cette politique ; il se prononce sur les textes qui lui sont soumis, notamment en vue de l'agrément de la convention d'assurance chômage ;

- la commission nationale de la négociation collective qui examine notamment les propositions de nature à faciliter le développement de la négociation collective et émet un avis sur les projets de loi et de décrets relatifs à la négociation collective. Elle donne ensuite un avis motivé au ministre chargé du travail sur l'extension et l'élargissement des accords et sur la fixation du SMIC. Elle suit par ailleurs l'évolution des salaires effectifs et des rémunérations conventionnelles minimales ;

- le conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie, qui a fusionné les deux instances antérieures qui associaient l'une l'Etat et les partenaires sociaux, l'autre l'Etat et les conseils régionaux et qui est chargé d'un rôle de concertation, d'évaluation et de production d'avis et de rapports ;

- le conseil supérieur de la participation qui observe les conditions de mise en œuvre de la participation et contribue à sa connaissance statistique, en élaborant notamment un rapport annuel ;

- le conseil supérieur de la prud'homie qui émet des avis et des suggestions sur l'organisation et le fonctionnement des conseils de prud'hommes et est consulté sur les projets de loi et de règlements les concernant ;

- le conseil supérieur de la prévention des risques professionnels qui participe à l'élaboration de cette politique publique en proposant toutes mesures nécessaires et en étant consulté sur l'ensemble des textes intervenant en la matière. Le ministre présente chaque année devant lui le bilan de l'état des conditions de travail et de la prévention des risques professionnels ;

- le conseil national de l'insertion par l'activité économique qui peut être consulté par le Gouvernement sur toute question relative à l'insertion par l'activité économique et aux politiques de l'emploi et peut proposer toute étude et initiative qu'il juge nécessaire ;

- le conseil supérieur pour le reclassement professionnel et social des travailleurs handicapés qui est consulté sur les textes législatifs, promeut toutes les initiatives utiles, réunit les informations statistiques disponibles, etc. ;

- la commission nationale de lutte contre le travail illégal, qui coordonne l'action des départements ministériels compétents et qui est le lieu d'un bilan annuel sur les actions menées ;

- le conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre femmes et hommes qui est consulté sur tous les projets de texte le concernant et peut procéder à des études ou à des recherches.

Ces instances, prévues pour la plupart par le code du travail, ne sont pas exclusives de l'intervention d'autres organismes, toujours dans le champ de ces politiques. Ainsi, sur les questions européennes intervient le comité du dialogue social pour les affaires européennes et internationales (CDSEI), ainsi que dans un registre différent les comités nationaux de suivi du fonds social européen. Parallèlement, les partenaires sociaux interviennent également dans le cadre des instances d'organismes qu'ils gèrent (Assurance chômage par exemple) ou auxquels ils participent (Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail, Agence nationale pour l'emploi). S'y ajoutent enfin des instances plus ponctuelles qui associent les partenaires sociaux au suivi de la mise en œuvre de réformes, tel le comité de suivi du plan de cohésion sociale ou le comité de suivi envisagé pour le plan d'action concerté sur l'emploi des seniors en cours de finalisation.

Selon un processus hélas classique, les créations d'instances nouvelles donnent rarement lieu à suppression concomitante d'autres instances, quand bien même elles auraient un objet proche. Un simple aperçu rapide de la période récente montre que le processus est ininterrompu :

- la loi du 11 février 2005 sur le handicap crée ainsi une conférence nationale du handicap associant l'ensemble des acteurs concernés, et qui doit être réunie tous les trois ans, « afin de débattre des orientations et des moyens de la politique concernant les personnes handicapées ». Cette conférence nationale s'ajoute au conseil national consultatif des personnes handicapées créé par la loi du 17 janvier 2002, au conseil supérieur pour le reclassement professionnel et social des travailleurs handicapés déjà cité et placé auprès du ministre chargé du travail et au comité de liaison pour l'accessibilité des transports et du cadre bâti (Coliac), placé auprès du ministre de l'équipement ;

- la loi sur l'école du 23 avril 2005 a créé, en plus du Conseil supérieur de l'éducation (qui comporte notamment huit membres représentant les fédérations et confédérations syndicales), un Haut Conseil de l'éducation composé de neuf membres désignés pour six ans, dont deux par le président du Conseil économique et social. Ce haut conseil est assisté d'un comité consultatif composé de personnalités qualifiées choisies parmi des représentants des organisations syndicales, professionnelles, de parents d'élèves, d'élèves, des associations et toutes autres personnes ayant une activité dans les domaines qui sont de sa compétence ;

- le projet de loi sur les OGM crée un conseil des biotechnologies, qui regroupera trois instances actuellement existantes et comprendra deux sections, dont l'une, dite section socio-économique, sera composée de quelques personnalités scientifiques et des représentants de milieux associatifs et professionnels concernés ;

- le projet de loi de programme pour la recherche crée un Haut conseil de la science et de la technologie (HCST), organe consultatif composé de personnalités, choisies en fonction de leurs compétences en matière de recherche. Ses réflexions donneront lieu à des recommandations et à des communications, qui pourront être rendues publiques. Ce Haut Conseil sera doté d'un secrétariat permanent. Les partenaires sociaux ne seront, a priori, pas membres de ce haut conseil mais il convient toutefois de noter que cette création ne se substitue pas au Conseil supérieur de la recherche et de la technologie comme lieu de débat sur la politique de recherche. Ce conseil contient parmi ses 40 membres, 10 membres nommés sur proposition des organisations syndicales nationales représentatives des salariés et des employeurs ;

- à la suite du rapport conduit par Michel Pébereau sur la dette publique française, la création d'un Conseil des finances publiques a été annoncée, qui pourrait prendre un profil comparable à celui du COR ou du COE. De même et plus récemment, le Premier ministre a décidé de la création d'un Conseil de stratégie industrielle associant les partenaires sociaux (et devant regrouper différentes instances existantes) ;

Par ailleurs, la création de multiples organismes de régulation ou de gestion indépendants des départements ministériels classiques contribue à la génération de nouveaux lieux de dialogue et de concertation avec les partenaires sociaux et les représentants de la société civile. Les nombreuses « autorités », « agences » ou établissements publics plus classiques sont ainsi généralement dotées d'un conseil d'administration et/ou d'un conseil d'orientation associant largement ces interlocuteurs. A titre d'exemple :

- les agences de sécurité sanitaire comprennent des conseils d'administration associant les représentants de la société civile concernés, comme les partenaires sociaux au sein de l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET²⁰) ou des associations de consommateurs au sein de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) ;

- la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), créée par la loi du 30 décembre 2004, est dotée d'un comité consultatif principalement composé de représentants d'associations et d'organisations syndicales²¹ et professionnelles.

- l'Agence nationale des services à la personne, créée en 2005, compte cinq représentants des organisations syndicales de salariés dans son conseil d'administration ;

- l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations, créée elle aussi en 2005, est dotée d'un comité consultatif dont les partenaires sociaux sont membres ;

- le conseil d'administration de la future agence nationale de la cohésion sociale et de l'égalité des chances comprend notamment, outre des représentants de l'Etat et des élus, des représentants des partenaires sociaux.

²⁰ Créée par extension de l'AFSSE par une ordonnance du 1^{er} septembre 2005.

²¹ A titre anecdotique, les deux places réservées aux représentants des organisations syndicales ont fait l'objet d'un tirage au sort entre les syndicats représentatifs au niveau national et la représentation sera tournante. Toutefois, les syndicats actuellement non représentés sont associés dans des réunions techniques.

2.2.2 Un fonctionnement du système institutionnel de dialogue social qui souligne la confusion des rôles et des responsabilités

2.2.2.1 Un système dont les principes sont légitimes

Il ne s'agit pas de remettre en cause ici l'intérêt et le principe même des instances de dialogue social, dans la mesure où elles permettent notamment :

- de favoriser des processus de décision politico-administratifs qui ne soient pas déconnectés des préoccupations des représentants de la société civile et des partenaires sociaux. Dans de nombreux cas, les administrations trouvent leur intérêt à la présence des partenaires sociaux au sein des instances et évitent ainsi des erreurs en prenant en compte les points de vue exprimés ;

- d'offrir plusieurs intérêts pour les partenaires ainsi associés, qui y trouvent des espaces d'expression démocratique, de réception et de diffusion du savoir à des fins pédagogiques. Ils se voient également offrir des lieux de rencontre qui présentent parfois l'avantage d'une certaine neutralité.

Encore pourrait-on objecter que ces fonctions pourraient être au moins partiellement assurées par des contacts directs des partenaires sociaux avec les administrations et plus encore avec les ministres et leurs collaborateurs directs.

2.2.2.2 Des modes de fonctionnement problématiques

a) Le Conseil Economique et Social souffre d'un problème de positionnement

Le conseil s'est engagé récemment dans des réflexions sur la représentation de la société civile et sur son propre rôle. Des propositions en ce sens doivent être présentées par le président de cette institution.

Pour autant, l'usage qui est fait habituellement du CES par les pouvoirs publics le conduit à hésiter entre le rôle d'alerte, de concertation ou de consultation et il souffre d'une absence d'expertise technique autonome. Malgré le travail de clarification qu'il conduit actuellement, il n'est pas encore parvenu à se définir une spécificité propre et reste trop enclin à reproduire les modes de fonctionnement des deux assemblées parlementaires, alors qu'il obéit à des logiques de représentation différentes. Il est aussi difficile de déterminer la pondération du vote d'un membre du CES par rapport à un autre, sachant que leurs modalités de désignation et les types d'intérêts qu'ils représentent varient profondément.

Le CES n'est par ailleurs pas, sauf cas exceptionnels, positionné au cœur du processus de dialogue entre les Gouvernements et les partenaires sociaux ou les représentants de la société civile. Parmi les contre-exemples qui témoignent de la potentialité d'un rôle intéressant du CES, on peut citer les travaux ayant précédé la loi dite Madelin de 1994 ou ceux sur l'harmonisation des SMIC en 2002 qui ont accompagné les décisions gouvernementales, quelque soit l'opinion portée sur le fond de ces sujets. Les positions du CES sur les textes sur lesquels il est obligatoirement consulté peuvent constituer un apport important au débat public, comme ce fut le cas pour l'élaboration de loi de cohésion sociale. Le CES peut aussi contribuer à l'émergence de certains sujets, celui de l'emploi des seniors par exemple²².

Mais les interventions les plus fréquentes du CES restent liées à des auto-saisines. A titre d'exemple, parmi les travaux du CES publiés en 2005, treize résultent d'une auto-saisine et six d'une saisine gouvernementale²³. Or le plus souvent, ces prises de positions ne bénéficient pas d'une visibilité suffisante et imprègnent trop peu le débat public.

Enfin, et c'est essentiel, le CES souffre d'un réel problème d'image qui porte trop souvent atteinte au crédit des travaux conduits en son sein. Sa composition désormais trop éloignée des équilibres sociaux et sociétaux actuels contribue fortement à cette image et freine le développement du rôle de consultation du Conseil qui n'est pas perçu comme suffisamment représentatif. Le manque d'une expertise interne quantitativement et qualitativement importante ne permet en outre pas de compenser ces éléments en rehaussant l'impact technique des travaux du Conseil.

b) Les instances d'expertise et le diagnostic partagé ne sont pas toujours à l'abri d'une confusion des rôles

Nonobstant leur apport au débat public et à la qualité de la concertation, les instances du type COR ou COE présentent plusieurs formes d'écueils potentiels, qu'il convient de prendre en considération dans une perspective de pérennisation voire d'extension de la formule :

- le Gouvernement peut être tenté de procéder à une consultation d'une telle instance sur un sujet précis et ponctuel, ce qui la rapproche nettement de la décision publique. Si cette pratique n'est pas gênante en elle-même, elle ne doit cependant pas amener le Gouvernement à considérer qu'il a de la sorte conduit une concertation avec les partenaires sociaux, sauf à brouiller la fonction originelle de ces instances. De même, alors que certains partenaires sociaux n'hésitent pas à qualifier l'ensemble de ces instances de « ministères bis » du fait des moyens dont elles se sont dotées, le partage entre conseil et orientation d'une part et décision d'autre part doit rester parfaitement clair ;

²² Conseil économique et social, 2001 « Dynamique de la population active et emploi, la gestion prévisionnelle des âges à l'horizon 2010 »

²³ Le CES a par ailleurs publié en 2005 deux études et deux communications, ainsi qu'un avis de conjoncture qui présente un caractère annuel.

- les membres de l'administration qui appartiennent à ces instances peuvent parfois se trouver dans des positions ambiguës, dans la mesure où leur expression est souvent perçue comme celle du Gouvernement. De plus, leur intervention, éventuellement dissonante, n'est pas nécessairement souhaitée lorsqu'un consensus se dessine avec les partenaires sociaux. Dans un registre inverse, les élus parlementaires présents dans ces organismes ne peuvent s'exprimer qu'en leur nom propre et leurs positions ne préjugent en rien de la position que pourra adopter leur assemblée sur tel ou tel sujet ;

- le mode de fonctionnement même des instances permet l'immixtion des médias, non seulement en tant que commentateur mais aussi en tant qu'acteur, le moindre pré-rapport de travail, non encore discuté par les membres, étant instantanément présenté et commenté par la presse. En ce sens, le risque existe d'une relative précipitation des débats et d'une nouvelle conflagration des temps (de l'analyse et du débat, des partenaires sociaux et du Gouvernement).

c) Une multiplication des lieux de dialogue social qui accroît les risques de dysfonctionnements et de manque de lisibilité

La juxtaposition et la sédimentation des instances concourent à l'intersection des champs sur lesquels elles interviennent, favorisant le risque de confusion et de concurrence entre organismes et entre processus :

- l'exemple actuel de la sécurisation des parcours professionnels est à cet égard éclairant : alors que les ministres chargés de l'emploi sont invités à dialoguer avec les partenaires sociaux sur le sujet, le Conseil d'orientation pour l'emploi et le Conseil économique et social ont tous deux annoncé l'intention d'y consacrer des travaux, auxquels certains de leurs membres « bi-appartenants » participeront donc deux fois ;

- à titre d'exemple d'empiètement des champs, le Haut conseil de la population et de la famille s'est récemment prononcé sur la question de l'emploi des seniors et a été conduit à s'interroger à cette occasion sur les formes de contrats de travail ;

- dans un autre registre, les textes relatifs à la sécurité sociale sont depuis 1994 soumis à chaque conseil d'administration des caisses nationales, ce qui sur des questions transversales donne lieu à consultation de chacune des caisses sur les mêmes textes, pour lesquels les représentants des partenaires sociaux émettent systématiquement le même avis. La création dans la dernière réforme de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) conduit également désormais à la double consultation sur les mêmes textes de la caisse nationale d'assurance maladie et de l'UNCAM ;

- en revanche et paradoxalement, certains champs constituent des « angles morts » de la consultation juridiquement obligatoire. C'est le cas par exemple des règles régissant le contrat de travail qui ne relève stricto sensu ni du comité supérieur de l'emploi, ni de la commission nationale de la négociation collective.

Parallèlement, la composition même des instances de consultation illustre les difficultés de fonctionnement de ce système :

- d'une part, afin de tenter d'assurer une cohérence d'ensemble et de limiter les risques de concurrence évoqués, le choix est fréquemment opéré de croiser les participations et de nommer *es qualités* comme membre d'une instance le responsable d'une autre instance. A titre d'exemple, l'ex-commissaire au plan, le président délégué du conseil d'analyse économique et le président du CERC appartiennent au Conseil d'orientation pour l'emploi. Pour favoriser une synergie, le Centre d'analyse stratégique s'appuiera quant à lui sur un Comité d'orientation qui comprend notamment les présidents du Conseil d'analyse économique, du Conseil d'analyse de la société, du CERC, du COR, du COR et du Haut conseil à l'intégration, ainsi qu'un membre du CES.

- d'autre part, afin d'assurer une représentation de tous les acteurs concernés (membres d'autres instances, administrations, partenaires sociaux, représentants de la société civile), les instances ont fréquemment des compositions pléthoriques qui nuisent à leur capacité de travail collectif. Par exemple, la Conférence nationale de santé compte 105 membres, le COE 51 membres, le Conseil d'analyse économique 65 membres. Dans ces conditions, les instances sont condamnées soit à ne pas travailler efficacement, soit à créer de multiples groupes de travail qui diluent l'implication et la participation des membres aux productions finales. Des instances aussi pléthoriques sont également facteur d'échanges d'un grand formalisme. On est finalement conduit à se demander si la nomination dans ces instances n'est pas parfois un gage de reconnaissance de représentation pour les organisations concernées et une forme de « label » d'expertise pour les personnalités nommées.

Le pluralisme des organisations syndicales et patronales ainsi que la difficulté à établir des critères de représentativité pour la société civile constituent indiscutablement des sources de multiplication du nombre de participants à ces instances. Mais en sens inverse, l'existence de ces organismes est aussi un facteur de pérennisation de cette dispersion, compte non tenu de ce que la participation à ces instances constitue parfois une source de financement, même limitée, des organisations.

Enfin, un gouvernement peut avoir la tentation de se défausser sur de telles instances des efforts qu'il devrait produire pour conduire un processus de concertation complet, sans pour autant parvenir au même résultat en termes d'implication des acteurs et d'acceptation des réformes.

Au final, la multiplicité de ces structures ne semble pas justifiée. De nombreuses instances ont été mises en place à une époque où l'Etat contrôlait tout, comme les prix, les salaires ou le crédit et leur utilité dans le contexte actuel reste à réexaminer. On assiste ensuite à un véritable phénomène de prolifération anarchique, chaque administration se créant de nouveaux organismes et ceux-ci éclatant leur expertise en sous-commissions et groupes de travail. Cette dérive conduit à l'illisibilité de l'ensemble, dilue le rôle de chacune des instances, « fonctionnarise » les représentants des partenaires sociaux et de la société civile. **On est parvenu à un stade où, de bonne foi, la saisine d'une multiplicité d'instances n'est pas garante d'un quelconque dialogue et à une complexité qui confine à la confusion, alors même que l'objet du dialogue entre les pouvoirs publics et les partenaires sociaux, devrait être de contribuer à la clarté et à la lisibilité de la prise de décision.**

2.3 Le dialogue social dans la fonction publique : une référence sans exemplarité

Le rôle de l'Etat dans le dialogue avec sa fonction publique est par nature ambigu : régulateur et employeur, à la fois. Cette position particulière de l'Etat employeur fait du dialogue social dans la fonction publique un sujet emblématique. Par voie de conséquence, **elle fait des difficultés de ce dialogue un élément de perturbation pour l'ensemble des relations sociales dans le pays.**

Les relations sociales dans la fonction publique diffèrent de celles de la sphère privée par trois éléments au moins :

- le statut de la fonction publique garantit un « droit de participation » des fonctionnaires (article 9) mais ne permet pas la négociation proprement dite. En pratique, le principe de participation se concrétise par la création d'organismes consultatifs où siègent les délégués des fonctionnaires, en particulier, les conseils supérieurs de la fonction publique et les comités techniques paritaires. La multiplication des instances peut donner ou a pu donner l'impression d'une co-gestion. Pourtant, de l'avis général, le fonctionnement de ces instances est insatisfaisant²⁴. En particulier, la règle de composition paritaire des conseils (moitié syndicat, moitié Etat) tend à enfermer ces instances dans un grand formalisme.

- le champ d'application du principe de participation est nettement plus vaste que la négociation collective dans la sphère privée. Selon le statut, il porte sur « *l'organisation et le fonctionnement des services publics, l'élaboration des règles statutaires et l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière* ». Ainsi les syndicats sont consultés dans les commissions administratives paritaires sur les actes de gestion des carrières individuelles.

- les discussions au sein des instances ne peuvent aboutir à des conventions ayant une force juridique. Conformément à l'article 4 du statut général de la fonction publique, en effet, « *le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire* » Les syndicats ne peuvent en théorie que « débattre » des conditions et de l'organisation du travail et, en théorie au moins, l'accord auquel peut conduire une négociation ne lie ses signataires que sur le plan moral et politique.

Il s'en suit que la négociation dans la fonction publique, particulièrement la fonction publique de l'Etat, revêt un caractère exceptionnel. Les accords interministériels sont rares : accords-cadres sur la formation continue (1989, 1992, 1996) déclinés par des accords négociés dans chaque ministère ; protocole d'accord sur l'hygiène et la sécurité (1994) ; protocole d'accord sur l'emploi des travailleurs handicapés (2001). Le récent relevé de conclusions sur l'évolution de l'action sociale et l'amélioration des carrières (2006-2008), signé par trois organisations syndicales, pourrait préfigurer d'un rebond des discussions dans les trois fonctions publiques.

²⁴ Comme le note le rapport remis par Jacques Fournier en 2003, « *Le fonctionnement des comités techniques est souvent dominé par le formalisme institutionnel, ils sont alors sans véritable valeur ajoutée pour le dialogue social. Cette dérive paraît plus marquée dans les grandes institutions (grands établissements hospitaliers, grandes villes), et dans les CTP ministériels qui sont saisis pour avis de tous les textes modifiant des règles statutaires* ». Voir J. Fournier, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, 2003.

Un inconvénient essentiel de ce mécanisme réside dans le fait **que n'existent pas de critères de validité des accords**. Ceci signifie qu'il revient à l'administration de déterminer le nombre et la représentativité des organismes à l'égard desquels elle est prête à prendre des engagements. A titre d'exemple, en février 2000, lors des négociations sur la réduction de la durée du travail dans la fonction publique, le gouvernement a préféré retirer ses propositions, qui n'étaient soutenues que par une organisation syndicale, que de signer un accord avec cette organisation.

Par dérogation un thème de négociation est expressément reconnu par le statut général, celui des rémunérations. En effet, l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 dispose : « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le Gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail* ». Cette rédaction, qui valide une pratique de négociation existant depuis 1970, n'est pas dénuée d'incertitudes. Elle aboutit à un **mécanisme de discussions annuelles sur la valeur du point de la fonction publique, qui suscite de vives critiques**.

Quatre reproches lui sont traditionnellement adressés :

- ✓ Cette négociation n'est organisée par aucun calendrier : son ouverture est un sujet de négociation en soi qui dépend des circonstances économiques et politiques ; elle s'insère souvent mal dans le calendrier budgétaire notamment parce qu'elle est susceptible de remettre en cause les équilibres votés par le Parlement en loi de finances.
- ✓ Cette négociation est conduite par l'Etat alors qu'elle engage tous les employeurs de la fonction publique, notamment les collectivités locales et les hôpitaux, lesquels se trouvent ainsi dépossédés d'un levier essentiel d'une bonne gestion de leurs ressources humaines.
- ✓ Cette négociation est le plus souvent aveugle sur l'évolution réelle du pouvoir d'achat des fonctionnaires, qui dépend également des mesures catégorielles (primes et « pyramidage » des corps), et sans contrepartie en terme d'organisation du travail ou de gains de productivité.
- ✓ L'enjeu financier de la revalorisation du point, qui concerne près de 5 millions de personnes (auxquels s'ajoutent les retraités et les anciens combattants) est tel qu'il est de nature à biaiser le déroulement des négociations : conduites par le ministre de la Fonction publique, elles sont suivies de très près par le Premier ministre et le ministre des Finances, à travers des « mandats » successifs de négociation d'une telle précision que la place pour la délibération est quasi-nulle.

Au total, cette négociation récurrente, à l'image de celle existante par ailleurs sur le niveau du SMIC, pèse sans doute d'un poids important sur notre système de régulation sociale et contribue à l'enfermer dans des affrontements inutiles entre l'Etat et les organisations syndicales.

La remise à plat des procédures de dialogue social dans la Fonction Publique apparaît indispensable à l'amélioration du dialogue social en général dans notre pays, compte tenu de l'importance numérique de ses agents et de leur contribution à la conflictualité sociale.

3. LES EXEMPLES ETRANGERS

*DES REGLES DU JEU DIVERSES MAIS BIEN
DEFINIES*

Les limites aux comparaisons internationales en matière de dialogue social sont bien connues. D'un pays à l'autre, le paysage est plus ou moins riche en organisations de salariés et d'employeurs, elles-mêmes plus ou moins riches en adhérents et plus ou moins orientées vers la construction de normes collectives du travail. D'un pays à l'autre, les mécanismes juridiques de la négociation collective diffèrent eux aussi largement : le bénéfice des accords est parfois limité au champ des adhérents syndicaux, parfois ouvert à l'ensemble des salariés ; auquel cas, les règles d'extension sont plus ou moins rigoureuses ; l'exigence majoritaire est diversement appréciée.... Enfin, les relations entre la régulation sociale et la régulation politique sont parfois moins binaires que dans notre pays, plus ou moins marquées par des entrelacs historiques entre partis politiques et syndicats.

Au total, chaque pays forme un véritable système d'acteurs et de normes. Certains équilibres peuvent être dits faibles (Italie, Espagne) : ils laissent peu de places à la négociation face à la loi mais vont parfois jusqu'à intégrer la concertation avec les partenaires sociaux aux dispositifs plus larges de consultation de la société civile (Royaume-Uni) ; d'autres sont plus forts, au moins dans les principes (Allemagne, Danemark, Pays-Bas, Belgique) : il réserve un espace de négociation, protégé contre l'ingérence de l'Etat et place ainsi les partenaires sociaux en situation de responsabilité.

Il serait vain de considérer dans l'absolu la supériorité d'un système de régulation sociale sur un autre. Il ne s'agit donc pas ici d'établir un étalonnage des différents systèmes mais de rechercher dans les exemples étrangers des éléments, idées, procédures susceptibles d'enrichir le système français.

3.1 Le modèle communautaire : le temps réservé au dialogue social

3.1.1 Le dialogue social européen : le modèle du temps réservé

La place confiée au dialogue social dans la construction européenne s'est définie progressivement. Le traité de Rome avait institué un Comité économique et social européen (CESE), systématiquement consulté pour l'application des dispositions sociales du Traité (art. 193 à 198 TCE). Au cours des années 1960 et 1970, des enceintes de la consultation des organisations professionnelles européennes, interprofessionnelles et sectorielles, se sont développées. A partir de 1985, la Commission Delors a pris l'initiative d'associer les partenaires sociaux interprofessionnels à la mise en œuvre du programme pour le marché intérieur au sein d'un comité de dialogue social tripartite de 45 membres. Ce comité avait vocation à orienter l'ensemble des travaux et à adopter les décisions communes les plus importantes. Cette période, dite des « avis communs », n'a été riche ni en contenu ni en effets pour les Etats membres. Elle a toutefois eu le mérite de développer l'habitude de travailler ensemble et de permettre la reconnaissance mutuelle des partenaires, notamment de la Confédération Européenne des Syndicats (CES) et de l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE). Elle a ainsi préparé le protocole d'accord sur la politique sociale du 31 octobre 1991, qui a enfin défini les règles du jeu.

Ce protocole, aujourd'hui repris aux articles 138 et 139 TCE, fixe le cadre juridique d'une négociation collective européenne, confiée à des partenaires sociaux dans tous les champs de compétence partagée entre l'Union et les Etats membres²⁵. Il prévoit en particulier que la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire. Il donne également aux partenaires sociaux le droit de se saisir de toute initiative communautaire en matière sociale en vue de négocier un accord susceptible d'être porté dans une directive.

Les matières pour lesquelles s'applique cette procédure de subsidiarité du dialogue social sont listées à l'article 137 TCE et correspondent aux compétences de l'Union dans le champ social. Il s'agit d'un champ considérable dans la dernière version du Traité : santé et sécurité des travailleurs, conditions de travail, information et consultation des travailleurs, intégration des personnes exclues du marché du travail, égalité entre hommes et femmes, sécurité sociale et protection sociale des travailleurs, la protection des salariés en cas de résiliation du contrat de travail, représentation et défense collective des intérêts des travailleurs, conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire, intégration des personnes exclues du marché du travail.

Dans ce système, la place de la Commission par rapport aux partenaires sociaux est déterminante. Elle influence, par ses propositions, l'agenda et le déroulement des négociations des partenaires sociaux. Chargée par l'article 138 du traité de « *promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire* » et de « *prendre toutes mesures utiles pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties* », elle peut intervenir à tout moment de la procédure. Ecarté pendant la négociation, le Conseil subit au contraire un affaiblissement de ses prérogatives : lors de la transformation de l'accord en directive, il n'a le choix qu'entre l'acceptation ou le rejet, sans pouvoirs d'amendement sous peine du retrait de sa proposition par la Commission. Ainsi, alors que le Conseil ne parvenait pas à un accord sur le paquet « emplois atypiques » proposé de longue date par la Commission, le dialogue social européen a permis l'adoption des volets concernant les contrats à durée déterminée (1997) et le temps partiel (1999), sous forme d'accords repris ensuite dans leur intégralité par directives.

Certains observateurs ont pu considérer que le dialogue social européen²⁶ correspondait ainsi à un « *échange de faiblesses* »²⁷. Selon eux, ne pouvant exercer une pression sur les employeurs par la mobilisation ou la grève, la CES compterait davantage sur le soutien de la Commission que sur celui de ses affiliés nationaux, inégalement favorables au développement d'un échelon européen de négociation collective. En retour, la CES apporterait son soutien, ou sa neutralité, aux initiatives de la Commission.

²⁵ Rappelons que les britanniques, qui n'avaient pas signé le protocole, sont restés jusqu'en 1997 extérieurs à ce mécanisme

²⁶ A noter que le dialogue social européen ne saurait d'ailleurs se réduire à cette procédure mais concerne aussi le dialogue sectoriel et la consultation des partenaires sociaux dans les divers comités consultatifs placés auprès de la Commission et dont l'utilité est diversement appréciée par les partenaires sociaux.

²⁷ Lofaro A. *Regulating Social Europe : reality and myth of collective bargaining in the EC legal order*, Hart Publishing, 2000

3.1.2 Le dialogue social européen : un système qui n'a pas fait la preuve de sa capacité à aborder les sujets les plus stratégiques

Depuis que les partenaires sociaux européens disposent du pouvoir de signer des accords, seuls six accords interprofessionnels ont été adoptés, dont trois transposés par voie de directives (congé parental, travail à durée déterminée et travail à temps partiel) et deux accords mis en œuvre par les partenaires eux-mêmes (télétravail en 2001, stress en 2003). Deux recommandations ont par ailleurs été adoptées (une, en 2003, sur le cadre de compétence et l'autre, en 2005, sur l'égalité hommes/femmes).

Les clauses de compétence prévues à l'article 137 TCE semblent donc encore largement vierges de négociation communautaire. A ce titre, les échecs du dialogue social européen sont toutefois nombreux. Ce fut le cas des discussions concernant le comité d'entreprise européen (1993), l'aménagement de la charge de la preuve en cas de discriminations fondées sur le sexe, la prévention du harcèlement sexuel au travail (1996), l'information et la consultation des travailleurs (1997), la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur (2000), le travail intérimaire (2001). En cas d'échec, la Commission peut reprendre l'initiative, comme dans le cas du comité d'entreprise européen ou de l'information et la consultation des travailleurs. Mais les négociations peuvent aussi échouer devant le Conseil : ce fut le cas de la directive intérim de juin 2003.

De fait, le dialogue social européen connaît actuellement une crise, manifestée par la difficulté des partenaires à élaborer en commun un programme de travail pour la période 2005-2008.

Par ailleurs, depuis le conseil européen de Luxembourg (1997), la question se pose de la place des partenaires sociaux dans les diverses méthodes de coordination (Méthode ouverte de coordination : MOC). L'adaptation du dialogue social communautaire à ce nouveau type d'échange ne semble jamais avoir été accomplie. Les Etats membres et la Commission avaient certes d'emblée appelé les partenaires sociaux à participer au processus de la MOC. L'évaluation réalisée en 2002 par la Commission²⁸ a notamment relevé la faible participation des partenaires sociaux à la stratégie européenne pour l'emploi (SEE).

En réponse, la Commission a introduit en 2003 une série de changements et notamment un sommet social tripartite, avant le Conseil européen de printemps, qui doit donner l'occasion d'une concertation annuelle entre les partenaires sociaux, la Commission et les chefs d'Etat et de gouvernement. Il doit permettre aux partenaires sociaux d'être associés à la fois à l'élaboration des lignes directrices pour l'emploi et aux Grandes orientations de politique économique (GOPE).

Le dialogue social européen n'a certes pas encore fait ses preuves, mais il s'est organisé pour permettre une concertation et une négociation sur les avant-projets de textes, préalablement au débat interétatique puis parlementaire.

²⁸ Communication de la Commission, « Bilan de cinq années de stratégie européenne pour l'emploi », 17 juillet 2002, COM (2002) 416 final

3.2 Le modèle allemand : le système des champs séparés

3.2.1 Un champ constitutionnellement réservé à la négociation sociale autonome

L'article 9-3 de la Loi fondamentale dispose que « *Le droit de fonder des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques est garanti à tous et dans toutes les professions. Les conventions qui limitent ou tendent à entraver ce droit sont nulles et les mesures prises en ce sens sont illégales. Les mesures prises en vertu des articles 12a, 35, al. 2 et 3, 87a, al. 4 et 91, ne doivent pas être dirigées contre des conflits du travail déclenchés par des associations au sens de la première phrase (du présent alinéa) pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques* ». Le juge constitutionnel allemand en a déduit le droit de déterminer les rémunérations et les conditions de travail dans des accords collectifs librement négociés, indépendamment de toute intervention, notamment de l'État : le gouvernement « *est tenu d'assurer l'applicabilité maximale de ce droit fondamental dans la mesure où cela est possible sous les conditions existantes* ». Cette protection constitutionnelle s'étend aux organisations syndicales elles-mêmes et à leur liberté de fonctionnement.

L'autonomie contractuelle des partenaires sociaux en matière de rémunération est organisée par la loi sur les accords collectifs adoptée en 1949. Ce texte leur a conféré la qualité de norme juridique. Le pouvoir autonome des partenaires sociaux n'est toutefois pas illimité. Il est encadré par la loi sur les accords collectifs ainsi que par la jurisprudence, qui a défini de façon restrictive la notion de partenaires sociaux, limité l'objet des accords et précisé le processus de négociation.

Actuellement, la loi et les accords collectifs partagent ainsi le champ de la législation sociale en trois ensembles :

- la sécurité sociale est essentiellement régie par la loi, quelques accords collectifs comportant cependant des améliorations aux prestations prévues par la loi ;
- la loi détermine les dispositions minimales en matière de relations et de conditions de travail (délais de licenciement, durée du travail et des congés, par exemple), mais des accords collectifs améliorent de façon substantielle ces différents minimaux ;
- les conditions individuelles de travail et les rémunérations sont exclusivement fixées par accord collectif.

Ce principe n'a pas empêché l'adoption d'un grand nombre de lois fédérales, par exemple dans les domaines suivants :

- Relations de travail : loi fédérale sur les congés payés ; loi sur la promotion de l'emploi ; loi sur la protection de l'emploi ; loi sur le paiement des salaires et des traitements pendant les jours de fête et en cas de maladie ; loi sur la protection contre le licenciement ; loi sur le transfert des employés... ;
- Formation professionnelle : loi sur la formation professionnelle ; loi sur le temps partiel et les contrats à durée déterminée... ;

- Santé et sécurité au travail et conditions de travail : loi sur la protection de la maternité ; ordonnance sur la protection des femmes enceintes sur le lieu de travail ; loi sur la protection des jeunes travailleurs ; loi sur la durée du travail ; loi sur l'octroi de l'allocation parentale d'éducation et du congé parental d'éducation ; ordonnance relative à l'insolvabilité...

- Résolution des conflits individuels : loi relative aux juridictions du travail... ;

Le respect du domaine de compétence des partenaires sociaux est toutefois chaque fois garanti par la possibilité qu'ils ont de saisir le juge pour dénoncer une ingérence. La Cour constitutionnelle apprécie alors les circonstances qui justifient l'intervention du législateur (protection d'autres droits constitutionnels par exemple, objectif de lutte contre le chômage...). Dans un arrêt de 1995, par exemple, elle a considéré que les obligations du gouvernement concernaient non seulement son action dans le domaine social mais aussi son action internationale et la signature de conventions.

3.2.2 Un modèle faisant l'objet d'interrogations

En 1998, le chancelier avait établi une concertation tripartite pérenne, appelée « Bündnis für Arbeit » (Pacte pour l'emploi), associant l'Etat fédéral, les syndicats (DGB) et le patronat (BDI et BDA). Cette structure, dont les résultats ont été jugés décevants, a été supprimée en mai 2003 suite au retrait des acteurs patronaux. Elle a laissé la place à une commission d'experts élargie, la commission Hartz, qui a abouti au programme de réforme agenda 2010.

Les syndicats regroupés au sein du Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) perdent des membres (-4,4% d'adhérents en 2003). Cette tendance est particulièrement marquée dans les deux plus grandes fédérations professionnelles du DGB : Verdi et IG Metall. Elle correspond à une tendance de longue période consécutive à la réunification, qui avait provoqué un afflux d'adhésion (+3,9 M d'adhérents en 1990 et 1991, soit + 43%) suivi d'un reflux régulier d'abord dans les Länder de l'Est puis dans tout le pays. Au total, les syndicats allemands ne comptent plus que 8,7 millions d'adhérents en 2004, contre 13,7 millions d'adhérents en 1991. Cette tendance s'est amplifiée dans les années récentes notamment parce que la posture contestataire adoptée par les organisations à l'égard de l'agenda 2010 du chancelier Schröder, assez inhabituelle a été mal comprise : un sondage en 2004 montrait que seul un tiers des salariés interrogés ont qualifié le travail des syndicats au cours des trois dernières années de bon ou très bon (contre un moitié deux ans plus tôt). A titre d'exemple, une manifestation en mai 2003 contre ce paquet de réforme n'a réuni que 90000 personnes.

Les tensions entre le gouvernement et les syndicats se sont cristallisées sur le débat relatif au salaire minimum. La loi Hartz IV sur le contrôle de la recherche d'emploi, sous la pression de l'opposition parlementaire, a prévu que les chômeurs peuvent se voir imposer des emplois rémunérés en dessous des normes conventionnelles localement en vigueur. Cette disposition a provoqué un débat sur la pertinence d'une législation fédérale instituant un salaire minimum et dérogeant ainsi aux règles de l'autonomie contractuelle en matière de rémunération (Tarifautonomie). Le syndicat IG Metall a fortement manifesté son désaccord à l'égard de cette idée lancée, malgré la réserve du chancelier, par les partis de l'ex-coalition SPD-Verts. Dans une pétition signée par 750 000 personnes, IG Metall a réclamé la défense vigoureuse du système de l'autonomie contractuelle. Pour rappeler l'importance de la négociation syndicale sur les rémunérations, il a ensuite fait la promotion dans certains Länder d'accords prévoyant des bonus syndicaux (prime supplémentaire pour les syndicats), démarche dont la légalité est incertaine. A l'inverse d'autres organisations comme Verdi se sont ralliées à l'idée d'un minimum légal. Ce syndicat de service ne dispose en effet pas toujours de l'implantation nécessaire pour négocier des conventions collectives au bénéfice des salariés, qui pourraient ainsi profiter d'un filet de second rang. En septembre 2004, la confédération DGB a peiné à concilier les points de vue de ces organisations dans une résolution qui propose simplement de rendre plus simple l'extension des conventions collectives relatives aux rémunérations. Le système d'autonomie contractuelle semble ainsi au milieu du gué.

La campagne électorale de 2005 a manifesté à nouveau le recul de l'autonomie contractuelle. Le SPD a à nouveau soutenu l'idée d'un salaire minimum légal. La CDU-CSU, pour sa part, proposait de rendre obligatoire des clauses d'ouverture dans les conventions collectives, c'est-à-dire la possibilité de déroger au niveau de l'entreprise aux accords de branches. Ces idées n'ont finalement pas été retenues dans le contrat de coalition finalement adopté entre les deux principaux partis politiques en novembre 2005, lequel se contente de prévoir la tenue d'un groupe de travail sur le salaire minimum.

Il apparaît donc bien que la séparation des champs fait débat et ne constitue pas une garantie absolue d'étanchéité des responsabilités respectives des autorités politiques et des partenaires sociaux, même si elle reste la règle générale présidant à leurs relations.

3.3 Les modèles anglo-saxons : la concertation ouverte

3.3.1 L'exemple des Commissions présidentielles américaines

L'exemple américain frappe par sa capacité à limiter en nombre et à ne pas pérenniser les instances de concertation.

Une commission présidentielle est un groupe de travail désigné par le président par voie réglementaire (*Executive order*) pour entreprendre des investigations particulières. L'*Executive order* fixe la feuille de route de la commission, en particulier ses objectifs et ses contraintes (notamment financières), sa durée de vie et la date de sa disparition (généralement un mois après la remise du rapport), le mode d'élaboration du rapport (généralement par le président), les administrations supports, le coût prévisionnel du soutien à la Commission (par exemple, 770 000 \$ pour la commission récente sur la sécurité sociale), le nombre de personnels requis et la périodicité des réunions plénières.

Ces commissions sont généralement constituées pour inscrire dans le temps long l'action de la présidence. Ces initiatives sont presque toujours consensuelles politiquement et les Commissions sont composées de façon bipartisane. La nomination des membres de la Commission est un élément politique fort.

Quelques commissions présidentielles ont par exemple porté sur les thèmes suivants : le virus du VIH (1987), le statut des femmes, le patrimoine lié aux spoliations de biens juifs aux Etats-Unis (1998), le système d'éducation spécialisé pour enfants handicapés (2001), le système postal (2003), l'avenir de la NASA après la lune et mars (2004), l'action des services de sécurité américain concernant les armes de destructions massives (2005).

Dans le champ social, deux exemples remarquables de ces commissions présidentielles peuvent être donnés. Le premier, le plus célèbre, est la Commission réunie, sous la présidence d'Eleonor Roosevelt, par l'administration Kennedy en 1961 sur le statut des femmes : la réunion de cette commission a alors été conçue comme une façon de traiter du sujet de l'égalité homme femme tout en évitant de toucher à l'amendement relatif à l'égalité des droits. Cette commission a alors associé des économistes de renom, des personnalités de l'administration et de la justice, des parlementaires des deux chambres (selon une règle de parité politique), des professeurs en sciences humaines, des syndicalistes (AFL-CIO) et des personnalités de la société civile choisies pour partie *intuitu personae* et pour partie pour leur appartenance aux associations confessionnelles ou laïques de femmes. Le rapport, remis en octobre 1963, a fait l'objet d'une vaste diffusion. Cette commission a connu une suite, appelée *Citizens Advisory Council on the Status of Women*, chargé de superviser l'administration dans la mise en œuvre de ses principales recommandations. Au moment de sa disparition en 1977, une partie des membres du conseil a souhaité poursuivre l'action de la commission, dans une organisation non gouvernementale, la *National Organization for Women* (NOW).

Plus récemment, la Commission présidentielle pour préserver la protection sociale a été constituée en août 2001 avec pour mandat de faire des recommandations pour moderniser le système de retraites. Sur ce champ très vaste, plusieurs lignes directrices étaient fixées aux 16 membres de la commission : notamment le maintien du pouvoir d'achat des retraites, l'absence de hausse des impôts, le non-investissement sur les marchés d'action par le gouvernement des fonds de retraite publics dégagés, l'intangibilité des systèmes de retraite particulier pour ménages handicapés et vétérans. Les nominations à la commission ont été bipartisanes : la présidence a ainsi été divisée entre un ancien sénateur républicain et le PDG du groupe AOL/Time Warner, choisi par le démocrates. Les membres de la Commission étaient des directeurs d'institutions de retraites complémentaires, des anciens membres de la haute fonction publique, des employeurs représentant les communautés hispaniques et afro-américaine, des représentants des retraités, des économistes, des personnalités qualifiées... La Commission a rendu son rapport en mars 2002, distinguant trois scénarios de réforme. Le Sénat a longuement reçu la commission présidentielle pour se faire exposer ce rapport. Les discussions sont encore en cours avec le Congrès pour aboutir à une réforme du système de retraites.

Ce système des commissions présidentielles n'est pas sans rappeler les grandes commissions créées en France dans les années récentes pour envisager l'actualisation de certains piliers de notre pacte social : commissions présidées par Marceau Long sur la nationalité (1988), par Bernard Stasi sur la laïcité (2003) ou encore par Claude Thélot sur l'avenir de l'école (2004). Ces structures temporaires ont su, de façon diverse, associer les citoyens à leurs travaux et animer un débat dont l'envergure a de très loin dépassé les cercles d'experts.

L'analyse du fonctionnement et des productions de ces commissions montre que les sillons laissés par leurs travaux dans le débat sociétal sont plus profonds et plus durables que ceux laissés par les travaux récurrents d'instances permanentes.

3.3.2 Les procédures de consultation britanniques : l'association de la société civile en amont de la décision

3.3.2.1 La quasi-disparition de la négociation collective britannique depuis les gouvernements Thatcher

Traditionnellement, la loi occupe une place limitée dans le droit du travail britannique, essentiellement déterminé par le contrat de travail, éventuellement encadré par des accords d'entreprise.

Il revient au contrat de travail de déterminer la durée de la période d'essai, celle du préavis de licenciement ou encore le temps de travail... Le législateur est intervenu principalement pour réglementer les conditions de travail de ceux dont il estime qu'ils méritent une protection particulière, parce qu'ils ne peuvent se protéger eux-mêmes par la négociation collective ou individuelle.

De même que la loi est peu présente, le système britannique ne laisse aucune place à la négociation interprofessionnelle. Ainsi, le *Trade Union Congress* (TUC), qui est la seule confédération syndicale, regroupant 67 syndicats de branche et représentant 6,5 millions d'adhérents, ne négocie pas d'accords avec son homologue patronal, la Confédération des industries britanniques (CBI).

Enfin, si des accords collectifs peuvent être négociés au niveau de la branche, leur application requiert généralement la conclusion d'accords d'entreprise, dont la validité est elle-même soumise à une référence dans le contrat de travail. **La négociation de branche a ainsi progressivement disparu**, sauf dans quelques secteurs (construction, imprimerie...).

Suite à la grève des mineurs britanniques en 1984-1985, plusieurs textes ont réduit le rôle des syndicats sous les gouvernements Thatcher. Ainsi, entre 1980 et 1993, la loi a défini l'objet des grèves, limité les possibilités de recours à des piquets de grève, imposé l'organisation d'un vote à bulletins secrets avant le déclenchement de toute grève, instauré la responsabilité civile des syndicats, et très sévèrement limité le système du *closed shop*. Par ailleurs, une loi de 1992 a supprimé les conseils salariaux tripartites qui fixaient les conditions minimales de revenu et jouaient un rôle important dans les secteurs faiblement syndicalisés. Enfin, le champ de la négociation collective est considérablement restreint²⁹.

Dans le même temps, les réformes du *Civil Service* connues sous le nom de *Next Step* ont conduit à la **suppression d'un grand nombre d'instances** placées auprès des administrations britanniques, au terme de revues d'activité minutieuses (*Scrutinies*) conduites par un groupe d'efficacité placé auprès du Premier ministre. Ainsi, alors que le Royaume-Uni a connu une expérience de Conseil économique et social, sous la forme du *National Economic Development Council*, créé en 1962, cette assemblée n'a quasiment plus été consultée avec l'arrivée aux pouvoirs des conservateurs au début des années 1980 avant d'être définitivement supprimée en 1992.

Cette politique n'a été que partiellement amendée par T. Blair. **La relance de la négociation collective n'est intervenue que timidement par une loi de 1999 sur l'emploi**, qui amende la loi de 1992, pour prévoir une obligation de négociation dans les entreprises de plus de vingt salariés sur trois sujets : les rémunérations, les horaires et les congés.

²⁹ Aux termes de la loi de 1992 sur les syndicats et les relations sociales, la négociation collective peut porter sur les sujets suivants :

- les modalités d'emploi et les conditions de travail, et, le cas échéant, les critères physiques de recrutement ;
- le recrutement, la suspension ou la fin du contrat de travail, ainsi que les obligations professionnelles ;
- la répartition du travail entre salariés ou groupes de salariés ;
- les questions disciplinaires ;
- l'appartenance syndicale ;
- les moyens mis à la disposition des syndicats ;
- les procédures de négociation ou de consultation sur les sujets précédents.

3.3.2 Les nouvelles procédures de concertation

Tony Blair a fait en 1997 de l'amélioration de la qualité de la réglementation (*better regulation*) une de ses priorités. Pour cela, il a mis en place un dispositif à plusieurs étages :

- l'étage de coordination et d'impulsion est une commission indépendante attachée au Cabinet Office, appelée *Better Regulation Task Force*³⁰, composée de huit représentants de la société civile³¹, et chargée de conseiller le gouvernement sur les principes à adopter pour produire moins de normes et sur les procédures à construire pour consulter la société ;

- cette commission peut s'appuyer sur une structure de pilotage interministérielle placée auprès du Premier ministre, le *Better Regulation Executive* ;

- au sein de chaque ministère (*departments*), un secrétaire d'Etat³² en charge de l'amélioration de la qualité de la réglementation a été désigné ; cette autorité politique anime de petites unités (*better regulation units*) qui doivent rendre des comptes à la commission interministérielle sur des objectifs de réduction du nombre de normes adoptées et de respect des délais de consultations.

Cinq principes fondamentaux de qualité de la réglementation ont été arrêtés par le Premier ministre parmi lesquelles figure **la responsabilité de l'administration auteur d'une norme devant l'exécutif, le Parlement, mais aussi devant les utilisateurs et le public**. Ce principe se traduit notamment dans les procédures de consultation prévues depuis novembre 2000 dans un code de bonne pratique (*Code of Practice on Consultation*) diffusé par le Cabinet office. Ce document, qui a été actualisé en janvier 2004, prévoit notamment que toute initiative gouvernementale doit prévoir une **période minimale de consultation de 12 semaines** ou, pour prévoir une période de consultation inférieure à ce délai, justifier de l'urgence dans laquelle se trouve la prise de décision. Les consultations écrites et informelles, individuelles et collectives, sont reçues par les services, qui désignent le plus souvent un coordonnateur de la consultation, chargé de produire une synthèse, qui sera un élément de l'étude d'impact du texte (par ailleurs obligatoire). Les innovations sont encouragées et valorisées par la *Better Regulation Commission* : il s'agit, par exemple, de la conduite de réunions de quartier ou de groupes de concertation au niveau local, de la distribution de supports interactifs (CD-ROM) ou de l'ouverture de blog « questions-réponses » sur internet. L'administration doit par ailleurs clairement indiquer les amendements qu'elle porte à son projet suite à la phase de consultation.

³⁰ Depuis janvier 2006, une commission (*better regulation commission*) s'est substituée à ce groupe de travail, sans que son esprit soit modifié ; le passage du statut de groupe de travail au statut de commission marque la pérennisation d'un dispositif qui était initialement conçu comme un dispositif temporaire.

³¹ Représentant respectivement les entreprises industrielles, le commerce, les syndicats, le secteur public, les associations de consommateurs, les fédérations professionnelles et les associations de bénévoles

³² Contrairement à l'organisation française, le cabinet britannique compte un petit nombre de ministres mais un très grand nombre de secrétaires d'Etat placés auprès de ces ministres.

Les administrations britanniques disposent ainsi de marges de manœuvre significatives pour conduire leurs consultations. A titre d'exemple, le secrétaire d'Etat au travail et aux retraites, John Hutton, a récemment conduit une journée nationale des retraites (*National Pensions Day*) le 18 mars 2006, qui impliquera des échanges par satellite entre six conférences de discussions animées dans six villes du pays, associant plus d'un millier de personnes. Cet événement doit permettre de débattre des scénarios posés par une commission indépendante (Pensions Commission) et préfigurer un débat national sur la réforme des retraites.

L'évaluation qui a été faite fin 2004 de la procédure de consultation montre que 76% des ministères et agences respectent le délai de consultation³³.

Il convient de noter que dans cette procédure qui concerne tous les textes, les partenaires sociaux ne sont qu'une voix parmi d'autres. Aucune procédure particulière de concertation n'est prévue pour les réglementations intervenant dans le champ du travail, notamment les réglementations des deux ministères plus particulièrement concernés : le *Department of Work and Pension* et le *Department for Trade & Industry*. En pratique, les contacts informels sont toutefois nombreux : à titre d'exemple, le ministre actuel du commerce et de l'industrie, rencontre tous les mois les représentants des salariés et des employeurs. De même, le gouvernement actuel dans sa totalité participe chaque année au congrès d'automne du TUC.

Il convient également de souligner que ces procédures interministérielles de consultation **sont rendues possibles par une bonne programmation des enjeux stratégiques.** Cette programmation est notamment assurée depuis 2002 par une petite administration de mission placée auprès du Premier ministre, la *Strategy Unit*³⁴. Cette structure est chargée de conseiller le premier ministre sur ses orientations de moyen terme et de conduire des analyses sur ses priorités politiques. Légère, elle fonctionne presque intégralement par prescription d'expertises universitaires ou par commande aux services ministériels compétents. Cette structure, que pourrait préfigurer en France le conseil d'analyse stratégique, mêle des travaux ponctuels (politiques de renouvellement urbain, du handicap...) et des « *issues* » permanentes sur la réforme des services publics, du système éducatif et du système de protection sociale.

Le nouveau système de dialogue social britannique, qui a succédé à une opération de table rase, se caractérise par un mélange de formalisme rigoureux, de transparence de fonctionnement, au moins apparente, et de large débat en amont de la décision.

³³ Cabinet office, Rapport annuel, « Code of Practice on Consultation Assessment of Performance : 2004 », 2004.

³⁴ La création de la *strategy unit* a été réalisée par fusion de deux organismes d'évaluation, la *Performance and Innovation Unit (PIU)* et la *Prime Minister's Forward Strategy Unit (FSU)*.

3.4 L'exemple néerlandais : un conseil économique et social pivot du dialogue social

3.4.1 Une répartition entre loi et négociation établie par consensus

Un champ réservé à la négociation collective néerlandaise est défini par une loi de 1927. Cette loi n'est toutefois guère plus opérante en pratique. **Il n'existe en fait aucune délimitation claire entre, d'une part, le champ de la loi et du règlement et, d'autre part, celui des accords collectifs.** Les matières qui peuvent être régies par un accord collectif peuvent l'être aussi par la loi, et inversement.

Le système de régulation sociale néerlandais est largement fondé depuis 1945 sur des consensus sociétaux établis au lendemain des élections parlementaires. Une répartition des responsabilités entre gouvernements et syndicats semble ainsi acquise pragmatiquement à l'occasion de la formation des coalitions politiques. Elle est donc plus ou moins aboutie. Le célèbre **accord de Wassenaar en 1982 a renforcé ces pratiques** : les partenaires sociaux y convenaient de réductions du temps de travail et de créations d'emplois (à temps partiel) en échange d'une modération des revendications salariales. De son côté, le gouvernement acceptait de modifier la loi de 1970 sur la formation des salaires et de s'abstenir d'intervenir dans le processus de fixation des salaires, qui relevait dès lors de l'entière responsabilité des partenaires sociaux.

Dans ce contexte de co-production des normes sociales, les instances de régulation créées après-guerre continuent de jouer un rôle-clef tant de négociation que de programmation de l'activité gouvernementale :

La **Fondation du travail** (*Stichting van de Arbeid* : STAR) a été créée le 17 mai 1945, quelques semaines seulement après la fin officielle de la guerre. De formation bipartite, la fondation est le lieu permanent de rencontre entre les organisations patronales et les syndicats pour établir les règles de la négociation collective et conclure des arrangements/accords collectifs. Cette fondation établit également des **concertations avec le gouvernement** pour coordonner les politiques économiques et sociales (flexibilité du marché du travail, apprentissage tout au long de la vie, etc.)

Le **Conseil économique et social** (*Sociaal Economische Raad* –SER-) a été institué en 1950 par la loi sur l'organisation économique. Sa tâche est de conseiller le gouvernement, en étant consulté ou par auto-saisine, sur toutes les questions économiques et sociales importantes. Ce conseil, qui comprend 33 membres, est tripartite : employeurs et salariés (les partenaires sociaux) y sont représentés par l'intermédiaire de leurs organisations centrales. Un troisième groupe siège à leurs côtés : celui des membres nommés par la Couronne.

Ces membres désignés sont des experts indépendants, désignés par le gouvernement, pour leur compétence dans les domaines économique, financier, juridique ou social ; ils sont le plus souvent professeurs d'université. Leur désignation se fait en tenant compte de la représentation au sein du conseil des différentes spécialités et en prenant en considération les différents courants politiques du pays. Le président de la Banque centrale des Pays-Bas (De Nederlandsche Bank) et le directeur du Bureau central du plan (Centraal Planbureau) en font partie de droit.

Des représentants des ministères assistent en qualité d'observateurs à toutes les séances du conseil, publiques d'ordinaire, ainsi qu'à toutes les réunions des commissions et des groupes de travail, qui se déroulent le plus souvent à huis clos. Ce sont des fonctionnaires spécialisés dans la politique sur certains domaines. Cette pratique permet un échange d'information régulier avec les différents ministères.

Un conseil de direction veille à ce que les tâches du conseil soient préparées et expédiées conformément à la procédure. Le conseil se réunit au complet en principe une fois par mois, le troisième vendredi du mois. Ces séances sont consacrées principalement à l'examen et l'établissement d'avis à l'intention du gouvernement. Une préparation intensive en commission ou au sein d'un groupe de travail précède le moment où un avis est adopté. S'il n'y a pas unanimité sur certains points, les différents points de vue sont mentionnés dans l'avis mais il n'est pas procédé à un vote.

Pour la préparation et l'exécution de ses tâches, le conseil a constitué un grand nombre de commissions et de groupes de travail. De même que celle du conseil, leur composition est tripartite, et ils comprennent des représentants des employeurs, des représentants des salariés et des experts indépendants. Les commissions préparent les avis. Certaines, les commissions dites de l'article 43 (de la loi sur l'organisation de l'économie) peuvent conseiller directement le gouvernement. La présidence d'une commission est en principe assurée par un membre nommé par la Couronne.

Le conseil dispose d'un secrétariat pour la préparation et l'exécution des différents travaux et ses services sont conséquents (environ 160 personnes).

3.4.2 Un conseil économique et social au cœur du système de régulation sociale

Le Conseil économique et social néerlandais est placé au cœur de la régulation sociale néerlandaise de deux façons :

- il lui est revenu de définir les critères de représentativité syndicale : ces critères n'ont en principe aucune valeur juridique, mais ils sont unanimement respectés et les tribunaux les utilisent. En pratique, cette représentativité n'a aucune conséquence pour ce qui concerne les relations sociales, et tout employeur est libre de négocier ou non avec les organisations syndicales. Mais ces critères, qui valent pour la désignation au SER emportent également présomption pour la représentation dans toutes les instances de concertation gouvernementale. De la sorte, le SER se trouve être l'organisation pivot de toute la procédure de concertation sociale néerlandaise ;

- la loi sur l'organisation de la vie économique confie au SER la charge de surveiller les groupements professionnels et interprofessionnels de droit public, ainsi que les groupements qui les chapeautent. Il y en a près de quarante au total.

3.4.3 Un organisme tripartite au cœur de l'agenda

Le SER est chargé de donner son avis sur la politique économique et sociale à moyen terme, la politique industrielle, la protection sociale, le droit du travail et le droit des entreprises, la participation à la gestion, la relation entre le marché du travail et l'enseignement, la politique européenne, les questions des transports et les questions touchant aux consommateurs. Les avis, publiés généralement sous forme de livres, sont publics. Ils ne sont pas impératifs. Le gouvernement n'est pas tenu de les suivre ; par contre, il est convenu qu'il informe le SER de l'usage qu'il en fait et des motifs qui l'inspirent.

Chaque année, le SER établit un calendrier des avis prévus, qui participe grandement à la définition de l'agenda social du pays. Cela a notamment été le cas dans les années récentes pour mettre à l'agenda la question de l'emploi des seniors. Ce programme de travail est fondé essentiellement sur un courrier reçu chaque année du ministre des Affaires sociales et de l'Emploi.

Le programme de travail comprend aussi des saisines du Parlement. Le Sénat a ainsi demandé en novembre 2005 l'avis du SER sur le nouveau texte de loi relatif à la clause de non-concurrence dans les contrats de travail et la Chambre des Représentants l'a saisi fin décembre 2005 au sujet du cofinancement de la politique agricole commune.

Tous les deux ans, le SER rend un avis sur les grandes orientations de la politique économique et sociale. Cet avis réalise notamment une vérification du respect des objectifs de taux d'emploi de la stratégie de Lisbonne.

3.4.4 Une intervention dans la mise en œuvre des lois

Bien que la responsabilité de fixer et d'exécuter les lois revienne en dernier ressort à l'Etat, le SER est chargé d'appuyer la mise en œuvre dans un certain nombre de cas. Des compétences administratives sont ainsi régulièrement déléguées au SER. A titre d'exemples :

- une loi sur les agences d'assurances prévoit que le SER tienne à jour un registre des courtiers en assurance ;

- une loi de 1954 sur la création des entreprises donne compétence au SER pour permettre aux créateurs d'entreprise de déroger aux règles d'aptitude professionnelle établies.

La loi relative aux comités d'entreprise confie la possibilité au SER d'accorder des dérogations à l'obligation pour toutes les entreprises comptant plus de 35 salariés d'instituer un comité d'entreprise.

Enfin, un point remarquable concerne la régulation des fusions d'entreprise. En 1970, le Conseil économique et social a adopté un arrêté relatif aux règles de conduite en matière d'offres publiques d'achat d'actions et de fusions d'entreprises (*SER-besluit Fusiegedragsregels*), aussi appelé le Code des fusions du SER. Ces règles de conduite visaient à protéger les intérêts des actionnaires en cas d'offre publique d'achat d'actions et ceux des salariés lors d'une fusion d'entreprises. Ce Code n'a pas force de loi et s'appuie sur la volonté des entreprises néerlandaises d'observer volontairement les règles mais, depuis 2001, toutes les fusions projetées doivent être notifiées au secrétariat du SER.

La caractéristique du dialogue social néerlandais semble bien être l'existence d'une instance prépondérante de consultation, largement associée à l'élaboration de l'agenda social.

4. PROPOSITIONS D'EVOLUTION

L'AGENDA PARTAGE ET LE TEMPS RESERVE

Réussir une réforme, c'est d'abord se poser les bonnes questions. La réforme de notre système de régulation sociale achoppe souvent du fait d'une mauvaise formulation des enjeux, d'une tendance à s'enfermer dans des alternatives qui n'en sont pas ou des schémas stéréotypés. Ainsi, revendiquer un système idéal, quel qu'il puisse être, en sachant que sa mise en œuvre ne tiendrait pas compte de notre histoire, de nos pratiques et de leurs dérives, reste, pour certains, le meilleur moyen de s'assurer de la pérennité du système actuel.

Parmi les mauvaises questions, les plus récurrentes sont les suivantes :

- Peut-on s'appuyer sur les partenaires sociaux alors qu'ils sont structurellement trop faibles dans notre pays ?

Cette question manifeste une vision réductrice de ce qui fait le poids des organisations sociales, laquelle est dans ce raisonnement implicitement appréciée en fonction du seul nombre des adhérents. Les comparaisons montrent que le poids des syndicats est le plus souvent déterminé par l'espace qui leur est réservé. Ainsi, le jeu et les acteurs se renforcent-ils mutuellement. En définissant préalablement et durablement des règles du jeu, on consolidera les acteurs syndicaux et patronaux.

- Faut-il réviser la Constitution pour y inscrire un espace, temporel ou thématique, réservé au dialogue social ?

Les comparaisons, notamment avec le modèle communautaire, montrent qu'il est vain de tout miser sur une procédure de concertation miracle. Aucune procédure n'est de nature à faire basculer à elle seule notre système de régulation d'un système fait d'incompréhension et de crispation à un système de construction en commun des réformes par le dialogue et la négociation. **Une révision de la Constitution n'est ainsi pas une fin en soi. A l'inverse, une simple évolution des pratiques ne semble ni crédible sans aiguillon normatif, ni à la hauteur des enjeux.** La question des instruments de la réforme est donc une mauvaise question, au moins à court terme ; elle dépend de la réponse donnée à la véritable question, qui est celle du chemin à emprunter pour réformer ensemble la société. La définition d'un chemin implique non seulement des procédures, mais comporte plus encore la mise sur l'agenda de questions de fond dont on a vu qu'elles ne peuvent être ignorées sans handicaper lourdement notre démocratie sociale. A titre d'exemple, on peut mentionner l'évolution du statut de la fonction publique, le volume et la complexité du code du travail et plus généralement, l'usage des instruments de conciliation entre les exigences de préservation de l'attractivité du territoire et de soutien du pouvoir d'achat des salariés. Avant de discuter d'une révision constitutionnelle, il faut donc prendre la mesure des possibilités de définir ensemble un agenda de réformes.

- La loi doit-elle garder un monopole de la production des normes ou des champs de négociation autonomes peuvent-ils être réservés aux partenaires sociaux ?

Le croisement des exemples allemands et néerlandais nous montre qu'en pratique la question de la place respective de la loi et des accords et conventions ne peut être posée de façon binaire : les néerlandais, qui ne reconnaissent pas les accords autonomes, ont abouti avec les accords de Wassenaar à un système équivalent en pratique au système de l'autonomie tarifaire ; à l'inverse, le principe de *Tarifautonomie* n'empêche pas à l'heure actuelle les autorités politiques allemandes d'avoir pour projet d'intervenir législativement pour fixer un salaire minimum. La question du domaine réservé aux partenaires sociaux n'est donc pas tant une question juridique qu'une question pratique de juxtaposition des temps de la délibération sociale et de la délibération parlementaire. La vraie question est ainsi de savoir comment organiser une mise en harmonie des dialogues, qui implique le respect de trois critères. D'abord que le Parlement français soit en mesure de prendre toute sa place en amont dans les consultations publiques sur les projets de texte, à l'image des procédures anglo-saxonnes de *hearings*. Ensuite que les acteurs de la société civile disposent du temps de l'expertise et de la maturation par une consultation précoce mieux organisée, mais bénéficient aussi sur certains sujets d'un moment réservé, ouvrant la possibilité de négocier. Cette fenêtre de dialogue pourra être mobilisée ou pas. Dans tous les cas, elle aura son utilité en montrant l'état des forces sociales. Parfois elle aboutira à des réformes négociées. Enfin, l'harmonie ne sera gagnée que si aucun instrument ne recouvre l'autre. En pratique, cela signifie que sur certains sujets et sous certaines conditions, les négociations ne doivent pas être perturbées ni par les initiatives gouvernementales, ni par la perspective d'une remise en cause au Parlement du texte négocié. Des garanties sont à construire à cette fin.

Les pistes proposées ici empruntent trois voies, qui pourraient s'envisager séparément mais qui se complètent naturellement dans l'optique de clarifier les rôles de chacun :

- **construire en amont un agenda de réforme qui soit partagé et connu de tous les acteurs, puis régulièrement repensé et actualisé ;**
- **prévoir, pour la conduite de la réforme, un temps réservé à la concertation, voire à la négociation ;**
- **s'appuyer sur des instances rénovées et responsabilisées.**

4.1 Construire un agenda partagé de réforme, connu de tous les acteurs

Le premier niveau de clarification consisterait à inscrire l'action des pouvoirs publics dans un cadre clair, connu à l'avance et prévoyant un partage des tâches et des calendriers entre gouvernement, Parlement, partenaires sociaux et acteurs de la société civile. Cette évolution repose davantage sur des pratiques et une volonté politique que sur des évolutions normatives, même si elle peut donner lieu à formalisation pour certains aspects.

4.1.1 Fixer un programme pluriannuel de réformes en prévoyant d'emblée les modes de concertation et d'association des partenaires sociaux

A l'heure actuelle, un gouvernement ne dispose en guise de programme de travail que des grandes orientations fixées dans le discours de politique générale du Premier ministre devant le Parlement. Ces grandes lignes donnent souvent des éléments de calendrier et parfois des indications sur l'articulation avec les partenaires sociaux et acteurs de la société civile.

Le programme de réformes d'un gouvernement pourrait donner lieu à une formalisation, axée sur le calendrier, ainsi que sur le partage des rôles entre pouvoirs publics et partenaires sociaux pour les sujets qui peuvent donner lieu à négociation et sur les modalités de concertation envisagées pour les autres thèmes. L'établissement de ce programme s'inscrirait le plus naturellement au début d'une nouvelle législature ou à l'occasion d'un changement de gouvernement. **Il constituerait une forme de déclinaison du discours de politique générale, mais pourrait faire l'objet d'une préparation avec les acteurs concernés, de manière informelle et/ou dans le cadre du Conseil économique et social. Une fois élaboré, il pourrait être présenté par le Premier ministre devant ce Conseil.**

Les sujets de réformes identifiés comme étant du ressort du gouvernement donneraient lieu à des initiatives gouvernementales selon le calendrier envisagé et s'inscriraient dans le cadre de la procédure du « temps réservé » à la concertation décrite ci-dessous. A l'inverse, les sujets de l'agenda partagé pour lesquels une négociation entre partenaires sociaux est prévue ne nécessiteraient pas de nouvelle initiative gouvernementale et la négociation s'ouvrirait dans les délais envisagés. Ce n'est qu'en cas d'échec de ces négociations à l'échéance initialement fixée que le gouvernement recouvrerait la possibilité d'une initiative sur le thème (cf. schéma récapitulatif infra).

4.1.2 Repenser et réactualiser régulièrement l'agenda

Il va de soi qu'un gouvernement ne peut fixer de manière intangible son programme de réformes sur plusieurs années. La crédibilité et la viabilité de la procédure nécessite donc d'une part une actualisation régulière et concertée, d'autre part une réelle souplesse permettant, en tant que de besoin, le lancement de réformes en dehors de cet agenda partagé.

4.1.2.1 Une actualisation régulière reliée à l'élaboration du programme national de réformes présenté au niveau européen

Sur la base de l'agenda partagé établi par exemple en début de législature, une actualisation pourrait être opérée chaque année pour tenir compte des sujets déjà traités, ajuster le cas échéant des éléments de calendrier et ajouter de nouveaux thèmes à l'agenda. Cette échéance annuelle constituerait une forme de rendez-vous du programme d'action concerté du gouvernement. **Le Premier ministre pourrait à cette occasion tenir un discours annuel devant le Conseil économique et social, qui s'approcherait d'une forme de discours sur l'état du dialogue social national.**

Cette procédure annuelle devrait être directement reliée à l'exercice auquel le gouvernement doit se livrer dans le cadre européen : l'établissement d'un programme annuel de réformes (PNR). Ce document existe depuis 2005 et est issu du rapprochement, dans le cadre de la stratégie de Lisbonne, des processus de grandes orientations de politique économique d'une part et de lignes directrices pour l'emploi d'autre part. Il a vocation à réunir l'ensemble des axes stratégiques du gouvernement en matière de réformes économiques et sociales. L'un des reproches adressés à cette nouvelle procédure est son manque de visibilité et son articulation assez faible avec les partenaires sociaux. L'établissement d'un programme d'action gouvernemental et d'un agenda partagé fournirait l'occasion de donner une nouvelle dimension nationale et européenne à cet exercice.

4.1.2.2 La possibilité d'initiatives décidées hors de l'agenda partagé, tout en préservant l'exigence de concertation

Même actualisé chaque année, l'agenda partagé ne saurait prétendre à l'exhaustivité des réformes engagées par un gouvernement, qui peuvent être décidées rapidement pour répondre à des problèmes nouvellement identifiés ou à des exigences politiques particulières. Si elles doivent rester d'un nombre limité, des initiatives gouvernementales doivent donc pouvoir être prises en dehors de cet agenda. Elles n'échapperaient cependant pas, sauf urgence particulière, à la nécessité d'une concertation qui trouverait son espace dans le cadre d'une procédure de « temps réservé ».

4.2 Prévoir un temps réservé à la concertation, voire à la négociation, dans la conduite des réformes

Toutes les réformes d'initiative gouvernementale, quelque soit la politique publique concernée, ont vocation à donner lieu à un processus de préparation incluant une phase de concertation. Certaines d'entre elles, parce qu'elles concernent le droit du travail, peuvent aller plus loin et donner lieu à un recours préalable à la négociation collective entre partenaires sociaux.

4.2.1 Instaurer pour l'ensemble des réformes, un temps réservé à la concertation

Afin de conférer à la concertation avec les partenaires sociaux et les acteurs de la société civile une visibilité et une crédibilité accrues, une procédure de « temps réservé » pourrait être organisée de manière transversale, sur l'ensemble des sujets. Elle deviendrait un élément, à part entière, du processus de conception des réformes. Elle s'inscrirait dans un cadre juridique précis sans créer de contraintes formelles excessives.

4.2.1.1 Un cadre temporel qui reste compatible avec une logique de pragmatisme et de souplesse

La procédure de « temps réservé » consisterait à poser l'exigence d'un délai minimal à respecter entre l'annonce d'un projet d'une réforme (et le cas échéant de ses grandes lignes) et l'adoption du texte correspondant en Conseil des Ministres. Ce délai pourrait être de l'ordre de trois mois, à l'instar de la pratique mise en place au Royaume-Uni. Il n'allongerait pas sensiblement les processus actuels de préparation des textes mais amènerait à les repenser pour inscrire la concertation à un stade où elle est souvent absente actuellement et à ne pas la restreindre à une consultation formelle dans les dernières étapes du processus.

Cette procédure ne poserait pas de prescription quant aux modalités de la concertation, qui relèveraient de la responsabilité politique et pourraient varier selon l'état d'avancement du projet et éventuellement se combiner entre elles : passage au Conseil économique et social, recours à des instances consultatives ou d'expertise, consultations informelles, etc. Cette formule laisse donc la place à des solutions pragmatiques et adaptées à chaque projet de réforme.

En revanche, la méthode retenue devrait être clairement affichée lors du lancement de l'initiative gouvernementale et expressément présentée dans le document ayant vocation à servir de base à la concertation.

Enfin, il conviendrait de préserver la possibilité pour le gouvernement d'indiquer qu'il n'a pas recours, pour des raisons tenant à une urgence particulière ou à des mesures techniques d'ampleur limitée, à la procédure normale du temps réservé et qu'il l'enserme dans des délais plus courts, six semaines par exemple. Ces justifications seraient néanmoins l'objet d'un contrôle d'ordre juridictionnel. Le recours à cette voie simplifiée, notamment sur le fondement de l'urgence, aurait également à être assumé politiquement.

4.2.1.2 Un cadre juridique qui permet d'insérer le processus de concertation dans une logique du « mieux légiférer »

La procédure proposée prendrait la forme suivante :

- l'initiative gouvernementale, qui pourrait par exemple s'appuyer sur un avant-projet de texte, un livre vert ou blanc³⁵ ou un document d'orientations, donnerait lieu à une communication en conseil des ministres ou à une simple annonce publique pour les sujets de moindre importance. Une publication au journal officiel permettrait en complément de marquer le début de la procédure au sens juridique ;

- au terme de la procédure de concertation, d'une durée de trois mois, le texte normatif support de la réforme passerait en conseil des ministres selon la procédure habituelle. Il serait néanmoins complété d'un document qui, à l'instar d'une pratique espagnole, présenterait le déroulement de la concertation et les suites qui y ont été données.

³⁵ Pour reprendre la terminologie, d'origine britannique, fréquemment employée notamment au niveau communautaire. Le livre vert se situe généralement plus en amont de la décision que le livre blanc.

Le Conseil d'Etat qui s'interroge dans son récent rapport annuel sur les moyens de garantir davantage de sécurité juridique³⁶, souligne qu'il est « *aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'opportunité de recourir à un instrument juridique de rang plus élevé dans la hiérarchie des normes et tendant à fixer quelques obligations de procédure* ». Les obligations de concertation s'inscriraient parfaitement dans ce cadre, au même titre que d'autres dispositifs comme l'évaluation préalable de l'impact de la réforme. Outre l'espace qu'elle ouvrirait au dialogue et à la concertation, la procédure de concertation serait directement liée avec le souci de « mieux légiférer » : elle offrirait une possibilité d'améliorer les textes sur le fond mais correspondrait aussi à une période que certains qualifient de « refroidissement » permettant le cas échéant de reconsidérer l'opportunité de telles ou telles dispositions.

Comme le propose le Conseil d'Etat, ces règles procédurales pourraient être prévues par une loi organique dédiée à la procédure d'élaboration des textes. Une révision très limitée de la Constitution serait nécessaire pour prévoir cette loi organique, laquelle pourrait servir de support à l'ensemble des dispositions envisagées ici au titre du « temps réservé ».

Le contrôle du respect de ces dispositions serait assuré par le Conseil d'Etat au stade de la préparation des projets (avis sur projets de loi et décrets en Conseil d'Etat), puis par le Conseil constitutionnel sur les textes législatifs et le Conseil d'Etat au contentieux sur les textes réglementaires.

4.2.2 Pour le droit du travail, ouvrir la possibilité d'utiliser le temps réservé comme espace de négociation

Au sein de l'ensemble des politiques publiques, le droit du travail présente des spécificités fortes, déjà évoquées, qui sont liées au rôle et à la légitimité des partenaires sociaux le concernant et à l'existence de sources du droit directement issues de la négociation collective.

Par conséquent, **la procédure de temps réservé pourrait connaître une variante renforcée en matière de droit du travail**, qui serait organisée par la loi organique mentionnée. En cas d'accord, l'articulation avec le gouvernement et le Parlement pour la transcription normative devrait également évoluer.

³⁶ Rapport annuel 2006, Considérations générales sur la sécurité juridique et la complexité du droit.

4.2.2.1 Une variante du schéma de droit commun pouvant déboucher sur des négociations et un allongement du délai sur des sujets « réservés »

a) Les champs concernés

La définition matérielle des champs susceptibles de donner lieu à renvoi à la négociation n'est pas nécessairement évidente. L'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004 se référait à « toute réforme de nature législative relative au droit du travail ». La référence pourrait être faite à toute réforme touchant au code du travail, mais le périmètre du code du travail est aujourd'hui largement déterminé par des considérations historiques et par la codification ou non des réformes successives. Le processus de recodification en cours, qui devrait s'achever à la fin 2006, devrait permettre de clarifier l'ensemble. Mais le risque de dispositions ultérieures non codifiées pourrait persister. Par conséquent, la définition matérielle la plus simple est certainement celle des champs ouverts à la négociation collective, énoncée à l'article L 131-1 du code du travail qui pose « *le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales* ».

Sans faire de ces domaines des champs réservés aux partenaires sociaux au sens du modèle allemand précédemment exposé, la procédure du temps réservé appliquée au droit du travail a vocation à permettre aux partenaires sociaux de se saisir de l'ensemble des sujets le concernant. Elle pourrait permettre de dépasser les oppositions de principe entre tenants d'une négociation qui occupe tout l'espace des relations professionnelles à l'exception de quelques grands principes d'ordre public social fixés par la loi et défenseurs d'une vision selon laquelle l'Etat prévoit l'ensemble des règles applicables, la négociation n'intervenant que pour créer de nouveaux droits et compléter la loi. En somme, en clarifiant les conditions dans lesquelles les partenaires sociaux peuvent devenir les artisans de la loi, cette procédure met fin la confusion du système actuel qui vise à considérer comme identiques les deux dichotomies Etat/partenaires sociaux d'un côté et loi/négociation collective de l'autre. **Il appartiendra aux partenaires sociaux de démontrer leur capacité de parvenir à des accords et de d'inscrire dans une logique de simplification du droit du travail.**

b) Procédure applicable

La procédure initiale serait la même que pour l'ensemble des autres réformes : le gouvernement lancerait le processus en annonçant son intention de conduire une réforme dans le champ du droit du travail et en publiant un document support à la concertation.

Mais dans ce cas, les partenaires sociaux pourraient, dans un délai d'un mois, faire connaître par écrit au gouvernement leur intention de se saisir ou non du sujet. S'ils font le choix de ne pas en faire un thème de négociation, par exemple parce qu'un accord apparaîtrait d'emblée impossible, le gouvernement redevient maître de la procédure et achève le processus de concertation dans la période de trois mois initialement ouverte.

En revanche, si les partenaires sociaux indiquent leur intention de négocier entre eux sur le sujet de réforme envisagée, le gouvernement doit suspendre son initiative et un nouveau délai s'ouvre. La question de l'articulation du temps politique et du temps de négociation se pose alors clairement. Le risque d'une procédure de temps réservé à la négociation sociale est pour le gouvernement celui d'une perte de temps, sans avoir même la garantie de parvenir à un accord. Ce risque apparaît cependant, si la durée est raisonnable, moins important que celui lié à des décisions immédiates susceptibles d'engendrer des crispations et d'empêcher toute application.

Dans ces conditions, le délai de neuf mois retenu par les traités sur l'Union européenne pour la période de négociation semble difficilement transposable au contexte politique français. Mais on peut par exemple envisager que la décision des partenaires sociaux de négocier ouvre un délai de l'ordre de trois ou quatre mois pour parvenir à un accord (sachant que des premiers contacts auront pu être pris pendant le premier mois de la procédure). Ce délai pourrait le cas échéant être prolongé en fonction des chances réelles de parvenir à un accord. *Il est d'ailleurs également envisageable de ne pas prévoir de délais fixés à l'avance, le calendrier pouvant être déterminé au cas par cas en concertation entre gouvernement et partenaires sociaux.*

Pendant cette période dédiée à la négociation, le gouvernement ne pourrait prendre d'initiative dans le même domaine. La question est plus délicate s'agissant de la possibilité pour les parlementaires d'exercer leur droit d'amendement sur d'autres textes pour inclure des dispositions sur des sujets en phase de « temps réservé ». On pense par exemple aux amendements récents introduits au Sénat dans le projet de loi relatif à l'égalité des chances et visant à organiser les procédures de recrutement par *curriculum vitae* anonymes, que les partenaires sociaux ont critiqué dans la mesure où ils venaient d'ouvrir une négociation sur la diversité dans l'entreprise. Même si le sujet est délicat, on peut envisager de prévoir une procédure proche de celle prévue à l'article 41 de la Constitution pour faire respecter le partage entre dispositions législatives et réglementaires, qui devrait faire l'objet d'une prochaine réactivation sous l'impulsion du président de l'Assemblée nationale. En l'espèce, le gouvernement ou un président de commission Parlementaire (commission des lois ou des affaires sociales) pourrait soulever l'irrecevabilité d'un amendement portant sur le champ d'une procédure de « temps réservé » en cours.

En l'absence d'accord au terme des échéances fixées ou en cas de constat de désaccord au cours de la période, le gouvernement recouvrerait son droit d'initiative. En cas d'accord, subsiste la question des suites qui lui sont données.

4.2.2.2 Les suites à donner à un accord

Les questions des suites juridiques à donner à un accord se posent aussi bien dans le cadre de la procédure du temps réservé que dans les autres cas envisageables : négociations prévues dans l'agenda partagé ou négociations à l'initiative des partenaires sociaux. Dans tous les cas de figure, la combinaison entre démocratie politique et démocratie sociale mérite d'être clarifiée et précisée.

a) Conditions de validité et légitimité de l'accord

Le fait de laisser du temps à la négociation et de prendre des engagements, politiques ou juridiques, sur la transcription d'un éventuel accord n'est possible que si les partenaires sociaux sont en mesure de prendre une part active à ce processus et que si les accords auxquels ils parviennent sont dotés d'une forte légitimité. **A cet égard, même si le présent rapport n'a pas vocation à se prononcer sur ce sujet, les critères de représentativité des acteurs sociaux et les modes de validation des accords méritent d'être réexaminés à l'aune des pouvoirs qui pourraient être conférés aux partenaires sociaux dans le cadre de ces nouvelles procédures.**

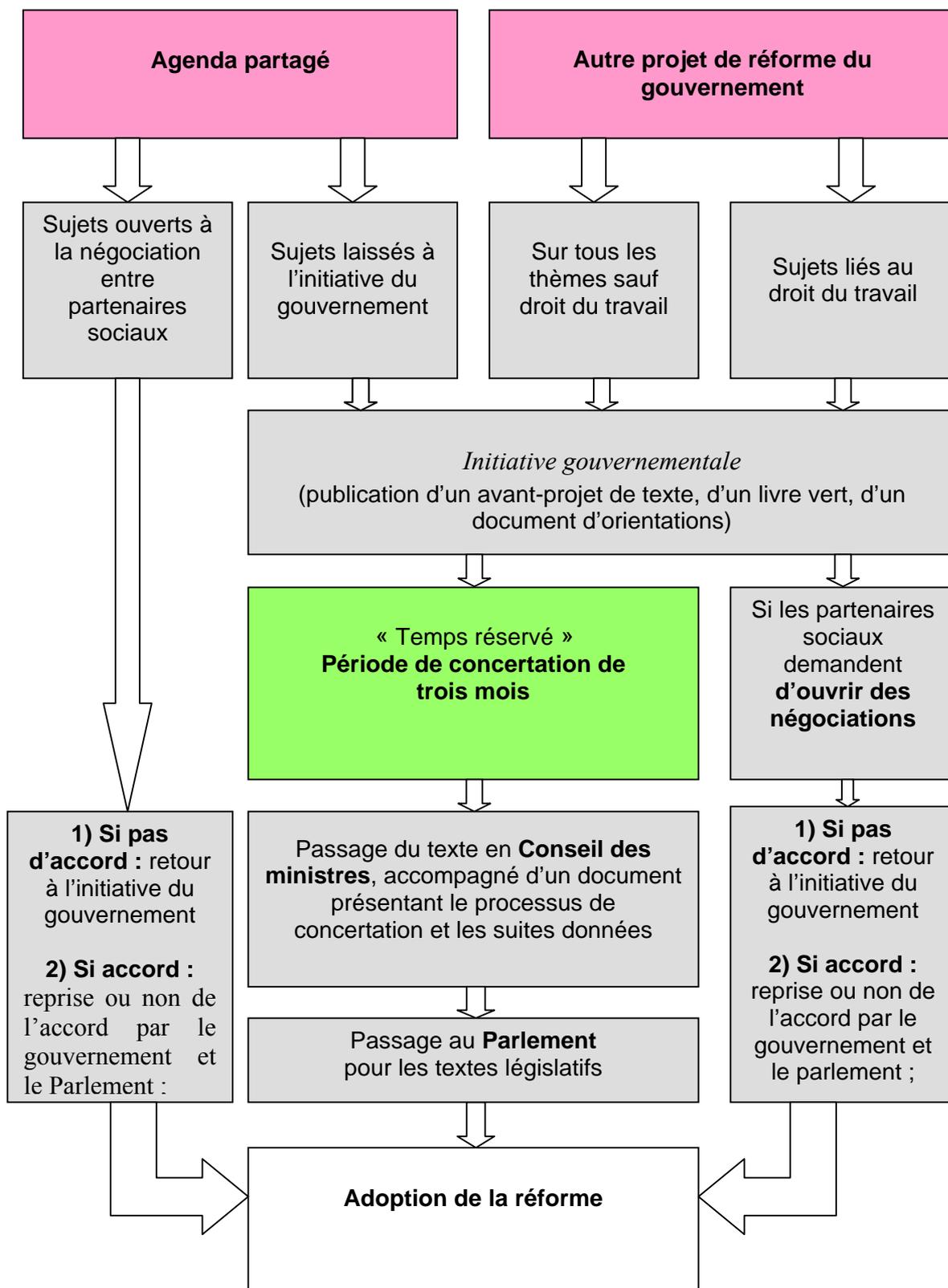
b) Accord, droit d'initiative du gouvernement et pouvoirs du Parlement

On a déjà mentionné à quel point le cours des négociations pouvait être perturbé par la certitude des différents acteurs de pouvoir jouer d'influence pour obtenir de la part des pouvoirs publics une modification de leur équilibre. Cette situation ne favorise ni la propension des organisations à conclure des accords, ni la lisibilité sociale des responsabilités endossées.

Dans cet esprit, à l'issue de la période réservée au dialogue, si les partenaires sociaux sont parvenus à un accord valide, la marge de manœuvre du gouvernement devrait être strictement encadrée : il aurait le choix entre adopter le texte négocié sans possibilité d'altération de son contenu ou le refuser en apportant des justifications.

De la même façon, le Parlement ne verrait sa possibilité de s'exprimer souverainement que partiellement restreinte : il pourrait soit refuser l'accord en bloc, soit l'accepter en bloc, mais ne pourrait en modifier le contenu. Plusieurs voies sont envisageables à cette fin. La plus simple juridiquement verrait le gouvernement s'engager à recourir à la procédure du vote bloqué sur l'ensemble du projet de loi, mais elle susciterait assurément des réticences politiques fortes. La solution maximaliste consisterait à procéder à une révision constitutionnelle créant une forme de loi de ratification des accords interprofessionnels comme il existe des lois de ratification des accords internationaux. **Mais la solution la plus équilibrée et la plus prometteuse consisterait à proposer au Parlement le vote d'une loi d'habilitation permettant au gouvernement de transcrire par voie d'ordonnance l'accord des partenaires sociaux.** Cette solution aurait plusieurs avantages : elle permettrait de préserver le rôle du Parlement qui pourrait ne pas voter cette loi s'il s'opposait à l'accord, elle favoriserait des processus de transposition relativement rapides, elle ne placerait pas les parlementaires en porte-à-faux pour voter des dispositions qu'ils ne peuvent modifier et enfin elle favoriserait le tri à opérer par le gouvernement entre dispositions selon leur nature législative ou réglementaire. Le recours aux ordonnances est d'ailleurs de plus en plus fréquent pour la transposition des directives communautaires qui placent les parlementaires dans une position relativement semblable.

Schéma récapitulatif



4.3 Restructurer les lieux du dialogue social et responsabiliser les administrations dans le processus de concertation

Les réformes et les changements de méthode préconisés devront pouvoir s'appuyer sur des lieux du dialogue social fortement redynamisés autour des principes de clarification des rôles, de simplification du paysage d'ensemble et des procédures et de responsabilisation des acteurs. L'ambition de l'action conduite en la matière devra être d'autant plus déterminée qu'elle se heurtera nécessairement à des forces d'inertie importantes.

4.3.1 Réformer le Conseil économique et social pour en faire un organe légitime de régulation de l'agenda partagé et d'expression des points de vue

Le Conseil économique et social est le lieu où, par principe même, se retrouvent et s'expriment les représentants de la société civile et les partenaires sociaux.

A l'instar de ce qui existe aux Pays-Bas, il peut devenir l'instance centrale et privilégiée de consultation de ces représentants et partenaires, et l'instance pivot de régulation de l'agenda social.

Mais ce rôle privilégié suppose une réforme en profondeur de cette institution.

4.3.1.1 Revoir la composition et les modes de fonctionnement du CES

L'évolution du rôle confié au CES dans le cadre des procédures nouvelles ne peut réellement se concevoir dans le cadre actuel, où la légitimité et la crédibilité de l'institution sont trop souvent remises en cause. Des changements importants sont proposés dans plusieurs directions. Ils sont formulés ici en contribution aux réflexions et travaux conduits actuellement par son président.

a) Composition

Il importe en premier lieu de faire du CES une assemblée plus représentative de l'état de la société française, tout en structurant mieux la représentation de ses membres en trois collèges : représentants des salariés, représentants des employeurs, représentants de la société civile. Dans ce dernier ensemble, l'ouverture pourrait être plus large aux associations porteuses de grandes problématiques sociétales actuelles. Les collèges salariés et employeurs seraient chacun composés d'un groupe unique, susceptible d'exprimer une position cohérente, avec le cas échéant l'expression d'opinions divergentes.

Les personnalités qualifiées seraient expressément considérées comme des représentants de la société civile et devraient être nommées dans cet esprit ainsi que de celui de la diversification des compétences du Conseil. Des juristes, des économistes, des scientifiques pourraient ainsi être plus fréquemment désignés. La procédure de nomination des personnalités qualifiées devrait par ailleurs s'inspirer de celles applicables dans les corps de fonctionnaires au tour extérieur : expression en amont de besoins en compétences particulières par le président de l'institution, avis public de celui-ci sur la proposition de nomination.

Le nombre de membres du CES pourrait être ajusté à la hausse pour favoriser la diversité de représentation, sans diminuer drastiquement le nombre de membres actuellement désignés par les différentes organisations. Sa composition ne devrait cependant pas devenir pléthorique pour préserver des modes de fonctionnement efficaces.

Enfin, la composition du Conseil devrait être réexaminée périodiquement (tous les douze ans par exemple), pour tenir compte des évolutions de la société.

b) Renouvellement

Afin d'éviter le phénomène de profond renouvellement du Conseil tous les cinq ans, qui nuit à la qualité et à la continuité des travaux, un système de renouvellement périodique comparable à celui du Sénat pourrait s'envisager. Le mandat pourrait par exemple être porté à six ans et le renouvellement organisé par tiers tous les deux ans. Cette réforme limiterait également les conséquences de nominations trop politiquement marquées selon l'époque de nomination.

c) Fonctionnement en bureau

Dans une perspective d'efficacité, le fonctionnement en bureau du Conseil devrait être renforcé. Le bureau serait resserré autour de neuf membres, trois par collègue. Il serait chargé d'animer l'ensemble des interventions du CES dans le processus de concertation et de dialogue social.

d) Votes et prises de position

Le vote individuel n'a pas, ainsi qu'il a été dit, de réelle signification au sein d'une organisation comme le CES. L'organisation en collèges pourrait permettre l'expression d'opinions sur des textes, des rapports, des prises de position, sans qu'il soit nécessaire de connaître une opinion d'ensemble de l'institution. Des positions divergentes pourraient également être formalisées. Cette évolution permettrait aux pouvoirs publics de mieux connaître les positions des représentants des partenaires sociaux et de la société civile.

e) Expertise interne, expertise externe

Le CES devrait enfin développer des modes d'expression différents, tenant compte de sa faible capacité d'expertise interne mais lui permettant d'intervenir plus largement et fortement dans le débat public. Il pourrait ainsi commander des expertises universitaires ou publiques et délibérer à leur sujet. Il pourrait aussi se saisir d'expertises déjà produites par ailleurs. Il pourrait enfin plus systématiquement procéder aux auditions des responsables administratifs chargés des grandes politiques publiques sur lesquelles il est amené à se prononcer.

4.3.1.2 Placer le CES au cœur des processus de concertation

Ainsi réformé, le CES sera mieux à même de jouer un rôle important dans les processus de concertation envisagés. Il pourrait ainsi, on l'a évoqué, constituer le lieu de convergence des réflexions et des échanges conduisant à l'établissement de l'agenda partagé. Il pourrait également, à l'occasion du discours annuel du Premier ministre prévu dans ce cadre, présenter un rapport sur le fonctionnement du dialogue social et des procédures d'agenda partagé et de temps réservé. Enfin, s'il se positionne mieux et affirme sa crédibilité, le CES pourrait plus fréquemment être choisi par le gouvernement comme l'enceinte de synthèse ou de convergence des processus de concertation conduits dans le cadre de la procédure du temps réservé.

4.3.2 Stabiliser une co-production d'expertise articulée autour du centre d'analyse stratégique

Le dispositif d'expertise partagée connaît actuellement une modification potentiellement importante avec la mise en place du Centre d'analyse stratégique. Il convient sans doute de laisser le temps à cet organisme de trouver sa place, en lien avec les procédures proposées ici, dont il pourrait être à divers égards la cheville ouvrière. D'une manière générale, il sera assurément appréciable qu'il puisse assurer une fonction d'appui au fonctionnement des instances d'expertise thématiques qui lui sont rattachées et qu'il puisse s'assurer de la non-duplication des travaux entre eux.

Encore convient-il d'être clairs et de ne pas reproduire à travers cette institution la confusion dénoncée dans le diagnostic de ce rapport.

Le Centre d'Analyse Stratégique doit être un outil d'expertise et de synthèse au service des réflexions et des décisions du Premier Ministre et de son Gouvernement.

Par voie de conséquence, il ne doit pas recourir, pour assurer sa légitimité et sa pérennité à des artifices traditionnels portant sur sa composition.

4.3.3 Réexaminer l'utilité, et la composition des multiples instances existantes pour en réduire drastiquement le nombre

Le constat des dysfonctionnements du système institutionnel de concertation aurait pu conduire à la proposition d'ajouter un nouvel étage à la tour de Babel pour créer une instance placée à un niveau supérieur, chargée de chapeauter l'ensemble des processus de dialogue social et de concertation. Telle n'est pas l'orientation choisie par le présent rapport qui, fort de ses constats, s'appuie sur l'idée que des procédures améliorées et fluidifiées permettront aux instances existantes de mieux jouer leur rôle. A l'inverse, de nombreuses instances existantes pourront utilement voir leur existence remise en cause et la création de nouvelles instances devrait être davantage encadrée.

L'intérêt des instances de concertation et de consultation, comparativement aux consultations informelles ou aux procédures ouvertes de concertation, réside en effet principalement dans les habitudes de travail en commun et la capacité à conduire une démarche itérative avec les administrations centrales. A l'inverse, cet intérêt est nul si le champ de compétence de l'instance est flou, si l'ordre du jour est mal programmé, si l'absentéisme prévaut, si le mandat des représentants désignés au sein des instances est imprécis, si le poids de ces représentants est faible ou si un trop grand nombre de représentants empêche des délibérations sérieuses. Auquel cas, l'animation des instances devient pour les administrations qui sont chargées de leur secrétariat une tâche souvent lourde (désignation, convocations, procès verbaux...), parfois sans valeur ajoutée évidente et de nature à détourner les concepteurs de politique publique de leur cœur de mission. Le plus souvent les instances sont alors vécues comme une charge et non comme une opportunité.

Le nombre des organismes de consultation doit revenir à la mesure à la fois des capacités de représentation des organisations de la société civile et des capacités de gestion des administrations. Cette exigence, qui semble simple, est rarement prise en compte car les réformes des organismes de consultation sont abordés de façon séquentielle. Ainsi, alors que chacun s'accorde sur le diagnostic d'un trop grand nombre d'instances, dès qu'on évoque le cas précis d'une commission ou d'un conseil, la posture des interlocuteurs est à front renversé : dans un contexte de profusion, la meilleure stratégie n'est jamais de la combattre seul, mais plutôt d'y participer en exigeant de disposer d'un représentant dans chaque instance. En outre, tout projet de suppression d'une instance est immédiatement perçu comme une marque de désintérêt pour la politique publique concernée ou de défiance vis-à-vis de ses membres. Pour autant, un processus de simplification et de redynamisation des instances existantes s'impose, autour des axes suivants.

4.3.3.1 Passer en revue les instances existantes et procéder à la suppression de nombre d'entre elles

La majorité des observateurs s'accorde pour considérer le grand intérêt des nouvelles instances de diagnostic (généralement partagé) et d'orientation tel que le COR, le COE et l'HCAAM. Ces mêmes observateurs espèrent beaucoup de la mise en place de la nouvelle Commission sur les finances publiques et certains souhaiteraient qu'une cinquième, fusionnant plusieurs instances existantes, soit chargée des questions relatives à la population et à l'intégration.

Il faut toutefois bien s'entendre sur les limites de ces commissions et ne pas chercher à leur faire jouer un rôle de concertation et à fortiori de consultation ou de négociation qu'elles ne sont pas, par nature, en mesure d'assumer.

Pour ce qui concerne toutes les autres instances leur foisonnement rend délicat un inventaire précis de l'existant. Depuis une dizaine d'années, un document budgétaire accompagnant le projet de loi de finances dresse chaque année une « liste des commissions et instances délibératives placées directement auprès du Premier ministre ou des ministres ». En 2006, il correspond à un tableau de 96 pages. En annexe du présent rapport figure également un tableau recensant les principales instances exerçant une fonction de dialogue social ou sociétal, leur composition et leur fonction.

Mais au-delà d'un simple travail de recensement plus exhaustif qui s'impose en tout état de cause, **un passage en revue complet d'ordre plus qualitatif est indispensable. Il devrait faire l'objet d'un pilotage par le Parlement**, au titre de sa compétence de contrôle de l'action gouvernementale mais aussi de contrôle du bon usage des deniers publics, la multiplication des instances générant également des coûts budgétaires non négligeables. Pour mener cet indispensable contrôle extérieur, **le Parlement pourrait s'appuyer sur la Cour des comptes, qui pourrait établir un bilan annuel de l'action de simplification conduite**. Il pourrait également demander des comptes sur ces sujets au ministre chargé de la réforme de l'Etat et à la nouvelle direction générale de la modernisation de l'Etat. Celle-ci pourrait aussi diligenter des travaux conduits, ministère par ministère, dans le cadre des audits de modernisation confiés depuis peu aux inspections générales de l'Etat³⁷.

Après cet inventaire poussé, un programme de simplification drastique devrait être élaboré, sur le modèle de celui conduit pour les instances locales placées sous la présidence des préfets³⁸. Des instances pourraient être regroupées, d'autres subsister de fait mais disparaître en droit au sein d'une instance dite pivot. Surtout, de nombreuses instances devraient être supprimées. Leurs attributions pourraient aisément être transférées à d'autres instances déjà existantes, qui pourraient par exemple tenir des réunions périodiques sur les thèmes que portent actuellement séparément plusieurs instances.

Ce travail de simplification pourra s'appuyer, pour les instances régies par des textes législatifs, sur le recours à des ordonnances prises sur habilitation parlementaire, dès lors que le Parlement serait parallèlement régulièrement informé des progrès accomplis en termes de simplification.

4.3.3.2 Rationaliser les instances qui subsisteront et celles qui pourraient être ultérieurement créées

A l'issue de ce travail, un registre des instances de consultation pourrait être tenu par le Secrétariat Général du Gouvernement. Une typologie des instances pourrait être construite, aboutissant à l'élaboration d'un vocabulaire normalisé sur le nom des instances (conseil supérieur, haut conseil, haute autorité...), en lien avec leurs fonctions.

³⁷ Circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2005.

³⁸ Simplification conduite à la suite de plusieurs rapports de l'Inspection générale de l'administration du ministère de l'intérieur sur les « Commissions présidées de droit par les préfets », le rapport général datant de décembre 2003.

A partir de cette typologie, le Secrétariat Général du Gouvernement pourrait rédiger un vade-mecum du fonctionnement des instances précisant plusieurs règles de base, à l'instar de ce qui est exigé des entreprises en matière de gouvernance. Il est en effet frappant que le droit public ignore presque totalement ce pan de l'action publique. Des normes simples semblent pourtant s'imposer : critères de décision à prendre en compte pour la composition d'une instance, généralisation des désignations *intuitu personae* et encadrement des règles de suppléance, et de modalités d'indemnisation, des règles de fonctionnement budgétaires, des règles de délibération, de publicité des comptes-rendus... A titre d'exemple, il convient sans doute de s'interroger sur la pratique consistant à désigner quasi-systématiquement des représentants du Parlement dans les commissions ou conseils, dont la présence, quelque soit leur qualité, est parfois source de confusion des responsabilités. Autre exemple, la pratique courante consistant à subdéléguer les représentations ministérielles au sein des instances, peu respectueuse des interlocuteurs présents, gagnerait à être mieux encadrée. De même, le principe d'exclusion des membres absents à trop grand nombre de reprises pourrait être posé.

Pour vérifier régulièrement la vitalité de chaque conseil ou commission, un tableau de bord interministériel des instances pourrait être tenu à jour précisant pour chacune d'entre elle leur volume, le taux de présence moyen, le rythme des réunions, la publicité des débats, etc. Ces indicateurs pourraient servir de support à un exercice régulier de simplification. Le document budgétaire actuellement établi ne joue que partiellement ce rôle d'information et ne se traduit par aucun processus de simplification.

Plusieurs règles pourraient enfin être prévues pour contenir la tendance spontanée à la profusion : il pourrait par exemple s'agir de plafonner le nombre d'instances existantes ou d'imposer que la création d'une nouvelle instance soit systématiquement « gagée » par la suppression d'une autre. De même, dans le cadre des études d'impact préalable à l'adoption d'un texte, la création proposée d'une nouvelle instance devrait donner lieu à justification de l'impossibilité d'en confier les fonctions à une instance existante.

Certains considèrent que ces techniques utilisées à l'étranger sont mal adaptées au contexte français. Pour le cas particulier des instances de consultation (type CSE, CNNC...), une alternative pourrait consister à adosser systématiquement les instances aux directeurs d'administration centrale, chargés de les composer et de garantir leur meilleur fonctionnement. Dans ces conditions, la règle d'une instance unique par directeur d'administration centrale pourrait être posée. Cette dernière solution apparaît d'autant plus satisfaisante qu'elle offrirait le levier d'une responsabilisation des administrations (cf. infra).

4.3.3 Revoir les dispositifs de consultation obligatoire

Si les dispositifs d'agenda partagé et de temps réservé fonctionnent, les mécanismes de consultation obligatoire sur des textes, qui arrivent souvent tardivement dans la procédure, perdraient de leur justification. Ils pourraient sans doute être alors considérablement allégés, en étant *a minima* transformés en simple information susceptible de générer une réaction si le gouvernement s'écarte des suites données à la concertation, voire pour nombreux d'entre eux supprimés dès lors qu'une obligation de concertation préalable a été satisfaite.

Par ailleurs, cette évolution vers des mécanismes de concertation ouverts et pragmatiques, combinée au regroupement entre instances, permettrait d'éviter des interstices et des zones de conflits négatifs de compétence entre organismes. L'exemple fréquemment cité de l'incertitude quant au lieu adéquat de consultation sur les sujets liés au contrat de travail (ni la commission nationale de la négociation collective, ni le comité supérieur de l'emploi) n'aurait ainsi plus lieu d'être, dès lors qu'**en amont de la procédure**, le gouvernement aura clairement déterminé la méthodologie et les interlocuteurs de la concertation et que les partenaires sociaux auront été mis en position de s'emparer du sujet.

4.3.4 Responsabiliser les administrations dans les processus de concertation

A l'image des pratiques observées au Royaume-Uni ou en Espagne³⁹, chaque directeur d'administration centrale pourrait se voir confier la responsabilité d'animer une consultation publique, selon des modalités qu'il lui reviendrait de définir. Il pourrait être le porteur identifié d'un certain nombre de procédures de concertation identifiées dans le cadre du « temps réservé » proposé. A l'image des travaux de la « *better regulation commission* », le Conseil économique et social rénové pourrait suivre l'application de cette procédure et contribuer à l'évaluation des directeurs d'administration centrale sur leur efficacité dans sa mise en œuvre. Par ailleurs, une évolution vers le regroupement des instances de concertation autour des directions d'administration centrale offrirait aux directeurs un espace d'échange et de compte-rendu sur leurs orientations stratégiques et leurs actions. L'ensemble de ces changements serait cohérent avec les logiques de responsabilisation des directeurs d'administration centrale à l'œuvre dans le cadre de la nouvelle gestion publique et budgétaire.

4.3.5 Faire évoluer le dialogue social dans la fonction publique

Une rénovation profonde des lieux et des processus de dialogue social dans la fonction publique offrirait une occasion d'en atténuer le formalisme excessif et de lui faire gagner en efficacité.

³⁹ Une loi espagnole du 27 novembre 1997 sur le gouvernement, « ley del Gobierno », prévoit (articles 22.2 et 24.1b) que tous les projets de loi et de règlement doivent être accompagnés d'une étude d'impact. Les citoyens et les entreprises dont les intérêts seront affectés par la réglementation en préparation doivent être obligatoirement consultés et les modalités de cette consultation ou la justification de l'absence de consultation figure en annexe au projet de texte.

Le rapport de Jacques Fournier en 2003⁴⁰ avait réussi à établir des positions de consensus et avancer des pistes de réformes. Trois idées en particulier, qui sont avancés dans ce rapport, ne semblent pas périmées :

- la révision du principe d'organisation paritaire des instances pour leur permettre de conduire un véritable « dialogue sur le dialogue », de nature à enrichir les thèmes de négociation ;

- la reconnaissance, dans certains domaines, de la valeur juridique des conventions entre l'Etat (ou les autres employeurs publics) et les organisations syndicales et la création d'une procédure d'homologation de ces accords ;

- une « réarticulation » du dialogue social par une meilleure distinction entre d'une part, les sujets communs aux trois fonctions publiques et les sujets particuliers à chacune d'elles, une répartition plus précise des thèmes et des lieux du dialogue au sein des échelons ministériels et territoriaux.

La logique de contractualisation promue par le rapport Fournier fournirait également l'occasion de rapprocher les logiques procédurales applicables à la fonction publique de celles proposées dans le présent rapport, la seule différence étant que les pouvoirs publics sont alors partie à la négociation.

Enfin, la réflexion d'ensemble sur la réorganisation et le regroupement des instances de consultation pourrait offrir l'occasion de créer davantage de liens et de passerelles entre des politiques publiques conduites aujourd'hui séparément pour le secteur privé et pour le secteur public. Des sujets relevant quasiment de l'ordre public social, tels que les libertés fondamentales des travailleurs, l'égalité hommes-femmes et la non-discrimination, les conditions de travail ou la formation professionnelle obéissent à des logiques proches sinon identiques dans le privé et le public et pourraient donner lieu à des processus de concertation conjoints ou parallèles.

Cette amélioration du dialogue social devra contribuer à la modernisation de la Fonction Publique par une responsabilisation plus grande de ses agents et de leurs dirigeants, une meilleure prise en compte de leurs aspirations, et un meilleur service aux citoyens, dans le respect d'une gestion saine des deniers publics.

⁴⁰ Jacques Fournier, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, 2003

Conclusion

L'ensemble des propositions de modernisation du dialogue social, tel que présenté dans ce rapport, se veut comme une contribution à un débat indispensable et non comme un objet fini.

Il s'inspire des meilleures pratiques observées à l'étranger, sans chercher pour autant à importer tel ou tel système.

Il préconise une évolution pragmatique mais rapide de notre modèle de dialogue social.

Il ne faut, toutefois, pas sous-estimer le temps et surtout l'opiniâtreté qui seront indispensables pour passer d'une situation trop marquée par des monologues improductifs, des contestations conflictuelles et des commentaires événementiels à une modernité fondée sur un dialogue constructif, des responsabilités clairement assumées, des analyses objectives des complexités et des nécessités.

La démarche globale consiste en effet à faire de la concertation (et éventuellement de la négociation) l'instrument même de toute réforme, en la plaçant en amont de la décision, et ce dans une stricte maîtrise du temps.

Le processus ainsi inversé conduira à l'obsolescence et la disparition d'instances à l'utilité déjà incertaine.

Ces propositions reposent sur quelques convictions fortes.

Celle, d'abord, du retard pris dans la conduite de réformes économiques, sociales et sociétales du fait, non d'une absence de conscience de leur urgence, mais d'un défaut de méthode -auquel chacun contribue.

Celle, ensuite, de la nécessité de revaloriser sans délai les corps intermédiaires en définissant clairement et publiquement les responsabilités de chacun.

Celle, enfin, qu'une démocratie, fondée sur le principe même de la représentation et donc l'existence de ces corps intermédiaires, ne peut fonctionner sans règles définies et explicites.

DJ Chertier
31 mars 2006

Récapitulatif des actions à conduire pour mettre en œuvre les réformes proposées

Construire un agenda partagé de réforme, connu de tous les acteurs

Action n°1.

Elaborer de manière concertée un programme pluriannuel de réformes prévoyant les modes d'association des partenaires sociaux et acteurs de la société civile

Action n°2.

Actualiser chaque année cet agenda partagé, en lien avec le programme national de réformes présenté par la France au niveau européen

Action n°3.

Procéder à une présentation de cet agenda partagé, et de ses actualisations annuelles, par le Premier ministre devant le Conseil économique et social

Prévoir un temps réservé à la concertation, voire à la négociation, dans la conduite des réformes

Action n°4.

Réviser la Constitution pour indiquer, à l'article 39, qu'une loi organique est chargée de préciser les conditions d'élaboration des projets de loi préalablement à leur présentation en Conseil des ministres

Action n°5.

Introduire dans le cadre de cette loi organique⁴¹ une procédure de « temps réservé » à la concertation, posant l'exigence d'un délai minimal de trois mois entre l'annonce d'un projet d'une réforme et l'adoption du texte correspondant en conseil des ministres. Les propositions suivantes n°6 à 10 seraient traduites dans cette loi organique.

Action n°6.

Indiquer qu'en amont dans de cette procédure, le gouvernement aurait à préciser les modalités de concertation retenues par lui.

⁴¹ Parmi d'autres dispositions visant à améliorer la qualité et la sécurité juridique.

Action n°7.

Prévoir qu'en aval, lors de la présentation en conseil des ministres, le gouvernement aurait à présenter un document sur le déroulement de la concertation et les suites qui y ont été données.

Action n°8.

Organiser une variante de la procédure de temps réservé pour les réformes liées au droit du travail, afin de permettre aux partenaires sociaux de se saisir, s'ils le souhaitent, du thème de réforme et de conduire des négociations sur le sujet. Le délai de la procédure serait allongé pour permettre à ces négociations d'aboutir.

Action n°9.

Prévoir qu'un domaine sur lequel des négociations sont engagées par les partenaires sociaux ne puisse pas, pendant la période concernée, faire l'objet d'initiatives de réforme gouvernementales ou parlementaires.

Action n°10.

Prévoir qu'en cas d'accord, le gouvernement ne peut que reprendre le texte des partenaires sociaux ou renoncer à son projet de réforme. De même, le parlement ne pourrait qu'accepter ou refuser en bloc le projet de loi issu de l'accord des partenaires sociaux.

Mener une simplification et une clarification drastique des instances de concertation pour parvenir à un paysage ordonné

Action n°11.

Modifier la loi organique relative au Conseil économique et social pour revoir la composition de cette instance afin de rendre cette assemblée plus représentative et l'organiser en trois collèges : représentants des salariés, représentants des employeurs, représentants de la société civile.

Action n°12.

Revoir la procédure de nomination des personnalités qualifiées en prévoyant en amont l'expression de besoins en compétences de l'institution et en aval un avis public de son président.

Action n°13.

Instaurer un système de renouvellement périodique par tiers du CES et porter le mandat à 6 ans. Revoir tous les 12 ans sa composition pour tenir compte des évolutions de la société

Action n°14.

Mettre fin au système de vote individuel sur des textes au CES et organiser l'expression des positions par collèges, avec la possibilité d'opinions divergentes des membres et organisations.

Action n°15.

Conduire, sous le contrôle du parlement, un inventaire exhaustif des instances de concertation existantes

Action n°16.

Adopter une loi d'habilitation autorisant le gouvernement à procéder par une ordonnance à une simplification drastique du paysage des instances, par suppression, fusion et rapprochement des instances existantes. Faire un rapport régulier au rapport sur cette simplification.

Action n°17.

Préparer, sous l'égide du secrétariat général du gouvernement, une typologie des instances, un vade-mecum de leurs règles de fonctionnement et des lignes directrices quant à leur composition. Tenir un tableau de bord interministériel sur le fonctionnement réel des instances existantes.

Action n°18.

Mettre en place des règles strictes pour éviter la profusion des instances, par exemple en prévoyant la suppression d'au moins une instance pour chaque nouvelle création ou en fixant la règle d'une instance unique par direction d'administration centrale.

Action n°19.

Revoir les dispositifs de consultation obligatoire sur des textes dès lors que des concertations approfondies auront été conduites en amont de la préparation des textes.

Action n°20.

S'appuyer sur une rénovation des instances et des procédures pour faire évoluer le dialogue social dans la fonction publique.

ANNEXES