

La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères

par Michèle BONNECHERE, Professeur à l'université d'Evry, Val d'Essonne

P L A N

I. Le champ de la négociation collective

A. L'articulation de la loi et de la négociation collective

1. La Constitution doit-elle consacrer "l'autonomie collective" ?
 - a) Les principes constitutionnels
 - b) Le concept d'autonomie collective
 - c) La logique du droit communautaire

2. L'arrêt du Conseil d'Etat du 11 juillet 2001

B. L'ordre public en droit du travail

1. Un ordre public favorable au salarié
2. Les dérogations à l'ordre public social

II. L'efficacité de la négociation collective

A. Une nouvelle architecture ?

1. Le principe de faveur malmené
2. Le principe de faveur déformé
3. Le principe de faveur abandonné

B. La légitimité des négociateurs

1. La légitimité des signataires
2. Les moyens de négocier

L'idéologie domine le débat en cours sur les relations entre les normes d'origine étatique et les normes négociées, quels que soient les habillages. Rendons au patronat ce qui lui revient : il a lancé le "chantier" de la "refondation sociale" (1), laquelle se fixe pour objectif, selon le président du MEDEF, de "redonner sa force à la démocratie sociale par le dialogue et le contrat entre les acteurs sociaux" (2) ou encore de "revitaliser le dialogue au plus près du terrain c'est à dire dans l'entreprise et dans les branches professionnelles, en renversant la hiérarchie des normes sociales" (2). Au cœur du projet, la redéfinition des rôles respectifs de l'Etat et des partenaires sociaux ("une décolonisation de la société civile") (3), et à sa base l'idée que les évolutions connues par l'entreprise depuis cinquante ans "ont beaucoup affaibli les analyses fondées sur la domination et l'exploitation du monde du travail par le capital" (2).

L'idée que le contrat devait se réapproprié un espace envahi par l'Etat était donc lancée.

Si les thèmes de l'ineffectivité (4) ou de l'inefficacité du droit du travail (loin de la réalité et tellement contourné), rebattus depuis une vingtaine d'années, (5) ne stimulent plus guère la réflexion, par contre le projet d'une revitalisation de la négociation collective et d'une élaboration plus démocratique des normes juridiques dans le domaine social commence à mobiliser les énergies. Des rapports se préparent dans une commission du plan, un forum parlementaire ; une "position commune" a été adoptée en juillet par le patronat et quatre organisations syndicales (ne comprenant pas la CGT) sur "les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective" (6). Il est donc tentant de s'interroger sur les évolutions en cours et les transformations préconisées.

(1) Se reporter au document du MEDEF, "Voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective" du 12 décembre 2000. Le site Internet du MEDEF permet également de consulter les positions patronales sur les autres "chantiers".

(2) Communication à l'Académie des sciences morales et politiques de E. A. Seillière, président du Medef, dont les principaux extraits ont été publiés par Le Monde, 6 décembre 2000, p. 16.

(3) Communication à la même Académie de D. Gautier-Sauvagnac, vice-président délégué général de l'U.I.M.M., le 2 avril 2001, "Débrider le dialogue social".

(4) L'ineffectivité sert à mesurer la distance entre le fait et le droit.

(5) V. JC. Javillier, Droit du travail, 2ème éd. LGDJ. 1981 ; Ph. Auvergnon, Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité en droit du travail, Dr. Soc. 1996. 598 ; G. Borenfreund, Le droit du travail en mal de transparence ? Dr. Soc. 1996. 461.

(6) Position commune du 16 juillet 2001 "sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective", signée côté patronal par le MEDEF, la CGPME et l'UPA ; et côté salarié par la CFDT, la CFTC, Force Ouvrière, et la CFE-CGC.

L'évolution des fonctions et des objets de la négociation collective au cours des dernières décennies n'est pas contestable : participation des accords nationaux interprofessionnels à l'élaboration de la loi, fonction de mise en œuvre de la loi, fonctions d'adaptation dans le cadre des accords "dérogatoires", et de gestion par les accords de "concessions".

Ce dynamisme de la négociation collective (7) semble bien démontrer, au-delà des critiques faites à la loi (trop complexe, trop détaillée, servant d'instrument) (8), que l'intégration de l'autonomie collective dans l'ordre étatique laisse à celle-ci un champ considérable et n'est pas si rigide. La "crise" viendrait pourtant largement d'un concept, se trouvant à la base de la théorie des sources du droit du travail : l'ordre public social (appellation courante), plus précisément, l'ordre public au sens du droit du travail. En résumé, le problème est qu'avec l'ordre public social, l'accord collectif améliore la loi à tous les niveaux. Ce schéma serait à revoir pour tenir compte de l'aspiration à plus d'autonomie des partenaires sociaux, et de l'ouverture par l'Etat lui-même d'une négociation "dérogatoire" permettant d'écarter la loi.

Aborder les rapports entre la loi, la négociation collective et l'ordre public nécessite il est vrai une certaine humilité. Il y a 25 ans déjà, J.-M. Verdier et Ph. Langlois évoquaient une "relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif" (9), et la réflexion sur l'ordre public en droit du travail, centrale en la matière, ne relève guère d'un renouvellement doctrinal : nombre d'écrits méritent plutôt d'être relus (10). Il est douteux en effet qu'un concept qualifié de "clé de voûte du droit du travail français" par une doctrine lumineuse (11) puisse ne s'avérer être qu'un des "symboles de la Vème République triomphante" (12), ou encore s'apparenter à une "grammaire" (13) à laquelle les acteurs politiques et sociaux n'obéiraient plus.

Après avoir rappelé les perceptions doctrinales et jurisprudentielles des principes constitutifs et structurants du droit du travail, cette étude tentera donc une réflexion sur la teneur des principes et des règles servant à définir l'espace de la négociation collective (I), dans ses relations avec la loi, et dans sa rencontre de l'ordre public social (14). Puis elle s'interrogera sur les solutions préconisées le plus souvent pour aboutir à un autre modèle, censé donner plus d'efficacité (II) à la négociation collective.

(7) Se reporter au bilan 2000 de la négociation collective rendu public le 26 juin 2001 par le Ministère du Travail.

(8) V. A. Supiot, "Du bon usage des lois en matière d'emploi", Dr. Soc. 1997, 229.

(9) J. M. Verdier et Ph. Langlois, "Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif", D. 1972, 258.

(10) G. Lyon-Caen, "Négociation collective et législation d'ordre public", Dr. Soc. 1973, 89 ; G. Couturier, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, Mélanges J. Flour, Defrénois 1978, 95. Th. Revet, "L'ordre public dans les relations de travail", in "L'ordre public à la fin du XX^e siècle", p. 43 à 63, Dalloz 1996. L. Rozès, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr. Soc. 1977, 311.

A relire sur l'ordre public comme restriction à la liberté contractuelle : Ph. Malaurie, "L'ordre public et le contrat (étude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS) Paris 1953 ; G. Farjat, "L'ordre public économique", LGDJ 1963.

(11) A. Supiot, "Critique du droit du travail", PUF 1994, p. 30.

(12) F. Gaudu, "L'ordre public en droit du travail", in Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 365 s spéc. conclusions p. 377.

(13) M. L. Morin, "La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité", Dr. Soc. 1998, p. 419s.

(14) V. aussi M. Bonnechère, "L'ordre public au sens du droit du travail", JCP. 1974. ed. C. I. 11604 ; et "L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité", Dr. Ouv. 1988, 171s.

I.

Le champ de la négociation collective

"Pour exister et plus encore pour se développer, la négociation collective doit disposer d'un espace suffisant, au sein duquel les interlocuteurs sociaux peuvent exercer leurs pleines responsabilités pour définir, adapter et améliorer les règles destinées à régir les rapports des salariés et des employeurs dans leur vie professionnelle. A l'inverse, si l'ensemble de ces règles est prédéterminé à l'avance, dans le détail et de façon quasi intangible par la loi et le règlement, la nécessité du compromis disparaît et la négociation collective s'appauvrit progressivement..."

Ainsi est présentée dans la "position commune" du 16 juillet 2001 la nécessité d'élargir le champ d'action de la négociation collective et de créer une "dynamique de complémentarité" entre la loi et la négociation collective. Il y est question ensuite de clarifier et de définir les domaines respectifs de compétences et de responsabilité de l'Etat et des "interlocuteurs sociaux". Cette idée de "clarification" renvoie en fait à celle d'un "domaine réservé" à la négociation collective : si l'expression n'est pas dans la position commune, le concept d'"autonomie" des organisations syndicales et patronales figure par contre en bonne place (15).

Déterminer l'espace offert à la négociation collective implique en premier lieu d'interroger les principes constitutionnels : quel type d'articulation entre la loi et l'accord collectif la négociation collective permettent-ils ? (A) Tout projet de renouvellement du dialogue social doit être fondé sur une analyse exacte des solutions en vigueur, sans confondre par exemple les "principes généraux" et les "principes fondamentaux" du droit du travail. Sans oublier aussi les enseignements de l'actualité : l'affaire du PARE (16) a pour le moment montré comment l'interprétation des normes par le juge (administratif en l'occurrence) pouvait permettre d'opérer la validation d'un accord opérant une véritable réforme.

La pleine "reconnaissance" de la négociation collective (17) à côté de la loi renvoie aussi au concept de l'ordre public social (B) : en droit du travail, l'existence d'une règle d'ordre public n'est pas un obstacle au développement de la négociation collective, pourvu qu'elle aboutisse à des clauses plus favorables aux salariés. Ce principe se trouve-t-il aujourd'hui marginalisé ?

L'ordre public au sens du droit du travail est-il devenu obsolète face aux dérogations permises par la loi, aux négociations de type "donnant-donnant", voire même à la supériorité des règles de procédure sur les règles substantielles ?

A. L'articulation de la loi et de la négociation collective

Seule la loi se voit assigner un domaine réservé dans la Constitution de 1958 : pour ce qui nous intéresse, la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. On voit difficilement comment, à moins d'une modification constitutionnelle (18), un domaine pourrait être "réservé" à la négociation collective, sachant que le texte constitutionnel permet au règlement de traiter de toutes les matières hors de l'article 34. Il faut donc examiner cette hypothèse, en essayant d'évaluer son impact (1°). L'on s'interrogera ensuite sur la portée de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 11 juillet 2001, rejetant l'essentiel des recours dirigés contre l'arrêté portant agrément de la convention du 1er janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi (2°).

1. La Constitution doit-elle consacrer "l'autonomie collective" ?

a) Les principes constitutionnels

Au sens de l'article 34 de la Constitution, les "principes fondamentaux" servent à définir le domaine de la loi par rapport à celui du règlement, leurs contours étant précisés ponctuellement par le Conseil Constitutionnel, selon une conception parfois subtile. Le principe fondamental désigne à la fois une règle de base et une règle importante (19). Un exemple connu : l'institution ou l'élargissement du champ d'application d'une prime de transport mise à la charge des employeurs relève d'un principe fondamental, celui de la libre négociation des salaires, mais la fixation du montant de cet avantage est de la compétence réglementaire (20).

La formulation de l'article 34 est source de confusion, les principes visés se contentant de fonder la compétence législative (21) et se distinguant des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" figurant dans le préambule de la

(15) Selon le préambule de la "position commune" précitée du 16 juillet 2001, celle-ci a été adoptée par les parties signataires "dans le cadre de l'exercice de leur autonomie".

(16) Plan d'aide au retour à l'emploi, institué par la nouvelle convention sur l'assurance chômage, v. infra.

(17) Sur l'intégration des règles négociées dans l'ordre juridique positif de l'Etat, v. les développements de M. L. Morin, loc. cit.

(18) Une "proposition de loi constitutionnelle sur la refondation sociale" a été déposée en ce sens par M. F. Loos, député ; v. documents Ass. Nat. n° 2754, 11ème législature.

(19) A. Jeammaud, Les principes dans le droit français du travail, Dr. Soc. 1982.618.

(20) C. C. 11 jui1963, D. 1964.109, n. L. Hamon.

(21) B. Mathieu, "Les sources du droit du travail", Que sais-je ; A. Jeammaud, "Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente". Dr. Soc. 1999.115s, spéc. p. 123.

Constitution, encadrant, eux, les choix du parlement, et représentant les bases constitutionnelles du droit du travail. L'on trouve de fait cette confusion dans les propositions patronales et, à un certain degré, dans la "position commune" du 16 juillet où l'on passe, avec visa de l'article 34, aux "*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...*". Or il n'est pas question dans l'article 34 de "principes généraux". Ceux ci, en droit positif, sont essentiellement dégagés par le Conseil d'Etat pour s'appliquer à tous les rapports de travail dépendant même soustraits au code du travail (22). Les principes généraux du droit du travail (23), affirmés également par la cour de cassation, sont plus largement ses principes fondateurs, lui donnant sa cohérence et indiquant sa finalité : le plus important étant le principe de faveur (v. infra).

Il est clair d'autre part que les droits fondamentaux des travailleurs découlent d'abord, en droit interne, du préambule constitutionnel (droit au travail, liberté syndicale, droit de grève etc.), le Conseil Constitutionnel ayant toutefois précisé dans sa décision du 6 décembre 1996 (24) que relève du domaine de la loi (des principes fondamentaux...) la détermination des conditions et garanties des principes constitutionnels (en l'occurrence du principe de participation, lequel comprend le droit de négociation collective). Ceci limite les renvois possibles de la loi au règlement, mais également à la négociation collective, sans faire obstacle à ce que les modalités concrètes de la mise en œuvre des principes constitutionnels fassent "*l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives*" (25).

Face à cette absence évidente de domaine réservé à la négociation, la position commune du 16 juillet 2001 reprend dans ses grandes lignes le projet présenté par le MEDEF le 12 décembre 2000 et prévoit trois domaines :

- le domaine du législateur, des "principes généraux" (v. supra), lesquels "*devraient se voir conférer une valeur d'ordre public social*" (sic)
- le domaine partagé du législatif et du réglementaire d'une part, et des interlocuteurs sociaux d'autre part : pour la mise en œuvre des principes généraux fixés par la loi, les dispositions législatives ou réglementaires ne pourraient être que supplétives (26), priorité étant donnée à la négociation
- le domaine des interlocuteurs sociaux, "*pour l'amélioration des dispositions d'ordre public social (27) et la création de droits nouveaux*".

La conception de l'ordre public social sous-jacente à ce texte est des plus mystérieuses (v. infra B). Sa référence au concept de l'autonomie des organisations syndicales et patronales appelle un commentaire.

b) Le concept d'autonomie collective

Une partie de la doctrine oppose, à propos des sources du droit du travail (28), l'"autonomie" (les sources négociées) et l'hétéronomie (les sources étatiques). Au premier abord l'on peut être surpris (29) de l'oubli sur lequel repose cette opposition : sans la loi (30), la convention ou l'accord collectif ne déploierait aucun effet impératif sur le contrat de travail, et ne se rangerait pas parmi les sources du droit du travail. C'est d'ailleurs une difficulté du "dialogue social" au plan de l'Union européenne : en l'absence de directive du Conseil la rendant obligatoire, une convention collective conclue au niveau européen ne peut produire d'effets réglementaires dans les différents Etats de l'Union, faute d'une réglementation européenne ou internationale le prévoyant. En France, la loi de 1936 a permis que la convention de branche devienne règle de droit pour la profession, la loi de 1950 a reconnu la liberté de la négociation collective et sa fonction normative (31).

Le Medef de son côté évoque "*la multiplication des ingérences des pouvoirs publics à travers la loi, le décret et le règlement, au détriment du contrat...*" (32),

(22) Notamment : protection de la maternité (CE 8 juin 1973, Peynet, rec. 406) ; droit à un salaire égal au SMIC (CE 23 avr. 1982, Ville de Toulouse, rec. 152) ; interdiction des sanctions pécuniaires, (CE 1er juillet 1988, Billard et Volle, rec. 268) ; prohibition des mesures discriminatoires à l'encontre des grévistes, (CE 12 nov. 1990, Mahler rec. 321).

(23) Ils guident les tribunaux dans leur interprétation : v. G. Lyon-Caen, "Les principes généraux du droit du travail" in "Tendances du droit du travail contemporain", Mélanges Camerlynck p. 35.

(24) C. C. 6 déc. 1996, portant sur la loi du 12 déc. 1996 Dr. Ouv. 1996 p. 499.

(25) Une telle concertation n'est pas obligatoire selon C. C. 10 juin 1998. RJS 7/98, n°939.

(26) L'idée de rendre les décrets pris dans le cadre de l'article 34 "supplétifs" (de l'accord collectif) a été développée dans le cadre d'une commission du plan.

(27) Dans son analyse critique du document initial du MEDEF, G. Lyon-Caen soulignait : "*le champ spécifique des principes généraux, le champ propre aux partenaires sociaux et le*

champ "partagé" qu'invente le document étudié, ne font qu'un. C'est le champ d'une négociation collective libre mais soumise à l'article L. 132-4 C. trav." ("A propos d'une négociation sur la négociation", Dr. Ouv. 2001.1 s.).

(28) Cette distinction a été présentée comme centrale dans le cours de droit du travail (licence) du professeur Javillier ; v. aussi M. L. Morin, loc. cit. p. 419 : "*nous sommes en effet les héritiers d'une tradition où l'autonomie collective a été construite dans l'hétéronomie. L'autonomie collective est à la fois garantie par l'Etat et lui est soumise (...)*".

(29) V. les remarques de G. Lyon-Caen, loc. cit., p. 2

(30) Il s'agit de l'article L. 135-2 du Code du Travail.

(31) L'on renverra aux développements de M. L. Morin, loc. cit. ; et dans son ouvrage sur "Le droit des salariés à la négociation collective", LGDJ, 1994, préface M. Despax.

(32) Lire dans *Le Monde* du 7 mars 2000, p. 17, les extraits de l'intervention faite par A. Supiot sur "La contractualisation de la société" dans le cadre de "l'université de tous les savoirs", organisée par la mission 2000 au CNAM.

allusion à la "contractualisation" de la société (appelée de leurs vœux par les libéraux, et déjà en marche (v. infra).

La référence au "pluralisme juridique" a cependant été proposée. Partant d'une théorie juridique (33) qui admet l'existence d'une pluralité de centres de production des règles de droit dans un même espace social, une thèse remarquée (34) se rallie ainsi à l'idée d'un ordre juridique socio-professionnel (35) et s'attache à étudier les techniques de communication entre les deux ordres juridiques, étatique et professionnel : intégration verticale en France de l'ordre professionnel, communication plus horizontale ailleurs, en Italie par exemple (36). Si passionnante soit la thèse évoquée, le recours à la qualification d'ordre juridique pour le système des relations professionnelles est contestable. L'on peut parler d'ordre juridique lorsque l'on se trouve en présence d'un ensemble normatif et institutionnel ayant une cohésion suffisante, et conduisant à un modèle social. Quelle est la cohésion de l'ordre professionnel ? Quel modèle engendre-t-il ?

L'apport essentiel du pluralisme juridique est d'admettre la diversité, de permettre l'enrichissement du droit dominant par d'autres cultures, d'autres centres que l'Etat. Mais il conduit aussi à des conflits de normes, et dans les Etats de l'Union Européenne censés garantir constitutionnellement un champ pour l'autonomie collective (l'Allemagne, l'Italie), l'accord collectif doit respecter la loi d'ordre public. La primauté de la Constitution traduit d'ailleurs celle du droit étatique : l'arrêt CGT c/ Société Cegelec rendu par la Cour de Cassation le 29 mai 2001 (37) illustre parfaitement la soumission de l'autonomie collective aux principes supérieurs de valeur constitutionnelle : le principe d'égalité interdit aux signataires d'un accord collectif de réserver le bénéfice de dispositions améliorant l'exercice du droit syndical ou les institutions représentatives du personnel aux syndicats ayant signé le texte conventionnel ou y ayant adhéré, le juge exerçant pleinement son contrôle (38).

A vrai dire, la portée concrète des propositions visant à "réserver" un champ pour l'autonomie collective est difficile à saisir. Améliorer les dispositions d'ordre public (social) ? L'article L. 132-4 du Code du Travail le permet à la négociation collective (infra, B).

Remplacer le règlement pour l'application de la loi, une fois déterminés les principes fondamentaux par celle-ci ? Le Conseil Constitutionnel a précisé dès 1989, on l'a rappelé, que le législateur peut "*laisser aux employeurs et aux salariés le soin de fixer les modalités de mise en œuvre des principes légaux*", l'accord collectif pouvant donc doré et déjà faire fonction de décret d'application de la loi. Adapter les règles légales à des situations diversifiées ? Le Conseil Constitutionnel est allé très loin dans cette direction puisque sa décision du 6 décembre 1996, à propos de la protection des salariés "mandatés" pour négocier par les syndicats représentatifs, a considéré que la négociation collective pouvait définir les modalités concrètes de mise en œuvre du principe constitutionnel dès lors que celles-ci sont au moins "équivalentes" à celles de la loi (article L. 412-18) !

La seule définition du contenu de la négociation collective par le code du travail, depuis la loi du 13 juillet 1971, lui ouvre un champ considérable : celui de l'ensemble des conditions d'emploi et de travail, et des garanties sociales des salariés. La négociation collective ne peut être vue comme concurrente de la loi : elle lui est complémentaire.

L'objectif d'une revitalisation de la négociation collective est volontiers présenté comme un élément de la "démocratie sociale" (39). Mais celle-ci est une tromperie sans respect de la souveraineté du législateur. La loi est garante de l'égalité : elle seule peut viser l'ensemble des salariés et des entreprises, se fonder sur l'intérêt général, assurer les solidarités sociales nécessaires ; et elle peut, contrairement à l'accord collectif, édicter des sanctions pénales (40). Comme l'a bien rappelé le Conseil Constitutionnel le 13 janvier 2000, l'autonomie des partenaires sociaux s'arrête là où commence le rôle du législateur. Il appartient à celui-ci de décider ou non de confier aux interlocuteurs sociaux la tâche d'appliquer les principes fondamentaux : envisager "*un domaine partagé du législatif et du réglementaire d'une part, et des interlocuteurs sociaux d'autre part*" comme le fait la position commune est une solution non seulement illisible, mais ouvrant la voie d'une dérégulation déstructurant la société civile, voire d'une forme de "réféodalisation" (41), les puissances d'argent organisées faisant prévaloir leurs intérêts sous couvert de réalisation du bien commun.

(33) N. Rouland, "Aux confins du droit", éd. O. Jacob. 1991 ; L. Assier-Andrieu, "Le droit dans les sociétés humaines", Nathan, Essais et recherches, 1996.

(34) S. Yannakourou, "L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur", Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale, LGDJ. 1995. Préface A. Lyon-Caen.

(35) L'auteur se rallie en cela à la thèse de N. Aliprantis, "La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes", LGDJ. 1980.

(36) V. S. Yannakourou, thèse précitée, p. 38s.

(37) Soc. 29 mai 2001, CGT c/ Société Cégélec, Dr. Soc. 2001. 819, et les observations de G. Borenfreund.

(38) "*La chambre sociale n'entend pas baisser la garde, face aux embardées de l'autonomie collective*", constate G. Borenfreund, loc. cit.

(39) Un colloque sur ce thème a été organisé par la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, et ses Actes publiés : doc. Ass. Nat. n°2323, 2000, 11ème législature. Sur les ambiguïtés du thème, v. G. Lyon-Caen, loc. cit.

(40) En ce sens, J.E. Ray intervention au colloque précité.

(41) V. A. Supiot, conférence précitée, se référant à P. Legendre.

A l'appui des solutions qu'ils préconisent, les partisans de l'autonomie collective invoquent volontiers le droit communautaire. Celui-ci remet-il en cause les solutions du droit français ? Le droit de l'Union européenne développe-t-il une logique de concurrence entre l'intervention normative des "partenaires sociaux" et celle des pouvoirs publics ?

c) La logique du droit communautaire.

Le fait que les idées réunies dans le document signé le 17 juillet 2001 sur "les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective" ait été intitulé "position commune" traduit un certain engouement pour le modèle communautaire. La "position commune" est en effet une catégorie ignorée du droit français, et nombre de juristes, dans les différents Etats de l'Union, se demandent encore, depuis le traité de Maastricht, comment la définir. Ce vocable est utilisé par les traités (depuis Maastricht) pour désigner l'instrument le moins contraignant mis au service de la coopération intergouvernementale. On peut donc parler d'énoncé de principes d'orientation, ou d'idées générales.

Il est vrai que la négociation collective est placée au cœur de la construction sociale par le traité sur la Communauté européenne. La mise en œuvre du droit communautaire par voie de conventions collectives y est rendue possible (42), et la position commune précitée programme la transcription en droit interne des directives communautaires "prioritairement par voie conventionnelle". N'est-ce pas faire bon marché du texte du traité, d'après lequel "un Etat peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe" cette transcription : simple faculté pour l'Etat, semble-t-il ? L'Etat demeure d'ailleurs garant du résultat, comme l'a fermement rappelé la Cour de Justice des Communautés Européennes, notamment au Royaume Uni (sur l'existence d'une représentation du personnel dans l'entreprise) (43) et à la France (à propos de l'égalité professionnelle) (44). Mais en droit communautaire, les partenaires sociaux peuvent aussi, s'ils le veulent conjointement, rendre subsidiaire l'intervention des instances communautaires au stade

de l'élaboration des normes (45). Intégrant l'accord sur la politique sociale, le traité d'Amsterdam a donc fait de la négociation collective une source du droit communautaire. Dans le concret, ce cadre novateur et ambitieux a produit un nombre limité d'accords cadres européens (46), comportant des clauses très générales (47). Il serait néanmoins erroné tout à la fois de sous-estimer l'intérêt du "dialogue social européen", et d'en faire un modèle pour renouveler la négociation collective en France.

Si l'on s'efforce de sortir des approximations, l'on s'aperçoit que dans le vocabulaire européen, le "dialogue social", "acquis transversal et multidimensionnel" (48) vise, à côté de la négociation collective, les procédures d'information et de consultation des représentants des travailleurs, et renvoie donc aussi aux pouvoirs des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise ou le groupe. S'agissant de la négociation collective européenne proprement dite, la Confédération Européenne des Syndicats (CES), lors de son dernier congrès, a souhaité qu'elle puisse "assurer un socle de normes minimales évitant les zones de non droit et les risques de dumping social". Il faut dire que l'harmonisation sociale par voie de directives proposées par la Commission n'existe actuellement qu'en pointillé (49), et que l'on pourrait attendre des partenaires sociaux qu'ils accélèrent le processus. L'accord-cadre sur le travail à durée déterminée est un bon exemple de formulation de prescriptions minimales s'imposant à l'ensemble des Etats de l'Union. D'autres règles minimales pourraient être dégagées sur le travail temporaire. L'on peut encore citer l'accord cadre conclu récemment dans le secteur du commerce sur le télétravail.

Mais il est inexact d'analyser le système communautaire comme donnant la primauté aux "partenaires sociaux". La procédure des articles 138 et 139 est tripartite : la Commission consulte les syndicats et le patronat, et ceux-ci ont en mains les propositions de la Commission, qui peuvent aboutir à une directive "classique" en cas d'échec de la négociation, ou même d'absence d'intérêt de tout ou partie des

(42) C'est l'article 137-4 du traité de Rome tel que modifié par le traité d'Amsterdam. V. A. Lyon-Caen, "Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire", Dr. Soc. 1997. 68.

(43) CJCE 8 juin 1994, affaires 382 et 383/92, Dr. Soc. 1994. 923, et le commentaire de G. Lyon-Caen.

(44) CJCE 25 oct. 1988, aff. 312/86, Commission c. République française, Dr. Ouv. 1989. 307, note M. Bonnechère.

(45) Ph. Langlois, "Europe sociale et principe de subsidiarité", Dr. Soc. 1991. 933. M. Bonnechère, "Le droit communautaire peut-il poser les bases d'un droit commun social ?" Dr. Ouv. 1999. 390.

(46) Accord sur le congé parental du 6 novembre 1995 (directive du 3 juin 1996, JOCE 19 juin 1996) ; accord sur le travail à temps partiel du 6 juin 1997 (directive 97/81 du 15 décembre 1997, JOCE du 20 janv. 1998) ; accord sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 (directive 99/70 du 28 juin

1999, JOCE 10 juill. 1999). De nombreux accords sectoriels sont également intervenus, mais ils débouchent rarement sur des dispositions rendues obligatoires. V. cependant l'accord conclu le 30 septembre 1998 sur le temps de travail des gens de mer, et la directive du 21 juin 1999, JOCE du 2 Juill. 1999.

(47) L'on sait que l'accord cadre du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée repose sur deux axes : le principe de non-discrimination, et l'introduction de règles visant à combattre le recours abusif ou prolongé à ce type de travail. Ce minimum communautaire, en deçà des exigences du droit français, le renforce en tant qu'il régit le travail à durée déterminée et impose le respect du principe d'égalité.

(48) "Le dialogue social européen et l'élargissement", n° spécial 2001 de la lettre d'information "dialogue social européen" publiée par la Commission Européenne.

(49) P. Rodière, "Droit social européen", LGDJ. 1998. V. aussi M. Bonnechère, étude précitée au Dr. Ouv. 1999.

négociateurs (50). C'est ainsi que fut adoptée la directive 94/45 du 22 septembre 1994 dite sur les comités européens d'entreprise (51), et tel représentant de l'UNICE regrettait, lors d'un colloque sur la politique sociale communautaire, que cette connaissance préalable à la négociation des propositions de la Commission ait évité à l'interlocuteur syndical d'accepter des concessions. D'autre part, bien qu'aucun problème de ce type ne se soit posé pour l'instant, il n'est pas certain que le Conseil, qui doit voter, soit tenu de prendre la "décision" (directive) rendant obligatoire l'accord cadre européen éventuellement conclu, et même de ne pas y ajouter.

Si l'ensemble de cette procédure n'est guère transposable au plan national (à moins d'inverser la priorité donnée à la loi par la Constitution), l'on peut évidemment s'en inspirer pour organiser une réelle concertation du législateur avec les interlocuteurs sociaux.

Il faudrait aussi prêter attention à la substance de la décision rendue le 17 juin 1998 par le tribunal de première instance (52) des communautés européennes. Le TPI a certes vu dans l'intervention des partenaires sociaux une "manière alternative" d'assurer "la participation des peuples" dans cette procédure où le Parlement européen n'intervient pas. Mais cette analyse n'est dans l'arrêt que le fondement de l'obligation faite à la Commission et au Conseil de vérifier la représentativité des signataires d'un accord cadre (53). Pour le tribunal le principe de la démocratie rend indispensable ce contrôle. L'enseignement principal de cette décision se situe sur le terrain de la condition de représentativité des signataires de l'accord collectif, où se manifeste une faiblesse évidente du droit communautaire (infra II).

Dans ce débat sur l'intervention respective des partenaires sociaux et des pouvoirs publics, le juge joue donc un rôle non négligeable. On l'a vu en France avec le contentieux relatif à l'agrément de la convention du 1^{er} janvier 2001.

(50) Rappelons que la Commission consulte une première fois ceux-ci "sur l'orientation possible d'une action communautaire". Selon le traité, "si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action communautaire est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée". Cette rédaction indique que la Commission décide ou non de présenter une proposition après la première consultation, dont ressort rarement l'unanimité... De même si la négociation collective européenne, après avoir été engagée, échoue, la Commission peut-elle poursuivre.

(51) Directive 94/45 du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information et de consultation dans les entreprises et les groupes de dimension européenne.

(52) Le recours en annulation de l'union européenne de l'artisanat et des PME dirigé contre la directive 996/34 ayant mis en œuvre l'accord cadre sur le congé parental a été déclaré irrecevable par le TPI le 17 juin 1998, Dr. Ouv. 1998. 513 et

2. L'arrêt du Conseil d'Etat du 11 juillet 2001

Le juge peut favoriser l'autonomie collective, comme son contrôle, en utilisant les ressources de l'interprétation : la position prise par le Conseil d'Etat dans l'affaire du PARE en est un remarquable exemple.

L'on rappellera brièvement les circonstances, et le cadre juridique. Les faits d'abord, en les schématisant. Lors des négociations ouvertes entre les syndicats et le patronat sur une nouvelle convention relative à l'assurance chômage, la précédente arrivant à échéance le 31 décembre 1999, une pression très forte du MEDEF s'exerça pour que l'accord ne traite pas seulement de l'indemnisation du chômage, mais aussi du retour à l'emploi, en proposant l'institution d'un contrat individuel entre le salarié à la recherche d'un emploi et l'organisme payeur, dont la signature aurait conditionné le paiement des allocations : le CARE (54). Faute d'accord entre les négociateurs, le terme de la convention précédente a été reporté au 30 juin 2000 (55). Le 29 juin une convention relative au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage était signée par le MEDEF, la CGPME et l'UPA d'une part, et les seules CFTD et CFTC d'autre part, prévoyant notamment l'obligation pour les demandeurs d'emploi de conclure avec l'ASSEDIC compétente un plan d'aide à l'emploi (PAP) accompagné d'un projet d'action personnalisé (PAP) (56). Dans une lettre adressée le 24 juillet 2000 aux signataires et rendue publique, les Ministres chargés du Travail et de l'Economie annonçaient leur décision de ne pas agréer cette convention, critiquant le mécanisme du PARE comme le système de sanction mis au point, et soulignant qu'ils ne pouvaient agréer une convention comportant des clauses contraires aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Les organisations patronales ont attaqué ce refus ministériel devant le Conseil d'Etat (57).

Les négociations ayant repris en septembre entre le patronat et les syndicats, elles aboutirent à une nouvelle convention fin octobre, présentée comme "moins contraignante" (v. infra) et un peu différente de la précédente, mais dont les ambiguïtés décidèrent la

les observations. Dr. Soc. 1999. 60 et l'analyse de M. A. Moreau, p. 53s.

(53) JE. Ray estime que le TPI fait de l'intervention des partenaires sociaux une alternative à celle des pouvoirs publics sans lui être a priori subordonnée (colloque sur "La démocratie sociale" précité, Actes p. 36, et "Du tout Etat au tout contrat ?", Dr. soc. 2000. 574). Cette interprétation est discutable.

(54) Contrat d'aide au retour à l'emploi.

(55) Par avenant du 23 décembre 1999 (non signé par la CGT), agréé le 8 février 2000.

(56) Par le PAP, le demandeur d'emploi s'engageait à effectuer certaines démarches en vue de retrouver un emploi avec l'aide et sous le contrôle de l'Assedic compétente et de l'ANPE.

(57) A noter que les accords relatifs à l'assurance conversion et à l'allocation de remplacement pour l'emploi ont été par contre agréés, ce qui a également été contesté devant le Conseil d'Etat.

CGT, Force Ouvrière et la CGC à ne pas la signer. Le nouveau texte obtint néanmoins l'agrément ministériel par l'arrêté du 4 décembre 2000, ce qui décida FO à demander l'annulation de l'arrêté d'agrément, la CGT intervenant à l'appui de sa requête. S'y ajoutèrent les recours d'autres organisations, en particulier ceux de plusieurs syndicats rattachés à la fédération SUD et de l'association Agir contre le Chômage (AC !) et même un recours individuel (58). La nouvelle convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, sauf pour plusieurs clauses essentielles, dont l'application a été repoussée au 1^{er} juillet 2001.

L'on ne retiendra ici que les points de droit touchant directement aux rapports entre l'Etat et les interlocuteurs sociaux.

La première question intéressante est celle de savoir si les ministres intéressés pouvaient refuser d'agréer la convention signée le 29 juin 2000. Les textes applicables (articles L. 351-1 et s. du code du travail) prévoient que le régime d'assurance chômage coexiste avec le régime de solidarité relevant de l'Etat, et se contentent de fixer des principes fondamentaux (substantiels) relatifs aux allocations et à leur financement (59), l'article L. 351-8 renvoyant pour l'application de ces dispositions légales générales à un accord conclu et agréé dans des conditions définies par la loi (60). Parmi ces conditions, figure la conformité des dispositions conventionnelles aux lois et règlements en vigueur, s'agissant en particulier selon l'article L. 352-2, du contrôle des travailleurs privés d'emploi, de l'organisation du placement, de l'orientation ou du reclassement des travailleurs sans emploi. Pour démontrer que les Ministres ne pouvaient, sans excéder leur compétence, refuser leur agrément en se fondant sur l'incompatibilité des mécanismes du PARE et du PAP avec les textes en vigueur, les organisations patronales n'hésitaient pas à soutenir que le préambule constitutionnel en, faisant de la négociation collective des conditions de travail un principe constitutionnel, avait érigé les négociateurs en

"législateur secondaire", pouvant initier des réformes, l'accord collectif de travail comportant des clauses conditionnelles (61) pouvant parfaitement bénéficier d'un agrément ministériel.

Suivant son Commissaire du gouvernement (62), le Conseil d'Etat a tiré les conséquences de la hiérarchie des normes, en jugeant que malgré la clause conditionnelle insérée par les signataires de l'accord, les stipulations de celui-ci incompatibles avec les lois ou règlements ne peuvent être agréées qu'après les modifications législatives ou réglementaires nécessaires, le ministre devant refuser d'agréer la convention si elle forme un tout indivisible. Dans le cas où l'accord est conforme au droit positif, "le ministre n'est pas pour autant tenu d'accorder l'agrément" et dispose d'un "pouvoir d'appréciation", ajoute le Conseil d'Etat, réservant d'éventuels motifs d'intérêt général, tirés aussi bien de la nécessité de garantir l'équilibre financier du régime, que de "la protection des droits des travailleurs privés d'emploi".

Seconde question majeure, le recours de SUD Travail et d'autres organisations, ainsi que l'intervention de la CGT, dirigés contre l'agrément de la convention du 1^{er} janvier 2001, mettait en cause la validité (63) de certaines des clauses de la nouvelle convention, et reprochait donc à l'agrément ministériel d'avoir ignoré le fait que les signataires avaient empiété sur les prérogatives du législateur et du pouvoir réglementaire, et d'être ainsi entaché d'incompétence.

Le principe même du PARE faisait l'objet d'une critique centrale : les signataires, pouvait-on soutenir, ont ajouté une condition supplémentaire pour l'ouverture du droit aux prestations de chômage en subordonnant le versement des allocations d'assurance à la signature préalable de ce PARE. Ils ont même transformé la nature du régime d'assurance-chômage telle qu'elle résulte de la loi, en créant un "dispositif d'assistance individuelle", là où le législateur a voulu un système d'assurance collective (les cotisations versées ouvrant droit aux allocations) (64). Un moyen

(58) Il s'agissait du recours d'un bénéficiaire du RMI, déclaré irrecevable par le Conseil d'Etat car n'émanant ni d'un cotisant ni d'un bénéficiaire des prestations de l'assurance chômage.

(59) Selon ces textes, le régime d'assurance chômage sert des prestations assises sur les salaires, pour une durée variant avec l'âge des bénéficiaires. Des contributions forfaitaires ou assises sur les salaires financent le régime.

(60) Accord de droit privé (CE 29 juillet 1994, rec. 389), négocié et conclu au plan national interprofessionnel par les organisations les plus représentatives au sens de l'article L. 133-2 C. travail, dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'agrément préalable du Ministre chargé du travail, lequel statue après avis du Comité supérieur de l'emploi.

(61) Selon l'article 5-3 de la convention, les stipulations relatives aux PARE et au PAP ne devaient commencer à entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2001 que "sous réserve de l'adoption, à cet effet, des modifications législatives et réglementaires."

(62) Mme Sophie Boissard avait souligné que les dispositions du préambule constitutionnel "n'autorisent pas les partenaires sociaux, et a fortiori l'autorité ministérielle investie d'un pouvoir d'extension ou d'agrément, à s'affranchir complètement de la

hiérarchie des normes et à déroger aux dispositions législatives applicables en matière de droit du travail, hors les cas où le législateur lui-même l'a expressément prévu, soit par application du principe général de faveur, soit en autorisant des dérogations limitées aux règles qu'il a lui-même fixées" (CC décisions du 25 juillet 1989 et du 6 novembre 1996). cf. les conclusions du commissaire du Gouvernement in Dr. soc. 2001. spéc. p. 847.

(63) La Commissaire du Gouvernement avait rappelé que selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE 4 mars 1960, Société le Peignage de Reims, rec. 168), la haute juridiction administrative renvoie à l'autorité judiciaire toute question relative à la validité d'une convention collective, lorsqu'elle est saisie d'un recours dirigé contre l'arrêté d'extension. Mais elle a plaidé pour une solution différente s'agissant des conventions d'assurance chômage, "qui ne produisent d'effet de droit que par et à travers l'arrêté d'agrément" et dont la nature justifierait un pouvoir d'appréciation plus large du juge de l'excès de pouvoir.

(64) V. G. Lyon-Caen, "Un agrément, des désagréments", Dr. Soc. 2001. 477s.

des requêtes invoquait la violation de l'article L. 352-2, aux termes duquel l'accord à agréer doit avoir pour objet "exclusif" le versement d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi.

En rejetant ces arguments, le Conseil d'Etat a voulu trouver une interprétation conciliatrice dont la teneur est peu convaincante, mais qui paradoxalement aboutit à donner partiellement raison aux requérants.

Ceux-ci contestaient d'abord le PARE comme correspondant à une modification du régime juridique de l'assurance chômage. La CGT dans son intervention soulignait que les partenaires sociaux ne tiennent du code du travail sur l'assurance chômage aucune compétence pour instituer des règles de droit, hormis les mesures d'application des dispositions légales et réglementaires, et qu'ils étaient donc incompétents pour instituer le PAP et le PARE comme condition d'indemnisation et d'assistance au retour à l'emploi. Cette analyse est récusee par le juge administratif : *"les stipulations de la convention du 1er janvier 2001... en faisant de l'engagement formel du demandeur d'emploi à respecter un "plan d'aide au retour à l'emploi", signé par lui et contenant les démarches qu'il doit réaliser... une condition au versement de l'allocation, se bornent à rappeler les exigences légales du régime d'assurance chômage, qui font de l'accomplissement d'actes positifs de recherche d'emploi l'une des conditions du versement de l'allocation, sans ajouter à celles-ci ni porter atteinte à la nature même du régime"*.

L'ambiguïté relevée antérieurement par la doctrine (65) est loin d'être levée par l'arrêt du Conseil d'Etat : si la signature du PARE n'est pas une condition supplémentaire de versement des allocations (comme l'a dit le commissaire du gouvernement) et correspond à la condition antérieure de recherche effective d'un emploi, la signature de ce PARE est ou bien dénuée de toute conséquence juridique, ou bien obligatoire autant que la recherche d'emploi. Mais la nature même du régime d'assurance chômage s'en trouve alors modifiée : *"ce n'est plus la survenance du risque chômage qui ouvre droit à l'allocation mais au contraire l'engagement formel de l'intéressé"*. Il y a bien contractualisation des rapports entre le demandeur d'emploi et l'ASSEDIC ou l'ANPE, comme existe un "contrat d'insertion" pour les bénéficiaires du RMI.

Le moins que l'on puisse dire est que les arrêts du 11 juillet 2001 mettent en œuvre une conception souple de la hiérarchie des normes. Dans le passé,

l'interprétation conciliatrice fut utilisée par le Conseil d'Etat pour éviter de tirer toutes les conséquences de la primauté des traités sur la loi (66). Elle permet ici au juge d'ignorer la logique nouvelle de la convention du 1^{er} janvier 2001 et l'existence d'un conflit de normes.

B. L'ordre public en droit du travail

"La notion d'ordre public est au cœur de la complémentarité des notions d'ordre et de désordre", relevait le professeur F. Terré lors d'un colloque sur l'ordre public à la fin du XX^e siècle (67), au cours duquel fut rappelé ce que le droit du travail a d'"étonnant" (68). L'ordre public en droit du travail conduit à une hiérarchie des dispositions applicables non en fonction de leur nature, mais de leur teneur : la plus favorable au salarié l'emporte, ce qui bouleverse la hiérarchie habituelle des normes (la convention collective plus favorable (69) l'emportera sur la loi) et même la conception classique de la règle de droit (qu'est-ce qu'une règle "plus favorable" ?). L'ordre public en droit du travail ne se contente pas, comme dans les autres branches du droit, d'interdire certaines conventions ou certaines clauses contractuelles, d'imposer un équilibre entre les contractants en faisant prévaloir sur les volontés particulières les lois inspirées par une considération d'intérêt général : il indique un rapport hiérarchique entre les normes juridiques.

Cette spécificité de l'ordre public en droit du travail vient de l'existence du travail salarié (70), et reflète la contradiction fondamentale sur laquelle repose le droit du travail, visant à garantir les droits des salariés, pourtant définis par la subordination juridique. Dans la dialectique de l'ordre et du désordre évoquée, le désordre combattu par l'ordre public en droit du travail est l'exploitation de la force de travail (que le droit du travail normalise en même temps).

"Clé de voûte" du droit du travail (71), l'ordre public social n'a rien à voir avec un corps de règles substantielles. Il ne correspond nullement aux *"principes généraux qui délimitent la sphère à l'intérieur de laquelle peuvent se développer les négociations sociales"* (72) : techniquement (73) il ouvre le champ à une négociation orientée unilatéralement au profit des salariés, sa fonction étant de faire de la loi en droit du travail leur minimum commun (ou celui de la catégorie concernée) (1^o). Le fait que le législateur puisse autoriser la conclusion d'accords "dérogatoires" et que se développe une négociation d'échange ne remet pas en cause le

(65) M. Borgetto, "La réforme du système d'indemnisation du chômage : vers un retour en force de la logique d'assistance ?", Dr. Soc. 2001.355.

(66) Avant le célèbre revirement de l'arrêt Nicolo, CE 20 octobre 1989, JCP 1989/II. 21371, concl. Frydman

(67) "L'ordre public à la fin du XX^e siècle", Colloque organisé par la faculté de droit d'Avignon en octobre 1995, précité note 10.

(68) Conclusions du professeur Ph. Malaurie au colloque précité.

(69) G. Couturier, "L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve", étude précitée note 10.

(70) V. M. Bonnechère, étude précitée note 14, au JCP. 1974.

(71) A. Supiot, op. cit.

(72) Ceci est une citation de M. E. A. Seillière, loc. cit.

(73) Car l'ordre public n'est dans aucune branche du droit un concept de droit pur ; c'est un concept flou, chargé d'options philosophiques et politiques.

concept, tout en modifiant ses interventions, et en donnant peut être finalement l'avantage au "principe de faveur" (2°).

1. Un ordre public favorable au salarié

Comme l'a dit le Professeur Gérard Lyon Caen (74) commentant l'avis du Conseil d'Etat rendu en 1973 (75), l'ordre public social est à "indérogabilité relative" : les négociateurs sont invités à compléter, en l'améliorant au profit des salariés, "le schéma de base du législateur". Sur le plan théorique, il est d'ailleurs erroné d'analyser les lois Auroux comme ayant rendu possible (pour la première fois) la négociation d'une partie de l'ordre public en droit du travail (76) : l'ordre public social permet déjà que la volonté collective ajoute à la protection minimale, le caractère impératif de la règle ne jouant pas face à une stipulation favorable (77) au salarié, et la doctrine civiliste s'émeut encore de cette apparente négation de la distinction entre les règles impératives et supplétives (78). Les interrogations sur la fonction de la loi et la définition de la règle de droit en droit du travail sont anciennes. Si certains auteurs discutent aujourd'hui l'utilisation du mot "dérogation" pour viser les dispositions plus favorables au salarié que la loi, nul ne peut contester que l'article L. 132-4 donne une signification unilatérale à l'impérativité de l'ordre public face à l'autonomie de la volonté ! Il est donc adéquat de parler d'un ordre public à "indérogabilité relative".

La "relativité" caractérise l'ordre public au sens du droit du travail (79), qui est évidemment un "ordre public de protection" (80) : la théorie des nullités relatives s'applique à la violation des règles d'ordre

public social, la renonciation individuelle est exclue tant que le motif justifiant l'impérativité de la règle subsiste.

Et l'objectif de protection est inscrit dans l'article L. 132-4 : la protection justifie tout à la fois le caractère d'ordre public de la loi, et la possibilité d'y déroger pour l'améliorer.

L'on s'est demandé si "l'ordre public social" ne correspond pas à une certaine déformation de l'ordre public : c'est la thèse de Gérard Couturier, soulignant que l'ordre public assure la primauté de la règle légale sur les volontés privées, et proposant de parler plutôt du "*principe de l'application de la norme la plus favorable*" (81). Mais l'on peut répondre à cette analyse que précisément l'ordre public en droit du travail impose aux parties contractantes des solutions favorables aux salariés qui ne résulteraient pas d'emblée de la négociation, du jeu de l'autonomie des volontés, et que dans la perspective la plus classique il s'agit bien d'assurer la primauté d'un principe supérieur : la lutte contre le déséquilibre inhérent au rapport salarial. Le reflux de l'ordre public "absolu" (82), souligné par la doctrine (83) confirme qu'en droit du travail l'ordre public a vocation à faire des dispositions légales et réglementaires impératives un minimum : il est possible de limiter le droit de licencier par la négociation collective (84), ou d'améliorer les dispositions du code du travail sur le droit syndical ou la représentation du personnel (85) (v. infra).

Que le droit du travail, dans son élaboration comme dans sa mise en œuvre, puisse être également légalisation et normalisation de l'exploitation du travail, la doctrine l'a aussi montré, dans un ouvrage à

(74) G. Lyon-Caen, chronique précitée note 10.

(75) Selon le Conseil d'Etat, "... conformément aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle ; ... en revanche une convention collective de travail ne saurait légalement déroger ni aux dispositions qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles de droit interne ou, le cas échéant, international-lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels..." Dr. Ouv. 1973. 190.

(76) Contra : F. Gaudu, loc. cit.

(77) Car pour l'analyse juridique il y a "dérogation" dès qu'une règle conventionnelle se substitue à la règle légale. De la même manière que "specialia generalibus derogant" : les règles spéciales dérogent aux règles générales...

(78) V. les observations R. L. à la Revue trimestrielle de droit civil, 1997. n° 3, p. 792s, "Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes", spec. p. 793.

(79) Se reporter aux développements de Th. Revet, loc. cit., spéc. p. 45-46 ; et à ceux de A. Supiot, op. cit. p. 137s.

(80) Rappelons toutefois que selon une analyse classique l'ordre public de "protection" tend à modifier les relations contractuelles inégalitaires et se caractérisant par un déséquilibre économique, contrairement à l'ordre public de "direction", qui élimine des contrats ce qui contrarie une certaine politique économique. Les interventions de l'ordre public dit de protection débordent donc largement le domaine des relations de travail. Sur ces distinctions, v. l'étude précitée note 14 au Dr. Ouv. 1988, et les références. V. aussi "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)", LGDJ. 1996.

(81) G. Couturier, Etudes précitée note 10.

(82) Dans son avis de 1973 (note 75 supra), le Conseil d'Etat faisait place, dans le domaine du droit du travail, ou découlant de normes extérieures, à un "noyau dur" (M. Despax) de règles (internes ou internationales) intangibles. Selon Soc. 8 nov. 1994, Société Ricoh, la durée du mandat des délégués du personnel a un caractère d'ordre public absolu (ce qui n'est pas convaincant lorsque ceci empêche un accord collectif de réduire de deux ans (loi quinquennale) à un an (solution plus favorable et plus démocratique) cette durée (M. Cohen, Dr. Soc. 1995.68).

(83) Th. Revet, loc. cit. ; M. A. Rotschild-Souriac, Le contrôle de la légalité interne des accords collectifs ; Dr. Soc. 1996. 395s.

(84) Soc. 3 févr. 1993. D. 1994. 305, obs. M. A. Rotschild-Souriac.

(85) V. G. Borenfreund, "La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel", Dr. Soc. 1992.893.

reparcourir (86), ou lorsqu'elle parlait de conflit des logiques (87). Ceci n'enlève rien au particularisme technique du droit du travail, qui en fait un droit protecteur du salarié. L'ordre public en droit du travail ne réserve de champ à l'accord collectif (ou au contrat individuel) que pour des stipulations plus favorables au salarié. C'est la signification de l'article L. 132-4, et si l'on veut soutenir qu'en droit du travail l'enchaînement des normes n'est pas dirigé vers le progrès social, il faut modifier ce texte (88). Clairement d'ailleurs, la thèse selon laquelle la subordination du salarié dans le contrat de travail serait en voie de disparition (89) vient à point pour soutenir celle de l'"essoufflement" de l'ordre public social. Les transformations du lien de subordination (90) seraient un autre sujet d'étude. Il est vrai que la subordination du salarié se heurte à des limites légales (91) et à une jurisprudence protectrice de la personne. Pourtant la formule d'un ancien jugement du tribunal de Coutances (92) demeure d'actualité : *"en matière de contrat de travail le salarié se trouve soumis à l'autorité d'un patron qui peut le priver du jour au lendemain de son gagne-pain"*. Les innombrables restructurations en cours, les dossiers Bata, Marks et Spencer, Danone, AOM, Flextronics, Moulinex, parmi d'autres, sont là pour rappeler que le déséquilibre inhérent au contrat de travail subsiste, sous réserve de l'expression "du jour au lendemain"...

Des difficultés de mise en œuvre de l'ordre public social ont été perçues, il est vrai dès l'avis (fondateur) du Conseil d'Etat. L'ouverture de facultés de dérogations *"in pejus"* remet-elle en cause le principe lui-même, jusqu'à le rendre aujourd'hui inopérant ?

2. Les dérogations à l'ordre public social

Depuis l'ordonnance du 16 janvier 1982, le législateur a multiplié dans le domaine de la durée du travail les possibilités de dérogations conventionnelles dans un sens qui n'est pas nécessairement favorable aux salariés. L'on se trouve alors en présence de dispositions légales dérogeant à l'article L. 132-4, et parfaitement valables puisque celui-ci n'exprime pas un principe constitutionnel (93), mais un principe

fondamental du droit du travail au sens de l'article 34. Le législateur (et lui seul (94)) peut donc soustraire certains aspects des relations du travail à l'application de l'article L. 132-4, et il ne s'en est pas privé pour la réglementation du temps de travail. La règle générale, qualifiée de principe général du droit du travail par le Conseil d'Etat, demeure (95), et les "zones" de dérogation se résument à la durée du travail et à un aspect de la négociation des salaires (96). Pourtant l'on aboutit à une certaine complexité, puisqu'à côté des interventions de l'ordre public social (v. supra) l'on rencontre dans le domaine du droit du travail des dispositions d'ordre public "absolu" (exemple : les conditions d'embauche d'un travailleur étranger) mais aussi des hypothèses où la loi se déclare supplétive de la volonté collective des interlocuteurs sociaux.

L'empilement des dérogations possibles est donc très contestable, même si le domaine des "accords dérogatoires" se limite aux zones évoquées. L'on peut s'étonner cependant que n'ait guère été considéré en doctrine (97) comme une remise en cause de l'ordre public (98) l'article L. 120-2 du code du travail, autorisant des "restrictions" aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives dans la mesure où elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché : c'est la décision de l'employeur qui est alors en cause, à côté du contrat de travail.

On constate d'autre part qu'en permettant des "accords dérogatoires", la loi fixe des limites et des conditions, impose des formes ou procédures. L'article L. 212-8 tel que rédigé par la loi du 19 janvier 2000 en est un exemple : la modulation annuelle du temps de travail suppose qu'une durée moyenne de 35 heures ou un plafond de 1600 heures soient respectés, des règles d'imputation des heures supplémentaires s'appliquent, des délais de prévenance des changements d'horaires sont fixés. A entendre ou lire certains experts du "terrain" la problématique actuelle est loin de se résumer au remplacement de la règle étatique par la règle conventionnelle : la négociation sur la réduction du temps de travail dans le cadre de la loi Aubry II met

(86) "Le droit capitaliste du travail", PUG 19080, par F. Collin, R. Dhoquois, PH. Goutierre, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil.

(87) J. C. Javillier, "Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : "normalisation" du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise", in "Tendances du droit du travail contemporain", Etudes offertes à GH. Camerlynck, Dalloz 1978. 100.

(88) V. G. Lyon-Caen étude précitée au Dr. Ouv. 2001, spéc. p. 7.
(89) E. A. Seillière, loc. cit.

(90) V. A. Supiot, "Les nouveaux visages de la subordination", Dr. Soc. 2000. 131 ; et "Le travail en perspectives", ouvrage collectif LGDJ. 1998.

(91) Article L. 120-2 c. travail.

(92) Tb. Coutances, 31 mai 1955, D. S. 1956, 61, cité par GH. Camerlynck dans son article sur "La renonciation du salarié" (Dr. Soc. 1960. 628).

(93) C.C. 25 juill. 1989, J. O. du 28.

(94) CE 8 juill. 1994, Rev. Fr. Dr. Adm. 1994.

(95) Dans son arrêt précité du 8 juillet 1994, le Conseil d'Etat a précisé que l'article L. 132-26 du code du travail, relatif au régime des accords dérogatoires (droit d'opposition) "n'a eu ni pour objet ni pour effet de modifier la portée du principe général du droit du travail dont s'inspire l'article L. 132-4, et que "le pouvoir réglementaire ne peut, sauf habilitation législative expresse, prévoir des conventions collectives comportant des stipulations moins favorables aux travailleurs que les dispositions qu'il a lui-même édictées".

(96) C'est l'article L. 132-24 C. trav.

(97) V. par contre Th. Revet, loc. cit.

(98) Ici remise en cause de l'ordre public absolu (s'agissant des droits des personnes et des libertés !), au profit de l'intervention unilatérale de la volonté de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction.

en évidence la "frilosité des limites" posées par la loi, le flou de ses dispositions sur les délais de prévenance en matière de changements d'horaires (99). Il ne suffit pas que la négociation collective prenne le relais du législateur pour assouplir les solutions : le point est de savoir comment s'effectue ce renvoi. Ceux qui négocient et rédigent les accords attendent aussi du législateur qu'il fixe des limites précises, un cadre sûr (100).

Enfin la validité des clauses dérogeant "à la baisse" aux minima légaux est subordonnée souvent à des conditions de fond : exigence de "contreparties" dans la loi française, de "compensations" et de respect des principes généraux concernant la sécurité et la santé des travailleurs dans la directive communautaire 93/104 du 23 novembre 1993 (101). Les droits fondamentaux du travailleur renvoient de nouveau à l'ordre public, mais les "contreparties" traduisent la véritable transformation. Avec les "accords dérogatoires", l'ordre public n'assure plus un minimum commun à tous, mais peut être un minimum

"équivalent" pour tous : *"l'adaptation du modèle légal est possible dans le maintien du principe d'une garantie minimale, dont le contenu est en partie déterminé par les négociateurs"* (102).

Il est certain que l'appréciation de ce qui est équivalent pose les mêmes problèmes que l'évaluation du "plus favorable" (v. infra) et le recours aux "accords dérogatoires" affaiblit l'autorité de la loi. Ceci étant, l'idée avancée comme solution de remplacement aux lois ouvrant des possibilités de dérogations, de textes législatifs ou réglementaires "de substitution" ne faisant pas obstacle à l'entrée en vigueur de modalités conventionnelles des principes fondamentaux, renvoie de nouveau au problème des domaines respectifs des normes étatiques et conventionnelles et paraît plus apte à limiter l'intervention de l'Etat qu'à restaurer l'autorité de la loi.

Mais la loi doit aussi permettre à la négociation collective de jouer pleinement son rôle d'amélioration de la condition salariale et de régulation des relations du travail.

II.

L'efficacité de la négociation collective

Le modèle français de convention collective n'en fait pas un simple contrat et repose sur le "dualisme" (103). La loi affirme "le droit des salariés à la négociation collective", et ce droit est l'une des formes de la "participation" visée par le préambule de la Constitution (104). Loin d'engager seulement les parties signataires et leurs adhérents, la convention collective produit un effet normatif. Dès lors qu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail en tant que signataire, ou par ce qu'il y a adhéré, ou comme membre d'une organisation patronale signataire ou adhérente, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, l'extension ou l'élargissement par arrêté ministériel pouvant soumettre tous les employeurs compris dans son champ d'application à cette convention ou à cet accord. Bref, la convention collective (de branche) est conçue comme "la loi" de la profession ou du secteur. Ce qui est souvent présenté comme une négociation pour le "toujours plus", est en fait la manifestation de la

nature de la convention collective : en tant que norme et source du droit du travail, il n'est pas nécessaire qu'elle contienne des clauses contrebalançant au profit de la partie patronale les avantages reconnus aux salariés.

Depuis les années 1980 s'est développée peu à peu une négociation différente, dite d'échange, ou "donnant-donnant", dont un des termes est devenu l'emploi. Le mouvement fut lent mais sûr, et il a donné lieu à des analyses doctrinales. Dans ce type de négociation, un avantage nouveau accordé par les employeurs est en général échangé contre une aggravation de la situation des salariés, ce qui pose un problème de conformité au principe du plus favorable (A) non seulement tel qu'il est visé à l'article L. 132-4 du code du travail, mais tel qu'il joue dans l'articulation du contrat de travail et des accords collectifs (L. 135-2). De même que l'ordre public en droit du travail renvoie à une hiérarchie des normes en partie spécifique, le droit de la négociation collective dessine un

(99) L. Merlin, "La loi, les accords et la compétence judiciaire, combinaison potentiellement explosive", S. S. L. 11 juin 2001.

(100) L. Merlin (loc. cit.) regrette que la loi Aubry II ait envisagé trop de situations différentes sans être assez précise. L'auteur insiste sur le fait que la volonté du législateur d'entrer dans les détails n'exclut pas le flou.

(101) On note que la directive communautaire 93/104 sur l'aménagement du temps de travail peut être plus exigeante que le droit français sur les contreparties, puisqu'elle prévoit "une protection appropriée" pour les travailleurs ne pouvant de manière exceptionnelle bénéficier d'une période équivalente de repos. Il est regrettable que le Conseil d'Etat ait jugé qu'une contrepartie financière négociée dans un

accord collectif était suffisante à remplir cette condition (CE 17 mai 1999, Sud Travail, Dr. Ouv. 1999.369 note F. Bocquillon)

(102) Th. Revet, loc. cit., p. 62.

(103) P. Durand, "Le dualisme de la convention collective de travail", Rev. trim. dr. civ. 1939.353.

(104) Se reporter aux analyses de M. L. Morin, "Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit", LGDJ. 1994. et à celles de J. P. Chauchard, "La conception française de la négociation et de la convention collective de travail", Thèse Paris I, 1984.

enchaînement des normes conventionnelles puis leur combinaison avec le contrat de travail de caractère "progressiste" au sens technique du terme. Le thème de la négociation de "substitution" lancé par "Entreprise et progrès" avec la formule du "contrat collectif d'entreprise", il y a une quinzaine d'années (105), relayé (avec une portée plus large) par la négociation d'"adaptation" dans l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 (106), tend logiquement à remettre en cause ces règles fondamentales, et l'on en trouve un écho dans la "position commune" du 16 juillet 2001, sur la question des différents niveaux de négociation.

Ce dernier texte suscite par contre l'approbation lorsqu'il traite de l'équilibre des négociations à travers notamment la recherche d'un "mode adapté de conclusion des accords avec les organisations syndicales". Parler d'adaptation s'impose en effet, face aux transformations du droit et de la pratique de la négociation collective : c'est tout le problème de la légitimité des négociateurs, et des moyens dont ils disposent, que cette étude ne pourra qu'effleurer (B).

A. Une nouvelle architecture ?

Les modalités d'enchaînement des différents niveaux de négociation déterminent celles du "développement" de la négociation collective. Depuis la loi du 28 novembre 1982, avec l'obligation annuelle de négocier sur les salaires effectifs et le temps de travail, et la possibilité de conclure des "accords dérogatoires" (v. supra), puis sous l'impulsion des lois Aubry, se sont multipliées les négociations d'entreprise, qualifiées dans un rapport récent (107) de "*négociation(s) d'organisation et de gestion susceptible(s) de modifier les conditions d'exécution du contrat de travail*". Indépendamment de ce mouvement sont intervenues au niveau national interprofessionnel de grandes négociations, dont une typologie a été proposée (108) : accords "fondateurs" créant une institution (sur l'assurance-chômage ou sur les retraites complémentaires), accords "pré-législatifs" suggérant une voie au législateur (dont le plus remarquable est l'ANI de juillet 1970 sur la formation professionnelle), accords "cadres" fixant des orientations pour les

membres des organisations signataires (comme l'accord du 31 octobre 1995), accords "transversaux" fixant des règles de droit comme l'ANI du 10 décembre 1977 sur la mensualisation.

Le droit français de la négociation collective ayant été fondé au départ sur la négociation de branche, des propositions portant sur une nouvelle définition du rôle des différents niveaux sont faites, affirmant vouloir donner une "portée plus réaliste" au principe de faveur (1°). Bien que la terminologie ait un peu changé (le mot "adaptation" est moins employé) depuis l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 (109), l'idée que chaque niveau de négociation assure des fonctions différentes (110) conduit à contester l'existence d'une hiérarchie des accords. Parallèlement le réalisme fait son chemin dans la mise en œuvre du même principe de faveur confronté aux accords donnant-donnant (2°). Et la question se pose de savoir s'il n'ira pas jusqu'à affaiblir "la résistance du contrat de travail" (111) à l'accord collectif (moins "favorable") (3°).

1. Le principe de faveur malmené

Il existe en droit positif une "hiérarchie" des accords, qui ne découle pas de l'article L. 132-4 et n'a donc pas, au sens strict, à être rattachée à "l'ordre public social" : celui-ci intéresse exclusivement les rapports entre la loi et l'accord, la primauté étant donnée aux stipulations plus favorables. Par contre deux textes relatifs au contenu des textes conventionnels établissent des règles de concours entre ceux-ci, et bien une hiérarchie. D'après l'article L. 132-13 une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. La convention couvrant un moindre champ ne peut contenir que des dispositions plus favorables aux travailleurs, le second alinéa du texte (112) imposant aux signataires de la convention locale de modifier leur texte lorsque des clauses plus favorables sont insérées dans une convention plus large.

L'article L. 132-23 comporte des dispositions comparables concernant l'enchaînement des accords

(105) Que l'on pouvait déjà citer il y a treize ans... (v. "L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité", précité, Dr. Ouv. 1988 spéc. p. 184. Un nouvel ordonnancement juridique fondé sur un principe de dérogation était alors proposé.

(106) V. G. Coin, "L'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle", Dr. Soc. 1996.3 ; M. L. Morin, "l'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle", 1996. 11 ; M. Poirier, "Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle", Dr. Ouv. 1996.311s.

(107) Forum parlementaire sur le dialogue social. Groupe de travail "Loi, négociation collective, Etat, partenaires sociaux", rapport intermédiaire.

(108) "Droit du travail" par J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Dalloz, 20^e éd., titre II.

(109) Texte de l'accord : Iias. soc. 9 nov. 1985, C1 n° 7354.

(110) V. le commentaire de M. L. Morin précité.

(111) G. Borenfreund, "La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple de l'accord dérogatoire", Dr. Soc. 1990.633.

(112) "S'il vient à être conclu une convention ou un accord de niveau supérieur à la convention ou à l'accord intervenu, les parties adaptent celles des clauses de leur convention ou accord antérieur qui seraient moins favorables aux salariés" (art. L. 132-13 second alinéa).

d'entreprise et les conventions de branche ou les accords interprofessionnels. Ces règles font prévaloir la clause la plus favorable en cas de concours de conventions collectives conclues à des niveaux différents, l'appréciation de chaque avantage se rapportant à la même cause étant faite, selon un schéma connu, pour l'ensemble des salariés (113), sans cumul.

Cette architecture, déjà remise en cause dans l'accord du 31 octobre 1995 (114), n'est pas reprise par la position commune du 16 juillet 2001, qui assigne au niveau national interprofessionnel la fonction "d'assurer une cohérence d'ensemble" et à la branche "*un rôle structurant de solidarité, d'encadrement*", mais ne prévoit l'application de l'accord de niveau supérieur (dit "centralisé") au niveau de l'entreprise qu'en l'absence d'accord portant sur le même objet, et ne fait plus référence à la clause conventionnelle la plus favorable. Au contraire, les signataires des accords interprofessionnels ou de branche pourraient conférer "*un caractère normatif et impératif*" à certaines dispositions dont la signification de garanties minimales dépendrait de leur volonté. L'on pourrait donc avoir une interdiction pour le niveau local d'améliorer certaines dispositions impératives ? Ce type de clause peut à la rigueur se justifier si les avantages en cause ne sont pas mesurables, pour affirmer la fonction d'encadrement de l'accord de branche. A défaut, de telles orientations donnent aux articles L. 132-13 et L. 132-23 un caractère supplétif. Il est peu satisfaisant intellectuellement de justifier ces remises en cause en s'abritant derrière la confusion introduite dans la hiérarchie des accords par la négociation dérogatoire (115), en se prévalant de ce qui est "observable", ou de la "réalité". La question sous-jacente à cette démarche est celle de la dynamique que l'on entend promouvoir, et elle appelle des réponses absentes d'ambiguïtés. Or supprimer

l'impérativité des articles L. 132-13 et L. 132-23 favoriserait notamment la révision "à la baisse" des accords locaux (d'entreprise) dans le cadre d'une négociation "donnant-donnant" qui ne buterait plus sur le respect des normes conventionnelles supérieures, en particulier les accords de branche (116).

L'on est alors amené à pousser plus avant la référence au principe de faveur, dont les dispositions du code du travail manifestent la "positivité", et à en évoquer les déformations.

2. Le principe de faveur déformé

a) Le principe de faveur (117) intervient pour régler un conflit de normes, né selon les cas au moment où s'élabore une norme, ou lors de son application (118). S'interrogeant sur l'autorité du principe, A. Jeammaud (119) a proposé de retenir qu'applicable même en dehors des hypothèses strictement prévues par la loi, il présente, logiquement, un caractère d'ordre public. L'auteur soulignait notamment que la cour de cassation l'avait consacré dans ses arrêts de 1996 (120) comme un principe fondamental en droit du travail, prévenant la confusion avec les principes fondamentaux au sens de l'article 34 (v. supra), et visant bien la règle qualifiée de "*principe général du droit du travail*" par le Conseil d'Etat (121). Le principe de faveur confère d'ailleurs à l'ordre public en droit du travail sa signification spécifique (v. supra) : la Cour de Cassation a aussi parlé de principe fondamental "*énoncé dans l'article L. 132-4 du code du travail*" (122). Et l'on a vu la Chambre Sociale étendre l'intervention du principe de faveur en reconnaissant au salarié pris individuellement, dans certaines situations, le droit de choisir la norme pour lui la plus favorable : l'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie par exemple (123).

Dans le débat en cours sur le renouvellement du dialogue social, le modèle communautaire est souvent

(113) Ass. plén. 18 mars 1988. D. 1989.221, note J. P. Chauchard ; Soc. 18 janv. 2000. RJS 3/2000, n° 307.

(114) Selon l'article 1. 3. 2 de cet accord signé par la CFDT, la CFE-CGC et la CFTC, il appartient à la négociation de branche, "sans remettre en cause son rôle normatif habituel à portée générale, d'élaborer des dispositions normatives applicables dans les entreprises où la négociation collective ne peut aboutir, sans que ces dispositions s'imposent aux entreprises dans lesquelles la négociation collective est possible et aboutit". L'accord ajoute que la négociation de branche doit "préciser les limites", et "jouer un rôle d'encadrement".

(115) Chercher quelles règles nouvelles seraient à promouvoir pour donner une nouvelle impulsion à la négociation collective est un chose. Préconiser des solutions nouvelles calquées sur les agencements correspondant à des pratiques observables revient à prendre le risque d'un alignement pur et simple sur les aspirations patronales, dont on sait avec quelle force elles sont actuellement exprimées.

(116) cf. les judicieuses observations de Th. Aubert-Monpeyssen, note sous Soc. 22 janv. 1998. D. 1998.480.

(117) Y. Chalaron, "L'application de la disposition la plus favorable", in "Les transformations du droit du travail", Etudes

offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz 1989, 243 ; A. Jeammaud, "Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente", Dr. Soc. 1999. 119 ; F. Bocquillon, "Que reste-t-il du principe de faveur ?", Dr. Soc. 2001.255.

(118) L'on rejoindra F. Bocquillon (loc. cit.) lorsqu'il souligne que le principe de faveur n'intervient pas seulement comme règle de conflit pour l'application des normes ; dans l'article L. 132-4 il concerne bien le contenu des normes à créer, mais l'on ajoutera que le conflit de normes se manifeste alors au stade de l'élaboration de la norme (est-elle valable ?)

(119) loc. cit.

(120) Soc. 17 juillet 1996, deux arrêts (SNCF, Dr. Soc. 1996. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier et EDF, Bull. V. n°296, Dr. Ouv. 1998 p. 34 et s.). La Chambre Sociale vise "le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application".

(121) Avis du 22 mars 1973 et arrêt du 8 juillet 1994 précités du Conseil d'Etat.

(122) Soc. 26 oct. 1999, Sté Silvallac, Dr. Soc. 2000. 381, et les observations C. Radé.

(123) Soc. 18 juillet 2000, Dr. Ouv. 2001. 111. obs. M. Bonnechère ; Dr. soc. 2000. note J. Y. Frouin.

invoqué. Curieusement, les manifestations en droit communautaire du principe du plus favorable ne sont analysées que par une doctrine minoritaire (124). Certes, nulle norme générale ne traite à ce jour en droit communautaire de l'articulation des accords collectifs entre eux, ou des relations entre la norme collective et le contrat de travail. Par contre le traité CEE lui-même consacre de la manière la plus nette en droit du travail (125) un principe de protection minimale, souvent renforcé dans les directives d'harmonisation sociale par les clauses de non-régression sociale, et la Cour de Justice a rappelé qu'en ce domaine la mission impartie au Conseil consiste à *"œuvrer en faveur de l'amélioration dans le progrès des conditions de travail"* (126). Le thème du *"caractère progressiste"* (techniquement) du droit du travail est donc repris par le droit communautaire...

Et s'il est vrai que ce droit consacre aussi des mécanismes de droit supplétif, l'on ne saurait taire qu'il est parfois plus exigeant que le droit français concernant la nature des *"compensations"* qui doivent être garanties aux travailleurs (127), et soumet la validité des accords dérogatoires à de substantielles conditions de fond (128).

b) Règle de conflit de normes, le principe de faveur conduit à comparer leurs apports : entre deux accords collectifs, et à apprécier la norme conventionnelle la plus avantageuse. Or pour résoudre cette difficulté, la Cour de cassation n'hésite pas à tordre la règle, sous la pression du contexte économique (129). Présenté à juste titre comme un *"évènement"* (130) dans la jurisprudence de la chambre sociale, l'arrêt Compagnie générale de géophysique (130 bis) a fait des conséquences attendues sur l'emploi des dispositions conventionnelles adoptées un élément essentiel pour l'appréciation du plus favorable. Sous

couvert d'une application de la méthode dite *"analytique"* (la comparaison a pour objet chaque ensemble d'avantages se rapportant à la même cause) la cour de cassation fait porter son appréciation sur l'équilibre global de l'accord : la suppression d'une prime avait pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi. La solution a été fermement critiquée (131) et l'existence d'une jurisprudence opposée en Allemagne a été soulignée (132). Au vu d'un arrêt plus récent (133), le professeur C. Radé a proposé une interprétation de cette jurisprudence : il se pourrait *"que la globalisation partielle prônée en 1997 ne s'applique que dans des hypothèses très précises où des contreparties ont été réellement négociées"*. Pourtant il n'y avait pas comparaison de clauses conventionnelles (134) dans cette espèce, et quelques jours plus tard la chambre sociale récidivait avec l'arrêt Société Oxco (135), dont le commentaire par le conseiller Philippe Waquet est explicite : *"la jurisprudence géophysique consiste donc à reconnaître qu'il existe une indivisibilité dans un accord donnant-donnant, entre les engagements réciproques des parties et qu'il faut ajouter à un avantage réduit en apparence la concession faite par l'autre partenaire."*

Prenant acte d'une négociation de concessions, la chambre sociale vide en partie le principe de faveur de sa substance. L'appréciation globale de l'accord de concession relève de la stratégie politique des négociateurs ; utilisée par le juge, elle n'offre aucune sécurité juridique (comment comparer des clauses ayant des objets différents). Le seul apport certain de cette jurisprudence est qu'un engagement de maintien de l'emploi compense une perte d'avantages salariaux. Or un tel engagement est particulièrement précaire : l'amélioration supposée de la situation des salariés résultant des effets de la clause est en fait aléatoire, et

(124) N. Moizard, "Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée, l'exemple du droit du travail français", PUAM 2000, préface P. Rodière ; M. Bonnechère, "Ratification des conventions de l'OIT et droit communautaire", Dr. Ouv. 1993. 275 ; et article précité au Dr. Ouv. 1999.

(125) Article 137 ^{¶5} du traité CE : "les dispositions arrêtées en vertu du présent article (les directives d'harmonisation sociale ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le présent traité". A noter que ce type de disposition se rencontre aussi dans le traité CE pour la protection des consommateurs (article 153 ^{¶5}), et que ce schéma d'un enchaînement progressiste des normes ne vaut pas pour les directives servant à l'instauration du marché intérieur, adoptées sur le fondement de l'article 95 (cf. "Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social", colloque du Syndicat des Avocats de France, intervention M. Bonnechère, Dr. Ouv. 2000 p. 84s, spéc. p. 87.)

(126) C. J. C. E 17 déc. 1998, Società Italiana Petroli SPA, aff. 2/97, Dr. Ouv. 1999.136 et les observations ; Europe, 1999. 7. obs. A. Rigaux et M. Pietri.

(127) V. note 101 supra.

(128) La directive 93/104 du 23 novembre 1993 sur l'aménagement du temps de travail soumet la validité des dérogations à une condition de "respect des principes généraux de la protection

de la sécurité et de la santé des travailleurs" et aux compensations évoquées supra. v. P. Rodière, Droit social de l'Union européenne, LGDJ. 1998. p. 357.

(129) Cf. les remarques de F. Bocquillon, loc. cit., p. 259.

(130) Par G. Couturier, obs. sous. Soc. 19 févr. 1997, Dr. Soc. 1997.433.

(130 bis) Soc. 19 février 1997, Dr. Ouv. 1998.75.

(131) G. Couturier, loc. cit. et F. Bocquillon, loc. cit. en particulier. V. aussi, Soc. 22 févr. 1998, et la note précitée de T. Aubert-Monpeysen.

(132) M. Le Friant, "La comparaison entre dispositions conventionnelles : la position de la Cour de Cassation ne fait pas école outre-Rhin", Dr. Soc. 1999.904.

(133) Où la Cour de Cassation refuse d'admettre la mise en cause d'une disposition du droit civil local d'Alsace-Lorraine par un engagement unilatéral de l'employeur créant un régime dérogatoire. Soc. 26 oct. 1999. Dr. soc. 1999. 383, obs. C. Radé : "L'appréciation de la notion de disposition plus favorable", p. 381.

(134) L'on peut considérer en outre que l'appréciation du plus favorable ne s'effectue pas de la même façon lorsque l'un des termes est la loi.

(135) Soc. 3 nov. 1999, Dr. Soc. 1999. 1101. obs. Ph. Waquet.

ceci enlève beaucoup de consistance au qualificatif "favorable". L'on sait qu'une méthode d'interprétation faisant une large place à l'obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions permet au juge de faire respecter l'engagement patronal (136). L'on peut également soutenir que le maintien de l'emploi est constitutif d'un "engagement de résultat" (137). Mais si les syndicats peuvent se prévaloir d'une faute contractuelle lorsque l'engagement patronal était ferme (138), voire demander en référé la suspension d'une procédure de licenciement collectif (139), il est douteux que les salariés concernés par un licenciement effectué en violation de l'accord collectif obtiennent du juge le prononcé d'une nullité, à moins que l'accord n'ait prévu expressément ce type de sanction (140).

Comme l'a très bien vu F. Petit (141), la logique de certains arrêts (142) est en fait de conduire à une nouvelle conception de la convention collective. La cause de l'engagement patronal de maintien de l'emploi étant la renonciation, imposée aux salariés, à certains avantages salariaux, la fonction normative de la négociation collective disparaît. L'on peut même dire que le droit de négociation collective (143), qualifié dans sa thèse par M. L. Morin de "forme éminente" de participation, devient pour les salariés le droit de... participer aux pertes. Il est abusif dans ces conditions de parler d'échange d'avantages individuels contre un avantage collectif, l'emploi (144), puisque la consistance de l'"avantage collectif" est des plus incertaine. Le principe de la comparaison entre un avantage collectif et des droits individuels est en lui-même très discutable (145).

Or la négociation de concession met également en cause, cela est vrai, les solutions en vigueur dans

l'articulation du contrat de travail et de l'accord collectif.

3. Le principe de faveur abandonné ?

La force juridique de la convention collective s'exprime par l'automatisme (146) de son effet impératif (147) sur les contrats de travail. Mais le contrat individuel, loin de se contenter de déclencher l'application d'un "statut" collectif, garde un rôle très important. Et la "résistance" du contrat de travail à l'accord collectif (111) est inscrite dans le code du travail : selon l'article L. 135-2, la convention collective s'applique aux contrats de travail "sauf dispositions plus favorables". Cette disposition est aussi importante, dans la théorie des sources du droit du travail, que l'article L. 132-4 : le contrat de travail se trouve placé, par rapport à la convention collective, dans la même position que la convention collective par rapport à la loi.

Le fait que la loi autorise en certaines matières la conclusion d'accords "dérogatoires" (v. supra) ne signifie nullement la mise à l'écart du principe de faveur par le législateur : effet impératif et principe de faveur sont des règles distinctes et la faculté de dérogation ne signifie pas que seules les clauses moins favorables sont autorisées (148) : des clauses "différentes" peuvent être insérées dans l'accord, tout le problème étant la mesure de leur "équivalence" éventuellement invoquée.

Par contre le législateur a réglé lui-même l'articulation des accords de réduction du temps de travail et des contrats de travail : *"la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de*

(136) C'est l'affaire Case France, Soc. 1^{er} avril 1997. D. O. 1998. 74 (engagement d'un employeur à ne pas procéder à des licenciements économiques du 1^{er} février 1992 au 31 janvier 1993, puis notification d'un licenciement économique le 1^{er} février 1993).

(137) L'arrêt Briou (Soc. 22 janv. 1998, précité) est en ce sens : v. le commentaire précité de T. Aubert-Monpeyssen loc. cit., et les développements de l'auteur sur l'articulation avec la procédure du plan social.

(138) L'on sait que la rédaction de l'accord est essentielle, depuis l'affaire Potain, Soc. 13 déc. 1995, Dr. Ouv. 1996.243, note M. F. Bied-Charreton. Le maintien de l'emploi ne doit pas apparaître comme un objectif, mais comme un engagement ferme. V. aussi Soc. 25 avril 2001, Dr. Soc. 2001.774 note J. Mouly.

(139) Sur ce point F. Petit, "Sur les clauses de garantie d'emploi", Dr. soc. 2000, 80s. spéc. p. 90s. ; A. Lyon-Caen, "Le maintien de l'emploi", Dr. soc. 1996.658.

(140) Lire M. A. Rotschild-Souriac, "Engagements et arrangements sur l'emploi, quelle efficacité juridique ?" Dr. soc. 1997.106.

(141) loc. cit. note 139.

(142) En particulier celle de l'arrêt Briou du 22 janv. 1998, précité.

(143) Ouvrage précité.

(144) La doctrine tend à justifier cette méthode "globale" lorsque l'accord correspond à un ensemble indivisible, le juge devant se référer à la volonté explicite ou implicite des parties

contractantes sur ce point (C. Radé, loc. cit. ; Ph. Waquet, loc. cit.)

(145) Cela est apparu dans l'arrêt précité du Conseil d'Etat, du 8 juillet 1994. Le Conseil d'Etat avait déjà alors utilisé la méthode globale pour décider qu'en permettant à des accords d'entreprise ou d'établissement d'allonger jusqu'à deux ans le délai espaçant les visites médicales de contrôle dont doivent bénéficier les salariés, le décret du 28 décembre 1988 sur la médecine du travail n'avait pas contredit l'article L. 132-4 C. trav., car il imposait aux accords d'établir une contrepartie dans une augmentation du temps que le médecin du travail consacre à sa mission en milieu de travail. En réalité, l'espacement des visites médicales individuelles réduit l'intensité de la prévention pour chaque salarié et n'est nullement compensée par l'augmentation du "tiers temps" du médecin.

(146) La Cour de cassation rappelle que la clause du contrat de travail est remplacée par la convention collective. Soc. 19 nov. 1997. JCP. 1998. II. 10043 G. Borenfreund, "L'articulation du contrat de travail et des normes collectives", in "Regards sur la contractualisation des relations de travail", colloque de l'Institut du travail de Lyon et de l'Association française de droit du travail, Lyon 23-24 mai 1997, Dr. Ouv. 1997.514.

(147) Les sources du droit du travail jouent "à sens unique au profit du salarié", "Le droit du travail", Dalloz précité, n° 821.

(148) En ce sens, M. L. Morin op. cit. p. 576 ; contra : G. Borenfreund, loc. cit.

travail", dispose l'article L. 212-3, excluant qu'un salarié puisse se prévaloir d'une clause plus favorable de son contrat et invoquer la modification de celui-ci.

Les motifs de la loi Aubry II sont connus : éviter que des refus de modifications de contrat accompagnent les accords RTT et annoncent des plans sociaux. Le domaine limité de la modification visée a été soulignée (149) : le salarié ne peut s'appuyer sur son contrat pour refuser la diminution du temps de travail prévue, mais les modifications touchant sa rémunération relèvent du droit commun (150). D'autre part le texte ne s'applique pas aux conséquences d'une réduction non négociée du temps de travail. Enfin lorsque le contrat est modifié au-delà de la diminution du temps de travail, la loi n'impose plus au salarié de s'incliner devant l'effet normatif de l'accord collectif (151).

Eu égard au principe de faveur, l'on peut évidemment soutenir que pour le législateur le temps libre dégagé pour les salariés par l'accord RTT est plus favorable, en faisant abstraction des contraintes imposées dans l'organisation des temps. L'analyse des accords met pourtant en évidence la réalité des renoncements négociés (152).

Mais il est permis de se demander, (plus fondamentalement), si la loi du 19 janvier 2000, en faisant prévaloir la volonté collective sur la volonté individuelle, et en évacuant partiellement le conflit entre contrat de travail et accord collectif au profit de ce dernier, n'inaugure pas une analyse nouvelle de la convention collective. Dans la conception française, le principe de non-incorporation au contrat de travail de la norme collective est aussi bien établi que l'impérativité de celle-ci. Il existe une certaine autonomie du contrat individuel, même si le débat sur le "salaire contractuel" (le salaire est par essence un élément du contrat, dont il détermine l'équilibre) fait toujours rage (153). Avec l'article L. 212-3, tout se passe comme si les syndicats représentatifs avaient contracté au nom de chaque salarié. Bien que la négociation sur la réduction du temps de travail ne puisse être (théoriquement?) assimilée à une négociation de concession (elle devrait être effectivement favorable aux salariés...), l'on retrouve le problème de toutes les négociations dites "de gestion" : l'idée d'une solidarité collective sera opposée aux intérêts individuels. L'on suggère même déjà en

doctrine(154) de réserver la modification du contrat de travail aux cas de décisions unilatérales, et d'exclure son invocation lorsqu'est conclu un accord collectif de travail. L'article L. 135-2 empêche en droit positif les négociateurs de disposer des avantages nés des contrats individuels de travail en échange d'engagements patronaux recherchés, mais dans la pratique, est-ce toujours clair ?

Si un mouvement de ce type était effectivement amorcé, ce serait la mort du principe de faveur, et le renversement de la théorie des sources du droit du travail celles-ci pouvant alors jouer successivement sans améliorer, voire en aggravant la situation des salariés, sous le masque d'une négociation dite d'"adaptation", voire d'"innovation".

Il est heureux que cette sombre perspective ne relève pas du droit en vigueur et puisse être combattue pour l'avenir. Mais les transformations de la négociation collective et l'extension de sa place imposent assurément de vérifier la légitimité de ses "acteurs".

B. La légitimité des négociateurs

"La recherche de l'équilibre des parties constitue une condition de la loyauté de la négociation", déclare la position commune du 16 juillet 2001. Cet objectif indiscutable, si on le prend au sérieux, implique pour sa réalisation un certain nombre de changements. concernant la représentativité syndicale et le mode de conclusion des accords collectifs (1°), mais aussi les moyens de la négociation, au premier rang desquels la possibilité pour les militants syndicaux de concilier une carrière professionnelle et des responsabilités syndicales (2°). Le problème de la représentativité "sociologique" des syndicats considérés comme juridiquement représentatifs est réel et connu ; les difficultés rencontrées par les syndicalistes pour disposer de moyens d'action, et les discriminations dont ils sont victimes sont moins souvent rappelées.

Le thème de la "procéduralisation" du droit, volontiers développé par la doctrine contemporaine, est particulièrement adéquat au droit de la négociation collective, que le législateur a dû organiser. La validité d'un accord collectif ne saurait dépendre exclusivement de la conformité de ses stipulations à des règles

(149) M. A. Moreau, "Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail", RJS, 4/2000, p. 247s, spéc. p. 252. L'auteur souligne aussi les difficultés d'interprétation du texte : v. p. 254.

(150) Ph. Waquet, "La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail", RJS, 12/96, p. 798 ; G. Couturier, "Pot pourri autour des modifications du contrat de travail", Dr. soc. 1998.878. A. Bouilloux, "L'adaptabilité du contrat de travail", colloque de Lyon précité, Dr. Ouv. 1997.487 ; "Modification du contrat de travail et défense de l'emploi", colloque du SAF, Dr. Ouv. 1996. 49.

(151) Ce que souligne F. Saramito, "A la recherche d'une majorité dans la négociation collective", Dr. Ouv. 2000.428.

(152) I. Daugareilh, P. Iriart, V. Lacoste, "Le contenu des accords collectifs sur les 35 heures, observations à partir d'une analyse de 300 accords signés en Aquitaine", Dr. Ouv. 2001.277s. spéc. p. 289.

(153) G. Couturier, "La rémunération, élément du contrat de travail", Dr. soc. 1998. 523 ; E. Dockès, "Consécration de la nature contractuelle du salaire", RJS 1998. 168 ; Ph. Langlois, "La réduction du temps de travail et la rémunération", Dr. soc. 1998. 784. C. Radé, "Les limites du "tout contractuel"", Dr. soc. 2000. 828.

(154) P. H. Antonmattei, "Accord collectif et contrat de travail : liaisons dangereuses", Liaisons. soc. Mag. Nov. 1998. p. 56.

supérieures : les conditions de sa conclusion et la définition de ses signataires sont au premier plan. En 1979, Gérard Lyon-Caen dégagait *"la condition nécessaire qui seule rend significative et réelle la négociation collective : un certain équilibre des pouvoirs, des deux parties"* (155). Des obligations de négocier, notamment sur les salaires effectifs, ont été ultérieurement instaurées par le législateur (156) afin de contribuer à cet équilibre. Mais la négociation suppose des alternances de propositions et contre-propositions, et l'attitude récente du Medef, posant des ultimatums et cherchant à faire passer des textes sous la menace, a rappelé l'importance des rapports de force. Cette situation, ainsi que les transformations évoquées de la négociation collective rendent d'autant plus urgente l'adoption de nouvelles conditions de signature et de validité des accords collectifs.

1. La légitimité des signataires

La représentativité est pour un syndicat son *"aptitude à s'exprimer au nom d'une collectivité de travailleurs plus vaste que celle de ses adhérents"* (157), sans qu'il y ait représentation (158) au sens du droit civil. La qualité de syndicat représentatif conditionne l'habilitation à négocier selon le code du travail. Cette question est distincte de celle des conditions de conclusion des accords, mais une réflexion existe (159) sur l'opportunité de maintenir, surtout pour la négociation collective, la présomption de représentativité existant au profit des syndicats affiliés à une Confédération reconnue comme représentative au plan national par l'Etat. Dans les deux cas la prise en compte de l'audience des syndicats dans le cadre de négociation de l'accord est débattue. Le pluralisme syndical, inscrit dans le préambule constitutionnel et dans la convention n°89 de l'OIT a fait construire en France la représentativité syndicale sur l'idée de proportionnalité, opposée à l'idée majoritaire. Pourtant la recherche d'une majorité syndicale dans la négociation collective (160) est considérée aujourd'hui comme un facteur d'équilibre indispensable dans la négociation, concourant aussi à établir la légitimité des signataires. L'on s'aperçoit en

effet que la représentativité, qui devrait servir à assurer une correspondance entre la volonté des salariés et celle des syndicats les représentant, vise surtout à organiser le pluralisme (161).

Actuellement la conclusion d'accords collectifs à tous les niveaux peut se réaliser avec plusieurs, voire une organisation ne représentant qu'une minorité des salariés concernés. C'est vrai aussi bien dans les accords interprofessionnels (l'accord national interprofessionnel de mensualisation, qui n'avait été signé ni par la CFDT ni par la CGT fut pourtant étendu par une loi) (162), qu'au niveau l'entreprise, quelle que soit la nature de la négociation.

Introduire véritablement le "principe majoritaire" représenterait une rupture avec les pratiques et le droit en vigueur (163). Côté syndical, cette solution implique la volonté de s'engager dans une stratégie de proposition. Côté patronal, il serait plus difficile de tabler sur les divisions syndicales et d'obtenir certaines concessions. Pour le législateur, ce serait privilégier l'équilibre des forces dans la négociation sur une égalité abstraite entre les syndicats. En l'état, la représentation majoritaire est nécessaire pour l'exercice du droit de veto mis en œuvre par les lois Auroux pour faire obstacle à un accord dérogatoire (164), ou à la révision (à la baisse) d'une convention collective (165), au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Dans la loi du 19 janvier 2000 la signature par les syndicats majoritaires conditionne le bénéfice des allègements de cotisations sociales, mais l'organisation d'un référendum est offerte comme alternative (166).

Le droit communautaire favorise cette orientation : dans son arrêt du 17 juin 1998, le Tribunal de première instance a subordonné la validité d'un accord collectif européen au contrôle par la "Commission et le Conseil" du caractère suffisant de la représentativité cumulée des signataires (167), opérant une distinction entre le droit pour un "partenaire social" d'être consulté (ici par la Commission) et celui de participer à une négociation (168). Selon le TPI, cette représentativité cumulée doit s'apprécier en fonction du niveau de la

(155) G. Lyon-Caen, "Critique de la négociation collective", Dr. soc. 1979. 350.

(156) Article L. 132-27 c. trav.

(157) G. Couturier, Droit du travail, tome II Relations collectives, PUF, Droit fondamental.

(158) V. F. Petit, "La notion de représentation dans les relations collectives du travail", L.G.D.J. 2000, préface P. Rodière.

(159) D'abord dans les organisations syndicales ; puis dans les groupes de travail évoqués : forum parlementaire sur le dialogue social, Commissariat général au plan. "L'idée majoritaire en droit du travail" était le thème d'une réunion de l'AFDT, le 29 avril 2000 ; v. aussi C. Barberot, "Les acteurs de la négociation collective : leur représentativité", Dr. Ouv. 1998.332.

(160) Etude de F. Saramito précitée note 151.

(161) P. Rémy, "Représentation dans la négociation collective, les limites du principe majoritaire", Dr. Ouv. 1999.269.

(162) Loi du 19 janvier 1978, relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, réalisant l'extension de l'accord du 10 décembre 1977, que n'avaient signé ni la CGT ni la CFDT en raison des faibles apports de cet accord, comparé aux accords de mensualisation conclus dans les branches antérieurement.

(163) Sur les limites des changements qu'impliquerait l'introduction du principe majoritaire s'agissant des rapports entre la convention collective et le contrat de travail, v. P. Rémy, loc. cit.

(164) Article L. 132-26, c. trav.

(165) Art. L. 132-7.

(166) Loi du 19 janvier 2000, article 19-V^o2.

(167) TPI, 17 juin 1998, arrêt précité note 52.

(168) Point 78 de l'arrêt précité du TPI.

négociation (un accord interprofessionnel doit être signé par des organisations interprofessionnelles) et du contenu de l'accord (169).

Pour le reste, la grande faiblesse du droit communautaire est de ne pas traiter davantage de la définition des partenaires sociaux. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée à Nice en décembre 2000 rattache le droit syndical à la liberté de réunion et d'association, et affirme (article 28) le droit de négocier et de conclure des conventions collectives (et de recourir à la grève) pour "les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives", s'en tenant donc à une formule vague (170).

Le droit communautaire sera nécessairement confronté à la désignation des interlocuteurs habilités à conclure les conventions collectives (170 bis), auxquelles il fait une place importante (171) et qu'il soustrait au droit de la concurrence (172).

La "position commune" du 16 juillet 2001 fait une application limitée et compliquée du principe majoritaire, ses solutions étant proposées pour une période transitoire et expérimentale.

Les préconisations retenues pour les accords interprofessionnels ou de branche se résument à un droit d'opposition accordé à "la majorité des organisations syndicales représentatives" : cette formulation appelle les plus grandes réserves puisqu'elle ne fait référence qu'à une majorité calculée en fonction du nombre de syndicats présents dans la branche, non de leur audience. Pour la négociation d'entreprise, il reviendrait à la convention de branche de choisir entre l'accord majoritaire (173) pouvant être remplacé subsidiairement par le référendum, et le recours au droit de veto (174). En l'absence d'accord de branche, l'un ou l'autre mode de conclusion pourrait être choisi au niveau de l'entreprise, théoriquement du moins car il est douteux que beaucoup d'employeurs renoncent à la possibilité de conclure un accord avec des syndicats minoritaires. Ce dernier point a été particulièrement "chaud" dans la négociation entre le

patronat et les syndicats : le texte initial excluait le recours au principe majoritaire au niveau de l'entreprise en l'absence de clause en ce sens d'une convention de branche. La CFDT a considéré que le principe d'une place faite à l'accord majoritaire au niveau de l'entreprise suffisait à constituer "un pas en avant essentiel permettant d'engager une dynamique" (175).

S'agissant de déterminer la majorité dans l'entreprise, un consensus apparaît pour faire référence à la majorité des votants et non des inscrits tant pour l'exercice du droit d'opposition que pour la signature d'un accord : la révision des articles L. 132-26 et L. 132-7 s'impose à l'évidence. Mais pour l'extension du principe majoritaire au-delà de ces textes, la définition de seuils d'audience est également à envisager, si l'on veut ménager des transitions.

2. Les moyens de négocier

L'existence d'une négociation collective présuppose des interlocuteurs en mesure de négocier. Ce qui conduit à une multitude de conditions : présence de délégués syndicaux, délivrance d'informations adéquates, consultation des salariés, statut des négociateurs.

Le Code du Travail permet à une convention ou un accord collectif de prévoir des "clauses plus favorables" que la loi en matière d'exercice du droit syndical et d'institutions représentatives du personnel (176). Définir par contre les acteurs de la négociation ne saurait relever du domaine de la négociation collective en dehors d'un cadre législatif. Et renvoyer (177) à la fixation de règles par les conventions de branche reviendrait à prendre le risque d'un éclatement des modes de représentation du personnel dans l'entreprise. La prise en considération des formes nouvelles d'organisation du capital renforce cette critique : "par la sous-traitance ou la filialisation, les entreprises peuvent s'évader du cadre des branches et diversifier en quelque sorte leurs interlocuteurs et leurs conventions collectives, en privilégiant bien sûr les

(169) En l'occurrence, le tribunal de première instance a jugé qu'un accord collectif applicable à "toute relation de travail" devait être signé côté patronal par les organisations représentatives des employeurs, pas par des entrepreneurs.

(170) Dr. Ouv. 2001 p. 105 ; L'article 28 de la Charte est relatif au "droit de négociation et d'actions collectives". Il dispose : "les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève."

(170bis) La Commission, dans une communication du 14 décembre 1993, puis en 1996, a défini des critères en reprenant des propositions faites par la CES, l'UNICE et le CEEP. Ceci ne représente pas une réglementation communautaire.

(171) En ce sens, le rapport Supiot précité, p. 179.

(172) CJCE 21 septembre 1999, affaires 67/96 Albany, et 115 à 117/97 Brentjens, chronique Dr. Ouv. 2000. 137, et les observations CJCE 21 sept. 2000, aff. 222/98 Van der Wonde, Europe 2000.355, obs. L. Idot. V. aussi L. Idot, "Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ?", Europe n°11. 1999, p. 4s.

(173) Signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant obtenu au moins 50% des voix aux élections professionnelles.

(174) Le droit serait ouvert aux organisations syndicales représentatives ayant obtenu 50% des voix.

(175) Déclaration du bureau national de la CFDT du 19 juillet 2001.

(176) Ce sont les articles L. 412-21, L. 426-1, et L. 438-10 du code du travail. Ceci ne vaut pas pour les accords "atypiques" (Soc. 20 juin 2000, RJS 11/2000, n° 1108 ; Soc. 20 mars 2001, Dr. soc. 2001. obs. J. Savatier.

(177) Ce que fait la position commune précitée.

solutions socialement les moins contraignantes" souligne le rapport Supiot (178).

Le modèle proposé par ailleurs, inspiré des modalités offertes par la loi du 19 janvier 2000 pour la négociation des accords RTT, ne provoquera pas l'enthousiasme de qui a en mémoire les enseignements de la pratique du mandatement : souvent dans les faits un instrument utilisable par l'employeur, lequel s'adresse directement, le cas échéant, à une confédération syndicale : que devient le "droit des salariés à la négociation collective" !

La loi pourrait au contraire favoriser le développement de nouveaux cadres de négociation : négociation de groupe (179), de site, de territoire (en élargissant les possibilités offertes par l'article L. 132-30). Sortir d'une perspective du "tout négociation d'entreprise" est indispensable à la fois pour éviter que de nombreux salariés, occupés là où n'existe aucune représentation syndicale, soient en dehors de la négociation collective, et pour éviter la réduction de celle-ci à la "figure du contrat synallagmatique", en fait au passage en force de solutions patronales.

Parmi les innovations suggérées, deux sont intéressantes. L'une concerne les "réseaux d'entreprises", identifiés par l'existence de relations contractuelles durables (sous-traitance, intérim, concession etc.), qui peuvent représenter un nouvel espace pour une négociation collective se donnant pour objet la garantie de certains droits pour les travailleurs concernés (180) (mais s'ils ont un caractère transnational la loi nationale ne peut les appréhender que très partiellement). L'autre suggestion porte sur la mise en place au niveau de l'entreprise de garanties procédurales censées assurer l'équilibre contractuel (ou compenser le déséquilibre contractuel ?) Il s'agirait au minimum d'imposer des étapes dans la négociation (exemple : un accord préalable de méthode) susceptibles de créer une dynamique de compromis... Seraient à préciser les règles ébauchées par les articles L. 132-28 et L. 132-29.

L'on peut rapprocher de cette orientation certaines dispositions du projet de loi sur la modernisation

sociale : selon le texte adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale, un droit d'opposition est ouvert au comité d'entreprise sur un plan annoncé de restructuration de l'entreprise pouvant comporter des effets sur l'emploi, et la recommandation du médiateur, obligatoirement saisi, en cas d'acceptation par les deux parties, "*emporte les effets juridiques d'un accord*". La formule est assez révolutionnaire (bien qu'il ne soit pas question littéralement d'accord collectif) si l'on réalise que le comité d'entreprise n'est pas une instance de négociation (181). Elle fait penser la transposition inachevée de la directive communautaire sur les licenciements collectifs (182), mais cette rédaction n'est pas définitive...

L'évocation des rôles respectifs des syndicats et du comité d'entreprise conduit à ne pas ignorer celui des salariés. Le droit du travail français fait une place limitée au referendum (183). Les syndicats représentatifs étant les porte-parole des travailleurs dans la négociation collective, il leur appartient logiquement de connaître et faire connaître leurs aspirations à tout moment de la négociation, mais ils n'ont pas, généralement, les moyens de consulter l'ensemble du personnel : beau thème pour une négociation d'entreprise visant effectivement la démocratie sociale...

La liberté syndicale est le premier pilier de la "démocratie sociale" et cela n'est pas vrai seulement dans les pays en voie de développement. Comme le soulignait le Directeur général du B.I.T. dans son premier rapport sur le thème d'"un travail décent" (184) "développer des réflexes de consultation et de négociation demande du temps et de la constance" ; et d'évoquer les pratiques hiérarchiques en matière de personnel dans certaines entreprises. Faire passer le thème de la "démocratie sociale" de l'abstraction à la réalité des entreprises implique d'assurer la sécurité des syndicalistes et de combattre les discriminations qui les frappent. L'on sait que malgré l'ancienneté de l'article L. 412-2 (1956), puis de la convention 135 de l'OIT (1971), les difficultés de la preuve empêchèrent jusqu'à ces dernières années les victimes de discriminations syndicales de bénéficier de recours effectifs. Le

(178) Rapport Supiot précité p. 138 s.

(179) Le droit communautaire l'a rendue obligatoire la mise en place d'une instance d'information et de consultation dans les groupes de dimension communautaire (directive 94/45 du 22 septembre 1994).

(180) Cette proposition concernant les réseaux d'entreprise figure dans le rapport Supiot précité.

(181) Bien que la consultation du Comité avant la conclusion d'un accord collectif intervenant dans les domaines qui sont de sa compétence s'impose selon l'interprétation donnée de l'article L. 431-5 par Soc. 5 mai 1998, EDF, RJS 6/98, n° 750. v. M. Cohen, La consultation du CE avant la conclusion d'un accord collectif, RJS 6/98, p. 435s ; et D. Boulmier, "Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur", Dr. Ouv. 1998, 350s.

(182) Rappelons que la directive 98/59 du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs (JOCE du 12 août 1998, texte de la directive 75/129 du 17 février 1975 modifiée) prévoit dans son article 2-1 : "*lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord*".

(183) L'on renverra sur cette question aux développements de F. Saramito, article précité ; v. aussi B. Gauriau, "Le référendum, un préalable nécessaire", Dr. Soc. 1998, 337 ; et "Le référendum et les accords Aubry II", Dr. soc. 2000.311.

(184) Rapport 1999 du directeur général du B.I.T. que l'on peut télécharger sur le site Internet de l'OIT.

nouveau régime probatoire (185) dans la jurisprudence actuelle permet au salarié syndicaliste de soumettre avec des chances sérieuses de succès des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement, l'employeur devant établir que la disparité de situation est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (186). Les blocages de carrière, la stagnation des rémunérations peuvent être sanctionnés par les tribunaux (187).

Des négociations se sont engagées ponctuellement au niveau de l'entreprise ou de l'établissement pour effacer les discriminations salariales intervenues par une "remise à niveau" des rémunérations de certains militants. L'accord Peugeot-Sochaux du 11 septembre 1998 est l'exemple le plus connu (188), mais il a été suivi d'autres négociations, l'une étant en cours chez Renault. Après avoir apuré le passé, l'accord Peugeot traite aussi des "garanties futures", notamment par l'organisation de réunions annuelles d'examen de la situation des "mandatés de la CGT".

Négocier dans la branche sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales est un objectif de la position commune du 16 juillet 2001, qui en visage "de définir un certain nombre "d'actions positives" (189) destinées à traduire concrètement le principe de non-discrimination en raison de l'exercice d'activités syndicales. Il est vrai que la référence de la cour de cassation à la situation

identique" des salariés pour définir le champ de l'égalité de traitement conduit a contrario à promouvoir l'application de règles adaptées aux salariés devant consacrer une partie de leur temps et de leur énergie à l'exercice de leurs fonctions.

La négociation collective sur l'exercice du droit syndical dans les entreprises est un bon exemple de l'articulation des normes collectives et des normes étatiques : l'autonomie collective s'exerce dans le domaine des droits fondamentaux, ce qui élargit le champ de la négociation et fait empiéter techniquement l'ordre public social sur l'ordre public "absolu", mais outre le modèle légal minimum, s'imposent les principes constitutionnels du pluralisme syndical et de la non-discrimination. La lecture d'accords récents ayant donné lieu à publication (190) montre à quel point l'articulation classique, conforme au principe de faveur, ne s'oppose nullement à un dialogue social novateur, ici précisant les modalités de fonctionnement de la représentation du personnel et de la délégation syndicale. Dans tous ces accords l'idée que sont indissociables le développement du droit syndical et celui du dialogue social dans l'entreprise est mise en œuvre. Un accord traite de l'organisation des négociations, du droit d'initiative syndical (191). Ainsi coexistent, indissociables, règles de procédures et règles substantielles, règles négociées et règles impératives.

Michèle Bonnechère

 (185) V. "Le principe de non discrimination en droit social", colloque 2000 du SAF, Dr. Ouv. mai 2001, et particulièrement M.T. Lanquetin, "Le principe de non-discrimination", p. 186s.

(186) M. Henry, "Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations", actes du colloque précité, Dr. Ouv. 2001 p. 194.

(187) Soc. 26 mars 2000, Dr. Ouv. 2000. 176 ; Soc. 11 oct. 2000, RJS 12/2000, n° 1263.

(188) Son texte a été publié par la RPDS, oct. 1998. p. 333.

(189) La formule figurait déjà dans l'ANI du 31 octobre 1995.

 (190) Accord Renault du 23 juin 2000 sur la représentation du personnel et la concertation sociale. Liais. soc. 26 juill. 2000. C3. 383 ; Accord Federal Express sur le droit syndical, liais. Soc. 23 mars 2001, C3. 394 ; Charte sur la représentation du personnel de Alstom du 14 mai 2001, liais. soc. 19 juin 2001, C3.398.

(191) L'accord Federal Express précité distingue trois types de négociations : les réunions paritaires réunissant la direction et une délégation syndicale limitée en nombre – les réunions techniques de travail paritaires dont l'objet est un travail préparatoire – les réunions préparatoires programmées et décidées par les seules organisations syndicales.