

# L'articulation des normes conventionnelles\*

par *Gilles AUZERO*, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV,  
Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (UMR 5114)

## PLAN

### I. Les principes nouveaux de l'articulation des normes conventionnelles

- A. L'accord de branche écarté par l'accord d'entreprise
- B. L'accord de branche supplanté par l'accord d'entreprise

### II. La détermination de la norme conventionnelle applicable

- A. L'articulation des mécanismes de dérogation et de supplévitivité
- B. Les concours d'accords dérogatoires

**En 1971, le législateur reconnaissait l'existence d'un « droit des travailleurs salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales ». Ce droit fondamental, qui figure aujourd'hui sous une formule quelque peu modernisée à l'article L. 2221-1 du Code du travail, trouve à s'exercer, dans notre système juridique, à différents niveaux. La négociation collective peut ainsi être menée dans l'établissement, l'entreprise, la branche ou encore au niveau interprofessionnel (1). Il résulte de cela qu'un employeur peut être tenu d'appliquer simultanément une pluralité de textes conventionnels à ses salariés. Dans une telle hypothèse, il importe de déterminer de quelle manière ces différents conventions et accords collectifs de travail vont s'articuler. Il importe à cet égard de relever que, depuis la recodification, le Livre II de la deuxième partie du Code du travail comporte un titre V intitulé « Articulation des conventions et accords ». Cette « innovation » s'explique sans doute par les modifications profondes que cette question a récemment subie. Nous verrons cependant que les dispositions qui figurent dans ce titre ne permettent pas de régler l'ensemble des problèmes suscités par l'articulation des normes conventionnelles.**

**Jusqu'à une date relativement récente, les concours entre conventions et accords collectifs de travail conclus à des niveaux différents se réglaient par l'application quasi exclusive du principe de faveur. Pour aller à l'essentiel (2), celui-ci exige que les droits attribués aux salariés par la convention ayant la portée géographique la plus étendue ne soient pas limités ou supprimés par une convention ayant un champ d'application plus limité. La convention à moindre rayonnement peut uniquement contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs (3). Cette présentation peut accréditer l'idée qu'existe une certaine hiérarchie entre les conventions et accords collectifs de niveaux différents. Largement discutée en doctrine, cette thèse s'avère sinon fautive, du moins excessive. Du fait de l'autonomie contractuelle des négociateurs, il ne peut y avoir aucune supériorité d'un accord sur un autre (4). En revanche, lorsque deux clauses concernant le même objet sont contenues dans deux conventions distinctes, on applique une seule clause à**

\* Cet article est issu d'une communication présentée lors d'une journée consacrée aux "Négociations en droit du travail", organisée par l'Institut du travail de Bordeaux (Université Montesquieu, Bordeaux IV).

(1) A cela il faut encore ajouter la possibilité pour les négociateurs de déterminer le champ d'application géographique de la convention ou de l'accord, ce qui peut par exemple conduire à l'existence de conventions de branche locales, départementales ou encore régionales.

(2) Pour plus de développements sur la question, v. Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, p. 341 et s.

(3) J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24<sup>e</sup> éd., 2008, avec notre coll., § 1103.

(4) On verra plus avant qu'à certains égards il est désormais possible de faire état d'une hiérarchie des normes conventionnelles.

la relation de travail : celle qui est la plus avantageuse pour les salariés, à l'exclusion de tout cumul d'avantages se rapportant à la même « cause » (5).

Tel qu'il vient d'être décrit, le principe de faveur n'a pas, et c'est heureux, complètement disparu en tant que mode de résolution des concours de normes conventionnelles. Toutefois, il subit désormais la concurrence de nouvelles règles d'articulation des conventions et accords collectifs de travail. La première brèche de grande ampleur dans cet ordonnancement des textes conventionnels est intervenue avec la loi du 4 mai 2004 qui, au moins d'un point de vue juridique, a constitué un véritable séisme (6). A l'instar de ce qu'il avait prévu dès 1982 pour les rapports entre la loi et la convention collective, le législateur a permis aux négociateurs d'un texte conventionnel de déroger à une convention ou un accord collectif conclus à un niveau supérieur (7). Il y a là un changement d'ampleur, car permettre à la norme de rang « inférieur » de déroger à celle qui lui est « supérieure », c'est permettre à la première d'écarter la seconde dans un sens qui n'est pas nécessairement plus favorable pour les salariés. Cela étant, on s'accordera avec un auteur pour considérer que « *l'accord dérogatoire ne se définit pas par sa nature foncièrement transgressive du principe de faveur : il est d'abord celui qui se soustrait au débat sur le caractère plus ou moins favorable de ses stipulations (...). L'accord dérogatoire n'inspire qu'une certitude : il n'est pas, de façon exclusive et évidente, plus favorable* » (8).

Développant ce qu'il est convenu d'appeler la « politique contractuelle », la réforme de 2004 pouvait être considérée comme une forme de consécration de l'autonomie normative des partenaires sociaux, en les affranchissant des contraintes que faisaient peser sur eux les normes conventionnelles de niveaux supérieurs. Mais elle a surtout fait naître de grandes craintes du point de vue des risques qu'elle comportait en termes de régressions sociales. Plus précisément, ces craintes se portaient principalement sur la négociation d'entreprise. Il n'est en effet guère besoin de s'étendre sur le fait qu'à ce niveau, le rapport de force qui s'établit lors de la négociation collective peut s'avérer défavorable aux salariés, en raison principalement de la faiblesse de l'acteur syndical.

Ces craintes allaient toutefois s'avérer infondées pour la simple raison que la loi du 4 mai 2004 portait en elle ses propres limites en permettant aux négociateurs de branche d'interdire purement et simplement la dérogation aux conventions et accords collectifs d'entreprise. Ces derniers ne s'étant pas privés d'user de cette faculté en fait, le bouleversement apporté par la réforme précitée allait au fond se limiter à la réécriture des textes du Code du travail. Fort de ce constat, le législateur allait de nouveau intervenir afin de libérer la négociation d'entreprise du carcan des conventions de branche. Pour ce faire, il a usé d'une technique pour le moins astucieuse, en permettant à l'accord d'entreprise non pas de déroger à la convention de branche, mais de la supplanter, en conférant à cette dernière un caractère supplétif. Pour être limité à certaines questions intéressant le temps de travail, le changement est de taille. Il n'est plus question ici d'avoir le moindre égard aux stipulations de la convention de branche. Priorité est donnée à l'accord d'entreprise qui s'applique de préférence à celle-ci sans qu'il y ait à accorder le moindre égard à son caractère plus ou moins favorable.

Susceptible de faire l'objet de dérogations au niveau de l'entreprise en 2004, la convention de branche devient supplétive des accords conclus à ce même niveau en 2008, sans que la dérogation ait pour autant disparu. Au-delà du regard critique qui peut être porté sur ces évolutions, il importe de souligner toute la difficulté qu'il y a aujourd'hui à articuler les normes conventionnelles. Alors que jusqu'en 2004, le concours de conventions collectives exigeait de faire appel au seul principe de faveur, celui-ci doit désormais être concilié avec la dérogation et la supplétivité. Cela n'en rend que plus difficile la détermination de la norme conventionnelle applicable à la relation de travail (II), alors même qu'à s'en tenir aux seules règles de principe, l'articulation nouvelles des normes conventionnelles se laisse relativement facilement appréhender (I).

(5) V. en ce sens, J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *ibid.*

(6) Sur la genèse de cette loi v. M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation » : Dr. soc. 2004, p. 579.

(7) Une telle faculté existait antérieurement à la loi de 2004, mais elle était prévue dans la loi de manière extrêmement marginale. Ainsi, l'ancien article L. 132-24 du Code du travail, issu de la loi du 13 nov. 1982, permettait à l'accord d'entreprise de

déroger à l'accord de branche en matière salariale à condition de respecter certaines limites. Ce texte n'a pas été modifié en 2004 (C. trav., art. L. 2253-4).

(8) P. Morvan, « L'articulation des normes sociales à travers les branches » : Dr. soc. 2009, p. 679, spéc., n° 3. Il faut ajouter que le législateur ne rapporte jamais la dérogation à l'accord dans son ensemble, mais à tout ou partie de ses « stipulations ».

# I. Les principes nouveaux de l'articulation des normes conventionnelles

Gouvernée pendant de nombreuses années par le seul principe de faveur, l'articulation des normes conventionnelles fait désormais appel à deux autres mécanismes : la dérogation et la supplétivité. Ainsi qu'il a été démontré en doctrine, ces notions ne doivent pas être confondues (9). Tandis que la dérogation ne peut se concevoir sans une règle de référence sur laquelle elle repose, la supplétivité opère un renversement de perspective puisque la règle supplétive n'a vocation à s'appliquer que si aucune autre règle portant sur le même objet n'existe (10). Pour être nécessaire, cette distinction peut laisser de marbre puisqu'au final, le résultat se trouve être le même : une norme conventionnelle de niveau « inférieur » va s'appliquer de préférence à celle de niveau « supérieur », alors même qu'elle n'est pas plus favorable (11). Pour rendre compte de cela de manière plus précise, il faut s'attacher à l'articulation entre accord de branche et accord d'entreprise (12). Tandis que la dérogation permet à l'accord d'entreprise d'écartier l'accord de branche (A), la supplétivité autorise le premier à supplanter le second (B).

## A. L'accord de branche écarté par l'accord d'entreprise

Ainsi qu'il a été relevé en introduction, l'innovation de la loi du 4 mai 2004 est d'avoir permis à des accords d'entreprise de déroger à des accords de branche. Cette possibilité est aujourd'hui affirmée par l'alinéa 2 de l'article L. 2253-3 du Code du travail, qui dispose que « *la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial*

*ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement* ».

Le texte ne laisse aucune place au doute : dans les rapports entre accord de branche et accord d'entreprise ou d'établissement, le principe est désormais la dérogation. On peut toutefois se demander si la dérogation n'est pas plus largement ouverte. Il semble en effet possible à un accord d'entreprise de déroger à un accord de branche, mais aussi à un accord interentreprises (13) ou encore à un accord de groupe. Il s'agit là en effet d'accords « *couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* ». Pour la même raison, un accord d'établissement paraît pouvoir déroger à un accord d'entreprise, interentreprises ou de groupe (14). Il est en revanche certain qu'un accord de niveau « supérieur » ne peut déroger à un accord de niveau « inférieur ». Dans un tel cas, le principe de faveur reprend vie.

Ce principe de faveur va trouver à s'appliquer dans d'autres hypothèses. Tout d'abord, le législateur interdit à un accord d'entreprise ou d'établissement de déroger à une convention de branche ou à un accord professionnel ou interprofessionnel en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle (C. trav., art. L. 2253-3, al. 1<sup>er</sup>) (15). Ensuite, la dérogation n'est ouverte au niveau de l'entreprise ou de l'établissement que si l'accord de branche n'en dispose pas autrement. En d'autres termes, et curieusement, en la matière « *qui ne dit mot, consent* » (16). Cette assertion ne saurait être considérée comme simplement anecdotique. Il faut ici rappeler que l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 (non codifié) dispose que « *la valeur hiérarchique accordée par leurs*

(9) V. notamment sur la question S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail » : RDT 2009, p. 83 ; P. Morvan, art. préc.

(10) S. Frossard, *ibid.*

(11) Certains auteurs ajoutent même à la règle dérogeable et à la règle supplétive une règle « subsidiaire » (V. P. Morvan, art. préc.).

(12) Nous laisserons donc de côté dans les développements qui suivent les rapports entre accords de branche ou professionnels et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Affectée par la dérogation, cette articulation n'est toutefois pas concernée par la supplétivité.

(13) On songe plus particulièrement ici aux accords négociés et conclus au niveau d'une unité économique et sociale.

(14) V. en ce sens, P. Morvan, art. préc., p. 662. *Contra*, Fl. Canut, « Le nouvel ordonnancement juridique » (Dr. soc. 2010 p. 379, art. également disponible sur le site internet de l'Association française de droit du travail). Pour ce dernier auteur, la dérogation devant être interprétée strictement, un accord d'établissement ne devrait pas pouvoir déroger à un accord d'entreprise et, pour la même raison, accord

d'entreprise ou d'établissement ne sauraient déroger à un accord de groupe.

(15) Relevons que cet alinéa premier dispose que, dans ces matières, « *un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels* ». Si l'on accepte de lire l'alinéa second de l'article L. 2253-3 à la lumière du premier, la dérogation ne semble permise qu'entre accord d'entreprise ou d'établissement et accord de branche.

(16) A cet égard, l'articulation entre accord de branche et accord de groupe est plus respectueuse du consentement des négociateurs de niveau supérieur puisque la dérogation n'est possible qu'avec l'autorisation expresse de l'accord de branche (C. trav., art. L. 2232-35). Cet renversement de perspective s'explique surtout par le fait qu'une dérogation par accord de groupe est difficile à mettre en œuvre dans la mesure où les entreprises du groupe peuvent relever de conventions de branche différentes (V. en ce sens, G. Vachet, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? » : Dr. soc. 2009, p. 896, spéc., p. 897).

signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs ». Quoique d'une interprétation délicate, ce texte confère aux conventions de branche ou interprofessionnelles conclues avant le 6 mai 2004 ce qu'un auteur a pu justement qualifier d' « *immunité de dérogation* » (17), jusqu'à ce qu'intervienne leur dénonciation suivie de la signature d'une nouvelle convention. Il faut toutefois tenir compte des éventuels avenants de révision aux conventions de branche ou interprofessionnelles qui seraient conclus postérieurement à la loi du 4 mai 2004. Ces avenants devraient supporter la dérogation, sauf stipulations contraires (18).

Les partenaires sociaux ont assez tôt pris conscience du pouvoir qu'ils avaient, lors de la conclusion de conventions de branche, d'interdire la dérogation. Les évaluations et appréciations réalisées sous l'égide du ministère du Travail ont en effet démontré que les conventions de branche conclues postérieurement à la loi du 4 mai 2004 comportaient, pour la plupart d'entre elles, une clause d'impérativité, conférant ainsi à la réforme l'effet d'un « *coup d'épée dans l'eau* » (19). Ce faisant, l'articulation des normes négociées restait donc dominée, comme avant, par le principe de faveur. Le législateur aurait pu faire preuve de patience face à une situation qui n'était peut-être que transitoire eu égard aux changements profonds apportés par la loi de 2004. Il a toutefois préféré reprendre sa baguette d'apprenti-sorcier pour franchir une étape supplémentaire, consistant à permettre à l'accord d'entreprise de supplanter purement et simplement l'accord de branche.

## **B. L'accord de branche supplanté par l'accord d'entreprise**

Faisant preuve d'une prudence de bon aloi, les parties signataires de la Position commune du 9 avril 2008 avaient stipulé, dans un article 17, « *que des accords d'entreprise conclus avec des organisations syndicales représentatives et ayant recueilli la majorité absolue des voix aux élections peuvent, dès à présent, à titre expérimental, préciser l'ensemble des conditions qui*

*seront mises en œuvre pour dépasser le contingent conventionnel d'heures supplémentaires prévu par un accord de branche antérieur à la loi du 4 mai 2004 (...)* ». Déjouant les prévisions des partenaires sociaux, le législateur a, à la fois, écarté toute idée d'expérimentation et dépassé la seule question du contingent annuel d'heures supplémentaires.

Sur plusieurs questions intéressant le temps de travail (20), la loi du 20 août 2008 donne priorité à l'accord d'entreprise ou d'établissement, ramenant la convention de branche au rang de simple règle supplétive. Ainsi, l'article L. 3121-11 dispose désormais que « *des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche* ». Là encore le texte ne laisse aucune place au doute : priorité est donnée au niveau le plus décentralisé pour la détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires. Un tel mécanisme exclut, d'une part, tout concours de normes et écarte, d'autre part, toute interrogation sur ce qu'autorise la norme négociée au niveau supérieur. Si le contingent est fixé par un accord d'entreprise ou d'établissement, seul ce dernier trouve à s'appliquer, qu'il soit plus ou moins important que le contingent fixé par une norme d'un niveau supérieur. Ce n'est qu'à défaut d'accord d'entreprise ou d'établissement que s'applique la convention de branche et, à défaut de tout accord collectif, que s'applique le contingent réglementaire (21).

La même logique est à l'œuvre pour le remplacement du paiement d'heures supplémentaires par un repos compensateur (22), pour la mise en place de conventions de forfait sur l'année (C. trav., art. L. 3121-39) (23), pour la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année (C. trav., art. L. 3122-2) et pour la mise en place d'un compte épargne-temps (C. trav., art. L. 3152-1).

On aura donc compris que, dans ces matières, les négociateurs se trouvent, au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, libérés de tout carcan. Ce qu'il est convenu d'appeler l' « *autonomie normative* » trouve ici

(17) P. Morvan, art. préc., p. 681.

(18) V. aussi, sur la possibilité de « *nover* » l'accord de branche, P. Morvan, *ibid.*

(19) J.-Y. Kerbourc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large » : Dr. soc. 2008, p. 834.

(20) M. Grévy « Où en est le temps de travail ? » Dr. Ouv. 2009, p. 192 (rect. p.255)

(21) Rappelons qu'en application de l'article D. 3121-14-1, le contingent annuel d'heures supplémentaires est fixé à 220 heures par salarié. Compte tenu de la grave crise économique que traverse notre pays, on peut penser que les entreprises susceptibles de faire effectuer de nombreuses heures supplémentaires à leurs salariés sont en nombre limité.

(22) C. trav., art. L. 3121-24 : « *Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations prévues à l'article L. 3121-22, par un repos compensateur équivalent* ».

(23) En respectant le même ordre de priorité, l'accord collectif fixe le nombre de jours travaillés dans l'année dans la limite de 218 jours (C. trav., art. L. 3121-44). Ce même accord prévoit le nombre maximum de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié renonce à une partie de ses jours de repos, sans pouvoir excéder 235 jours. Ainsi que le relève Florence Canut, les dispositions relatives au forfait annuel en jours mobilisent simultanément les techniques de la dérogation et de la supplétivité (art. préc., p. 13).

quelque raison d'être. Promu au rang de norme de référence, l'accord d'entreprise ou d'établissement aurait l'avantage d'assurer la mise en œuvre d'un « principe de proximité », permettant d'adapter au mieux les règles à la réalité du terrain, tout en assurant un meilleur respect des règles qui sont au préalable discutées et acceptées et non imposées de l'extérieur (24). Cette présentation ne peut cependant être admise sans que l'on ait égard à l'influence et à la force de l'acteur syndical dans l'entreprise ou l'établissement. Sans doute pourra-t-on avancer que la loi du 20 août 2008 offre, de ce point de vue, quelques garanties, que ce soit en renforçant la représentativité des syndicats ou en conférant aux accords d'entreprise ou d'établissement une légitimité accrue. Toute entière fondée sur l'audience électorale, cette réforme ne suffira certainement pas à remédier à la faiblesse du syndicalisme dans l'entreprise. En outre, on peut s'interroger sur les marges de manœuvre de négociateurs peu ou pas formés, qui risquent d'être confrontés à un chantage à l'emploi.

Par ailleurs, et ainsi que l'ont d'ores et déjà relevé nombre d'observateurs (25), en accordant une prééminence à la négociation d'entreprise ou d'établissement, on favorise la multiplication des règles, conduisant à une inégalité entre les entreprises. Ainsi qu'il a été relevé à très juste titre, laisser ces dernières « libres de s'organiser comme bon leur semble sur des questions aussi cardinales que la durée du travail et le nombre d'heures supplémentaires revient à organiser la mise en concurrence de ces règles elles-mêmes et à faire un peu plus des règles d'organisation du travail une variable de la compétitivité » (26).

L'avenir nous dira si ces craintes s'avèrent fondées. Pour l'heure, et de manière plus prosaïque, il convient de s'interroger sur la détermination de la norme conventionnelle applicable dans l'entreprise ou l'établissement, consécutivement aux changements apportés par les lois de 2004 et de 2008.

## II. La détermination de la norme conventionnelle applicable

La détermination de la norme conventionnelle applicable à la relation de travail ne paraît présenter une difficulté que lorsque plusieurs textes conventionnels sont simultanément applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Or, les mécanismes de la dérogation et de la supplétivité simplifient *a priori* cette démarche dans la mesure où ils écartent précisément tout concours. Lorsque l'accord de branche permet à l'accord d'entreprise ou d'établissement de comporter des stipulations dérogoires, seules ces dernières trouvent à s'appliquer. De même, dans les cas où l'accord de branche est supplétif de la volonté des négociateurs au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, seul l'accord conclu à ce niveau doit être respecté.

On ne peut toutefois s'en tenir là, car il est au moins deux situations qui échappent à ce schéma (27). Tout d'abord, il convient de s'interroger sur l'articulation entre dérogation et supplétivité (A). Ensuite, et pour s'en tenir au premier de ces mécanismes, il faut envisager l'éventualité d'un concours d'accords dérogoires (B).

### A. L'articulation des mécanismes de dérogation et de supplétivité

Il s'agit ici de savoir comment concilier l'ordonnancement des normes conventionnelles résultant de la loi de 2008, marquée par la supplétivité, avec celui institué par la loi de 2004, donnant libre cours à la dérogation sous réserve de l'autorisation de la branche. Un exemple permet de mieux comprendre le problème. L'article L. 3121-11 du Code du travail, qui privilégie l'accord d'entreprise ou d'établissement pour la fixation du contingent annuel d'heures supplémentaires, permet-il aux négociateurs de s'affranchir de l'interdiction de déroger sur ce point, stipulée par un accord de branche ?

Il faut rappeler qu'afin de libérer immédiatement la négociation d'entreprise du carcan de la branche, la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail prévoyait que les clauses des conventions antérieures relatives aux heures supplémentaires resteraient en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009. Cette disposition n'a pas été du goût du Conseil constitutionnel qui l'a censurée en considérant qu'elle portait aux conventions existantes

(24) V. en ce sens, S. Frossard, art. préc., p. 88.

(25) V. notamment, S. Frossard, art. préc., p. 89 ; G. Vachet, art. préc., p. 899.

(26) S. Frossard, *ibid.*

(27) Il faut ici admettre que l'absence de concours, telle qu'elle a été présentée, risque d'être fort rare. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait en effet que l'accord de branche soit ouvert à la dérogation pour l'ensemble de ses stipulations. Juridiquement possible, cette situation apparaît fort peu envisageable en fait. Quant à la supplétivité, nous avons vu qu'elle ne concerne pour l'heure que certaines matières.

une atteinte non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Pour autant, et de manière quelque peu surprenante, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins affirmé que les dispositions de l'article L. 3121-11 « s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise, nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans des accords de branche » (28).

Le message du Conseil constitutionnel est clair : la clause de verrouillage stipulée dans l'accord de branche ne peut interdire à l'accord d'entreprise de prévoir un contingent d'heures supplémentaires différent de celui prévu par l'accord de branche. Cette position semble rejoindre l'esprit, sinon la lettre, de la loi de 2008. Dans la mesure où celle-ci permet à l'accord d'entreprise ou d'établissement de supplanter l'accord de branche, elle neutralise par-là même la stipulation interdisant la dérogation (29). On ne peut toutefois s'empêcher de trouver paradoxale la décision du Conseil constitutionnel qui censure une disposition de la loi portant une atteinte injustifiée à la liberté contractuelle, tout en permettant aux parties à la négociation d'entreprise de s'affranchir de la volonté des négociateurs de branche (30). La contradiction peut toutefois n'être qu'apparente puisque c'est un contrat qui remet au fond en cause un autre contrat et non la loi. On est alors tenté de considérer que certaines manifestations de volonté sont plus puissantes que d'autres. Ne pourrait-on toutefois reprocher aux parties à l'accord de branche de méconnaître la force obligatoire du contrat, dès lors qu'elles arrêtent au niveau de l'entreprise des stipulations en violation de leur engagement au niveau de la branche ? (31)

Par ailleurs, et ainsi que le relève Mme Florence Canut (32), on peut s'interroger sur le champ couvert par l'application immédiate de la loi nouvelle. Dans la décision du Conseil constitutionnel, n'étaient en effet en cause que les règles relatives à la détermination du contingent d'heures supplémentaires, les modalités de dépassement de ce contingent et la contrepartie en repos. *Quid* des autres hypothèses dans laquelle la loi ravale l'accord de branche au rang de simple règle supplétive ? On comprendrait cependant mal que la

solution évoquée précédemment ne vaille que pour les contingents annuels d'heures supplémentaires. Il reste à savoir si la Cour de cassation entendra respecter la position du Conseil constitutionnel.

Si l'articulation des mécanismes de la supplétivité et de la dérogation fait naître de sérieuses difficultés, ce dernier mécanisme pose à lui seul d'importantes questions relativement à l'éventualité d'un concours d'accords dérogatoires.

## B. Les concours d'accords dérogatoires

A nouveau un exemple permet de mieux situer le problème. En application de l'article L. 3121-22 du Code du travail, les heures supplémentaires donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires et de 50 % pour les heures suivantes. Toutefois, une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir un taux de majoration différent, sans pouvoir être inférieur à 10 %. Supposons qu'un accord de branche étendu, conclu postérieurement à la loi de 2004, fixe la majoration à 20 % sans interdire à l'accord d'entreprise d'y déroger (33). Aucune difficulté ici : l'accord d'entreprise s'appliquera exclusivement, qu'il soit plus ou moins favorable (34). Le problème va toutefois naître si, postérieurement à la signature de l'accord d'entreprise fixant par exemple la majoration à 15 %, l'accord de branche est révisé et fixe celle-ci à 10 %. Quel accord appliquer dans ce cas ?

Il est évidemment tentant de résoudre ce concours par l'application du principe de faveur. Cela semble difficile à admettre dans la mesure où « la notion de dérogation recuse par nature le débat sur le caractère plus ou moins favorable des avantages en présence » (35). Faut-il alors considérer que si un accord de branche est conclu postérieurement à un accord d'entreprise et qu'il confère plus de possibilités de dérogations, il doit écarter l'accord d'entreprise ? Certains auteurs le pensent, en avançant de sérieux arguments (36). Cela peut cependant être contesté. Tout d'abord, dans la mesure où la branche laisse le champ libre à la dérogation, les

(28) Cons. const. 7 août 2008, déc. n° 2008-568 DC, consid. 18 à 20.

(29) V. aussi en sens, P. Morvan, art. préc., p. 684. V. également dans le même sens, mais de manière plus mesurée, Fl. Canut, art. préc., p. 14.

(30) V. en ce sens, Fl. Canut, *ibid.*

(31) Pour admettre cela, il faudrait encore constater que les parties à l'accord d'entreprise ne sont pas des tiers par rapport à l'accord de branche, ce qui ne va pas de soi.

(32) Fl. Canut, art. préc., pp. 14 et 15.

(33) On peut, avec un autre auteur (P. Morvan, art. préc., note 30), se demander s'il est véritablement au pouvoir des

négociateurs de branche d'interdire la dérogation au niveau de l'entreprise, alors que celle-ci est autorisée expressément à la loi et que si dérogation il y a, c'est d'abord à l'égard de la loi. En d'autres termes, l'accord de branche interdirait moins de déroger à ses propres dispositions qu'à celles de la loi.

(34) Si l'accord de branche interdit la dérogation, l'accord d'entreprise ne peut qu'être plus favorable. De même, l'accord d'entreprise plus dérogatoire ne peut s'appliquer que s'il est conclu postérieurement à l'accord de branche.

(35) P. Morvan, art. préc., p. 686. V. aussi dans le même sens, G. Vachet, art. préc., p. 898.

(36) G. Vachet, *ibid.*

négociateurs au niveau de l'entreprise auraient pu, pour reprendre l'exemple précité, limiter la majoration pour heures supplémentaires à 10 %, sans attendre une stipulation de l'accord de branche. Ensuite, l'employeur ayant pris l'engagement de verser une majoration de 15 %, on peut trouver critiquable qu'en violation de son engagement, il applique une majoration de 10 %, serait-elle prévue par l'accord de branche (37).

Au demeurant, il faut ici rappeler les dispositions de l'article L. 2253-2 du Code du travail, aux termes duquel « lorsqu'une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel vient à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou d'accords d'entreprise ou d'établissement négociés conformément au présent livre, les stipulations de ces derniers sont adaptées en conséquence ». Ce texte avait tout son sens lorsque régnait en maître le principe de faveur. Il permettait, au regard de ce principe, de mettre l'accord d'entreprise en cohérence avec l'accord conclu à un niveau supérieur. Cela étant, si l'accord d'entreprise n'était pas « adapté », c'est la convention de branche qui s'appliquait. Le respect de ce texte lorsque sont en cause des accords dérogatoires ne va pas sans poser problème, notamment dans le cas évoqué de l'accord de branche plus dérogatoire conclu postérieurement à l'accord d'entreprise (38).

Dans cette hypothèse, il y a deux possibilités. Les parties peuvent adapter l'accord d'entreprise en reprenant les stipulations de l'accord de branche, voire, si cela est encore possible, en y dérogeant. Si, en revanche, les négociateurs au niveau de l'entreprise ne parviennent

pas à un accord, seul l'accord d'entreprise doit s'appliquer, serait-il moins dérogatoire que l'accord de branche. Il en va ici du respect par l'employeur de ses engagements. Cela rejoint en outre la volonté du législateur de privilégier la négociation au plus près du « terrain ». Alors que l'échec de la « négociation d'adaptation » conduit à l'application de l'accord de branche lorsqu'est en cause le principe de faveur, c'est l'accord d'entreprise qui doit seul être respecté lorsque l'on est dans le domaine de la dérogation.

Il reste à évoquer le cas dans lequel l'accord de branche conclu postérieurement à l'accord d'entreprise est plus favorable que lui. Faut-il adapter en conséquence ce dernier, conformément aux prescriptions de l'article L. 2253-2 ? Cela peut paraître discutable dès lors que, précisément, l'accord d'entreprise peut déroger à l'accord de branche. Certains considèrent toutefois que la seule réponse logique est d'admettre que l'accord d'entreprise ne peut déroger qu'à un accord de branche antérieur (39).

Il n'y a là qu'une des nombreuses difficultés posées par l'avènement des mécanismes de la dérogation et de la supplétivité. Compte tenu des enjeux en cause et du nombre de salariés concernés, il est à espérer que la Cour de cassation sera rapidement saisie de ces difficultés. Ainsi que nous l'avons laissé entendre à plusieurs reprises, celle-ci pourrait, à cette occasion, renouer avec la nature contractuelle de l'accord collectif de travail, spécialement lorsqu'est en cause un acte juridique conclu au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, dont il n'a jamais été dit qu'il avait rang de « loi professionnelle ».

**Gilles Auzero**

(37) On ne cachera pas avoir pleinement conscience du caractère contestable d'une telle assertion, ne serait-ce que parce qu'elle conduit au fond à méconnaître la nature réglementaire de la norme conventionnelle. On peut toutefois se demander si le mécanisme de la dérogation n'invite pas à attacher plus d'importance à la nature contractuelle de l'accord collectif et, plus précisément, aux engagements de l'employeur.

(38) Ce texte n'a, en revanche, aucun sens lorsque l'accord d'entreprise peut supplanter l'accord de branche puisque, dans ce cas, seul le premier trouve à s'appliquer.

(39) Fl. Canut, art. préc., p. 9.

Les universités de Lyon 2 et Saint-Etienne organisent  
les 25 et 26 juin 2010 des journées  
"Autour des travaux d'Antoine Jeammaud"

Rens. : [www.afdt-asso.fr](http://www.afdt-asso.fr)