

Négociation collective : arrêter le massacre

Première partie : La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail

par *Mireille POIRIER*,
Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (1)

I. La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail

A. La conception
progressiste du droit
du travail

B. La conception
statique du droit
du travail

C. Les conceptions
régressives du droit
du travail

« *Le pouvoir politique est plus apte que la négociation sociale à imaginer, à réformer, à concilier, à dégager une norme acceptable et acceptée.*

*On a parlé à tort et à travers du dialogue social ;
il ne saurait remplacer l'exercice de la démocratie ».*

Gérard Lyon-Caen (2)

Du « dialogue social entre partenaires sociaux » il ne sera point question ici. Même vif ou animé, un dialogue reste un entretien entre deux personnes : une conversation, un tête-à-tête, un ensemble de paroles échangées (3). *Verba volant* (les paroles s'envolent) considèrent à juste titre les juristes (4). Le qualificatif social est, quant à lui, dénué de toute signification juridique précise (5). Enfin, depuis quand et par quel miracle les organisations patronales et syndicales se sont-elles muées en partenaires ? Comme cela a été démontré, le droit du travail est là pour civiliser (6) les rapports antagonistes (7) entre les deux parties à la relation de travail. Acteurs certes, partenaires certainement pas.

C'est ainsi que le droit s'intéresse, depuis fort longtemps, à toute discussion entre employeurs et salariés destinée à produire des effets juridiques – discussion qui prend la forme d'une négociation, qu'elle soit individuelle ou collective (8). Par exemple, la conclusion du contrat de travail pourra être précédée d'une période précontractuelle destinée à en négocier les termes. Cependant, comme chacun sait, les salariés sont très rarement en position de négocier le contenu de leur contrat de travail, surtout en période de chômage massif. « *L'inégalité économique et la subordination juridique vident de sens la négociation individuelle entre un employeur et un salarié* » (9).

(1) Un grand merci à Martine Lacroix. Un grand merci aussi à l'apprenti-juriste qui retrouvera dans ces lignes nos discussions animées, et par là-même se reconnaîtra.

(2) « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », Dr. Soc. 2003, p. 355, sp. p. 356.

(3) Cf. Petit Robert

(4) « *Cause toujours - tu m'intéresses* » traduit la voix populaire.

(5) Gérard Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualificatif », *Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 345, sp., p. 346.

(6) Cf. Alain Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », Dr. Soc. 1990, p. 485.

(7) Cf. Gérard Lyon-Caen, « Fondements historiques et rationnels du droit du travail », Dr. Ouv. 1951, p. 1, reproduit au Dr. Ouv. fév. 2004, p. 52, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(8) Il existe une très abondante littérature sur la négociation collective. Cf. notamment Roger Pascré, « Le « contrat collectif

d'entreprise » dévastateur », Dr. Ouv. 1985, p. 266 ; Gérard Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », Dr. soc. 1985, p. 501 et « Pour une réforme enfin claire et imaginative de la négociation collective », précité ; Marie-Armelle Rotchild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse Paris-I, 1986 ; Michel Despax, « La place de la convention collective dans le système conventionnel », Dr. Soc. 1988, p. 8, et « Les paradoxes de la négociation d'entreprise » dans *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 267 ; Alain Supiot, « Déréglementation des relations de travail et auto-réglementation de l'entreprise », Dr. Soc. 1989, p. 195 ; Jean-Emmanuel Ray, « Les accords sur le temps de travail », Dr. Soc. 1998, p. 99 ; Marie-Armelle Souriac et Georges Borenfreund, « La négociation collective entre désillusions et illusions », dans *Études offertes à Jean-Maurice Verdier*, Dalloz 2001, p. 181. Add. également les actes du Colloque *Négociations en droit du travail* organisé par l'Institut du travail de Bordeaux, Dr. Ouv. juin 2010 disp. sur le site de la Revue.

(9) Alain Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », Dr. Soc. 1983, p. 63.

De manière à rétablir cette égalité, qui fait défaut lors de la négociation individuelle entre employeurs et salariés (10), le législateur a doté ces derniers d'un droit « à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail, ainsi que de leurs garanties sociales » (11), le Code du travail y consacrant tout un livre (12). L'exercice de ce droit est confié en principe aux organisations syndicales représentatives (13), qui peuvent, comme leur nom l'indique, s'appuyer sur une logistique syndicale, face aux employeurs et aux organisations patronales qui accepteront – ou non – de conclure une convention ou un accord collectif de travail (14), plutôt que de laisser les choses en l'état ou de procéder par décision unilatérale. Ici, le rapport de force peut (15) ne pas être outrageusement défavorable à la partie salariée (16).

Le problème de fond, politique et juridique, consiste, dans ces conditions, à déterminer la place à donner à la négociation collective. La réponse à cette question se trouve, en droit du travail comme dans les autres branches du droit, dans la notion d'ordre public. Communément, une norme d'ordre public est une norme impérative de laquelle les individus ne peuvent pas s'écarter : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public... » (17). Là réside le fondement même de toute vie en société : la liberté conventionnelle est encadrée par la loi, qui autorise ou qui oblige (18). Il reste qu'en droit du travail, l'ordre public se présente sous une physionomie bien particulière (19).

Quant à son champ d'application, l'ordre public vise les rapports entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail. Ces normes infra-légales s'insèrent, sans discussion possible, dans l'ordre public tel qu'il est communément admis en droit. Il reste à se demander si l'ordre public en droit du travail ne déborde pas ce champ d'application. L'interrogation provient de la diversité de cette catégorie originale de normes que sont les conventions et les accords collectifs de travail. En effet, la stricte orthodoxie juridique invite à exclure la notion d'ordre public de la question de l'articulation des textes conventionnels de niveaux différents (20). Les conventions et les accords collectifs de travail sont des normes de nature contractuelle élaborées par des personnes privées, physiques ou morales : employeurs ou organisations patronales d'un côté, syndicats représentatifs de l'autre (21). L'ordre public doit, à première vue, être réservé aux problèmes d'articulation entre la loi et les normes conventionnelles de niveau inférieur à elle, et non pas aux problèmes d'articulation entre les différentes catégories de conventions et accords collectifs de travail.

Le raisonnement n'est pourtant pas satisfaisant. En effet, si les conventions et les accords collectifs de travail sont considérés comme ayant une nature plutôt contractuelle au moment de leur formation, l'ensemble de la doctrine s'accorde à leur reconnaître une nature plutôt règlementaire au moment de leur exécution, tout particulièrement – et logiquement – s'agissant des conventions et accords collectifs étendus.

(10) Cf. Alain Supiot, « Dérèglementation des relations de travail et auto-règlementation de l'entreprise », précité, sp. p. 205.

(11) Art. L. 2221-1, C. trav.

(12) Livre deuxième.

(13) Art. L. 2231-1, C. trav.

(14) La convention collective de travail a vocation à traiter de l'ensemble des matières ouvertes à la négociation collective, pour toutes les catégories professionnelles intéressées ; tandis que, au sein de ce grand ensemble, l'accord collectif de travail ne traite que d'un ou plusieurs sujets déterminés (art. L. 2221-2, C. trav.). Leur contenu est donc différent, mais leur régime juridique est identique.

(15) Cf. Partie II, à paraître.

(16) « La nécessaire égalité des parties, introuvable au niveau individuel, est rendue possible au niveau collectif par l'existence d'organisations syndicales puissantes et représentatives », Alain Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », précité, p. 83.

(17) Art. 6 du Code civil.

(18) Cf. également l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées [souligné par nous] tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

(19) Parmi la très abondante littérature, cf. notamment Gérard Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », Dr. Soc. 1973, p. 89 ; Nikitas Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ 1980 ; Michèle Bonnechère, « L'ordre public en

droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », Dr. Ouv. 1988, p. 171 et « La loi, la négociation et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », Dr. Ouv. 2001, p. 411 ; Jean-Emmanuel Ray, « Du tout-État au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », Dr. Soc. 2000, p. 574 ; François Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », *Études offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J.-Montchrestien 2001, p. 363 ; Alain Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », Dr. Soc. 2003, p. 59 ; Georges Borenfreund et Marie-Armelle Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Dr. Soc. 2003, p. 72 ; Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. Soc. 2004, p. 580 ; Antoine Jeammaud et Hélène Masse-Dessen, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? », Sem. Soc. Lamy, n° 1257 du 18 avril 2006, p. 8 ; Michèle Bonnechère, « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », Dr. Ouv. 2008, p. 11 ; Philippe Morvan, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », Dr. Soc. 2009, p. 679 ; Florence Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ 2007, et « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », Dr. Soc. 2010, p. 379.

(20) Par conventions et accords collectifs de travail de niveaux différents, il faut entendre les conventions et accords collectifs qui ont un champ d'application géographique ou professionnel différent, situation fréquente dans la mesure où ce sont les acteurs de la négociation collective qui définissent eux-mêmes ce champ d'application.

(21) En principe. Cf. Partie II, à paraître.

En ce sens, il faut souligner qu'à partir du moment où le législateur a décidé que les conventions et les accords collectifs de travail conclus entre organisations patronales et syndicales s'appliqueraient obligatoirement à **tout le personnel** d'une entreprise incluse dans son champ d'application, y compris aux travailleurs non syndiqués, cette catégorie de norme s'est éloignée du contrat pour se rapprocher de la loi. Ce mouvement a pris de l'ampleur avec la technique très répandue de l'extension (22) : l'arrêté ministériel d'extension rendant la convention ou l'accord collectif obligatoire dans tout son champ d'application géographique et professionnel, y compris dans les entreprises dont **les employeurs** n'ont pas conclu le texte ou ne sont pas adhérents à une organisation patronale signataire de celui-ci. Toujours dans le même ordre d'idée, il convient d'ajouter que les conventions et les accords collectifs de travail sont soumis à des formalités de dépôt (23), ou encore que la violation de certaines de leurs dispositions est assortie de sanctions pénales (24). Enfin, s'agissant de leur contenu, les conventions et les accords collectifs vont au-delà de la réglementation des seuls rapports individuels de travail, pour englober les relations collectives entre employeurs et salariés.

Les conventions et les accords collectifs de travail ne peuvent donc pas être considérés, à l'image du contrat, comme la seule « *loi des parties* ». Ils apparaissent, sans grand abus de langage, comme la « *loi* » de l'interprofession, de la profession, de l'entreprise ou de l'établissement. Ils sont, finalement, tellement proches de la loi au moment de leur exécution qu'il est possible, voire logique, de considérer que leurs rapports relèvent de l'ordre public *en droit du travail*. L'histoire du droit du travail et de sa résolution des rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents confirme d'ailleurs une telle approche (25).

Au final, première originalité de la matière : il apparaît plus satisfaisant d'inclure les rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents dans le champ d'application de l'ordre public en droit du travail – *pour le moins* les rapports entre conventions et accords collectifs de branche **étendus** et conventions et accords collectifs d'entreprise.

Quant à sa conception, *en droit du travail comme en droit civil*, l'ordre public permet de résoudre

l'éventuel conflit entre normes de sources différentes, puisque la norme d'ordre public sera préférée à toute disposition contraire. Au plan pratique, l'ordre public permet ainsi de déterminer si telle ou telle règle contenue dans le Code du travail peut – ou non – être écartée, notamment par la voie de la négociation collective. Déterminer, par exemple, si une convention collective peut valablement modifier (augmenter ? réduire ?) le montant de l'indemnité de licenciement ou encore la durée du préavis avant licenciement prévus par le Code du travail. Déterminer, autre exemple, si un accord collectif d'entreprise dispose de la même latitude à l'égard d'une convention collective de branche étendue.

Cela étant, il a été observé que « *l'ordre public du droit civil ne peut être purement et simplement transposé en droit social* » (26). Autre originalité de la matière : le droit du travail développe une conception particulière – complexe et évolutive – de l'ordre public. Schématiquement, les règles d'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil sont peu nombreuses, les dérogations (27) sont très largement admises, et ce depuis fort longtemps.

Sur cette base, l'ordre public en droit du travail a fortement évolué ces trente dernières années – c'est une banalité que de l'affirmer. Les interventions législatives successives n'ont malheureusement pas éclairci la matière, bien au contraire. Raison de plus pour tenter une énième mise au point – ne serait-ce que limitée à cette catégorie particulière de normes que sont les conventions et les accords collectifs de travail.

Exercice redoutable. La matière est d'une complexité telle que, pour reprendre les propos du Professeur Antoine Jammaud, « *la prolifération et l'instabilité des textes engendrent irritation ou malaise jusque chez les « juristes savants », qui tirent pourtant de la complexité et d'un plausible besoin d'information des acteurs une part de leur légitimité... ou de leurs revenus* » (28). Pour tenter d'avancer dans la compréhension du sujet, d'une importance capitale, il convient de procéder par étapes, en allant du général au particulier, du simple au complexe. Suivant ce cheminement, et pour prendre la mesure des évolutions récentes, il convient en premier lieu de s'intéresser (encore et toujours) aux finalités de

(22) Comme celle de l'élargissement, cependant moins utilisée.

(23) Art. L. 2231-5 et ss., C. trav.

(24) Cf., par exemple, articles L. 2263-1, R. 2263-3 et 4, R. 3124-1 et R. 3135-1 du Code du travail.

(25) Cf. *infra*.

(26) Gérard Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », précité.

(27) La dérogation se définit comme une exception apportée à une règle générale qui, par ailleurs, demeure. Cf. *Vocabulaire juridique*, Henri Capitant, PUF, 8^e éd. 2007.

(28) « Un code allégé ? », *Dr. Soc.* 1993, p. 638, sp., p. 639.

la production normative telles qu'elles transparaissent désormais en droit de la négociation collective (29) (I). Une fois ce travail de décryptage mené, il

devient possible de mesurer en quoi le droit de la négociation collective se présente comme le vecteur de nombreuses altérations en droit du travail (II).

I. La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail

Au plan théorique, l'objet assigné à la négociation collective dévoile la conception même de la matière, ses finalités. En ce sens, une conception progressiste du droit du travail admettra seulement des dérogations conventionnelles qui améliorent la condition du salarié (A). Une conception statique du droit du travail interdira toute forme de dérogation (B). Enfin, une conception régressive autorisera la mise en place de dispositifs conventionnels susceptibles de réduire ou de supprimer les droits accordés aux salariés par la norme supérieure – loi ou conventions et accords collectifs de travail (C). Ces trois conceptions se côtoient aujourd'hui, voire se concurrencent.

A. La conception progressiste du droit du travail

Cette conception originale, qui prend racine dans la phase de développement et d'affermissement du droit du travail (1.), reste le cœur de la matière (2.).

1. La consécration d'un ordre public social

Dans un article paru en février 1973, Gérard Lyon-Caen pouvait valablement affirmer : « *en droit du travail, la loi d'ordre public est celle qui définit la condition-plancher du travailleur salarié (...). Les négociateurs peuvent aller au-delà de ce minimum, jamais en deçà* » (30). Et, par un avis désormais célèbre, le Conseil d'État indiquait, en mars de la même année : « *Conformément aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives et 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 obstacles à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle » (31).

Autant dire que, depuis de nombreuses décennies, les dérogations (32) à la norme d'un niveau supérieur sont admises en droit de la négociation collective – à la condition que ces dérogations soient *favorables* aux salariés, qu'elles accroissent leurs droits (33). Raison pour laquelle cette conception de l'ordre public peut, de toute évidence, être considérée comme offrant une vision progressiste du droit du travail (34). Elle a d'ailleurs permis, pendant ces décennies, une redistribution des richesses produites dans les entreprises, via l'amélioration de la condition salariale. Ce d'autant qu'au passage de très nombreuses règles ou institutions du droit du travail, créées par la voie conventionnelle, ont été ensuite soit étendues par voie réglementaire, soit consacrées par le législateur.

Pour singulariser cet ordre public « *si peu conventionnel* » (35), la doctrine a eu recours dans les années 60 (36) à la notion d'**ordre public social**, le qualificatif social devant, en l'occurrence, être compris comme synonyme de « *protection du travailleur salarié* » (37), puisque la loi ne s'applique que pour autant qu'elle n'est pas améliorée et/ou complétée par la voie conventionnelle. En pratique, l'ordre public social prévoit que, lorsque deux normes de niveaux différents s'appliquent à une même situation juridique

(29) Cf. Nikitas Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ 1980, p. 177.

(30) Gérard Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », précité, sp., p. 90.

(31) Avis du Conseil d'État, 22 mars 1973, Dr. Ouv. 1973, p. 190, Dr. Soc. 1973, p. 514.

(32) Pour de plus amples développements sur le recours à la notion de dérogation dans une telle hypothèse, cf. Partie II, à paraître.

(33) Soit qu'elles améliorent les droits des salariés (ex. : augmentation de l'indemnité de licenciement), soit qu'elles en créent de nouveaux (ex. : les indemnités de licenciement ont d'abord été créées par certaines conventions collectives avant d'être généralisées par la loi).

(34) Cf. notamment Michèle Bonnechère, « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », précité.

(35) Gérard Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », précité, sp., p. 89.

(36) Cf. François Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », précité : « (...) c'est sans doute à partir de la première édition (1965) du « Précis Dalloz », publié par les Professeurs G.-H. Camerlynck et Gérard Lyon-Caen, (...) que la notion s'est propagée dans son acception actuelle » (p. 366).

(37) « *S'il y a du social dans le droit du travail, c'est qu'il est demeuré habituel que celui-ci soit envisagé comme le droit de la protection du travailleur salarié* », Gérard Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualificatif », précité, sp., p. 348.

– telles une loi et une convention collective, une convention étendue et une convention de niveau inférieur (38) – la norme la plus favorable du point de vue des salariés doit primer. D’où, parallèlement, la reconnaissance par les juges et par la doctrine d’un **principe de faveur** (39) – dans la mesure où, en cas de concours de normes de natures différentes, la norme *la plus favorable* doit recevoir application.

2. La positivité de l’ordre public social

Cette conception progressiste de la production normative en droit du travail a irradié l’ensemble de la matière, au-delà même de la question de l’articulation entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail. En effet, il est de jurisprudence constante qu’« *en cas de conflit de normes, c’est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* » (40), cela quelles que soient les normes en cause : contrats de travail, usages de l’entreprise, engagements unilatéraux de l’employeur, règlement intérieur, par exemple. Le principe de faveur a ainsi connu un très large champ d’application. Il a d’ailleurs été qualifié de principe général du droit par le Conseil d’État (41), et élevé au rang de principe fondamental du droit du travail par la Cour de cassation (42) ainsi que par le Conseil constitutionnel (43). Autant dire que toutes les règles du droit du travail *doivent* être qualifiées d’ordre public social, sous réserve que le législateur n’en décide autrement.

Encore aujourd’hui, l’ordre public social reste au cœur du droit du travail (44), comme le confirme la lecture du Code du travail. Ainsi, l’ordre public social régit l’articulation entre les dispositions légales et conventionnelles dans la mesure où l’article L. 2251-1 (45) prévoit : « *Une convention ou un accord collectif de travail peut comporter des stipulations*

plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur ». L’ordre public social règle également l’articulation entre le contrat de travail et les conventions collectives, l’article L. 2254-1 du Code du travail disposant, quant à lui : « *Lorsqu’un employeur est lié par les clauses d’une convention ou d’un accord collectif de travail, ces clauses s’appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». Enfin, s’agissant de l’articulation entre conventions d’entreprise et conventions couvrant un champ d’application plus large, l’alinéa 2 de l’article L. 2253-1 décide : « *Une convention ou un accord peut également comporter des stipulations nouvelles et des stipulations plus favorables aux salariés* ».

Il en résulte *a priori* l’architecture suivante : le contrat de travail peut améliorer la convention collective, qui peut améliorer la loi ; la convention d’entreprise pouvant elle-même améliorer la convention d’un niveau géographique ou professionnel supérieur. Autant dire que les conventions et les accords collectifs de travail sont, encore et toujours, admis à déroger à la loi ou à une convention de niveau supérieur, dans un sens « *plus favorable aux salariés* ». Finalement, l’ordre public social figure en bonne place au sein de l’ordre public en droit du travail, le principe de faveur restant un de ses principes fondamentaux (46). Néanmoins, cette qualification implique que le principe de faveur est placé entre les mains du législateur qui peut, s’il le souhaite, y apporter des restrictions. Faculté qu’il a utilisée partir de 1982. A compter de cette date, en effet, le droit du travail a connu deux ondes de choc. Il en a résulté que l’ordre public social n’a plus le monopole de l’articulation entre normes légales et normes conventionnelles, ou normes conventionnelles de niveaux différents.

(38) Sans aucunement porter un jugement de valeur, nous entendons par conventions ou accords collectifs de niveau inférieur (ex. : entreprise) les textes conventionnels, qui ont un champ d’application géographique ou professionnel plus restreint, en comparaison avec des conventions ou accords collectifs de travail, qui ont un champ d’application géographique ou professionnel plus large (ex. : branche d’activité).

(39) Le principe de faveur n’a jamais autant attiré l’attention de la doctrine que depuis son érosion. En 1999, ce principe était qualifié de « *règle émergente* » (Antoine Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », Dr. Soc. 1999, p. 115), en 2001, la question était posée de savoir « *ce qu’il en restait* » (Fabrice Bocquillon, « Que reste-t-il du « principe de faveur » », Dr. Soc. 2001, p. 255.) et, en 2002, de sérieux doutes étaient formulés sur son « *existence* » même (Jean Pélissier, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », *Mélanges Despax*, Presses universitaires de Toulouse, 2002, p. 389). En pleine période de régression des droits des salariés, il était opportun de souligner qu’en cas de conflit de normes, la règle la plus favorable doit être, le plus souvent, préférée – et de s’interroger sur ce mécanisme original de résolution des conflits entre normes de sources différentes.

(40) Cass. Soc. 26 mars 1980, Bull. civ. V, n° 298 ; Cass. Soc. 17 juil. 1996, deux arrêts, Bull. civ. V, n° 296 et 297, Dr. Ouv. 1998, p. 34, n. Francis Saramito.

(41) Avis du Conseil d’État, 22 mars 1973, précité.

(42) Cass. Soc. 26 mars 1980 et 17 juillet 1996, précités.

(43) C. Cons. 25 juill. 1989, Dr. Soc. 1989, p. 627, n. Xavier Prétôt. À noter qu’au regard de l’audace dont fait souvent preuve le Conseil constitutionnel, rien ne s’opposait véritablement à ce que le principe de faveur soit reconnu comme « *principe particulièrement nécessaire à notre temps* ».

(44) Cf. notamment Michèle Bonnechère, « Sur l’ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », précité.

(45) Lorsque des articles sont cités dans le texte, sans précision sur leur origine, cela signifie qu’ils sont issus du Code du travail.

(46) Au sens de l’article 34 de notre Constitution.

Encore que... L'ordre public social n'a jamais véritablement eu de monopole : y compris en droit du travail, il y a toujours eu place pour un ordre public absolu.

B. La conception statique du droit du travail

Cette conception cohabite, depuis toujours, avec la conception progressiste fondée sur l'ordre public social. Elle prend la forme d'un ordre public « classique », conforme à l'article 6 du Code civil – un ordre public absolu.

1. La place pour un ordre public absolu en droit du travail

Si l'article L. 2251-1 prévoit qu'« *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur* », ce texte ajoute qu'« *ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* ».

La précision a donné lieu à un débat doctrinal déjà ancien, qui s'est focalisé sur le droit à la représentation du personnel dans l'entreprise : électoral, éligibilité, plus généralement fonctionnement des instances représentatives du personnel. Ces institutions légales peuvent-elles être améliorées par convention collective ? Une partie de la doctrine (47) a soutenu qu'en droit du travail, la loi ne saurait être intangible, qu'il n'existe pas, en principe, de terrain interdit aux négociateurs – sous réserve de l'ordre public social (48) et de l'ordre public *stricto sensu*. Toute norme relevant du droit du travail serait susceptible d'amélioration. Au plan technique, le raisonnement consistait à lier les deux phrases de l'article L. 2251-1 pour en déduire que « *c'est parce que la convention collective ne peut mentionner que des dispositions plus favorables aux travailleurs qu'il lui est interdit de déroger aux dispositions d'ordre public définies par les lois et règlements* » (49). Au plan politique, il s'agissait de respecter l'autonomie des acteurs de la négociation collective : « *La norme, si elle existe dans les relations du travail, ne constitue qu'une protection minima. Si l'on croît au progrès social, on ne peut empêcher les parties d'y ajouter ; le responsable de l'entreprise ne*

peut être mieux défendu que par lui-même : lui seul sait quelles concessions il peut faire » (50).

Une autre partie de la doctrine (51) considérait, à l'inverse, que même en droit du travail, il y a place pour un ordre public au sens de l'article 6 du Code civil, pour un ordre public absolu : certaines règles ne pourraient pas être modifiées par une convention ou un accord collectif de travail, même dans un sens favorable aux salariés. Les deux phrases de l'article L. 2251-1 ne seraient pas liées, mais seraient le siège de deux systèmes de résolution du conflit entre la loi et les conventions collectives : un ordre public social (première phrase), puis un ordre public absolu (seconde phrase).

Au plan technique, à lire le texte, la deuxième interprétation est la plus convaincante : nulle redondance dans l'article L. 2251-1. L'ordre public, en droit du travail, comprend à la fois à un ordre public social et un ordre public absolu. Comment pourrait-il en aller autrement ? D'ailleurs, à bien y regarder, les deux courants doctrinaux se rejoignent sur ce point (52). Autant dire que, même en droit du travail, une place doit être faite à un ordre public au sens de l'article 6 du Code civil – à un ordre public absolu, au sein duquel *aucune* dérogation n'est admise, même si elle est plus favorable aux salariés.

L'enjeu consiste alors à déterminer quelle place doit occuper cet ordre public absolu, dans la mesure où il exclut toute amélioration conventionnelle de la loi. En vérité, c'est sur cette épineuse question que portait, et porte encore aujourd'hui, la controverse.

2. La place de l'ordre public absolu en droit du travail

Dans son avis du 22 mars 1973 (53), le Conseil d'État a livré les précisions suivantes : « *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 du droit interne – ou le cas échéant, international –, lorsque ces principes ou ces règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature,*

(47) Cf. notamment Gérard Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », précité ; Nikitas Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, précité, p. 177.

(48) Qui régnait alors en maître.

(49) Gérard Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », précité, sp., p. 101.

(50) Idem, note 36.

(51) Cf. notamment Michel Despax, *Les conventions collectives de travail*, Traité Dalloz de droit du travail, n° 45 et ss. ; Gérard Couturier, *Les relations individuelles de travail*, PUF 1993, n° 28.

(52) Gérard Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », précité, sp., p. 90 : « *Si une clause est contraire à l'ordre public, non seulement elle ne saurait être étendue, mais elle devrait être annulée* ».

(53) Précité.

aux rapports conventionnels ». Pour le Conseil d'État, en droit du travail, l'ordre public absolu englobe donc trois grandes catégories de règles : les normes qui, par leur formulation même, présentent un caractère impératif, les principes et règles qui « débordent » le « domaine » du droit du travail ou qui « échappent par leur nature » aux rapports conventionnels.

Cela étant dit, le Conseil d'État ne s'est pas véritablement prononcé sur une délimitation claire et précise de la place à donner à l'ordre public absolu en droit du travail. On comprend bien que les employeurs et les salariés ne puissent exercer leur faculté de déroger favorablement à loi par la voie conventionnelle qu'en ce qui concerne leurs relations de travail : le droit du travail. Mais comment savoir si, par sa formulation même, une règle présente un caractère impératif dans une matière qui, comme le droit du travail, est fortement marquée par le sceau de l'impérativité ? Comment savoir, également, si un principe ou une règle échappe, par sa nature, aux rapports conventionnels ?

L'avis du Conseil d'État laisse donc dans une relative expectative. La doctrine cite généralement, à titre d'exemples de normes frappées d'ordre public absolu : l'interdiction d'indexer les salaires sur le niveau des prix, les règles fixant la compétence des juridictions, les modalités d'intervention des agents publics comme les inspecteurs et contrôleurs du travail, ou encore les règles d'incriminations pénales (54). On peut ajouter, comme exemple plus récent, le seuil d'audience électorale de 8 % ou de 10 % pour obtenir le label de représentativité syndicale (55). Il convient, cependant, de souligner que la place accordée à l'ordre public absolu est globalement restée, jusqu'à présent, assez réduite (56). La situation ne saurait surprendre, dans la mesure où l'ordre public social constitue la matrice de la résolution du conflit entre les normes légales et conventionnelles : la place accordée à l'ordre public absolu ne peut, en conséquence, qu'être très réduite.

Il faut, néanmoins, prendre garde. Ici encore, rien n'est immuable : qu'une norme soit rangée dans la catégorie des règles d'ordre public absolu, et c'est toute possibilité d'amélioration de la condition salariale qui est écartée. La règle du maintien du contrat de

travail en cas de changement d'employeur en fournit une illustration. Lorsqu'elle ne va pas dans leur intérêt, par exemple en cas d'externalisation d'activités, les salariés refusent, de plus en plus souvent, l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail (57). Dans cette hypothèse, leur est-il possible d'obtenir, de la part de leur employeur, l'insertion d'une clause contractuelle ou conventionnelle soumettant à leur accord le transfert de leur contrat de travail ? Il s'agit là d'une clause plus favorable au salarié que la loi, et dont l'application ne semble guère poser problème. Ce n'est pourtant pas l'opinion de la Cour de cassation qui, dans un arrêt rendu en avril 2005 (58), a décidé que, lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12 [L. 1224-1] sont remplies, « le changement d'employeur s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés ; qu'en conséquence, il ne peut être dérogé aux effets de ce texte par des conventions particulières, subordonnant le changement d'employeur à l'accord préalable du salarié ». La Chambre sociale de la Cour de cassation interdit ainsi aux parties à la relation de travail de convenir d'un droit de refus en faveur du salarié lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 sont réunies. Il convient d'en déduire que la règle du maintien du contrat de travail, en cas de transfert d'entreprise, relèverait de l'ordre public absolu en droit du travail.

Cette solution jurisprudentielle est tout à fait contestable. La Cour de cassation procède, d'ailleurs, par affirmation plus que par démonstration pour ranger la règle du maintien du contrat de travail, en cas de transfert d'entreprise, dans la catégorie des règles d'ordre public absolu et, par là même, interdire toute amélioration conventionnelle. On peut objecter que les termes de l'article L. 1224-1 ne présentent pas plus un caractère impératif que les nombreuses autres règles posées par le Code du travail, que cet article ne « débordent » pas le « domaine » du droit du travail et n'échappent pas, par sa « nature », aux rapports conventionnels. Pour preuve, la Cour de cassation admet que des conventions collectives élargissent le domaine d'application de la règle du maintien du contrat de travail, alors même qu'une ou plusieurs conditions d'application de l'art. L. 1224-1

(54) Cf. Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, Précis Dalloz de *Droit du travail*, 27^e éd. 2013, n° 1246.

(55) Cass. Soc. 18 mai 2011, R.J.S. 7/11, n° 624. Voir également en matière de calcul de la participation due aux salariés : Soc. 23 mai 2007, Dr Ouv. 2007, p. 533 obs. Florence Canut.

(56) Par exemple, la Cour d'appel de Paris semble admettre que le seuil d'audience électorale de 30 % pour que les syndicats représentatifs puissent valablement conclure une

convention ou un accord collectif soit augmenté par la voie conventionnelle : Paris, 14 janvier 2010, R.J.S. 7/10, n° 611.

(57) Cass. Soc. 18 juill. 2000, Sté Perrier Vittel France, RJS 11/00, n° 1063, RPDS 2000 p. 327 n. M. Carles. Cf. Alain Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre. En finir avec l'envers de l'art. L. 122-12, al. 2 [1224-1] », Dr. Soc. 2006, p. 264.

(58) Cass. Soc. 20 avr. 2005, Sté Marceau, RJS 2005, n° 712. Arrêt non publié, rendu en formation restreinte.

font défaut (59). Il y a d'ailleurs là une contradiction évidente avec l'interdiction jurisprudentielle d'autoriser des clauses soumettant à l'accord du salarié le transfert de son contrat en cas de changement d'employeur.

Finalement, il faut garder à l'esprit que l'ordre public absolu est *potentiellement* susceptible de concurrencer l'ordre public social. Cette concurrence est cependant aujourd'hui circonscrite, bien plus qu'avec la mise en place de dispositifs conventionnels réduisant ou supprimant les droits accordés aux salariés par la norme supérieure – loi ou conventions et accords collectifs de travail de niveau supérieur.

C. Les conceptions régressives du droit du travail

L'ordre public en droit du travail a connu deux grandes ondes de choc (60), qui ont ébranlé la conception progressiste du droit du travail offerte par l'ordre public social – globalement peu concurrencé par un ordre public absolu. La première onde de choc, qui date de 1982, concerne les rapports entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail ; la seconde, qui date de 2004 et a été amplifiée en 2008, concerne les rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents. Deux techniques sont ici à l'œuvre, la norme inférieure pouvant être autorisée à contenir des dérogations *in pejus* à la norme supérieure (1.), la norme supérieure pouvant, quant à elle, devenir supplétive dans ses rapports avec la norme inférieure (2.). Dans les deux cas, l'objectif consiste à mettre à l'écart une disposition plus favorable du point de vue des droits des salariés – signe d'une conception régressive de la production normative en droit du travail.

1. Les dérogations défavorables (*in pejus*)

Les autorisations de déroger *in pejus* ont fait leur apparition en 1982 dans les rapports entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail (a). Elles ont

été étendues en 2004 aux rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents (b).

a. Dans les rapports entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail

L'élection de François Mitterrand à la Présidence de la République en 1981 a entraîné dans son sillage de nombreuses et importantes réformes en droit du travail. La loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail n'est, sans aucun doute, pas la meilleure du cru. Cette loi a ouvert la voie à deux (r)évolutions majeures destructrices, mais pourtant promises à un bel avenir : la faculté de déroger défavorablement au droit commun du travail, d'un côté (61), et la promotion de la négociation collective d'entreprise au détriment de la négociation de branche, de l'autre.

Pour la première fois, le législateur de 1982 a ainsi donné le droit aux acteurs de la négociation collective d'écarter certaines règles du Code du travail pour les remplacer par d'autres règles, moins favorables aux salariés (62). Par exemple, désormais (63), une convention ou un accord collectif de branche ou d'entreprise peut porter la durée quotidienne maximale de travail ; de dix à douze heures par jour (64), ou bien réduire la majoration de salaire pour heures supplémentaires de 25 % (65), voire 50 % (66), à 10 % (67), ou encore supprimer tout ou partie du paiement des heures supplémentaires et de leur majoration pour les remplacer par un repos compensateur équivalent (68), ou enfin supprimer les heures supplémentaires – et leur compensation – par l'introduction d'une modulation du temps de travail (69). Et ce ne sont là que quelques exemples pris parmi d'autres, tous symptomatiques du caractère régressif de ce nouveau type d'articulation entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail.

Les conventions et les accords collectifs de travail ont donc pu, depuis lors, restreindre ou supprimer certains

(59) Cf. Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, Précis Dalloz de *Droit du travail*, précité, n° 315.

(60) L'expression est empruntée au Professeur Marie-Armelle Souriac.

(61) Cf. notamment Jacques Barthélémy, « Négociation collective d'entreprise : dérogations ou concessions », *Dr. Soc.* 1988, p. 254 ; Francis Saramito, « Les accords dérogatoires », *Dr. Ouv.* 1990, p. 253 ; Georges Borenfreund, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. Soc.* 1990, p. 626 ; Mireille Poirier, « La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. Soc.* 1995, p. 885 ; Jean-Emmanuel Ray, « Les accords sur le temps de travail », précité ; Fabrice Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg, 1999 et « Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail) », *Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, PU de Strasbourg, 2003, p. 25.

(62) La rupture normative date bel et bien des réformes de 1982 : une ordonnance du 27 septembre 1967 avait, certes, donné la possibilité de déroger par voie de conventions collectives aux décrets de 1936 relatifs au temps de travail – mais cette faculté n'a quasiment pas été utilisée.

(63) Et sans entrer dans le détail d'une évolution complexe.

(64) Art. L. 3121-24 et D. 3121-19, C. trav.

(65) Pour chacune des 8 premières heures supplémentaires.

(66) À partir de la 9^e heure supplémentaire.

(67) Art. L. 3121-22, C. trav.

(68) Art. L. 3121-24, C. trav.

(69) Art. L. 3122-2, C. trav.

droits des salariés. Et, au sein du grand ensemble que constitue l'ordre public en droit du travail, une place doit aujourd'hui être faite à ce nouvel **ordre public dérogatoire en moins** (70), au sein duquel peuvent être rangés ce qu'il a été convenu d'appeler les accords dérogatoires (71).

L'impérativité de la règle posée par le Code du travail n'a pas pour autant disparu : à une règle légale impérative peut désormais être substituée une autre règle légale, elle-même impérative. Les acteurs de la négociation collective doivent ainsi respecter scrupuleusement l'autorisation législative de déroger en moins. Par exemple, la durée journalière de travail peut être augmentée, mais dans la limite de douze heures par jour (72), ou encore la majoration de salaire pour heure supplémentaire ne peut être réduite en deçà de 10 % (73).

Les dérogations *in pejus* ne sont donc autorisées qu'aux *acteurs de la négociation collective* et, de surcroît, sont plus ou moins strictement *encadrées* par le législateur – ce qui, soit dit en passant, est *a priori* salubre... Ce, d'autant que la rupture normative introduite par la loi du 13 novembre 1982 a connu un bel avenir. Les règles d'ordre public dérogatoires en moins se sont répandues comme de la mauvaise herbe, tout spécialement en matière de temps de travail (74). Mais pas seulement (75).

Ce à quoi il faut ajouter qu'en se multipliant, les autorisations législatives de déroger *in favorem* par conventions ou accords collectifs sont devenues de moins en moins exigeantes (76) et/ou de moins en moins précises (77). Et si ces autorisations ont été, dans un premier temps, souvent réservées aux conventions ou accords de branche étendus par décret (78), elles ont, peu à peu, été offertes à la négociation collective d'entreprise ou d'établissement (79).

b. Dans les rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents

S'agissant des rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents, l'ordre public en droit du travail a attendu 2004 pour connaître une « *onde de choc* » (80). Jusqu'alors, l'ordre public social gouvernait ces rapports, puisque les conventions et accords collectifs d'un niveau inférieur (81) ne pouvaient qu'améliorer les droits prévus par les conventions et accords d'un niveau supérieur (82). Situation qui renforce, au passage, le parti-pris d'englober l'articulation des conventions et accords collectifs entre eux dans le champ de l'ordre public en droit du travail. Quoi qu'il en soit, les conventions et accords collectifs de branche – le plus souvent étendus par arrêté ministériel – constituaient un socle de base, la loi de la profession en quelque sorte, lequel pouvait être amélioré par une convention ou un accord collectif d'un niveau géographique ou professionnel inférieur. Solution qui présentait le double avantage d'uniformiser les règles applicables aux salariés travaillant dans une même branche d'activité et d'égaliser les règles de concurrence entre entreprises relevant de cette même branche d'activité.

Cette conception progressiste de l'articulation entre conventions et accords collectifs de niveaux différents, fondée sur l'ordre public social et le principe de faveur, s'est vue conférée par le Conseil constitutionnel la même valeur que dans le domaine de l'articulation entre la loi et les conventions et accords collectifs de travail, à savoir la valeur d'un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution – placé, pour cette raison, entre les mains du législateur (83)... Législateur qui a agi, non sans brutalité, en décidant, par l'adoption de la loi du 4 mai 2004 (84), que l'ordre public social et le principe de faveur, qui structuraient autrefois l'articulation entre conventions et accords collectifs de niveaux différents, passeraient, *de manière*

(70) Certains auteurs considèrent qu'avec ce nouvel ordre public, les dérogations ne doivent pas être stigmatisées comme moins favorables aux salariés que la loi : elles seraient indifféremment plus ou moins favorables. Ce n'est pas notre avis : prenons une à une les nouvelles dérogations autorisées, et nous nous apercevons qu'elles mettent à l'écart une ou plusieurs règles du Code du travail plus favorables du point de vue des salariés. Pour de plus amples développements sur cette question, cf. Partie II, à paraître.

(71) Sur cette terminologie, cf. Partie II, à paraître.

(72) Art. D. 3121-19, C. trav.

(73) Art. L. 3121-22, C. trav.

(74) Cf. notamment Manuela Grévy, « Où en est le temps de travail », Dr. Ouv. 2009, p. 192 ; Florence Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », précité.

(75) Cf. Partie II, à paraître.

(76) Par exemple, si, pendant un temps, l'introduction de dérogations en moins était parfois soumise à l'octroi de compensation en faveur des salariés, cette exigence a le plus souvent disparu.

(77) Cf. l'évolution de la réglementation en matière de modulation du temps de travail.

(78) Donc soumises à un contrôle réglementaire.

(79) Cf. loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, et loi n° 2008-280 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

(80) Cf. notamment Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. Soc. 2004, p. 579.

(81) Entreprise, par exemple.

(82) Branche, par exemple.

(83) Cons. Constit. 13 janv. 2003, décision n° 2002-465 relative à la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, considérants 2 et 3.

générale, du rang de principe à celui d'exception. En effet, désormais « une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leurs sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large » (85), de même 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 » (86). Dans la mesure où les dérogations plus favorables étaient déjà admises et le restent, la nouveauté provient, sans nul doute possible, de l'autorisation donnée d'adopter des dérogations défavorables aux salariés (87).

L'autorisation de déroger *in pejus* à la norme supérieure concerne donc, désormais, non seulement l'articulation entre loi et conventions ou accords collectifs de travail, mais également l'articulation entre conventions ou accords d'un niveau supérieur et conventions ou accords d'un niveau inférieur. Une grande différence distingue, cependant, ces deux catégories de dérogations. Dans les rapports entre loi et conventions ou accords collectifs, la dérogation *in pejus* doit être expressément autorisée par le législateur, au cas par cas. Dans les rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents, les dérogations *in pejus* sont très largement admises par le Code du travail, puisqu'elles constituent, désormais, le schéma classique d'articulation. L'inversion de logique dans la hiérarchie des normes conventionnelles apparaît ainsi nettement plus débridée (88).

Affirmation qui doit, cependant, être nuancée. Car, en premier lieu, le législateur a maintenu dans le giron de l'ordre public social un certain nombre de questions susceptibles d'être négociées à la fois au niveau de l'entreprise ou de l'établissement et à un niveau supérieur : salaires minima, classifications, garanties collectives dont les risques sont mutualisés, fonds

mutualisés destinés à la formation continue (89). En second lieu, la loi du 4 mai 2004 a décidé qu'à titre transitoire, les conventions et les accords collectifs de travail de niveau supérieur conclus avant son entrée en vigueur conserveraient « la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires » – ce qui revient à maintenir les conventions et accords d'un niveau supérieur antérieurs à 2004 dans le champ d'application de l'ordre public social (90). Enfin, et en troisième lieu, le Code du travail laisse la possibilité aux négociateurs d'un niveau supérieur de réintroduire l'ordre public social et le principe de faveur, en excluant expressément la possibilité de déroger *in pejus* à tout ou partie des dispositions de la convention ou de l'accord collectif de niveau supérieur qu'ils auraient conclu postérieurement à 2004 (91). Et il a été démontré que cette possibilité est très largement utilisée en pratique par les acteurs de la négociation collective (92) – signe que l'inversion dans la hiérarchie des normes conventionnelles opérée en 2004 est bien loin de faire l'unanimité des négociateurs.

Quoi qu'il en soit, aux côtés de ces facultés de dérogations en moins, l'ordre public en droit du travail s'est enrichi d'une nouvelle technique fondée sur une conception régressive de la production normative en droit du travail, à savoir la supplétivité de la norme de niveau supérieur plus favorable.

2. La supplétivité de la norme supérieure plus favorable

Cette dernière forme d'atteinte à l'ordre public social est la toute dernière du genre (93). Elle date des années 2000 et concerne, désormais, aussi bien les rapports entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail que les rapports entre les conventions et accords collectifs de niveaux différents. Au plan théorique, l'objectif est toujours le même, à savoir mettre à l'écart une norme plus favorable du point de vue des salariés. Ce basculement vers une supplétivité de la norme supérieure s'accompagne, en effet, d'une « régression » (94) du régime juridique applicable. La méthode pour y parvenir, d'apparence

(84) Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

(85) Art. L. 2252-1, C. trav.

(86) Art. L. 2253-3, C. trav.

(87) Pour de plus amples développements sur la distinction entre dérogations *in melius* et dérogations *in pejus*, cf. Partie II, à paraître.

(88) L'expression est empruntée à Mme Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité.

(89) Combinaison des articles L. 2253-3 et L. 2253-1 du Code du travail.

(90) Article 45 de la loi du 4 mai 2004, précitée.

(91) Art. L. 2252-1, al. 1 et L. 2253-3, al. 2, C. trav. Cf. Partie II, à paraître.

(92) Jean-Yves Kerbouc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. Soc.* 2008, p. 834.

(93) Cf. notamment Fabrice Bocquillon, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction », *Dalloz* 2005, p. 803 ; Serge Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83 ; Florence Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », précité.

(94) L'expression est empruntée à Mme Florence Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », précité.

plus indolore, consiste à donner la liberté aux acteurs de la négociation collective d'élaborer eux-mêmes la règle – la norme supérieure plus favorable ne venant s'appliquer *qu'à défaut* de norme inférieure.

a. Dans les rapports entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail

S'agissant des rapports entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail, depuis peu donc, le législateur renvoie l'élaboration de telle ou telle norme à la négociation collective, et ce n'est *qu'en l'absence* de conventions ou d'accords collectifs qu'il donne la règle applicable. La norme légale devient, bel et bien, supplétive de la volonté des parties à la négociation collective.

Cette nouvelle modalité d'articulation des normes a fait son apparition en 2003 (95) en matière de majoration des heures supplémentaires. Auparavant, le Code du travail (96) fixait cette majoration à 25 % du salaire pour les huit premières heures accomplies au-delà de la durée légale, et à 50 % pour les heures suivantes. La loi du 17 janvier 2003 avait prévu, quant à elle, de renvoyer la détermination du montant de la majoration de salaire à la négociation collective, sous la condition de respecter un minimum de 10 % ; et ce n'est qu'en l'absence de conventions ou d'accords collectifs que le Code du travail imposait des taux de majoration variant, comme avant la réforme, entre 25 et 50 % du salaire. Cette prévalence donnée par la loi de 2003 à la convention ou l'accord collectif de travail par rapport à la loi a conduit, *pour la première fois*, à une inversion *emblématique* de la hiérarchie des normes en droit du travail. Elle n'a, cependant, pas fait long feu en matière de majoration pour heures supplémentaire. La recodification de janvier de 2008 (97), censée être « *à droit constant* », a été l'occasion de modifier à nouveau le régime applicable. Désormais, l'article L. 3121-22 prévoit que les heures supplémentaires donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % du salaire pour les huit premières heures, et de 50 % pour les heures suivantes ; ajoutant qu'une convention collective peut prévoir un taux de majoration différent, sans que ce taux puisse être inférieur à 10 %.

Au plan pratique, il n'y a guère de différence entre la rédaction issue de la loi de 2003 et celle issue de la recodification de 2008 : dans les deux cas, la convention et l'accord collectifs sont autorisés à

réduire la majoration de salaire jusqu'à 10 %. Ce qui était l'objectif de la réforme imaginée en 2003. Mais, au plan théorique, la règle légale, qui était devenue supplétive de 2003 à 2008, est depuis assortie d'une faculté de dérogation en moins – signe d'un attachement, ne serait-ce que formel, à l'impérativité de la loi en droit du travail.

Cet attachement n'a cependant pas survécu à la loi du 20 août 2008 (98) qui a, de nouveau, introduit des mécanismes de supplétivité de la règle posée par le Code du travail. De tels mécanismes se trouvent aujourd'hui, par exemple, en matière de détermination : de la durée de la période d'essai des travailleurs temporaires (art. L. 1251-14), du volume du contingent annuel d'heures supplémentaires (art. L. 3121-11), des conditions de recours aux astreintes (art. L. 3121-53), des conditions de report des heures de travail en cas d'horaires individualisés (art. R. 3122-2), de la définition du travail de nuit (art. R. 3122-8), du délai de prévenance de changements de durée ou d'horaires de travail en cas de modulation du temps de travail (art. L. 3122-2, al. 3) et, dans la même hypothèse des modalités et organisation de la répartition de la durée du travail sur tout ou partie de l'année (art. L. 3122-2, al. 4), des conditions de mise en place du travail à temps partiel à la demande des salariés (art. D. 3123-3), ou encore des modalités de fonctionnement du CHSCT élargi (art. L. 4523-11) (99).

Dans tous ces cas, *la norme légale minimale* subsiste, mais elle ne s'impose qu'à défaut de manifestation de volonté contraire de la part des acteurs de la négociation collective. Primauté est ici très largement donnée à la convention ou à l'accord collectif de travail, au détriment de la loi – telle est, d'ailleurs, la finalité des mécanismes de supplétivité qui se traduisent, en droit, par une inversion dans la hiérarchie des normes au bénéfice de la norme conventionnelle. Ainsi, s'agissant de la durée de la période d'essai des travailleurs temporaires, l'article L. 1251-14 prévoit : « **A défaut de convention ou d'accord (100)**, cette durée ne peut excéder : 1° Deux jours si le contrat est conclu pour une durée inférieure ou égale à un mois ; 2° Trois jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à un mois et inférieure ou égale à deux mois ; 3° Cinq jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à deux mois ». Ou encore, s'agissant du délai de prévenance de changements de durée ou

(95) Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

(96) Article L. 212-5 du Code du travail.

(97) Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 portant publication de la partie législative ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

(98) Précitée.

(99) Cette liste n'est pas forcément exhaustive.

(100) Souligné par nous.

d'horaires de travail en cas de modulation du temps de travail, l'alinéa 3 de l'article L. 3122-2 indique : « **Sauf stipulations contraires** (101) *d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut* (102), *d'une convention ou d'un accord de branche, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaires de travail est fixé à sept jours* ». Il a d'ailleurs été souligné, à juste titre, que la présence de l'expression « à défaut » est un indicateur utile du caractère supplétif de la règle posée par le Code du travail (103). De même en va-t-il de l'expression « *sauf stipulation contraire* ». Sur le fond, et à chaque fois, le niveau de la protection juridique accordée aux salariés peut être révisé « à la baisse », via la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif de travail.

Cette sorte d'inversion des rôles entre le législateur et les acteurs de la négociation collective n'est cependant pas sans limite. En premier lieu, la suppléativité de la règle de droit du travail se présente comme une nouvelle exception au principe de faveur, principe fondamental. La règle de droit du travail ne devient donc supplétive que si le législateur le décide *expressément*. Ici encore, une autorisation législative est indispensable. Cette autorisation devra être recherchée dans la formulation du texte, à savoir une détermination de la norme par conventions ou accords collectifs de travail et, à défaut, le régime juridique minimum applicable.

En second lieu, le Conseil constitutionnel n'accepte pas que, sous couvert de suppléativité d'une norme de droit du travail, le législateur méconnaisse sa propre compétence. La loi du 20 août 2008 avait ainsi prévu que les « *conditions d'accomplissement* » du repos compensateur, « *sa durée et ses caractéristiques* » devaient être désormais déterminées par conventions ou accords collectifs ou, à défaut, par décret. Cette

suppléativité du régime légal du repos compensateur n'a pas été du goût du Conseil constitutionnel qui, dans une décision en date du 7 août 2008 (104), a décidé que le législateur n'ayant « *pas défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos (...) a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution* » (105).

Le champ des règles supplétives est donc placé sous contrôle non seulement du Parlement, mais aussi du Conseil constitutionnel. Il n'en reste pas moins qu'avec cette nouvelle technique, un pas de plus est franchi en direction de l'affaiblissement de la loi en droit du travail, cela dans un sens défavorable au salarié (106).

b. Dans les rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents

La loi du 20 août 2008 (107) ne s'est pas contentée d'introduire des cas de suppléativité de la loi, elle a également utilisé cet instrument dans l'articulation des conventions et des accords collectifs de niveaux différents (108). Dans plusieurs cas, la convention ou l'accord collectif de branche est ainsi devenu supplétif de la volonté des acteurs de la négociation d'entreprise. Ainsi en va-il, en matière de modulation du temps de travail, de la définition des modalités d'aménagement du temps de travail, de l'organisation de la répartition du travail (art. L. 3122-2, al. 1) et de la réduction à moins de sept jours du délai de prévenance de changements de durée ou d'horaires de travail (art. L. 3122-2, al. 3). Idem pour la détermination du volume du contingent annuel d'heures supplémentaires (art. L. 3121-11), pour l'autorisation de recourir aux conventions de forfait en heures ou en jours sur l'année (art. 3121-39), pour le remplacement du paiement majoré des heures

(101) Idem.

(102) Idem.

(103) Cf. Serge Frossard, « La suppléativité des règles en droit du travail », précité.

(104) Cons. Const. 7 août 2008, décision DC n° 2008-568. Cf. Christophe Radé, « Commentaire de la décision n° 2008-568 du 7 août 2008, loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : dispositions relatives à la durée du travail », Lexbase Hebdo, éd. sociale, n° 318 du 18 septembre 2008.

(105) En conséquence, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles deux des modifications apportées à l'article L. 3121-11 du Code du travail par la loi du 20 août 2008, mais sans pour autant censurer l'ensemble du dispositif consacré au calcul du repos compensateur. Position génératrice d'un véritable imbroglio juridique, dans la mesure où l'article L. 3121-11, tel qu'il figure pourtant aujourd'hui dans le Code du travail (cf. le texte de l'article L. 3121-11 donné par Légifrance), est inapplicable car inconstitutionnel en l'état. Pour connaître le régime juridique applicable en la matière,

il faut combiner les dispositions du IV de l'article 18 de la loi du 20 août 2008 avec la décision du Conseil constitutionnel y relative. Il en résulte que, contrairement à la lettre de l'article L. 3121-11, le repos compensatoire dû pour toute heure accomplie au-delà du contingent d'heures supplémentaires est au minimum de 50 % pour les entreprises de vingt salariés au plus, et de 100 % pour les entreprises de plus de vingt salariés. Sur cet imbroglio juridique, cf. Christophe Radé, « Commentaire de la décision n° 2008-568 du 7 août 2008, loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : dispositions relatives à la durée du travail », précité.

(106) Comme le démontre l'expertise de chacun des cas dans lesquels la règle impérative est devenue supplétive.

(107) Précitée.

(108) Cf. notamment Gérard Vachet, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Dr. Soc. 2009, p. 896 et Florence Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », précité.

supplémentaires par un repos compensateur de remplacement (art. L. 3121-24), pour la mise en place (art. L. 3152-1) ou l'alimentation et la gestion (art. L. 3152-2) du compte épargne-temps.

Dans toutes ces hypothèses, la formulation est la même (109) : « *Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut* (110), *une convention ou un accord de branche peut (...)* ». On reconnaît bien là la technique de la supplétivité, en l'occurrence de la convention ou de l'accord de branche par rapport à la convention ou l'accord d'entreprise, puisque la convention ou l'accord de branche ne s'appliquera qu'en l'absence de convention ou d'accord d'entreprise. Primauté est ainsi donnée à la négociation d'entreprise, qui ne sera plus encadrée par la négociation de branche. Étant entendu que, dans chacun des cas, il s'agit de mettre à l'écart une règle plus favorable instituée par le Code du travail, via les mécanismes de dérogation *in pejus* à la loi **ou** de supplétivité de la règle légale plus favorable. Par exemple, l'alinéa 3 de l'article L. 3122-2 prévoit qu'en matière de modulation, « *Sauf stipulations contraires d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaires de travail est fixé à sept jours* ». La primauté donnée à la

négociation collective d'entreprise dans son articulation avec la convention de branche se conjugue donc avec une mise à l'écart de règles plus favorables instituées par le Code du travail – sorte de spirale absorbante des droits des salariés.

A souligner, enfin, que, s'agissant d'exceptions aux règles qui encadrent habituellement les rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux différents, le mécanisme de supplétivité entre négociation de branche et d'entreprise doit – lui aussi – avoir été expressément institué par le législateur. Situation sur laquelle seule une lecture très attentive des textes peut (malheureusement) renseigner (111).

*

Les finalités assignées à la négociation collective par l'ordre public en droit du travail sont désormais plurielles et contradictoires. L'objectif de dégradation de la condition de salarié a beaucoup occupé le législateur de ces trente dernières années. Cet ordre public nouveau n'est pas franchement séduisant, ce d'autant que tout n'a pas encore été dit sur l'altération du droit du travail auquel il conduit.

(à suivre)

Mireille Poirier

(109) À très peu de choses près – cf. art. L. 3152-2 sur le compte épargne-temps.

(110) Souligné par nous.

(111) Cf. Partie II, à paraître.

RPDS N° 813 - JANVIER 2013

Numéro spécial JURISPRUDENCE DE DROIT SOCIAL 2011-2012

Au sommaire :
133 sommaires de jurisprudence
Table des articles parus en 2012

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, commande à NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches en Ouche.
Prix du numéro : 7,50 euros (+ forfait de 3 euros par envoi).
Abonnement : 77 euros par an uniquement à RPDS, 263, rue de Paris, case 600, 93516 Montreuil cedex.
Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet www.nvo.fr ou www.lecodedutravail.fr