

LA LOI « TRAVAIL » : Dialogue et négociation

L'articulation des normes

par Michèle BONNECHÈRE, Professeur émérite de l'Université d'Evry,
Val d'Essonne

PLAN

I. Repli de la norme étatique, incertitude sur les finalités

- La spécificité de l'ordre public en droit du travail
- La loi supplétive, et supplétive de quoi ?
- Le principe de faveur marginalisé

II. Le droit du travail, droit de l'entreprise

III. L'affaiblissement du contrat de travail face à l'accord collectif

Ne faisons pas de purisme : ceux qui ont manifesté dans les rues en parlant d'inversion de la hiérarchie des normes n'ont sans doute pas lu Kelsen, qui renvoie à un agencement de compétences (« un acte édicté par une autorité doit être conforme aux conditions prescrites par une autorité supérieure » (1)), mais ils ont du bon sens : prévoir la primauté de l'accord d'entreprise, c'est bien lui donner une certaine supériorité normative. Kelsen n'est pas contredit puisque c'est la loi qui dessine l'architecture, mais est-ce vraiment le problème ? Et la loi qui se déclare supplétive, elle-même, certes, n'est-elle pas affaiblie ? Car c'est ainsi qu'est annoncée, par la loi du 8 août 2016, la refondation de la partie législative du Code du travail : « Les dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord collectif doivent, sauf à des fins de simplification, reprendre des règles de droit positif (...) ».

Les normes : à côté de celles qui proviennent du « discours législatif », loi, constitution, etc. (2), les principes consacrés par les juridictions suprêmes aussi sont des normes. Première constatation, sombre : l'abandon, dans le préambule de la loi, des « principes essentiels ». Ils avaient des sources diverses, comme le veut la problématique des droits fondamentaux : Convention européenne des droits de l'Homme, conventions OIT, droit de l'Union européenne. On pouvait critiquer les formulations ambiguës de la commission *Badinter*, l'article 1 faisant des « *nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise* » (3) le fondement d'éventuelles limitations aux libertés et droits fondamentaux, mais ils étaient censés être un système de références.

Les normes sont des références pour déterminer ce que des choses ou des actions doivent être (4). Nous y incluons aussi les accords collectifs et le contrat.

Depuis quelques mois, il a beaucoup été question d'architecture : idée d'une construction nouvelle – on a parlé en doctrine d'un nouveau paradigme. Nous serions passés d'un droit du travail protecteur à un

droit de l'emploi, de l'avantage à la contrepartie selon J.-E. Ray. Mais pour qui ?

Mon sujet porte sur l'articulation des normes, ce qui donne l'idée d'une mobilité recherchée, d'un mouvement. Mais vers quoi ? Pour quoi faire ? La question des finalités me paraît dominer celle de l'articulation des normes en droit du travail.

Je propose trois temps de réflexion :

- 1) nous voyons un repli de la norme étatique ;
- 2) le droit du travail est envisagé comme droit de l'entreprise ;
- 3) l'affaiblissement du contrat de travail face à l'accord collectif s'affirme.

Mon approche sera assez classique, avec cependant beaucoup de lacunes, de nombreuses questions techniques ne seront pas traitées, notamment celles de la révision et succession dans le temps des accords, et l'articulation avec les normes internationales ne sera qu'entrevue. Et puisque nous parlons de la loi « Travail », je ferai l'impasse sur la loi négociée, c'est-à-dire précédée d'un accord national interprofessionnel, comme celle du 14 juin 2013 (5).

(1) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd. 1960, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann.

(2) V. A. Jeammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », RDT 2016, p. 228, n. 2 : « Il importe de distinguer texte (ou disposition) et norme, c'est-à-dire le signifiant et le signifié. Les énoncés du discours législatif entendu comme l'ensemble des textes du « bloc de constitutionnalité », des codes et des lois ou règlements en vigueur, qu'ont composé et que modifient sans cesse des actes de législation (lois constitutionnelles, organiques, ordinaires, ordonnances, décrets, etc.) ont pour significations divers types de « contenus de pensée ». Dans leur immense majorité, elles signifient

des normes, c'est-à-dire des références pour déterminer ce que des choses (les plus diverses, et pas seulement des conduites, des actions) doivent être. Normes juridiques qui sont de deux espèces : les principes et les (simples) règles ».

(3) M. Bonnechère, « Où va le droit du travail ? », Dr. Ouvr. 2016.315.

(4) A. Jeammaud, *prec.*

(5) L'on renverra en particulier à l'ouvrage *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi, le passage de l'accord à la loi*, Dir. G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé, Les rencontres sociales de la Sorbonne, vol.1, IRJS éd. 2013.

I. Repli de la norme étatique, incertitude sur les finalités

Je ne vois pas le passé comme le temps de la simplicité (6) s'agissant de l'intervention de l'État en droit du travail. L'ordre public, pour les rédacteurs du Code civil, était indérogeable au nom d'exigences de justice, d'utilité publique.

Comprendre l'intervention de « l'ordre public social » a toujours été délicat : un ordre public à indérogeabilité relative, et finalisé en faveur de la protection du salarié. Ce qu'exprime toujours l'article L.2251-1 du Code du travail : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables au salarié que celles des dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

C'était l'ancien article L.132-4, signifiant, selon l'avis du Conseil d'État de 1973 (7), que, en droit du travail, le caractère impératif de la règle ne joue pas face à une stipulation favorable au salarié. Et la doctrine civiliste s'était interrogée sur une apparente négation de la distinction des règles impératives et des règles supplétives.

A. La spécificité de l'ordre public en droit du travail

Au cœur de la théorie des sources du droit du travail, ce texte traite de l'articulation de la loi et des accords en s'inspirant du principe de faveur, expression doctrinale (8) utilisée de temps en temps par les juges du fond. Un principe général du droit du travail pour la création des règles, selon le Conseil d'État, également « principe fondamental en droit du travail » dégagé par la Cour de cassation pour l'application des normes (9), mais qui ne s'impose pas au législateur puisqu'il n'a pas une portée constitutionnelle.

La spécificité de l'ordre public en droit du travail (10) ne réside pas dans l'impérativité de ses règles ou dans l'idée que la loi protège le salarié, elle est dans une

hiérarchie des normes non pas en fonction de leur nature, de leur autorité, mais de leur teneur : celle qui l'emporte est la plus favorable au salarié.

À côté de cet ordre public à indérogeabilité relative a toujours existé un ordre public indérogeable : ordre public absolu, comme dit la jurisprudence.

L'article L.2251-1 n'est pas modifié par la loi « Travail », mais ne risque-t-il pas de devenir une coquille vide ? Afin d'assurer un espace propre et accru à la négociation collective est installé un nouvel agencement, qui vaut actuellement pour la durée du travail, mais pourrait préfigurer un schéma généralisé.

Trois étages apparaissent :

- 1°) l'ordre public (ex. article L.3121-27 : « La durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures par semaine ») ;
- 2°) le champ de la négociation collective ;
- 3°) les dispositions supplétives, c'est-à-dire, à défaut d'accord, la loi.

Le premier niveau, celui de l'ordre public, comporte des aspects classiques (11). Des règles d'ordre public absolu (accord du salarié nécessaire pour forfaitiser la durée du travail) cohabitent avec l'ordre public social (temps de pause de 20 minutes après six heures de travail, mais c'est un minimum). Mais la fonction de cet ordre public, auquel se réfère la loi du 8 août 2016, est obscure. Ainsi est rattachée à l'ordre public l'imputation de l'astreinte sur les temps de repos (12). Où est la protection du salarié ? Quelle est la valeur sous-jacente ?

Le changement majeur du schéma est que la loi, en dehors de l'ordre public, se déclare supplétive par rapport à l'accord collectif, sans référence au plus favorable. Pour assurer de l'espace à la négociation collective, la loi travail n'abandonne pas la dérogation, par exemple sur les durées maximales du travail (13), mais elle mise davantage sur la supplétivité.

(6) Contrairement à P.-Y. Verkindt, « À propos de l'articulation des normes en droit du travail », JCP S 3 mai 2016, 1159.

(7) Conseil d'État, Avis du 22 mars 1972, Dr. Ouvr. 1973.190 : « conformément aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits... ».

(8) A. Jeammaud, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », Dr. Soc. 1999.115.

(9) Cass. Soc. 17 juill.1996, SNCF et EDF, Dr. Soc. 1996.1049, concl. P. Lyon-Caen, Dr. Ouvr. 1996.34, n. F. Saramito.

(10) M. Bonnechère, « Sur l'ordre public en droit du travail, les principes sont toujours là », Dr. Ouvr. 2008.11 ; « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail », Dr. Ouvr. 2001.411. Sur l'ordre public, la thèse de F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ-Institut A.Tunc (Paris I), 2007.

(11) F. Canut, « L'ordonnement des normes étatiques et des normes conventionnelles – à propos du projet de loi Travail », Dr. Soc. 2016.519.

(12) Art. L.3121-10 : « – Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L.3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L.3132-2 et L.3164-2 » (§ 2).

(13) Ex. Art. L.3121-19 : « – Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut prévoir le dépassement de la durée maximale quotidienne de travail effectif, en cas d'activité accrue ou pour des motifs liés à l'organisation de l'entreprise, à condition que ce dépassement n'ait pas pour effet de porter cette durée à plus de douze heures. L'article L.3121-23 permet de la même manière le dépassement de la durée maximale hebdomadaire calculée sur douze semaines ».

La dérogation est un mécanisme de remplacement d'une règle par une autre, qui fait exception à la première, et ce vocable est utilisé depuis une trentaine d'années en droit du travail lorsque la seconde est moins favorable aux salariés. Ce mécanisme, introduit en 1982 en matière de durée du travail, a été largement utilisé depuis (14), mais il doit être strictement encadré sur l'objet et les conditions par le législateur selon le Conseil constitutionnel (15). La norme supplétive ne s'applique qu'à défaut de volonté contraire.

Prévoir que la loi supporte la dérogation par voie d'accord collectif ne supprime pas à la première son caractère d'ordre public. Ce n'est pas le cas lorsque la loi se dit supplétive, donc ne s'imposant qu'à défaut de volonté contraire des intéressés.

B. La loi supplétive, et supplétive de quoi ?

La force obligatoire de la loi supplétive est réduite : il y a bien un repli de l'État. Repli que l'on observe aussi sous une autre forme, celle de la réduction du rôle de l'inspection du travail (sur les durées maximales du travail) ou de sa disparition sur les contestations des propositions de mesures individuelles émanant du médecin du travail : ceci achève une longue évolution évitant l'intervention de l'administration du travail dans le champ du contrat et de l'organisation patronale du travail (16). Selon le nouvel article L. 4624-7, « *Si le salarié ou l'employeur conteste les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail en application des articles L. 4624-2, L. 4624-3 et L. 4624-4, il peut saisir le Conseil de prud'hommes d'une demande de désignation d'un médecin-expert inscrit sur la liste des experts près la Cour d'appel* ». Une interprétation *a contrario* préservant le recours à l'inspecteur du travail pour les contestations autres que « médicales » semble difficile, faute de texte : l'ancien article L. 4624-1 appartient au passé.

Surprise pourtant : les dispositions supplétives ne correspondent pas toujours à des règles substantielles s'appliquant à défaut d'accord : on y trouve,

en matière de forfaits jours, un renvoi à la décision de l'employeur. Selon l'article L. 3121-65 : « *À défaut d'accord, l'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos (quotidien et hebdomadaire)* ».

Ce dispositif béquille, pour reprendre l'étude d'impact, est censé éviter « l'insécurité juridique » résultant du contrôle du juge sur les accords collectifs permettant le forfait-jours. On rappellera que ce contrôle s'exerce par référence aux droits fondamentaux au repos et à la santé (17). Et qu'il exprime la responsabilité de l'État, garant du résultat imposé par la directive 89/391 « Santé-sécurité » en matière de prévention.

N'y a-t-il pas là une manipulation de la négociation collective elle-même ? Derrière l'alternative loi ou accord collectif se trouve préservée la décision patronale. L'accord n'est pas suffisant ? Il ne sera pas invalidé, la décision unilatérale remplacera.

Faisons confiance au juge et rappelons la constellation de textes supérieurs : préambule constitutionnel, traité et chartes européennes, directive, visés par l'arrêt du 29 juin 2011 sur le forfait-jours, auquel on ajoutera la Convention européenne des droits de l'Homme...

C. Le principe de faveur marginalisé

Dire que le législateur, même en déclarant la loi supplétive, demeure le maître d'œuvre, est un peu faire de la diversion. Si la teneur plus favorable d'une norme n'est plus déterminante pour savoir si elle l'emporte (dans la pratique), la hiérarchie n'est plus la même.

Nous sommes au cœur du droit du travail appréhendé comme système : le droit du travail est un enjeu des politiques, il est également ambivalent (selon l'enseignement de G. Lyon-Caen), mais l'enchaînement de ses normes obéit à une technique particulière, dirigée vers le progrès social. Ce type d'enchaînement est, ne l'oublions pas, celui auquel se réfère l'OIT (art. 19 § 8 de sa Constitution (18)).

(14) En particulier la loi du 4 mai 2004 a considérablement élargi le champ de ce que l'on appelle les accords dérogatoires, la dérogation étant ouverte dans quatorze nouveaux cas aux accords d'entreprise, dans les champs de la durée du travail et de l'emploi précaire. Les lois du 18 janvier 2005 et du 30 décembre 2006 ont ouvert la voie à des accords d'entreprise, de branche ou de groupe adaptant l'information et la consultation du comité d'entreprise en matière de licenciement collectif notamment.

(15) Selon la décision n°2004-494 DC du 29 avril 2004 du Conseil constitutionnel, « *lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation* ».

(16) Pour un rappel de l'évolution, v. la note M. Bonnechère sous Cass. Soc. 8 avr. 2004, Dr. Ouvr. 2004.534. Dès 1980 et 1981, la Chambre sociale, puis le Conseil d'État, avaient réduit la compétence (prévus « *en cas de désaccord ou de difficulté* »)

dans le cadre du recours du salarié ou de l'employeur contre l'avis et la proposition du médecin du travail aux désaccords sur l'état de santé et sur le genre de poste pouvant convenir au salarié en raison de son état de santé. Ce qui excluait toute appréciation sur l'existence de postes disponibles pouvant permettre une mutation.

(17) C'est l'arrêt rendu le 29 juin 2011 par la Chambre sociale. V. A. Lyon-Caen, « Le forfait en jours, ou les épices du pluralisme », colloque 2011 du Syndicat des avocats de France, *Durée du travail, la charge de travail en question*, Dr. Ouvr. 2012.171.

(18) Constitution de l'OIT, article 19 § 8 : « *En aucun cas, l'adoption d'une convention ou d'une recommandation par la Conférence, ou la ratification d'une convention par un membre ne devront être considérées comme affectant toute loi, toute sentence, toute coutume ou tout accord qui assurent des conditions plus favorables aux travailleurs intéressés que celles prévues par la convention ou la recommandation* ».

Le principe de faveur combat le déséquilibre inhérent à la relation salariale. Certes, il appartient au législateur d'en déterminer le contenu et la portée, selon le Conseil constitutionnel (19), et il ne s'en est pas privé depuis 1982, multipliant les hypothèses d'accords dérogatoires. Le choix de la suppléativité

(même s'il n'est pas généralisé), s'ajoutant à la mise à l'écart du principe de faveur, va plus loin, car il place la loi au même niveau que l'accord collectif, auquel aucune direction n'est assignée. La suppléativité de l'accord de branche est par ailleurs renforcée.

II. Le droit du travail, droit de l'entreprise

Il est devenu courant de souligner la montée en puissance de l'accord d'entreprise. Le rapport 2015 du COE sur le marché du travail en Europe (20) évoque une stratégie du patronat allemand pour se dégager de la régulation des accords de branche, depuis les années 1980.

En France, certains écrivent sur « *le temps du monde de l'entreprise* » (21), soulignant qu'avec la globalisation, l'entreprise devient, à côté des États, un lieu de production de normes juridiques. On entend reparler même à ce propos du pluralisme juridique.

Dans les années 1980, certains auteurs (Norbert Rouland (22)) nous expliquaient comment, dans les sociétés occidentales, des groupes organisés secrètent des systèmes de droit qui leur sont propres, avec leurs normes et leurs sanctions (la mafia, à l'époque...). Gunther Teubner, professeur à Francfort, dans un ouvrage dirigé par Alain Supiot, évoque « *l'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales* » (22 bis).

Il faut rapprocher cette production de normes juridiques par l'entreprise au plan interne et l'auto-réglementation des firmes multinationales avec le développement, sur des bases volontaires, de pratiques visant à réglementer autrement que ne le feraient les États : codes de conduite, chartes. Peu d'auteurs (23) ont étudié l'articulation effective de ces instruments avec les conventions de l'OIT qu'ils visent parfois, et avec les législations locales applicables aux sous-traitants.

Soulignons, sur ce terrain-là, l'importance du phénomène de la sous-traitance mondialisée. Derrière le contrat d'entreprise, le donneur d'ordre mobilise la main-d'œuvre du sous-traitant sans avoir

à lui appliquer son propre droit du travail. Et l'on a vu au Bangladesh, après la tragédie du Rana Plaza, quelque 180 firmes occidentales signer un accord avec les syndicats, qui a permis des inspections des usines, mais éclaire l'absence de législation adéquate imposant aux firmes un devoir de vigilance (23 bis). En 2014, l'OIT a conclu un accord avec H & M. Une résolution adoptée le 10 juin 2016 par la conférence de l'OIT (24) porte sur le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales. Elle parle de responsabilités complémentaires, mais distinctes, des gouvernements, des entreprises et des partenaires sociaux.

On s'intéressera surtout à l'articulation de l'accord d'entreprise avec l'accord de branche.

La loi du 4 mai 2004 avait « autonomisé » l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche, du moins dans le silence de celui-ci sur l'articulation, mettant le principe de faveur à la disposition des négociateurs. Puis la loi du 20 août 2008 a donné la compétence de principe à l'accord d'entreprise pour certaines règles de durée du travail. La loi « Travail » se veut elle-même outil d'articulation des accords et « *la primauté de l'accord d'entreprise devient le principe de droit commun* », par exemple pour fixer le taux de majoration des heures supplémentaires. Une exception : la branche fixe seule la durée minimale du temps partiel. Je ne développe pas.

On peut ne voir là que l'accélération d'un mouvement. Mais le rapport *Combrexelle* préconise d'aller bien au-delà du seul domaine (pour le moment expérimental) de la durée du travail : l'organisation du travail, de nouvelles formes de contrats de travail et d'autres études renverraient à l'accord d'entreprise le soin de fixer les causes du licenciement.

(19) décision du 29 avril 2004.

(20) Centre d'orientation de l'emploi, sept. 2015, « Les réformes du marché du travail en Europe ».

(21) J.-Ph. Riobé, *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015.

(22) V. notamment N. Rouland, *Antropologie juridique*, PUF, 1^{ère} éd. 1988, et *Aux confins du droit*, O. Jacob, 1991.

(22 bis) in *L'entreprise dans un monde sans frontières - Perspectives économiques et juridiques*, 2014, Dalloz.

(23) P. Deumier, *Les codes de conduite d'entreprise et l'effectivité des droits de l'homme*, avec L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, 2009, Larcier, Bruxelles.

(23 bis) v. les actes du colloque de l'Université d'Evry, *L'inspection du travail, l'entreprise et les droits du travailleurs*, Dr. Ouvr. février-mars 2015.

(24) Résolution adoptée par la Conférence internationale du travail, 105^{ème} session, 10 juin 2016.

Sur un plan général, quelle place pour la branche dans la loi travail ? Demeure le noyau dur, légèrement élargi, de thèmes pour lesquels l'accord de branche l'emporte (la loi « Travail » ajoute aux salaires minima, classification, protection complémentaire, la pénibilité et l'égalité professionnelle). Pour le reste, le silence de la branche ouvre la voie à une dérogation de l'accord d'entreprise ou d'établissement, comme l'a prévu la loi du 4 mai 2004 (L. 2253-3).

L'article 24 de la loi « Travail » innove en donnant mission à l'accord de branche de définir les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables, se rattachant à la définition d'un « ordre public conventionnel ». Mais ceci ne vaut pas lorsque la loi prévoit la primauté de l'accord d'entreprise.

Nous sommes dans la confusion : l'ordre public ne peut correspondre qu'à un socle de valeurs ou règles essentielles préservées par la loi ; ici, il désigne un mode de régulation de la négociation et la loi n'intervient que pour préserver l'espace de l'accord d'entreprise. Un exemple : si un accord de méthode existe au niveau de l'entreprise, il l'emporte sur l'accord de méthode de la branche.

Face à cette orientation, les uns saluent un droit de proximité, sur mesure, d'autres s'insurgent contre un droit variant selon l'employeur. On notera que ces derniers ne nient en aucune façon l'importance de la négociation par entreprise, mais considèrent qu'elle ne saurait aboutir à des stipulations moins favorables. Je les rejoins. Il faut distinguer la question du choix du niveau le plus adéquat pour la négociation, la répartition des matières, de celle de l'application du principe du plus favorable. Tout le problème est de savoir si une négociation d'adaptation doit pouvoir être défavorable ou différente. Peut-être pourrait-on prendre l'exemple des négociations sur la pénibilité ? Renvoi à la discussion...

Certes, une commission paritaire de branche va chaque année établir un rapport et pourra faire des recommandations.

Bien sûr, le principe majoritaire (25), introduit parmi les règles de validité des accords d'entre-

prise, est à saluer. Mais l'argument de l'emploi vient limiter, à ce niveau-là, le choix syndical de signer ou non, quelle que soit la compétence des négociateurs. Et le référendum devant valider un accord à la demande de syndicats non majoritaires (30 %) risque d'aboutir à des choix simplistes. Il faut s'attendre assez fréquemment à cette dernière hypothèse, car il est douteux que les accords majoritaires soient nombreux.

Le nombre des accords d'entreprise est important : plus de 36 000 en 2015, comme en 2014. Environ 30 % portent sur les rémunérations. Sur ce point, les principes essentiels pouvaient avoir des suites concrètes. L'article 30 affirmait que « *tout salarié a droit à une rémunération lui assurant des conditions de vie digne* » (26). On imagine les discussions des négociations salariales, le poids des principes renforçant la partie syndicale. Mais il faudrait ressusciter les principes essentiels.

En très bref, deux remarques sur l'enchaînement des accords.

1. On relève une forme d'articulation étonnante pour les entreprises de moins de 50 salariés entre un éventuel accord-type, résultant d'une convention de branche étendue, et la décision patronale unilatérale, qui choisit parmi différentes options (art. 63 de la loi).

2. Qu'en est-il du niveau du groupe ? L'accord de groupe est reconnu par la loi depuis 2004. Seule une disposition expresse de l'accord de branche lui permet de comporter des stipulations dérogatoires. La loi « Travail » ne semble pas modifier ce point. Par contre, elle rend possible la substitution de l'accord de groupe à l'accord d'entreprise (art. L. 2253-5), alors que la jurisprudence antérieure était interprétée comme renvoyant au plus favorable (27). Cela mérite d'être souligné comme une pierre jetée dans le fameux droit de proximité.

(25) Selon le nouvel article L.2232-12 la validité de l'accord est subordonnée à sa signature par des syndicats ayant obtenu plus de 50 % des suffrages exprimés aux dernières élections en faveur d'organisations représentatives.

(26) Dans « Chronique ouvrière » du 12 juin 2016, Pascal Moussy insiste à juste titre sur l'importance de ce principe (« À l'article 2 du projet de loi *El Khomri*, les travailleurs opposent leur article 1^{er} : sur les principes, on lâche rien ») (www.chronique-ouvriere.fr/).

(27) Il faut rappeler l'arrêt *Axa* du 30 avril 2003 (Dr. Ouvr. 2003.398), et son analyse doctrinale : « *L'accord de groupe ne peut pas faire*

*échec au principe de faveur. Celui-ci permet que la négociation au niveau inférieur ou spécial engendre des normes plus favorables aux travailleurs. Le principe étant d'ordre public, l'accord de groupe ne peut pas l'écartier... Interdit de substitution à l'accord d'entreprise, l'accord de groupe reçoit une vocation d'orientation, non contraignante, des négociations d'entreprise, à tout le moins dans le champ couvert par les obligations de négocier dans l'entreprise. Il ne peut empêcher la renégociation in favorem au niveau de l'entreprise » (P. Rodière, « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », *Semaine Sociale Lamy*, 2003, n° 1125).*

III. L'affaiblissement du contrat de travail face à l'accord collectif

Un auteur de référence, Pascal Ancel, a toujours soutenu que le contrat, au-delà des obligations, « crée une véritable norme » (28). Ce qu'exprime l'article 1103 du Code civil (ancien 1134) : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Et ce droit commun est celui du contrat de travail (L. 1121-1).

L'application de la convention collective au contrat de travail est régie par l'article L. 2254-1 : « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'un convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables ». La Cour de cassation a précisé que seules les dispositions plus favorables de l'accord collectif se substituent aux clauses contractuelles. Inversement, les clauses contractuelles plus favorables sont préservées. De nouveau, nous sommes au cœur de notre système de droit du travail. Et l'article L. 2254-1 est conforme à la recommandation n° 91 de l'OIT sur la négociation collective (29).

Il est aujourd'hui envisagé de lever ces réserves. La loi « Travail » ne le fait pas d'une manière générale. Cependant, son article 22 affirme la primauté de l'accord collectif, non pas de préservation de l'emploi, comme le voulait le rapport *Combrexelle*, mais conclu en vue de cette préservation, et du développement de l'emploi. Ce que certains englobent dans une négociation dite d'anticipation, n'intervenant pas au stade des difficultés économiques. L'idée est de laisser libres les interlocuteurs sociaux de choisir les circonstances justifiant ce que l'on appelle pudiquement des mesures de gestion de l'emploi, et de rendre celles-ci impératives, de les faire prévaloir sur le contrat de travail.

Ceci est réalisé par l'article 22 de la loi du 8 août 2016, qui dispose, à propos de l'accord collectif, que « ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail ».

Certes, le « parti pris de la négociation collective » est mis en œuvre depuis plus de 15 ans : loi *Aubry* du 19 janvier 2000, loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, lois *Macron* et *Rebsamen* des 6 et 17 août 2015, la tendance se confirme (30).

Tentons d'approfondir. Dans notre droit du travail, l'accord collectif ne s'incorpore pas au contrat de travail, bien que le législateur proclame son effet normatif et impératif. D'où la problématique du refus de la modification du contrat de travail. La Cour de cassation l'a redit le 10 février 2016 : « une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord express du salarié » (30 bis), après l'arrêt *Air Littoral* de 2003 (31).

Des arrêts du 27 janvier 2015, puis d'autres, avaient comporté un visa valorisant l'accord collectif et faisant se demander (32) si les syndicats négociant et signant l'accord ne sont pas vus comme des mandataires des salariés (les arrêts parlent de l'habilitation donnée par leur vote aux organisations syndicales représentatives (33)). Mais ceci n'a concerné à ce jour que les différences entre catégories professionnelles opérées par accord collectif (34).

Dans les lois citées, la volonté de la majorité (35) fait plier la volonté individuelle (36). Le Conseil constitu-

(28) P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD Civ. 1999.771.

(29) Recommandation n° 91 OIT sur la négociation collective : « Toute convention collective devrait lier ses signataires ainsi que les personnes au nom desquelles la convention est conclue. Les employeurs et les travailleurs liés par une convention collective ne devraient pas pouvoir convenir, par le moyen de contrats de travail, de dispositions contraires à celles de la convention collective... ; 2) Les dispositions de tels contrats de travail contraires à une convention collective devraient être considérées comme nulles et devraient être remplacées d'office par les dispositions correspondantes de la convention collective ; 3) Les dispositions de contrats de travail plus favorables aux travailleurs que celles que prévoit la convention collective ne devraient pas être considérées comme contraires à la convention collective ».

(30) I. Meyrat, « La loi 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ou l'histoire d'une réforme au long cours », Dr. Ouvr. 2016.689 ; J. Déchoz, « Produire le consentement : du militantisme au partenariat social - Banalités de base II », Dr. Ouvr. 2016.547.

(30 bis) Cass. Soc., 10 févr. 2016, n°14-26.147, Dr. Ouvr. 2016.167.

(31) Cass. Soc. 5 févr. 2003, n°01-40.588 ; v. G. Couturier, « Ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective » SSL 2012, n° 1534, p. 7.

(32) A. Jeammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », RDT 2016, pp. 228 et s., spéc. p. 235.

(33) Cass. Soc. 27 janv. 2015, six arrêts, avec un communiqué de presse pour Cass. Soc. n° 13-22.179 (Dr. Ouvr. 2015.283, n. Ph. Masson). V. I. Odoul-Asorey, « La négociation collective confortée par le principe de participation », Dr. Soc. 2015.987.

(34) « Mais attendu que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ».

(35) F. Dumont parlera du régime des accords sur l'emploi, *infra*.

(36) Comme le relève F. Canut (loc. cit.).

tionnel, notons-le, n'a pas hésité, en 2012, à propos de la loi *Warsman* (accord permettant de changer la répartition du temps de travail sans l'accord du salarié), à faire prévaloir la liberté contractuelle appliquée à l'accord collectif sur celle du contrat individuel.

Et la question est posée de savoir dans quelle mesure une telle évolution est compatible avec le principe de la force obligatoire du contrat.

Certains s'étonnent de voir apparaître une défense du contrat de travail, pourtant marqué par le déséquilibre économique, défini par la subordination juridique et relevant traditionnellement de corrections par des mesures prises au niveau collectif (37). D'autre part, l'analyse civiliste enseigne que la force obligatoire n'est plus un dogme. Ainsi, le Conseil constitutionnel contrôle les atteintes du législateur aux contrats légalement conclus, mais lorsqu'elles ne sont pas justifiées par un motif d'intérêt général suffisant (38), et l'on trouve des exceptions dans la loi ou dans le nouvel article 1195 du Code civil (révision judiciaire du contrat déséquilibré après un changement de circonstances).

On peut aussi se demander si le Conseil constitutionnel serait prêt à rattacher la force obligatoire du contrat à un principe fondamental garanti par les lois de la République, dès lors qu'on la ferait partir du Code civil. C'est douteux.

Mais comme le dit très bien Pascal Ancel (39), on ne peut pas invoquer la force obligatoire de manière abstraite, sans considération des intérêts que le principe peut servir : c'est ce que fait le législateur quand il protège un contractant faible et l'article L. 2254-1 va dans ce sens. L'application des accords collectifs aux contrats en cours porte atteinte à la force obligatoire, mais l'atteinte est tempérée par le maintien du plus favorable. Et je cite : « *la prévisibilité, la sécurité que doit garantir le contrat, finalités premières de la force obligatoire, présentent (...) une importance particulière pour ce type de contrat* ».

Ce que je formulerai de manière plus primaire : l'accord collectif que l'on entend faire prévaloir est-il plus protecteur ?

L'on peut ajouter aussi que la figure du contrat de travail, malgré son « *obscur objet* » (40) (la force de travail), fait du travailleur un sujet, sujet du contrat.

Cette question classique de l'articulation du contrat de travail avec l'accord collectif conduit aujourd'hui à approfondir l'indissociabilité des valeurs extrapatrimoniales attachées à la personne du travailleur. Je pense notamment à l'impact de la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 8), dont la Chambre sociale n'admet qu'avec parcimonie la justiciabilité.

Un syndicaliste a parlé de « *logique sacrificielle* ». Peut-on accepter que la modernisation du droit du travail, l'octroi de nouvelles souplesses pour les entreprises débouchent sur une gestion violente de la force de travail ?

Retour au terrain des droits fondamentaux.

Nous avons vu, il y a bientôt 10 ans, la convention 158 de l'OIT mettre en échec une mesure affaiblissant les droits des salariés avec le contrat nouvelles embauches parce qu'un principe était en cause : l'existence et le contrôle de la motivation du licenciement (41). Aujourd'hui, l'actualité est celle de la publication des décrets d'application de la loi « Travail », où l'on trouve, par exemple, le projet d'autoriser l'espacement de la visite médicale permettant le « suivi » de l'état de santé du salarié jusqu'à... cinq ans. Peut-on parler sérieusement d'un « *suivi de l'état de santé* » du salarié ? Que devient le « *droit à la protection de la santé* », proclamé notamment par la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe ? Il me semble que nous n'avons pas encore exploré tous les problèmes posés par la loi du 8 août 2016 et que le travail de la doctrine sera très important sur l'articulation avec les conventions de l'OIT, les chartes européennes et d'autres instruments fondamentaux.

Michèle Bonnechère

(37) cf. P. Moussy, Chronique ouvrière, juin 2016, préc.

(38) Décision n°2002-465 DC du 13 janvier 2003.

(39) P. Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », RDT 2016, p.240.

(40) L'on aura reconnu l'expression d'Alain Supiot.

(41) A. Chirez, « Florilège de beaux principes autour d'un CNE désamorcé », Dr. Ouvr. 2008.512.