

## L'ACCORD COLLECTIF DE TRAVAIL APRÈS LA LOI *EL KHOMRI*

Synthèse

# L'accord collectif de travail après la loi *El Khomri*

Jean-Pierre LABORDE, Professeur émérite de l'Université de Bordeaux,  
Membre du Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale  
(UMR CNRS-Université n° 5114)

Chers amis,

**1.** Au terme de ce beau, captivant et fructueux Colloque d'une journée, il faut bien, sans doute pour beaucoup d'entre nous, nous l'avouer, nous avons pourtant été frôlés par la tentation forte de faire l'impasse sur la loi dite *El Khomri* ou *Travail*, officiellement loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Faire l'impasse, en effet, selon l'expression de Valérie Lacoste-Mary, et si possible passer à autre chose, tourner la page, selon l'expression de Christophe Radé. Une gestation de la loi trop chaotique, un contenu trop complexe, un avenir trop incertain pour un texte promis par les uns à l'abrogation pure et simple et par d'autres, sur le bord opposé, à une réécriture en accentuant encore les aspects déjà les plus critiqués. Sans doute notre Journée n'a-t-elle pas été consacrée à la loi dans son ensemble, véritable massif de dispositions qu'il eût été du reste impossible d'évoquer en si peu de temps. Pour autant, le thème plus particulier retenu, celui de l'accord collectif, l'accord collectif après la loi *El Khomri*, n'avait rien pour nous rassurer, tant cette question a été au cœur du débat passionné sur ce que l'on a appelé l'inversion des normes, qui aurait conduit le législateur à sacrifier la loi à la négociation collective et l'accord de branche aux accords d'entreprise. Et si le Gouvernement et sa majorité se défendaient en invoquant leur souci majeur d'éviter que des règles trop contraignantes viennent à compromettre encore davantage les embauches et l'emploi, il leur était aussitôt répondu qu'à supposer qu'elle puisse être efficace cette politique n'était pas en elle-même garante d'un progrès social. Était-il utile de revenir à tant de sujets de discorde et de trouble et pouvait-on réellement espérer parvenir ensemble, sans que nul ne renie ses convictions, à y voir un peu plus clair ?

**2.** Je crois pourtant que nous serons tous d'accord pour dire que le pari de cette journée, particulièrement aventureux, a été tenu et bien tenu et c'est évidemment un premier et très important motif de satisfaction. Il faut en féliciter particulièrement l'Institut du Travail et sa Directrice, Valérie Lacoste-Mary, et aussi le professeur Christophe Radé, qui a assuré la responsabilité scientifique de ce Colloque.

**3.** Le succès de cette journée est d'abord le succès de sa construction, tant les trois parties retenues, l'accord collectif et la loi, l'accord collectif et l'entreprise, l'accord collectif et le contrat de travail, ont permis de couvrir l'ensemble des questions soulevées par le thème.

Ce triptyque, indiscutable, en évoque un autre, tout à fait différent et plus controversé, qui, lui, figure dans la loi et qui devrait présider à toute la refondation du Code du travail, si celle-ci se passe selon les canons aujourd'hui annoncés, en d'autres termes la distinction de ce qui, au titre de l'ordre public, relève de la loi, de ce qui relève de la négociation collective et de ce qui, à défaut d'accord collectif, relève de dispositions supplétives. C'est du reste en application de ce triptyque que sont composées les nouvelles dispositions du Code touchant la durée du travail et les congés, comme l'énonce l'article L. 3111-3 du Code du travail.

**4.** Bien sûr, on ne peut que constater l'irruption de la supplétivité dans un domaine et plus largement un droit du travail qui lui laissait jusque-là peu de place. S'appuyant sur un jeu très fin de distinctions entre la dérogativité et la supplétivité de la loi, Florence Canut s'est attaché à nous montrer tout à la fois la diversité des hypothèses de recul de l'ordre public face à l'accord collectif, certes peu fréquentes quand il s'agit de normes jusque-là indérogables mais plus nombreuses quand il s'agit de normes jusque-là

dérogeables, et le caractère globalement et au moins pour l'heure limité de ces reculs. Il reste que l'imprécision de certaines formulations législatives de même qu'une curieuse tendance à rappeler des possibilités d'amélioration des dispositions légales qui se seraient pourtant imposées sans texte peuvent faire craindre des évolutions moins favorables. Florence Canut s'interroge aussi, avec beaucoup de pertinence, sur la possibilité d'adapter le triptyque cher au nouveau législateur à d'autres secteurs du droit du travail que celui de la durée du travail et des congés, dans l'hypothèse bien sûr où la refondation du Code du travail suivrait son cours annoncé. Autant dire que si l'équilibre de l'ordre public légal et de l'accord collectif n'est peut-être pas d'ores et déjà fondamentalement remis en cause, il est tout de même menacé à la fois par les imprécisions de la loi et peut-être aussi par l'esprit de la loi lui-même, à supposer bien sûr que celui-ci soit tout à fait déchiffrable.

5. Il reste que si un accord collectif est effectivement conclu, la question de son articulation avec la loi se pose en quelque sorte en aval de celle qu'a abordée Florence Canut et c'est cette question seconde dans le raisonnement mais pas en importance qu'aborde Sébastien Tournaux. Comme Florence Canut, il montre que la loi du 8 août 2016 ne se prête ni à une présentation simple ni non plus à une présentation tout à fait tranchée. Il en est tout d'abord ainsi parce que, lorsqu'il y a effectivement conflit entre la loi et l'accord collectif, la loi *Travail* ne remet aucunement en cause en lui-même le principe de faveur et si elle l'assortit d'exceptions, c'est dans un cadre posé depuis assez longtemps puisque le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu valeur constitutionnelle au principe de faveur dans lequel il préfère voir un principe fondamental du droit du travail. Il est vrai que, dans d'autres hypothèses, assez nombreuses, la loi *El Khomri*, plutôt que de s'attaquer au principe de faveur, a, semble-t-il, préféré organiser des hypothèses que Sébastien Tournaux appelle hypothèses de non-concours de la loi et de l'accord collectif, quand l'un et l'autre peuvent intervenir sans s'articuler particulièrement. C'est sans doute sur ce terrain que réside l'une des caractéristiques les plus fortes de la loi *El Khomri* en même temps que l'un de ses risques majeurs pour l'avenir. Encore faut-il cependant observer que, même dans ces cas, le législateur ne paraît pas avoir abandonné toute volonté d'emprise, à tel point d'ailleurs que dans certaines hypothèses il est permis de se demander s'il n'y a pas en réalité une certaine désincitation à la négociation collective, ainsi lorsque les dispositions supplétives peuvent paraître aux syndicats plus réellement protectrices que ce qu'ils pourraient espérer de cette négociation.

6. On le voit, devant un massif législatif aussi complexe, il n'est pas toujours facile de se prononcer clairement sur ce que modifie réellement la loi *El Khomri* et cette difficulté de lisibilité de l'esprit et du sens du texte peut, selon les lunettes de l'observateur, tenir à la volonté du législateur de prendre en compte tous les intérêts divers et parfois contradictoires en jeu comme tendre à camoufler, sous la diversité des résultats de la négociation collective, un recul très regrettable des acquis traditionnels des salariés en matière de durée du travail et de congés, un peu comme si la forêt d'accords ainsi attendue pouvait servir à masquer où mènent ses chemins. Il est vrai que l'intitulé de cette passionnante journée d'étude doit nous amener à nous interroger, au-delà de la loi elle-même, sur ce que devient l'accord collectif de travail après cette loi, c'est-à-dire après sa promulgation et dans son cadre.

Nous avons alors abordé, dans le deuxième grand thème de la journée, la question des accords collectifs et de l'entreprise.

7. Cette question est évidemment d'abord celle, tout à fait centrale, des rapports des accords de branche et des accords d'entreprise. Précisément Christophe Radé, en s'appuyant sur une vaste et très éclairante fresque historique, s'est demandé si, au regard du contenu de la loi *El Khomri*, on pouvait affirmer, comme cela a si souvent été dit, que cette loi a rompu au profit de l'accord d'entreprise une hiérarchie des normes qui jusque-là privilégiait l'accord de branche. La réponse à cette question n'est assurément pas simple, comme nous l'a très clairement montré Christophe Radé. Sous l'angle le plus global, c'est la réponse négative qui, au moins à première vue, paraît devoir s'imposer, d'autant plus que la loi du 8 août 2016 ne fait que prolonger des tendances profondes à l'œuvre depuis déjà 2004 au moins, particulièrement avec la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social et plus encore avec celle du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Autant dire que la réforme récente apparaît comme une accentuation des dispositifs favorables dans leur champ particulier à l'accord d'entreprise beaucoup plus que comme un renversement pur et simple de son rapport à l'accord de branche. Dans un deuxième mouvement de sa démonstration, Christophe Radé observe cependant que si la loi *El Khomri* a certes maintenu le principe classique de la hiérarchie des normes et la logique descendante qui en découle, c'est au prix d'un développement tel des exceptions et de la subsidiarité qu'on peut se demander si, pour ce qui touche la durée du travail, la hiérarchie traditionnelle des normes n'est pas tout de

même sérieusement remise en cause. Pour autant, il n'en sera ainsi, à supposer que cette remise en cause finisse par s'imposer, ce qui n'est pas certain, que si, à l'avenir, le législateur pose clairement de nouvelles règles d'articulation et de hiérarchie des normes. On n'en est pas là. Tout ce que l'on peut retirer de certain dans les graves incertitudes actuelles, c'est que la loi *El Khomri* ne tranche pas vraiment et qu'elle a plutôt tendu à distinguer des types de cas et de domaines selon qu'ils se prêtent ou non plutôt à l'autorité de la branche ou plutôt à la dynamique de l'entreprise. L'heure des grands énoncés, dans un sens ou dans l'autre, l'heure de la sortie de l'ambiguïté, à supposer que cette sortie soit favorable à qui l'entreprend, cette heure n'a pas encore sonné.

**8.** Chacun est alors renvoyé à ce sentiment récurrent de très grande complexité de la situation actuelle, que nous avons tous l'impression de subir et dont peut-être certains d'entre nous sont portés à penser qu'il a été plus ou moins si ce n'est souhaité du moins considéré par les auteurs de la réforme comme à peu près inévitable. La question se pose en tout cas du discernement des risques de la situation actuelle et des voies de salut.

**9.** La communication de Gilles Auzero, à son tour de grand intérêt, nous montre que le législateur du 8 août 2016 a tout de même su, à l'occasion, intervenir de façon délibérée sur des sujets en partie neufs, et en l'occurrence sur les accords collectifs conclus dans les entreprises à structure complexe, plus précisément sur les entreprises appartenant à une telle structure, ce qui désigne pour l'essentiel les accords de groupe et les accords interentreprises. Ici la loi *El Khomri* va nettement plus loin que la loi de 2004, qui s'était avérée insatisfaisante. Il en va ainsi aussi bien en ce qui concerne la conclusion de tels accords dans de telles entreprises qu'en ce qui concerne leurs effets. Touchant l'application de ces accords Gilles Auzero met en lumière les réponses nouvelles et audacieuses données à l'articulation des normes de niveau supérieur et de niveau inférieur. Il juge ainsi que, s'agissant de la négociation de groupe, elle pourra désormais, dans les conditions et limites prévues par la loi, se substituer à la négociation d'entreprise, et encore, s'agissant cette fois de tout accord de groupe ou interentreprises, qu'il pourra même déclarer se substituer à un accord d'entreprise antérieur. Sans doute ces dispositions n'ont-elles pas toujours toute la clarté requise et il n'est du reste aucunement exclu qu'en éloignant la négociation collective du niveau des délégués syndicaux d'entreprise, elles tombent sous le coup d'un grief d'inconstitutionnalité. Pour autant, il apparaît assez clairement que l'on est au moins sur certains points en présence

d'un changement que Gilles Auzero qualifie de radical et que, si certains peuvent le regretter, il est difficile de reprocher ici au législateur d'avoir masqué ses préférences sous un brouillard de complexité ou de s'être complu dans une vision dépassée de la structuration des entreprises. Où il apparaît que la loi du 8 août 2016 est décidément elle-même un objet complexe.

**10.** Il y a beaucoup à apprendre des paradoxes et l'après-midi de cette belle Journée nous l'aura à nouveau et plusieurs fois montré. Dans les rapports en effet entre l'accord collectif et le contrat de travail, il y avait au moins un paradoxe à annoncer successivement une communication sur la supériorité du contrat de travail et une autre, la suivant aussitôt, sur la supériorité de l'accord collectif.

**11.** Il est revenu à Alexandre Fabre d'exposer très clairement ce qu'il faut en la matière entendre par supériorité du contrat de travail. Mise au clair d'autant plus indispensable que, prise à la lettre, l'expression de supériorité du contrat de travail pourrait en l'occurrence susciter les plus vives critiques, tant d'un point de vue historique que d'un point de vue contemporain. Pourtant, cette supériorité n'est pas à exclure complètement, soit qu'elle apparaisse, dans certains cas peu nombreux, comme une supériorité-préférence, ainsi quand certaines stipulations relèvent du seul contrat individuel, soit plus fréquemment, qu'elle se manifeste comme une supériorité-résistance, ainsi lorsque le contrat individuel se révèle plus favorable que l'accord collectif ou lorsque, appuyé sur la force obligatoire du contrat, il peut faire barrage à une modification unilatérale souhaitée par l'employeur, jouant alors le rôle d'une sorte de barrage filtrant. Et l'on voit que toute la puissance du contrat réside dans sa force obligatoire. Il est vrai qu'il ne faut pas s'exagérer la portée pratique en toute hypothèse d'une telle supériorité et qu'elle ne doit pas du tout conduire à ne penser l'articulation de l'accord collectif et du contrat individuel qu'en termes d'antagonisme. Pour autant, on voit en définitive que la thématique d'une supériorité du contrat de travail, loin de constituer une pure et simple impasse, prête à une réflexion intéressante. Et il en est d'autant plus ainsi qu'elle peut se retourner en son inverse apparemment opposé de la supériorité de l'accord collectif.

**12.** Christine Neau-Leduc nous donne à son tour une clé essentielle du paradoxe apparent des intitulés des contributions touchant les rapports de l'accord collectif et du contrat individuel de travail. La supériorité du premier sur le second et du celle du second sur le premier ne sont que les deux faces d'une même réalité, dont certains éléments relèvent en effet de la supériorité du contrat individuel et d'autres de celle de l'accord collectif. Bien entendu,

la supériorité de l'accord collectif, quand elle existe, ne pose problème que si l'accord collectif est moins favorable que le contrat individuel. Cependant, en droit positif, les hypothèses de ce type, qui concernent pour l'essentiel les accords collectifs d'entreprise et qui passent par une intervention du législateur, sans être négligeables, sont tout de même encore peu nombreuses, réduites qu'elles sont à des catégories particulières d'accords collectifs à l'égard desquelles il a paru indispensable de faire prévaloir l'accord collectif sur la résistance individuelle de travailleurs attachés aux avantages de leur contrat. Ces hypothèses ne sont certes pas sans conséquence, puisqu'elles conduisent souvent à justifier le licenciement de ceux qui se refusent à sacrifier une partie de leurs droits contractuels sur l'autel de la compétitivité de l'entreprise et de la défense de l'emploi. Elles sont loin cependant d'annoncer nécessairement l'émergence d'une tendance large et profonde à la supériorité des accords collectifs, quel que soit leur contenu. Du reste, à supposer qu'une telle tendance finisse par se faire jour, il faudrait avoir soin de l'enserrer dans des garde-fous protecteurs, notamment par le rappel et le maintien ferme du principe posé à l'article L. 2254-1 du Code du travail de supériorité des clauses plus favorables du contrat de travail qui certes peut

admettre des exceptions mais à condition qu'elles restent des exceptions et d'autre part en réaffirmant clairement que sauf intervention du législateur et encore à condition qu'elle soit justifiée par une considération sérieuse d'intérêt général, un accord collectif ne peut permettre à l'employeur de procéder à une modification du contrat de travail sans l'accord exprès du salarié. C'est à une véritable réflexion sur la logique et les équilibres des accords collectifs qu'il conviendrait de toute façon de s'atteler aussi, ce qui ne manquerait pas peut-être de réveiller des questions récurrentes et parfois anciennes.

**13.** On l'aura compris, le travail d'analyse et de recul qui aura été fait pendant cette journée sur l'accord collectif de travail après la loi *El Khomri* aura été particulièrement utile. Il ouvre du reste de nombreuses perspectives et peut amener à s'interroger sur la nature et les caractères de l'accord collectif de travail ou, plus précisément encore, de l'accord collectif de travail en général et des accords collectifs de travail en particulier. C'est peut-être dans une telle dialectique du singulier et du pluriel en même temps que dans leur combinaison que réside l'une des clés des développements à venir et, il faut l'espérer à défaut d'en être certain, d'un meilleur avenir pour tous.

**Jean-Pierre Laborde**

DIPLÔME UNIVERSITAIRE  
« **SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL** »  
DE L'INSTITUT DU TRAVAIL DE BORDEAUX

Rentrée universitaire 2017-2018

Le DU santé et sécurité au travail rattaché à l'Institut du travail de Bordeaux permet d'acquérir des connaissances juridiques et non-juridiques approfondies. Il s'agit de pouvoir identifier, prévenir et gérer les risques pour la santé et la sécurité dans l'entreprise de manière individuelle et collective. C'est une formation pluridisciplinaire et non exclusivement médicale. Ce diplôme professionnalisant répond à des demandes formulées par les stagiaires de l'Institut du travail dans le cadre de formations spécialisées en droit social. Il s'adresse principalement aux salariés en formation continue en vue d'un approfondissement de leurs connaissances en santé et sécurité au travail, d'une reconversion ou de la constitution d'un dossier de VAE.

Les heures de formation (150 heures au total sur quatre semaines) sont dispensées par des juristes mais également des sociologue, médecin, ergonomes, avocat, psychologue du travail, magistrat, inspecteur du travail...

Le début des cours de la prochaine année de formation est fixé au lundi 9 octobre 2017.

Site à l'adresse suivante :

<https://institutdutravail.u-bordeaux.fr/Nos-formations/Candidatures-pour-la-rentree-2017-2018>