

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

I. L'accord collectif et la loi

L'articulation de la loi et de l'accord collectif de travail

par Sébastien TOURNAUX, Professeur à l'Université de Bordeaux – COMPTRASEC
UMR CNRS 5114

PLAN

I. L'application privilégiée de l'accord collectif

- A. Une articulation classique au profit de l'accord
- B. La désarticulation de la loi et de l'accord

II. L'application entravée de l'accord collectif

- A. Les limites de la supplévitivité légale ou l'apparente prééminence des accords collectifs
- B. Les conflits résultant de l'application de la loi dans le temps

Il a tant été dit et écrit à propos des évolutions apportées par la loi du 8 août 2016 à la question de l'articulation des normes en général, de l'articulation de la loi et de l'accord collectif en particulier, qu'une nouvelle étude de cette question présente l'évident risque de la répétition, si ce n'est même celui de la saturation (1). Le sujet pourrait toutefois ne pas avoir été épuisé, notamment parce que les débats se sont essentiellement focalisés sur le prétendu bouleversement de la hiérarchie des normes au détriment de la question corollaire du concours entre elles (2).

L'étude de l'articulation de la loi et de l'accord collectif de travail après la loi du 8 août 2016 s'avère être un exercice bien périlleux, cela pour plusieurs raisons.

D'abord parce que cette question n'est que difficilement détachable de celle de l'ordre public étudiée et approfondie par Florence Canut dans ses travaux de recherche (3) et dans le cadre de la manifestation dont les actes sont publiés dans ces colonnes (4). Ordre public et articulation entre loi et accord peuvent en effet être comparés aux deux faces d'une même pièce. L'intensité de l'ordre public et, sur un registre légèrement différent, la qualité supplétive parfois attribuée à la loi en droit du travail déterminent ce qui est permis, ce qui est interdit, ce qui est imposé à l'accord collectif de travail. C'est donc essentiellement une question d'habilitation, de détermination du domaine de compétence de la négociation qui est en jeu (5). Quoique relevant de la même essence, l'articulation entre loi et accord est un enjeu qui se dévoile en aval, au stade de l'application de la norme à une relation de travail. Elle implique la mise en œuvre de règles de conflit de normes édictées dans le respect des conditions d'impérativité ou de supplévitivité de la règle légale. C'est parce que la loi est d'ordre public social que la règle de conflit dite principe de faveur trouve à s'appliquer. C'est parce que la loi est supplétive que le conflit s'efface et que l'accord s'applique sans égard aux dispositions législatives qui seraient appliquées à défaut d'accord.

Ensuite parce que la notion d'articulation n'est pas aussi aisée à définir qu'il n'y paraît. Le terme a l'avantage d'être didactique : chacun ressent intuitivement quel sens il peut revêtir. L'analyse sémantique est pourtant bien plus sinieuse. Comme

le relevait le Professeur Verkindt, le mot articulation évoque davantage le vocabulaire anatomique ou biomécanique (6). L'articulation, c'est à la fois le lien de solidarité qui unit deux membres mais également l'organisation de la liberté de mouvement

(1) Sans exhaustivité, v. not. M. Bonnechère, « L'articulation des normes », *Dr. ouvrier* 2017, p. 66 ; F. Canut, « L'ordonnement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *Dr. soc.* 2016, p. 519 ; F. Favennec-Héry, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *JCP S* 2016, 1148 ; L. Pécaut-Rivolier, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 791.

(2) Prétendue car le sens qui en est donné par les médias et les discours non-juridiques s'éloigne de beaucoup de celui qui imprégnait les théories de Hans Kelsen. V. P. Amselek, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJ* 2007-2, p. 557.

(3) F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, Bibl. de l'Institut André Tunc, 2007 ; « L'ordonnement des normes étatiques... », *préc.*

(4) V. l'étude de F. Canut publiée dans le présent numéro.

(5) G. Borenfreund, M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 72.

(6) P.-Y. Verkindt, « Ankylose et inflammation - A propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016, 1159.

d'un membre par rapport à l'autre. Or, l'une comme l'autre de ces manières d'appréhender la métaphore ramènent indubitablement à la question de l'ordre public davantage qu'à celle de l'application d'une norme par préférence à une autre. L'articulation n'évoque le conflit ou le concours de normes qu'à la condition d'en observer le fonctionnement. L'un des membres lié à l'articulation reste inerte quand l'autre peut se mouvoir, s'articuler avec lui. L'étude de l'articulation de la loi et de l'accord, sans revenir sur le préalable des caractères de la norme légale, nécessite alors de rechercher quelle norme sera « inerte » et ne s'appliquera pas, quelle norme pourra se mouvoir, agir, pourra s'appliquer.

Enfin parce que l'articulation de la loi et de l'accord s'est passablement compliquée au cours des trente-cinq dernières années (7). Avant 1982, seul le principe de faveur régissait les concours entre loi et accord collectif de travail sans qu'il soit nécessaire d'en théoriser le domaine ou le fonctionnement (8). Au fil du temps sont toutefois apparus d'autres types d'articulation : l'accord peut être dérogatoire ou conditionnel et s'appliquer sans égard à son caractère plus ou moins favorable à la loi, sous réserve de respecter les limites et conditions fixées par le législateur (9). L'accord peut être destiné à mettre en application la loi, comme le ferait un règlement d'application (10). La loi du 20 août 2008 a franchi un cap supplémentaire en prévoyant que la loi pouvait être supplétive de la volonté des partenaires sociaux auquel cas le lien entre loi et accord est fortement distendu et l'on se

demande si la loi et l'accord ne sont pas simplement désarticulés (11).

Il convient bien entendu de franchir ces obstacles pour étudier les évolutions de la loi du 8 août en matière d'articulation de la loi et de l'accord. Le premier sentiment qui assaille l'analyste est celui de la complexité, d'un manque de lisibilité des règles d'articulation dont le nombre et la variété interdisent toute véritable cohérence d'ensemble. Cette complexité n'est sans doute pas le fruit de la seule loi du 8 août 2016, mais l'objectif de simplification et de clarification attribué à la construction d'une nouvelle architecture des règles légales n'a clairement pas été atteint et (12), paradoxalement, l'écheveau s'est encore un peu plus embrouillé. Plus fondamentalement, le texte cherche à favoriser l'application de l'accord par préférence à la loi. Pour autant, les règles de concours ou de conflit n'ont guère été modifiées. Seule l'ampleur accrue des désarticulations permet de matérialiser la primauté que le législateur annonçait vouloir donner à l'accord. Une analyse plus poussée de la réforme montre toutefois qu'en de nombreuses circonstances, la loi maintient une influence, une emprise voire une contrainte sur l'application de l'accord collectif de travail ce qui impose de nuancer le constat primitif de désarticulation.

En somme, si la loi du 8 août 2016 a fait le choix d'une application privilégiée de l'accord collectif de travail (I), il s'agit encore très souvent d'une application entravée (II).

I. L'application privilégiée de l'accord collectif

C'est là une conséquence nécessaire de la volonté des auteurs de la loi du 8 août 2016 : si l'on souhaite mettre l'accord collectif au centre du système normatif en droit du travail, il convient qu'il puisse s'appliquer par préférence à la loi ou à d'autres sources lorsque survient un conflit de normes. Or, si le champ de compétence des accords collectifs a été aménagé par le jeu d'une reconfiguration de l'ordre public légal, les règles d'articulation sont elles demeurées globa-

lement inchangées. En cas de concours de normes, les anciennes recettes sont toujours employées (A). Il y a bien une situation dans laquelle la question du concours de normes est sensiblement renouvelée, celle dans laquelle la loi se qualifie de supplétive puisque, dans ce cas, il n'est plus véritablement question d'articulation entre la loi et l'accord : l'accord et la loi sont désarticulés (B).

(7) V. P.-Y. Verkindt, *préc.* ; *contra* F. Favennec-Héry, *préc.*

(8) A. Jeammaud, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 119.

(9) Y. Chalaron, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 357. V. également les débats relatifs à l'accord dérogatoire s'étant tenus à l'occasion des Rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation pour l'année 2017 et dont les contributions seront publiées au BICC du mois de septembre 2017.

(10) Ce qu'admet le Conseil constitutionnel depuis une décision de 2007 aux termes de laquelle « il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui »,

v. Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC. Adde. O. Dutheillet de Lamothe, « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », *SSL* 2012, n° 1533, p. 8.

(11) S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83 ; F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017, p. 48.

(12) Malgré les prédictions de J.-D. Combrexelle dont le rapport énonçait que « la clarification et la rationalisation des textes passant par une séparation entre ce qui relève de l'ordre public, du renvoi à la négociation et du supplétif seront parfois suffisantes pour donner une respiration bienvenue au dialogue social et à la négociation » in *La négociation collective, le travail et l'emploi*, sept. 2015, p. 75.

A. Une articulation classique au profit de l'accord

Les règles d'articulation des normes et, en particulier, d'articulation entre la loi et l'accord collectif n'ont globalement pas été retouchées par la loi du 8 août 2016.

Le principe de faveur n'est pas remis en cause par la loi, ni d'une manière générale, ni dans les relations particulières entre loi et accord collectif (13). La loi aurait pu l'affirmer, l'aménager voire même l'anéantir puisqu'il ne s'agit que d'un principe fondamental du droit du travail et qu'il entre par conséquent dans les compétences constitutionnelles du législateur de l'encadrer (14). L'article L.2251-1 du code du travail, support du principe de faveur quoiqu'il ne l'exprime pas et qu'il n'en soit déduit que par corollaire, n'a aucunement été modifié par la loi. Mieux, le principe de faveur, qui n'est à ce jour qu'un principe prétorien (15), aurait pu intégrer formellement le code du travail puisqu'il était question, lors de l'élaboration du projet de loi *Travail*, d'insérer en préambule au code du travail les principes essentiels du droit du travail issus du Comité *Badinter* (16). Or, le cinquante-sixième principe énonçait, de manière très générale, qu'« en cas de conflit de normes, la plus favorable s'applique aux salariés si la loi n'en dispose pas autrement ». On connaît le sort funeste de ces principes que l'article 1^{er} de la loi *Travail* destinait à servir de phare au travail d'une commission fantôme de refondation du code du travail n'ayant jamais été nommée.

La loi du 8 août 2016 ne s'est pas davantage intéressée à la mise en œuvre du principe de faveur, au choix entre les différentes méthodes de comparaison des sources en conflit. Originellement, seule la méthode dite analytique était utilisée par le juge qui comparait loi et accord « avantage par avantage » (17). L'arrêt *Géophysique* rendu en 1997 a introduit, pour l'application des accords donnant-donnant, la méthode globale de comparaison selon l'idée qu'il

n'y avait que peu de sens de conserver une comparaison analytique lorsque certaines stipulations moins favorables étaient inséparables d'autres plus favorables (18). La loi *Travail*, qui entendait rebattre les cartes en matière d'articulation des normes aurait parfaitement pu saisir l'occasion pour préciser la volonté du législateur s'agissant de la mise en œuvre des règles d'articulation. Il est vrai, toutefois, que cela n'aurait eu qu'un intérêt très relatif en matière d'articulation entre la loi et les accords collectifs de travail. La méthode de comparaison globale n'est employée que lorsqu'est en cause un accord donnant-donnant. Or, l'articulation entre la loi et l'accord donnant-donnant résulte toujours d'une habilitation législative qui autorise l'accord à stipuler *in pejus*. Quand un accord donnant-donnant est en cause, le concours de normes n'est plus réglé par le principe de faveur.

La loi *Travail* n'a pas eu davantage d'égards aux autres modes d'articulation entre loi et accord, en particulier aux cas dans lesquels la loi autorise l'accord à comporter des stipulations moins favorables – accord dérogoire – ou à mettre en application des mesures législatives – accord de mise en application.

S'agissant du premier type d'articulation, on remarquera que, là encore, l'insertion des principes essentiels du comité *Badinter* aurait été de nature à formaliser la règle de conflit en faveur de l'accord dérogoire dans le code (19). Pour le reste, la reprise et le remodelage des chapitres relatifs aux temps de travail, de repos et de congés n'ont pas substantiellement modifié les cas dans lesquels l'accord peut déroger à la loi (20), à l'exception de quelques cas particuliers tels que l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine qui peut désormais être portée à trois années par accord de branche (21). L'essentiel des dérogations peu à peu développées depuis 1982 est purement et simplement repris par les textes (22). C'est exactement ce mode d'articulation que reprennent, par exemple, les articles L.3121-22 et L.3121-23 du code du travail à propos des durées

(13) Il en va sans doute autrement des rapports entre accord de branche et accord d'entreprise où le conflit n'est clairement plus réglé par le principe de faveur.

(14) A. Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p.115 ; M. Bonnechère, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouvrier* 2001, p.411.

(15) Un principe fondamental du droit du travail pour le Conseil constitutionnel et la chambre sociale de la Cour de cassation, v. Cons. const., 20 mars 1997, n°97-388 DC, *Dr. soc.* 1997, p.476, note X. Prétot ; Cass. soc., 17 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, concl. P. Lyon-Caen, obs. J. Savatier, *Dr. ouvrier* 1997, p.34 n. F. Saramito.

(16) *Les principes essentiels du droit du travail*, dir. R. Badinter, janv. 2016. *Addé*. G. Dumortier, L. Pécaut-Rivolier, « Naissance des principes essentiels du droit du travail », *RDT* 2016, p.79.

(17) On s'interrogeait alors surtout sur la qualité de l'appréciation du caractère plus favorable de l'avantage, appréciation *in abstracto* ou *in concreto*, v. A. Chevillard, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p.363.

(18) Cass. soc., 19 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p.432, obs. G. Couturier, *Dr. ouvrier* 1998 p.75 n. M.-F. Bied-Charreton. V. M.- A. Souriac-Rotschild, G. Borenfreund, « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Mélanges Verdier*, 2001, Dalloz, p.187.

(19) V. le cinquante-sixième principe précédemment énoncé.

(20) F. Favennec-Héry, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.* 2016, p.892 ; M. Véricel, « Une nouvelle architecture des règles en matières de temps de travail », *RDT* 2016, p.824.

(21) C. trav., art. L.3121-44.

(22) Il faut toutefois réserver les hypothèses dans lesquelles le rapport de la loi à l'accord dérogoire devient un rapport de loi supplétive à l'accord, cf. *infra*.

maximales hebdomadaires de travail dont la durée moyenne légale de quarante-quatre heures au plus peut être portée à quarante-six heures par accord, l'accord primant alors la disposition législative (23).

L'articulation au profit de l'accord alors qu'il comporte des stipulations moins favorables que la loi demeure ainsi l'exception qui vient compléter le principe de faveur applicable de manière générale. Les règles de concours de normes après la loi du 8 août 2016 restent inchangées. Pourquoi soutenir alors que la loi tend à renforcer la primauté de l'accord collectif de travail, son application par préférence à la loi ? Cela tient à la multiplication, au moins apparente, des cas dans lesquels le concours ou le conflit de normes disparaît, des cas dans lesquels la loi et l'accord collectif sont désarticulés.

B. La désarticulation de la loi et de l'accord

La neutralisation du principe de faveur ou d'autres règles de conflit telles que la primauté de l'accord *in pejus* ne pouvait être avancée aussi franchement. Plutôt que de supprimer ou d'aménager ces règles de conflit, le législateur choisit plus subtilement de rendre inutile leur mobilisation. À quoi sert une règle de conflit de normes s'il n'y a pas de concours ? Deux techniques ont été employées pour désarticuler la loi et l'accord collectif de travail.

La première technique, la plus ancienne, consiste à placer la loi et l'accord sur des niveaux de compétence différents : l'accord collectif est employé comme une règle de mise en application des principes fondamentaux posés par la loi (24). L'accord joue un rôle quasi-réglementaire, se substitue aux règlements d'application qui habituellement auraient été adoptés pour que la loi soit applicable. Dans ces cas, la loi impose parfois aux partenaires sociaux des limites et conditions très strictes, comme cela est notamment le cas s'agissant du travail intermittent ou (25), plus récemment, de la mise en œuvre de conventions individuelles de forfait en jours sur l'année (26). Au contraire,

dans d'autres cas, le législateur laisse une large marge de manœuvre à l'accord collectif qui acquiert une forte autonomie et peut stipuler des règles variées qui n'entrent plus en conflit avec les règles légales. L'une des illustrations de ce phénomène peut être tirée des dispositions nouvelles destinées à promouvoir un droit à la déconnexion (27). L'article L. 2242-8 du code du travail impose une négociation annuelle obligatoire sur les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion. Ce faisant, la loi fixe l'objet de l'accord collectif mais s'arrête à cela. Les accords collectifs peuvent envisager un large panel de mesures de mise en œuvre du droit à la déconnexion, depuis de simples incitations ou vagues engagements de bonne conduite à des obligations ou interdictions beaucoup plus strictes (28). En tout état de cause, l'accord collectif n'entre plus en conflit avec la règle légale, il la complète même s'il doit encore la respecter, là encore à l'image d'un décret qui, au risque d'être annulé à l'occasion d'un contrôle de légalité, doit demeurer conforme à la loi qu'il met en application (29).

Une question peut évidemment se poser lorsque cette technique de délégation est employée par le législateur : que se passe-t-il lorsque les partenaires sociaux ne négocient pas ou ne parviennent pas à un accord d'application de la loi ? Cette question ne présente pas seulement un intérêt technique, elle a également un impact direct sur l'articulation entre la loi et l'accord. Pour le comprendre, il convient une fois encore de revenir à l'analogie au règlement administratif. On a souvent dénoncé la lenteur ou la négligence du pouvoir réglementaire qui, s'abstenant d'adopter les décrets d'application d'une loi, empêchait celle-ci d'entrer en vigueur (30). Le droit du travail a été marqué par des exemples célèbres, le plus symbolique étant certainement tiré de la loi pour l'égalité des chances qui avait introduit le recours au CV anonyme dans le code du travail, lequel n'entra jamais en application faute que les décrets nécessaires fussent adoptés (31). L'accord collectif d'application ou, plus précisément, l'absence d'accord d'application est-elle susceptible de paralyser l'application de la loi ?

(23) Règle introduite au code du travail par la loi *Aubry II* du 19 janvier 2000.

(24) Cons. const., 16 août 2007, *préc.*

(25) C. trav., art. L. 3121-38.

(26) C. trav., art. L. 3121-63 et s. V. Ph. Flores, « Le forfait jours après la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016, p. 898.

(27) H. Guyot, « Le travailleur face au numérique », *Dr. ouvrier* 2016, p. 118 ; J.- E. Ray, « Grande accélération et droit à la déconnexion », *Dr. soc.* 2016, p. 912 ; T. Dailler, « L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail », *Petites affiches*, 1^{er} mars 2017, p. 6.

(28) Pour un tour d'horizon des pratiques variées dans les entreprises, v. « Négocier sur : le droit à la déconnexion », *Liaisons sociales quotidien*, 1^{er} déc. 2016, n° 215.

(29) Dans une perspective cette fois orthodoxe de hiérarchie des normes.

(30) M. Guibal, « Le retard des textes d'application des lois », *RDP* 1974, n° 4, p. 1043 ; M.-T. Viel, « L'instrumentalisation des décrets d'application et la qualité des normes », colloque sur *Le temps de la norme*, organisé par le Groupe pluridisciplinaire de recherche sur la qualité des normes de l'université de Bordeaux, 5 juin 2015, actes à paraître aux éd. Mare et Martin.

(31) L'article L. 1221-7 du code du travail qui imposait le recours au CV anonyme a été modifié par la loi du 17 août 2015 et n'ouvre désormais plus que la faculté de recourir à l'anonymat. Le Conseil d'Etat avait annulé les « décisions implicites par lesquelles le Premier ministre a refusé de prendre le décret d'application de l'article 24 de la loi du 31 mars 2006 » et « enjoint » celui-ci de prendre ce décret dans un délai de six mois, v. CE (9^e et 10^e s-s-r.), 9 juill. 2014, n° 345253, inédit, *Cah. soc.* 2014. 488, obs. G. Loiseau.

Théoriquement, la réponse est positive. Si aucun accord ne vient autoriser le recours au contrat de travail intermittent dans l'entreprise, la possibilité de conclure ce type de contrat, bien qu'autorisée par le code du travail, reste parfaitement lettre morte (32). En pratique toutefois, ce résultat reste souvent théorique parce que le législateur a régulièrement prévu des dispositifs de rattrapage qui sauvent l'application de la loi. On trouve un tel dispositif en matière de droit à la déconnexion puisqu'à défaut d'accord, une simple charte unilatérale de l'employeur devra être élaborée pour mettre en œuvre ce droit dans chaque entreprise (33). L'existence d'un accord collectif ne sera donc pas toujours déterminante de l'applicabilité de la loi lui ayant délégué ses modalités de mise en œuvre.

La seconde technique, dont les premières illustrations résultent de la loi du 20 août 2008, consiste à modifier les caractères de la règle légale qui n'est plus impérative mais devient supplétive de la volonté des partenaires sociaux (34). Lorsque la loi se qualifie de supplétive, l'articulation entre loi et accord n'existe plus, il n'y a plus de conflit entre ces deux normes qui s'appliquent l'une à défaut de l'autre. L'accord collectif acquiert une très forte autonomie, il s'applique sans plancher et sans avoir à respecter d'autres conditions que les règles de validité classiquement imposées à tout accord collectif de travail.

La nouvelle architecture du code du travail expérimentée par les articles 8, 9 et 11 de la loi du 8 août

2016 a décuplé les hypothèses de supplétivité (35). La majorité des chapitres consacrés aux temps de travail, de repos ou de congés comptent désormais un paragraphe ou une sous-section consacrée aux « *dispositions supplétives* », ce qui donne l'apparence d'une multiplication sans précédent des cas de désarticulation de la loi et de l'accord collectif. Pour ne prendre que quelques exemples, les taux de majoration des heures supplémentaires (36), le délai de prévenance pour avertir du changement de ses horaires le salarié soumis à un aménagement du temps de travail (37) ou la détermination de la période considérée comme du travail de nuit (38) sont toutes des règles légales supplétives. Ce modèle aurait vocation à se généraliser comme l'envisage l'article 1^{er} de la loi qui entend donner, dans l'ensemble du code du travail, une place centrale à l'accord collectif et qui vise expressément le recours à la supplétivité de la loi (39).

Tout laisse donc accroire que, sans formellement modifier les règles d'articulation entre loi et accord collectif, la loi du 8 août 2016 les aurait en réalité profondément bouleversées en cherchant à éviter que des conflits de normes ne surviennent et que joue le principe de faveur. L'accord ne serait plus sous l'emprise de la loi qu'il tendrait même presque parfois à dominer. Cette vision des choses doit toutefois être fortement nuancée tant il demeure un nombre non négligeable de situations dans lesquelles l'accord demeure fermement maîtrisé par la loi.

II. L'application entravée de l'accord collectif

L'approfondissement de l'étude de la loi du 8 août 2016 montre qu'en réalité, la loi ne parvient pas ou ne souhaite que rarement totalement s'effacer face à l'accord. Cela peut d'abord être perçu à l'analyse des dispositions prétendument supplétives qui bien souvent conserveront une influence, voire une emprise très forte sur la négociation collective (A). Cela est également illustré par la manière dont la loi règle les conflits d'application des normes légales et conventionnelles dans le temps au détriment, le plus souvent, des accords collectifs de travail (B).

A. Les limites de la supplétivité légale ou l'apparente prééminence des accords collectifs

La loi supplétive et les accords collectifs sont-ils véritablement désarticulés ? Plusieurs arguments permettent sérieusement d'en douter.

D'abord, les dispositions annoncées comme étant supplétives ne comportent pas toujours des règles ayant réellement cette qualité. Plus précisément, ces dispositions sont parfois dépourvues de tout contenu et la loi, plutôt que de fixer une règle applicable à

(32) Cass. QPC, 10 juillet 2013, n° 13-10.759, FS-P+B ; Cass. soc., 19 mars 2014, n° 13-10.759, FS-P+B.

(33) C. trav., art. L. 2242-8 7°.

(34) F. Canut et F. Géa, préc.

(35) 59 articles consacrés à des dispositions supplétives pour 25 nouveaux cas de supplétivité de la loi à l'accord en matière de temps de travail, de repos et de congés.

(36) C. trav., art. L. 3121-36.

(37) C. trav., art. L. 3121-47.

(38) C. trav., art. L. 3122-20.

(39) Le gouvernement a annoncé, au mois de mars dernier, qu'il renonçait à former la commission de refondation du code du travail qui devait travailler en suivant ces principes directeurs. Il faudra attendre les résultats des prochaines élections pour savoir si le métier sera remis sur l'ouvrage.

défaut d'accord, organise finalement la compétence d'autres acteurs, ne comporte que des « *normes de structure* » (40). La loi du 8 août 2016 habilite, par exemple, le contrat de travail à déterminer la rémunération des temps de pause et de restauration faute qu'un accord collectif ne se soit saisi de la question (41). Dans d'autres cas, la loi dite supplétive autorise une décision unilatérale de l'employeur à pallier l'absence d'accord collectif, par exemple pour déterminer les modalités des astreintes (42) ou pour organiser le temps de travail sur une période supérieure à la semaine (43). Ces dispositions n'intéressent aucunement les rapports entre la loi et l'accord collectif puisque la loi ne comporte aucun contenu opérationnel pouvant trouver à s'appliquer à défaut d'accord. La loi traite ici de l'articulation entre accord collectif et contrat de travail, entre accord collectif et décision unilatérale de l'employeur, les seconds étant supplétifs des premiers. Il est donc loin d'être systématique que la loi supplétive s'intéresse vraiment aux rapports entre loi et accord.

Ensuite, les dispositions supplétives issues de la loi *Travail* peuvent, nonobstant cette qualité, conserver une influence très forte et au demeurant assez néfaste sur la négociation collective. Cela sera le cas lorsque l'employeur est autorisé à adopter des mesures unilatérales à défaut d'accord collectif. Lorsque la loi n'est pas trop directive et que l'employeur dispose de larges marges de manœuvre, comme cela est le cas pour le droit à la déconnexion ou en matière d'astreintes, quel peut bien être son intérêt d'accepter des revendications syndicales et de conclure un accord collectif (44) ? Une problématique proche apparaît lorsque la loi est véritablement supplétive, qu'elle comporte un contenu applicable à défaut d'accord, mais c'est le syndicat cette fois qui ne sera pas incité à conclure un accord collectif. Quel intérêt un syndicat peut-il avoir à signer un accord prévoyant une majoration des heures supplémentaires à hauteur de 10% alors qu'à défaut d'accord, les huit premières heures seront majorées à 25% et les suivantes à 50% ?

Enfin, même s'il serait ici nécessaire de réaliser une véritable étude de terrain pour le démontrer, il est probable que la loi, quand bien même elle est affublée de ce caractère supplétif, continue de jouer

un rôle de modèle de la négociation (45). Il n'est pas rare, en effet, que les accords collectifs de branche ou d'entreprise se contentent, sur tel ou tel point, de reprendre *in extenso* des dispositions prévues par le code du travail. Les parties souhaitaient négocier un accord sur le temps partiel, elles concluent un accord sur le temps de travail qui, au lieu de se limiter au temps partiel, reprend l'ensemble des grandes thématiques du temps de travail dans des termes identiques à ceux employés par le législateur. En quoi le caractère supplétif de la loi aurait-il vocation à faire reculer cet effet de modèle ?

L'application des accords collectifs pourrait donc être entravée par le maintien d'une forte influence de la loi malgré sa véritable ou supposée supplévitivité. On perçoit encore la prédominance maintenue de la loi dans l'analyse des dispositions d'application de la loi dans le temps.

B. Les conflits résultant de l'application de la loi dans le temps

Lorsqu'une nouvelle loi est promulguée, elle peut potentiellement entrer en conflit avec des accords collectifs préexistants. Ce type de conflit est réglé de manière différente selon l'intensité de l'ordre public de la loi nouvelle (46). Si la loi est plus favorable que l'accord, le juge appliquera le principe de faveur et l'accord s'effacera. Si la loi est d'ordre public absolu, elle écarte là encore l'application de l'accord antérieur malgré la règle habituelle selon laquelle la loi nouvelle ne s'applique pas en principe aux contrats en cours (47). C'est ce que rappellent le Conseil d'État et la Cour de cassation dans deux affaires récentes lorsqu'ils jugent que les dispositions d'ordre public absolu résultant de la loi *Rebsamen* du 17 août 2015 offrant une protection aux salariés membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles s'imposent aux accords antérieurs qui écartaient cette protection (48). En revanche, si la loi nouvelle présente un caractère moins favorable aux salariés que l'accord antérieur, il est fait application de la règle classique de survie de la loi ancienne en matière contractuelle : l'accord reste en vigueur et prime la loi nouvelle qui ne s'applique pas.

Dans ce dernier cas de figure, l'articulation classique a parfois été remise en cause par les lois récentes. Tel

(40) V. l'étude de F. Canut dans le présent numéro de Droit ouvrier.

(41) C. trav., art. L. 3121-8.

(42) C. trav., art. L. 3121-12.

(43) C. trav., art. L. 3121-45.

(44) En matière de droit à la déconnexion, v. l'analyse de T. Dailler, *préc.*

(45) Sur le rôle de modèle de la loi, v. F. Canut, F. Géa, *préc.*

(46) G. Couturier, *Traité de droit du travail. 2/Les relations collectives de travail*, PUF, 2001, p. 482.

(47) Cass. soc., 18 mars 1986, n° 83-40.701, *Bull. civ. V*, n° 95.

(48) CE, 4 mai 2016, n° 380954, *RDT* 2016, p. 393, concl. M. Vialettes. V. également Cass. soc., 1^{er} février 2017, n° 15-24.310, FS-P+B+R+I, *Lexbase, éd. soc.*, n° 688, 2017, obs. G. Auzero.

fut le cas par exemple de la loi du 25 juin 2008 ayant introduit au code du travail des durées maximales de période d'essai. La loi prévoyait qu'après le 30 juin 2009, les accords de branche antérieurs stipulant des durées d'essai plus courtes et, donc, plus favorables aux salariés, ne seraient plus applicables. Avec l'aval de la Chambre sociale de la Cour de cassation, la loi empêchait ainsi l'application d'accords antérieurs plus favorables (49).

On ne trouve pas de cas aussi flagrant de remise en cause du principe de faveur dans l'articulation de la loi et de l'accord dans le temps dans la loi du 8 août 2016. Il y a, toutefois, quelques dispositions transitoires ou expérimentales de la loi qui montrent assez nettement la volonté du législateur de maîtriser les accords collectifs antérieurs.

Cela concerne, d'abord, le traitement réservé aux accords collectifs de branche ou d'entreprise antérieurs à la loi autorisant le recours aux conventions de forfait en jours sur l'année. On se souviendra que, depuis 2011, ces accords collectifs ont posé d'importantes difficultés et généré un important contentieux parce que nombre d'entre eux ne répondaient pas aux conditions minimales posées par la jurisprudence en matière de charge de travail, d'organisation du travail et de durées de travail raisonnables (50). Pour éviter que d'anciens accords incomplets puissent encore justifier de nouvelles actions prud'homales, l'article 12 III de la loi, non codifié, dispose que « *l'exécution d'une convention individuelle de forfait en jours conclue sur le fondement d'une convention ou d'un accord de branche ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement qui, à la date de publication de la présente loi, n'est pas conforme aux 1° à 3° du II de l'article L. 3121-64 du code du travail peut être poursuivie, sous réserve que l'employeur respecte l'article L. 3121-65 du même code. Sous ces mêmes réserves, l'accord collectif précité peut également servir de fondement à la conclusion de nouvelles conventions individuelles de forfait* ». Non seulement l'accord collectif antérieur est neutralisé mais, comble de l'incohérence, il devra s'effacer devant des dispositions légales supplétives prévues par l'article L. 3121-65 du code du travail qui autorisent l'employeur à contrôler le temps de travail et à s'assurer sans appui conventionnel que la charge de travail demeure raisonnable et compatible avec les temps de repos obligatoires.

Il faut bien en convenir, la cible principale de cette disposition transitoire reste le juge et les très nombreuses annulations de conventions individuelles de forfait en jours prononcées depuis six ans. Toutefois, pour assouvir son objectif de « sécurisation » des forfaits jours, la loi remet clairement en cause des accords dont la validité n'a jamais été discutée, la Chambre sociale ayant toujours refusé d'admettre leur nullité malgré leur contrariété évidente aux engagements internationaux de la France (51).

On trouve encore une illustration de cette tentation législative consistant à écarter l'autonomie des partenaires sociaux lorsqu'elle se fait gênante à propos des contrats de travail intermittent. Déjà l'article 24 de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 avait expérimenté la conclusion de contrats de travail intermittent dans trois secteurs d'activité non couverts par accord collectif de branche autorisant le recours à ce type de contrat. Quoique l'expérimentation n'ait pas été pérennisée, l'article 87 de la loi *Travail* récidive et autorise la conclusion de contrats de travail intermittent à défaut d'accord « *dans les branches dans lesquelles l'emploi saisonnier (...) est particulièrement développé* ». Alors que la loi délègue en principe aux partenaires sociaux le soin d'autoriser et d'encadrer le recours à ce type de contrat, elle reprend donc la main lorsque l'inaction des partenaires sociaux contrarie les pouvoirs publics, sans égard d'ailleurs à ce que cette abstinence soit volontaire ou fortuite.

Contrairement aux effets d'annonce, la loi ne s'efface pas et conserve une forte prééminence lorsqu'elle entre en concours avec un accord collectif de travail, traduction du maintien d'une primauté de la démocratie politique sur la démocratie sociale. Il convient toutefois de ne pas être dupe : incontestablement, la balance entre loi et accord tend à pencher un peu plus en faveur de l'accord collectif avec la loi du 8 août 2016 qui constitue une nouvelle étape, un nouveau pas sur le chemin emprunté à la fin du XXe siècle. La question n'est donc pas finalement celle de savoir si l'articulation est désormais favorable à l'accord mais plutôt de se demander jusqu'où cette route mènera le droit du travail.

Sébastien Tournaux

(49) Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-29.184, FS-P+B, *Dr. ouvrier* 2016, p. 531, obs. K. Hamoudi ; *Lexbase, éd. soc.*, n° 652, 2016 et nos obs.

(50) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, FS-P+B+R+I, *Dr. ouvrier* 2011, p. 723, note E. Richard.

(51) Sur le silence de la Chambre sociale quant au sort des accords collectifs incomplets, v. E. Juen, « Les irrégularités dans la mise en œuvre d'un forfait annuel en jours : quelles sanctions ? », *Dr. soc.* 2015, p. 528.