

## ORDONNANCES MACRON LIBERTÉ CONTRACTUELLE : EL DORADO OU FAR WEST ?

Première partie : L'attaque de la diligence

# Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance

par Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne  
(Université Paris-1)

### PLAN

- I. Les limites de la négociation d'entreprise
  - II. Les garde-fous indispensables pour garantir des négociations équilibrées
  - III. La confiance comme mode de régulation des rapports sociaux !
- Les ordonnances prolongent un mouvement, amorcé depuis 2004, de promotion des accords collectifs d'entreprise. L'évolution paraît maintenant achevée, même si des ajustements sont encore possibles entre les blocs, puisque, au vu des trois blocs consacrés par les ordonnances, le principe est celui de la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche. Ce qui valait essentiellement pour le temps de travail vaudra aussi, entre autres, pour les primes, à l'exception des primes pour travaux dangereux ou insalubres ! Et dans ces matières, l'accord d'entreprise prévaudra sur l'accord de branche, qu'il soit conclu antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'accord de branche. Ce qui va très loin et pourrait conduire les entreprises à « exhumer » des clauses d'accords collectifs (voire des accords collectifs tout entiers) en sommeil depuis des années !**

## I. Les limites de la négociation d'entreprise

Même si, à première vue, il n'est pas meilleure règle que celle définie, au plus près du terrain, par ceux-là même à qui elle a vocation à s'appliquer ou par leurs représentants, les limites de la négociation d'entreprise sont connues.

Le déséquilibre des négociations, tout d'abord, plus important qu'au niveau de la branche, surtout en période de chômage : le fameux spectre du « chantage à l'emploi » !

Le risque d'un droit du travail « à la carte », ensuite, avec des difficultés de contrôle des accords d'entreprise, que ce soit pour le juge ou pour l'inspecteur du travail. Il est évidemment plus aisé de maîtriser une loi unique qu'une kyrielle d'accords d'entreprise !

Un risque de dumping social, enfin. Souvent dénoncé comme une critique abstraite, il est aujourd'hui bien concret alors que les primes, et donc un aspect important de la rémunération, entrent dans le champ de la primauté de l'accord d'entreprise. La branche du secteur routier l'a compris la première.

Car si le temps de travail est un vecteur indirect de dumping social, la rémunération en est un vecteur direct (à la frontière du temps de travail et de la rémunération, la possibilité de diminuer la majoration des heures supplémentaires par accord d'entreprise, prévue par la loi « Travail », était déjà un premier pas en ce sens).

Les griefs adressés à l'extension des conventions de branche suivent la même logique puisque, pour ses détracteurs, l'application de standards élevés imposés de manière uniforme à toutes les entreprises d'un même secteur serait nuisible aux petites entreprises et à l'arrivée de nouveaux entrants (1). D'où, d'une part, la possibilité pour le ministre de refuser l'extension d'un accord collectif pour des motifs d'intérêt général, « notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence » (2), d'autre part, la création d'un groupe d'experts chargés d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de leur extension (3).

(1) P. Cahuc ; A. Zylberberg, Halte à l'extension des conventions de branche !, <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/030410877994-halte-a-l'extension-des-conventions-de-branche-2097594.php>.

(2) Art. L.2261-25 du Code du travail modifié, dans sa version en vigueur au 24 septembre 2017.

(3) Art. L.2261-27-1 du Code du travail, nouveau.

## II. Les garde-fous indispensables pour garantir des négociations équilibrées

Il ne saurait toutefois être question de critiquer en soi le recours à l'accord collectif d'entreprise, qui est un niveau pertinent pour négocier sur l'emploi, le temps de travail ou encore les salaires. D'ailleurs, avec environ 35.000 accords par an, la négociation d'entreprise est tout sauf impossible en France ! Le problème est celui des garde-fous, indispensables afin que la promotion du droit négocié dans l'entreprise ne se fasse pas au détriment de l'intérêt des salariés et ne s'apparente, dans certaines entreprises (on songe en particulier aux entreprises de moins de 11 salariés, après la réforme), faute d'équilibre suffisant dans les négociations, à une déclinaison du pouvoir patronal. Ces garde-fous, au nombre de trois, se liquéfient réforme après réforme.

Le premier est constitué par le principe de faveur, qui subit un nouveau recul avec les ordonnances. Il disparaît purement et simplement dans les rapports entre accords d'entreprise et de branche au profit de l'énigmatique « *garantie au moins équivalente* ». Une catégorie juridique qui, sans nul doute, va susciter contentieux et discussions doctrinales pendant des années ! Ce d'autant plus que les garanties au moins équivalentes vont coexister avec le principe de faveur qui subsiste, sauf exceptions (de plus en plus nombreuses) dans les hypothèses autres que l'articulation entre accords collectifs (entre contrat de travail et accord collectif, notamment). Parmi les questions qui se posent, outre la méthode de comparaison des garanties (comment procéder lorsqu'un accord baisse les primes en échange de l'octroi d'un jour de congé ?), le statut de principe fondamental du droit du travail reconnu au principe de faveur (4) sera-t-il étendu au mécanisme des « *garanties au moins équivalentes* » ? Derrière le principe de faveur, c'est le garde-fou, essentiel dans des rapports structurellement inégalitaires, que constitue l'ordre public qui s'étirole. La montée du droit supplétif, qui touche désormais les modes d'accès à l'emploi (la durée des CDD), relève d'une toute autre logique – plutôt celle du droit civil – qui requiert les plus grandes précautions en droit du travail ! À moins de considérer, ce qui est la philosophie dominante aujourd'hui, que l'asymétrie qui est au cœur de cette matière n'a de sens que dans les rapports individuels de travail (le lien de subordination), l'accord collectif, y compris d'entreprise, échappant à toute idée de déséquilibre (lequel serait remplacé, selon la qualité du dialogue social dans l'entreprise, par le rapport de force ou la coopération).

Le deuxième garde-fou est constitué par la capacité de résistance individuelle du salarié. Ici également, le recul est bien réel ! Certes, le législateur n'est jamais revenu sur la jurisprudence qui veut qu'un accord collectif, que ce soit sa conclusion ou sa révision, n'a pas pour effet de modifier les contrats de travail des salariés (5), si bien que ceux-ci peuvent se prévaloir des stipulations plus favorables de leur contrat. La portée de ladite jurisprudence perd cependant de son poids, avec un coup particulièrement fort porté par les ordonnances. Jusqu'à présent, l'entreprise devait s'inscrire dans des dispositifs spécifiques pour limiter la capacité de refus par ses salariés du changement prévu par accord collectif : accords *Aubry* sur le passage aux 35 heures, accords collectifs de « modulation » de la durée du travail, accords de mobilité interne, accords de maintien de l'emploi, accords de préservation et développement de l'emploi. Des dispositifs pour la plupart justifiés par des objectifs d'intérêt général (la sauvegarde ou la création d'emplois en particulier) ! Avec les accords dits de compétitivité, il suffira de se prévaloir des nécessités liées au bon fonctionnement de l'entreprise, ce qui couvre un champ à peu près illimité. C'est donc une voie bis de conclusion des accords collectifs d'entreprise qui est ouverte, pour laquelle seul s'applique le garde-fou du principe majoritaire (ou du pseudo-référendum dans les TPE).

Le troisième – et désormais principal – garde-fou est constitué par les conditions de conclusion des accords collectifs. Force est ici d'admettre que des progrès significatifs ont été accomplis ces dernières années, avec la généralisation du principe majoritaire pour le 1<sup>er</sup> mai 2018. Progrès à relativiser toutefois, d'abord parce que ces évolutions sont la conséquence directe du reflux du principe de faveur, ensuite parce que ce n'est pas la majorité de la totalité des suffrages qui est retenue, mais celle des suffrages exprimés en faveur des organisations représentatives ! Ce qui réduit sensiblement la portée du principe majoritaire. Portée d'autant plus réduite dans les TPE, puisque ce principe se mue alors en un vote des salariés sur un projet d'accord, dont il est fort probable qu'il sera élaboré par l'employeur ! Le tout sans négociation ! Le fait que, désormais, tout type d'accord, y compris un accord de compétitivité, puisse être conclu par cette voie dérogatoire a de quoi inquiéter !

(4) C. Constit., décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, JO du 28.

(5) Cass. Soc. 14 mai 1998, n° 96-43.797, BC V n° 251.

### III. La confiance comme mode de régulation des rapports sociaux !

À force de remettre en cause les garde-fous qui structurent la hiérarchie des normes, le principal mode de régulation des rapports sociaux va devenir la confiance. Confiance à un triple niveau : du législateur envers les partenaires sociaux, entre partenaires sociaux et des représentés (salariés et employeurs) vis-à-vis de leurs représentants ! C'est d'ailleurs à cette aune que le Gouvernement justifie la promotion du droit négocié au détriment du droit imposé, avec cette idée que le primat de la loi, en France, repose sur un postulat sclérosant de défiance envers les partenaires sociaux. L'alternative est connue : que l'on ne s'inquiète pas, si l'accord n'est pas dans le bien commun des salariés, il ne recevra pas l'aval des syndicats majoritaires et, en cas de référendum, celui des salariés ! Ce n'est pourtant pas de la défiance que de prévoir que, dans des rapports déséquilibrés, un accord, même collectif, doit être entouré de puissants garde-fous. Sans ceux-ci, la confiance relève du pari davantage que de la raison... Les nouveaux champs ouverts à la primauté de l'accord d'entreprise seront-ils investis par les partenaires sociaux (ce qui n'a guère été le cas par le passé) ? Si l'on prend l'exemple particulier des accords de compétitivité, les syndicats accepteront-ils de conclure des accords qui limitent la capacité de refus des salariés, sachant que, depuis 2008, les premiers sont tributaires, pour acquérir la capacité représentative, du vote des seconds ? À quelles conditions accepteront-ils de s'engager dans des accords de rupture conventionnelle collective ? Les salariés, consultés par référendum pour valider un projet d'accord de 10 pages, qui risque fort d'être mal rédigé s'il ne l'est pas par un professionnel du droit (il faut espérer que les avocats seront systématiquement consultés pour la

rédaction des accords collectifs dans les entreprises ne disposant ni de service des ressources humaines, ni de service juridique), se prononceront-ils en connaissance de cause ?

Si inquiétude il y a, c'est que, malgré le principe majoritaire, les conditions ne sont pas réunies pour que l'on puisse présumer que le produit des négociations soit juste. Construire le droit du travail autour du dialogue social dans l'entreprise, et sur un postulat de confiance entre partenaires sociaux négociant en position d'égalité, nécessitait, à tout le moins, que l'on revisite non seulement les champs et modalités de la négociation dans l'entreprise, mais aussi la gouvernance de l'entreprise ! Ce point essentiel est absent des ordonnances, alors même que la loi d'habilitation autorisait le Gouvernement à « *détermin[er] les conditions dans lesquelles les représentants du personnel peuvent être mieux associés aux décisions de l'employeur dans certaines matières* ». Espérons que ce chantier soit ouvert, de façon ambitieuse, dans les prochains mois, pourquoi pas dans le cadre de la future loi *Le Maire* (6) ! Car la confiance ne peut pas, dans les rapports de travail, être réduite à « un donné », même appuyé par les expériences du passé (j'ai confiance dans les syndicats de mon entreprise – ou dans mes collègues dans le cas du référendum – parce qu'ils ont conclu jusqu'à présent des accords qui me semblent juste) ; elle est aussi « un construit », pour lequel le droit en général, la loi en particulier, ont un rôle majeur à jouer (j'ai confiance dans les syndicats de mon entreprise – ou dans mes collègues – parce que je sais qu'ils ne pourront pas signer n'importe quoi, car de solides garde-fous ont été posés).

Pascal Lokiec

(6) Projet de « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises » (PACTE) ; au stade de la concertation en décembre 2017.

**ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)**

Séminaires, colloques, prix de thèse, etc.

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