

Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là...

par Michèle Bonnechère, Professeur à l'Université d'Evry, Val d'Essonne

PLAN

I. Un ordre public à indérogeabilité relative, dont le champ précis d'intervention reste à cerner

II. Un principe de relativité unilatérale de l'ordre public

L'ordre public n'est pas une notion de droit pur, elle relève en partie de la philosophie du droit. Les rédacteurs du Code civil ont inscrit la nécessaire obéissance du contrat à l'ordre public (1) dans une exigence de conformité à "la justice" et à "l'utilité publique". D'où une construction à laquelle contribuent la doctrine et la jurisprudence. Ceci vaut pour toutes les branches du droit, mais en droit du travail un particularisme technique caractérise les interventions de l'ordre public.

La spécificité de l'ordre public en droit du travail ne réside pas dans l'impérativité de ses règles, ou encore dans la protection du salarié qui serait recherchée par la loi. Elle est de conduire à une hiérarchie des normes, inscrite à l'article L. 132-4 du Code du travail (2), non pas en fonction de leur nature, mais de leur teneur (la convention collective plus favorable l'emportera sur la loi). Pas plus que l'article 6 du Code civil ce texte n'énonce un principe constitutionnel : nous sommes en présence d'un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, ce qui rend la loi souveraine.

Depuis 1982 le législateur, dans le domaine du droit du travail, a précisément multiplié les possibilités de dérogation conventionnelle pouvant être défavorables aux salariés. A l'inverse, depuis 1994, la Cour de cassation parle le cas échéant d' "ordre public absolu", indérogeable. Il résulte de cette évolution une certaine complexité qui incite à chercher une définition précise des concepts (3), d'autant plus importante que les approches des catégories du droit du travail sont contradictoires, et volontiers teintées d'idéologie. Les règles du droit du travail sont elles-mêmes un enjeu (4), et le chercheur, selon l'avertissement de Gérard Lyon-Caen, "donne toujours des armes à quelqu'un" (5).

Cette brève note voudrait rappeler que deux éléments, ayant valeur de principe, caractérisent les interventions de l'ordre public (au sens du droit du travail) : sa relativité (sauf exceptions), et sa signification unilatérale (les négociateurs sont invités à améliorer le schéma de base du législateur). Clairement, si l'on veut soutenir qu'en droit du travail l'enchaînement des normes n'obéit pas à une technique particulière, dirigée vers le progrès social, il faut modifier l'article L. 132-4, dont il est à souligner qu'il a pour fondement une certaine idée de l'intérêt général à laquelle nul n'a encore osé toucher ouvertement (5bis).

(1) Art. 6 du Code civil : "on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". Les références à la justice et à l'utilité publique se trouvent dans le "discours préliminaire" du plus fameux des rédacteurs, Portalis.

(2) Art. L132-4 : "La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements"

(3) Sans partager toutes ses analyses, l'on renverra à une thèse majeure, celle de F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ-Institut A. Tunc (Paris-I), 2007, préf. F. Gaudu.

(4) V. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. les voies du droit.

(5) G. Lyon-Caen "A propos de quelques ouvrages de doctrine", Dr. soc. 1978.292.

(5bis) Réflexion plus générale in M. Bonnechère, "La loi, la négociation collective et l'ordre public", Dr. Ouv. 2001.411.

I. Un ordre public à indérogabilité relative, dont le champ précis d'intervention reste à cerner

La référence demeure l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 22 mars 1973 (6), interprétant le texte (7), dont il ressort que le caractère impératif de la règle en droit du travail ne joue pas face à une stipulation favorable au salarié. Ce qui a permis à la doctrine civiliste de s'interroger sur cette apparente négation de la distinction des règles impératives et des règles supplétives (8). L'ordre public ayant cette signification a été désigné en doctrine comme "l'ordre public social".

L'ordre public social (au sens du droit du travail) a été ensuite opposé à l'ordre public général (au sens de l'article 6 du Code civil). Mais un auteur comme Gérard Farjat proposait de définir "l'ordre public économique" du XX^e siècle comme "l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux, et à l'économie interne du contrat" (9). Ce qui traduit la mutation de l'ordre public général : non plus une notion d'exception, mais un instrument d'action.

D'où une nouvelle différenciation, opposant l'ordre public "de protection", destiné à modifier les relations contractuelles inégalitaires, et l'ordre public "de direction", éliminant des contrats les aspects pouvant contrarier les orientations de l'économie nationale. La doctrine la plus classique (10) a souligné que cet ordre de protection comporte lui-même des éléments de direction. Un exemple actuel : le SMIC, à la fois minimum de pouvoir d'achat garanti dans le cadre de la croissance, et instrument de politique économique.

Bien sûr, l'ordre public social est un ordre public de protection (d'où l'application de la théorie des nullités relatives) et il est loin d'être le seul (protection des locataires, des consommateurs) mais l'originalité du droit du travail est la place de l'objectif de protection du salarié dans la théorie des sources. Il n'y a pas seulement dans ce droit (11) des lois réglementant les contrats, imposant un

formalisme ou autorisant ponctuellement des aménagements conventionnels d'une réglementation ; il y a un "principe fondamental du droit du travail" (12), qualifié aussi de "principe général" de ce droit (13), concernant les rapports de la loi et de l'accord collectif, partie de la théorie des sources du droit du travail.

Il faut bien voir que dans l'avis de 1973, l'intangibilité absolue de l'ordre public réapparaît dès lors que sont en cause "des dispositions qui par leurs termes mêmes présentent un caractère impératif" (la loi exclut la négociation) ou des règles qui "intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels". La jurisprudence de la Chambre sociale sur l'existence d'un "ordre public absolu" (expression inventée par elle) (14) est ainsi en cohérence avec les énonciations du Conseil d'Etat (15).

Puisqu'il revient au juge, quand la loi est silencieuse, de dire quelles règles relèvent du principe d'indérogabilité relative et quelles règles sont fermées à la négociation, de quels critères distinctifs dispose-t-il ? Le Conseil d'Etat a visé ce qui déborde le "domaine" du droit du travail : critère difficile à mettre en œuvre mais logique, car dans les autres branches du droit, les lois qui "intéressent l'ordre public" (article 6 du Code civil) ne souffrent pas la négociation (16). L'arrêt du 23 mai 2007 (17) fait référence à l'orientation de l'épargne salariale vers un secteur déterminé de l'économie nationale : le dirigisme économique ne va pas de pair avec des aménagements conventionnels. L'on songe aussi aux droits de la personne, à la définition des institutions représentatives.

Le critère n'est certainement pas celui de l'intérêt général, la protection du salarié en relève précisément, le principe supérieur en cause étant la compensation du déséquilibre de la relation salariale : nul n'a proposé une autre explication de l'article L. 132-4.

(6) Conseil d'Etat, avis du 22 mars 1973, Dr. Ouv. 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...".

(7) En mars 1973, c'était l'article 31a, livre 1^{er} du Code du travail. L'actuel article L.132-4 deviendra dans la recodification l'article L. 2252-1.

(8) On dit qu'une règle est supplétive lorsqu'elle s'applique dans le silence des parties, qui peuvent l'écartier dans leur convention.

(9) G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963 ; définition ayant l'intérêt de rappeler que les rapports sociaux se situent au cœur du système économique.

(10) G. Ripert, "L'ordre économique et la liberté contractuelle", *Etudes Gény*, 1934, tome II, p. 347. V. autres références in "L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité", Dr. Ouv. 1988 p. 171-190.

(11) Comme en droit de la consommation, en droit bancaire ou des assurances.

(12) Conseil constitutionnel, décisions 89-257 du 25 juillet 1989, 2002-465 du 13 janvier 2003, et 2004-494 du 29 avril 2004.

(13) Avis du Conseil d'Etat précité ; CE 8 juillet 1994, *CGT, RJS 12/94*, n° 1386 ; CE 21 juillet 2001, *Féd. transports FO*, Dr. Ouv. 2002.211, note F. Saramito et A. de Senga.

(14) Soc. 8 nov. 1994, Dr. soc. 1995.68 obs. M. Cohen.

(15) L'avis du Conseil d'Etat (note 6 supra) ajoute qu'échappent à la négociation "les dispositions qui par leurs termes mêmes présentent un caractère impératif" ainsi que "les principes fondamentaux énoncés par le préambule de la Constitution" ou encore "les règles de droit interne, ou le cas échéant international, lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels".

(16) Sauf bien sûr si la loi en décide autrement.

(17) Soc. 23 mai 2007, Dr. Ouv. 2007.533, note F. Canut.

II. Un principe de relativité unilatérale de l'ordre public

Dans le système juridique français, l'article L132-4 du Code du travail "déroge" à l'article 6 du Code civil, en indiquant un sens précis : la "dérogation" de l'accord collectif à la loi doit être favorable aux salariés (18). Mais depuis vingt-cinq ans, des réformes législatives successives ont permis aux accords collectifs de déroger aux dispositions légales dans un sens même défavorable aux salariés. La loi du 4 mai 2004 a élargi considérablement le champ de ce que l'on appelle les "accords dérogatoires" (en donnant à l'adjectif le sens de "moins favorables"). Elle l'a fait en favorisant la "décentralisation" de la négociation, la dérogation étant ouverte dans quatorze nouveaux cas aux accords d'entreprise. Les matières concernées sont la durée du travail et l'emploi précaire. Franchissant une nouvelle étape, la loi Borloo du 18 janvier 2005, puis la loi du 30 décembre 2006 sur l'actionnariat salarié ont permis l'adaptation par accord d'entreprise, de branche ou de groupe, de l'information et de la consultation du comité d'entreprise en matière de licenciement collectif, et plus largement en matière économique.

Constatant cette évolution certains auteurs parlent d'un "ordre public dérogatoire" (19), ou d'un "ordre public dérogeable" (20) en droit du travail. Si la seconde expression est plus exacte, elle n'est acceptable que pour viser l'ensemble des lois permettant la conclusion d'accords collectifs comportant des clauses qui ne sont pas nécessairement favorables aux salariés. Mais un glissement tend à se produire : l'ordre public en droit du travail serait aussi bien un ordre public "dérogeable" que l'ordre public social (à indérogabilité relative). Or cette analyse (21) est inacceptable.

En effet, si les réformes évoquées démontrent à l'évidence que les lois ne font pas du droit du travail un droit toujours protecteur des salariés, et que des retournements accompagnent les majorités parlementaires successives, elles n'ont pas pour conséquence de remplacer les principes évoqués, dont la

perennité est affirmée par la jurisprudence (22) et bien sûr par l'article L. 132-4. Seule une déviance idéologique peut faire croire qu'en droit du travail les exceptions, parce qu'elles se répètent, ont une valeur égale à la règle de principe.

Cette analyse étonnante s'appuie parfois sur la régression du principe de faveur, dont s'inspire l'article L. 132-4 et qui est donc selon le Conseil d'Etat un principe général du droit du travail relatif à la création des règles de ce droit (23), très proche du "principe fondamental en droit du travail" dégagé par la Cour de cassation pour l'application des normes (24). Deux autres textes ont inséré le principe de faveur dans le droit positif (25) : l'article L. 135-2 (qui permet au contrat de travail, s'il est plus favorable, de "résister" à l'effet impératif et automatique de la convention collective) et l'article L. 132-23 (26) concernant l'articulation des accords collectifs entre eux.

L'on sait que la loi du 4 mai 2004, tout en préservant un "noyau dur" de règles, a modifié l'article L. 132-23, et mis le principe de faveur à la disposition des négociateurs : seule une clause expresse de la convention de branche (27) interdit à l'accord d'entreprise de réduire les avantages stipulés par elle. C'est un bouleversement considérable, qui enlève à la convention collective sa signification de règle commune, mais cela ne concerne pas les rapports de la loi et de l'accord collectif visés par l'article L132-4 et donc l'ordre public en droit du travail.

Le principe "en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements que dans un sens plus favorable aux salariés", principe général du droit du travail et principe fondamental du droit du travail, sans avoir la valeur d'un principe constitutionnel, continue donc à définir la hiérarchie des sources en droit du travail.

Michèle Bonnechère

(18) Au sens strict, de même qu'une loi spéciale peut déroger à une loi générale, il y a dérogation d'un accord à la loi dès lors qu'il dispose autrement que celle-ci. V. F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, thèse Strasbourg III, 1999.

(19) C. Radé, *Droit du travail*, Montchrestien, 2004, coll. focus droit, p.14 ; J.E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, ed. Liaisons.

(20) F. Canut, thèse précitée, et note Dr. Ouv. 2007.533.

(21) Dont on précisera qu'elle n'est pas celle exprimée par F. Canut (lire la note précitée).

(22) Se reporter aux notes 12 et 13 *supra*.

(23) V. la présentation très pédagogique du *Droit du travail* de J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Dalloz, 23^e éd. nos 88-89.

(24) Soc.17 juillet 1996, *SNCF et EDF*, Dr. soc. 1996.1049, avec les conclusions P. Lyon-Caen, Dr. Ouv. 1996 p.34.

(25) A. Jeammaud, "Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente", Dr. soc. 1999.115.

(26) v. aussi L132-13.

(27) Selon le bilan de la négociation collective établi pour l'année 2006 par le ministère du Travail, plus de la moitié des conventions collectives conclues depuis la mise en œuvre de la réforme comportent une clause d'impérativité et les 3/4 des accords collectifs (Bilan 2006, La documentation française, 2007, 1^{re} partie p. 77).