

# Négociation collective : arrêter le massacre <sup>(1)</sup>

Deuxième partie :

## La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail

par Mireille POIRIER,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

### PLAN

## II. La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail

### I. La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail

- A. La conception progressiste  
du droit du travail
- B. La conception statique  
du droit du travail
- C. Les conceptions régressives  
du droit du travail

### II. La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail

- A. L'altération de l'action  
collective des salariés
- B. L'altération de la production  
normative

L'ordre public en droit du travail, tel qu'il se construit depuis 1982, véhicule en lui-même une altération du droit du travail puisque, désormais, les possibilités de réduire ou de supprimer les droits des salariés par voie de conventions ou d'accords collectifs de travail existent et se multiplient. La règle commune minimale, posée par le Code du travail ou par les conventions et accords collectifs de niveau supérieur, se voit concurrencée, entraînant dans sa chute le niveau de la condition salariale.

Au motif incantatoire « *qu'un droit réglementaire trop important peut pénaliser l'emploi* » (2), l'objectif est clair : réduire le prix du travail via la possibilité nouvellement donnée de réduire les droits des salariés. La méthode choisie pour atteindre cet objectif se veut consensuelle : ces droits sont, dans certains cas et à certaines conditions, mis à la disposition des acteurs de la négociation collective. Cela, au prix d'une altération de l'action collective des salariés (A) ainsi que de la qualité de la production normative (B).

### A. L'altération de l'action collective des salariés

Cette altération prend principalement deux formes, intimement liées. La négociation collective, autrefois libre, se trouve désormais enserrée dans un carcan complexe, instrumentalisée qu'elle est par le législateur (1°). Corrélativement, de manière à ce que cette instrumentalisation soit la plus efficace possible, le législateur défigure la négociation collective en parant de ses vertus des négociations qui en sont manifestement dépourvues (2°).

### 1. L'instrumentalisation de la négociation collective

Une lecture rapide des évolutions de l'ordre public en droit du travail pourrait laisser croire que la négociation collective s'est trouvée libérée par la possibilité nouvellement donnée de pouvoir améliorer,

mais aussi supprimer ou réduire les droits des salariés. Car non seulement l'objet de la négociation collective s'est diversifié, mais, corrélativement, les acteurs de la négociation collective ont vu leurs responsabilités croître en matière de détermination de la norme applicable aux relations de travail. En vérité, si la

(1) Cf. Partie I, « La négociation collective reflet des finalités du droit du travail », publiée dans *Le Droit Ouvrier*, fév. 2013 p. 78.

(2) Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru de la négociation collective », *Dr. Soc.* 2006, p. 24, sp. p. 25.

négociation collective a gagné quelques libertés, elle a surtout été instrumentalisée.

Certes, la négociation collective s'est trouvée libérée de la « contrainte » qui consistait à ne pouvoir qu'améliorer le statut de salarié imposé par la loi. Cependant, la mise à l'écart de la règle plus favorable posée par le Code du travail n'est possible que dans les cas et aux conditions posées par le législateur lui-même, qu'il s'agisse d'introduire des dérogations *in pejus*, ou que la règle légale ou conventionnelle plus favorable soit devenue supplétive. Les acteurs de la négociation collective ne sont donc pas libres de réduire ou de supprimer à leur guise les droits accordés aux salariés par le Code du travail. Le législateur « garde la main », sous le regard plus ou moins vigilant du Conseil constitutionnel (3).

Il faut ajouter à cela que, comme l'a souligné le professeur Alain Supiot, « *la liberté de contracter connaît des entorses à chaque fois que la voie contractuelle est imposée par la loi* » (4). De fait, plutôt que de baisser lui-même le niveau de la protection accordée aux salariés (5), le législateur en a donné la possibilité aux acteurs de la négociation collective ; de manière à éviter l'impopularité d'une réforme qui réduirait les droits des salariés, le Parlement invite les acteurs de la négociation collective à le faire à sa place. Les employeurs ont d'ailleurs bien compris l'intérêt de la stratégie consistant à « *jouer la carte des syndicats pour que le contrat devienne le mode dominant des relations de travail* » (6). Eux qui rechignaient autrefois à s'asseoir autour d'une table de négociation, sont devenus aujourd'hui plus que jamais demandeurs de conventions et d'accords collectifs de travail.

Les syndicats, quant à eux, plus faibles que jamais, sont priés de participer plus ou moins en douceur au détricotage du droit du travail. Car il est un fait à souligner : la responsabilité des syndicats en matière de production normative s'est accrue de manière inversement proportionnelle au taux de syndicalisation en France. Tous secteurs confondus (7), si, en 1950, 30 % des salariés étaient syndiqués, ils n'étaient

plus que 15 % lors de l'adoption de la loi du 13 novembre 1982 et 8 % lors de l'adoption de la loi du 4 mai 2004 (8), le nombre de salariés syndiqués s'étant stabilisé à la fin des années 80 entre 1,8 et 1,9 million d'adhérents. Dans le seul secteur privé, le taux de syndicalisation a atteint, depuis 2001, le record historiquement bas de 5 % (9), avec une présence institutionnelle s'établissant aux alentours de 30 % (10).

Dans un tel contexte, est-il toujours possible d'affirmer sans ambages que la négociation collective permet de rétablir l'égalité qui fait défaut lors de la négociation individuelle ? Le législateur de 2008 a eu beau renforcer les exigences d'authenticité de la représentation syndicale (11), le rapport de force inhérent à toute négociation est forcément déséquilibré quand, sur fond de chômage massif, 95 % des salariés du secteur privé ne sont pas syndiqués. La place accordée aujourd'hui à la négociation collective dans l'élaboration (en forme de déconstruction) du droit du travail ne peut, finalement, que susciter les plus grandes réserves.

Surtout qu'il convient – encore et toujours - de s'interroger sur le point de savoir qui, du Parlement ou des acteurs de la négociation collective, qui des élus du Peuple ou des représentants d'intérêts professionnels, voire corporatistes, doit produire la norme applicable à tous. A ce propos, la « *démocratie sociale* » prend de plus en plus la tournure d'une démocratie politique (12) – confusion préjudiciable à la démocratie elle-même, ainsi qu'à la défense des intérêts des salariés. Les syndicats se sont, sans doute un peu trop inconsidérément, laissés entraînés à jouer un rôle politique qui ne leur sied guère : « *paritarisme et concertation masquent mal un pouvoir institutionnalisé des intérêts, sans aucun contrepoids, qui risque manifestement de dériver en un néo-corporatisme. Un syndicat ne peut être qu'une formation critique, plus proche de la société civile que de l'appareil d'État, plus forte à la base qu'au sommet, capable à la fois de comprendre et de traduire les aspirations des salariés (...)* » (13). Est-ce le cas lorsqu'à l'invitation du gouvernement,

(3) Cf. Partie I.

(4) « Il faut se défaire des illusions du « tout contractuel » », *Le Monde*, 7 mars 2000, 17.

(5) Mesure à coup sûr impopulaire.

(6) Gérard Adam, « La refondation sociale : quelle deuxième étape ? », *Dr. Soc.* 2003, p. 44.

(7) Public et privé.

(8) Sources des statistiques présentées : DARES, Synthèse-Info avril 2008, n° 16-1 ; INSEE, Données sociales.

(9) 15 % dans le secteur public.

(10) Ce qui revient à dire qu'environ 30 % des salariés ont un syndicat sur leur lieu de travail.

(11) Loi n° 2008-280 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

(12) Cf. Gérard Adam, « La refondation sociale : quelle deuxième étape ? », précité.

(13) Gérard Lyon-Caen, *Le droit du travail – une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995, p. 77.

les syndicats orientent l'action législative sur des enjeux de société qui les dépassent (14) ? Dans le contexte actuel, les syndicats ont-ils intérêt à alimenter l'opposition au « *tout État* » que véhicule inévitablement un renvoi massif à la négociation collective ?

La vocation des syndicats est de représenter les intérêts matériels et moraux des salariés (15), intérêts qui doivent, aujourd'hui plus que jamais, être distingués de l'intérêt général : « *La loi revêt, en régime de démocratie représentative, une légitimité plus certaine que la négociation collective, surtout si cette dernière donne naissance à des règles « privées » applicables erga omnes* » (16).

## 2. La défiguration de la négociation collective

Comme l'a montré le professeur Alain Supiot (17), pour que l'action collective des salariés puisse effectivement et efficacement peser face à l'action économique des entrepreneurs, « *il ne suffit pas que les travailleurs puissent négocier par l'intermédiaire de leurs représentants ; il faut aussi qu'ils puissent faire pression sur les employeurs. Autrement dit, l'action, la représentation et la négociation forment un tout indissociable et il est vain d'espérer asseoir durablement un système de relations collectives sur un droit qui ignorerait l'une ou l'autre de ces dimensions* ».

Dans cette optique, les relations collectives de travail reposent sur trois piliers « *indissociables* » : le droit à l'organisation et à la représentation des salariés, le droit à la négociation collective et le droit de grève. La négociation collective suppose ainsi une organisation collective des salariés, laquelle doit idéalement pouvoir s'appuyer sur des solidarités internes à l'entreprise, mais aussi plus larges que celle-ci, à savoir des solidarités de branche et interprofessionnelles.

Cela explique que, jusqu'en 1995, les délégués syndicaux désignés par les syndicats représentatifs, eux-mêmes organisés en section syndicale d'entreprise et appartenant le plus souvent à une confédération syndicale nationale et interprofessionnelle, étaient les seuls habilités par la loi à mener des négociations en vue de conclure des conventions collectives. Aujourd'hui encore, le Code du travail prévoit, en termes généraux, que « *la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise* » (18).

Depuis 1996, cependant, à la faveur de la multiplication des autorisations données par le législateur de réduire ou de supprimer les droits des salariés prévus par le Code du travail, la négociation collective n'a plus été réservée aux organisations syndicales représentatives (19). Aujourd'hui, dans les entreprises de moins de deux cents salariés dépourvues de délégués syndicaux, il est possible de « *négocier et de conclure des accords collectifs de travail* » avec les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel, ou à défaut avec les délégués du personnel (20). Dans toutes les entreprises cette fois, en l'absence de délégués syndicaux et de représentants élus du personnel (21), la négociation et la conclusion d'accords collectifs se voient ouvertes à un ou plusieurs salariés mandatés par une organisation syndicale représentative dans la branche – mais extérieure à l'entreprise (22), ainsi qu'au représentant de la section syndicale s'il est, quant à lui, désigné et mandaté par une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel (23).

De nombreuses possibilités sont ainsi offertes par la loi aux employeurs désireux de négocier et de conclure des textes conventionnels en l'absence

(14) Tel en est, selon nous et par exemple, y compris des règles qui encadrent le droit syndical (représentativité des syndicats) ou le droit à la négociation collective (titulaires du droit de négocier). Cf. pourtant l'ANI du 31 octobre 1995 relatif à « la politique contractuelle » (com. Mireille Poirier, Dr. Ouv. 1996, p. 311), la « Position commune » du 16 juillet 2001 sur « les voies et moyens d'approfondissement de la négociation collective » (com. Antoine Mazeaud, Dr. Soc. 2003, p. 361) ou encore la « Position commune » du 9 avril 2008 sur « la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme » (com. Bernard Teyssié, Dr. Soc. 2009, p. 627).

(15) Cf. art. L. 2131-1 C. trav.

(16) Antoine Jammaud et Hélène Masse-Dessen, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? », Sem. Soc. Lamy n° 1257 du 18 avril 2006 p. 8, sp. p. 10.

(17) « Revisiter les droits d'action collective », Dr. Soc. 2001, p. 687.

(18) Art. L. 2232-16 C. trav.

(19) Article 6 de la loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 sur l'information et la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire. Cf. notamment Mireille Poirier, « Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'ANI du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle », Dr. Ouv. 1996, 311 ; Maurice Cohen, « La réduction des avantages des salariés », Dr. Soc. 1996, p. 18 ; Georges Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », Dr. Soc. 1997, p. 1006.

(20) Art. L. 2232-21 C. trav.

(21) Délégués du personnel, délégation unique du personnel, comité d'entreprise.

(22) Art. L. 2232-24 C. trav.

(23) Art. L. 2143-23 C. trav.

de délégués syndicaux. Il s'agit bien de possibilités offertes aux employeurs, et non aux salariés, puisque cette dérogation au droit commun de la négociation collective a un objet expressément limité, à savoir négocier et conclure « *des accords collectifs de travail sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* » (24) – c'est-à-dire mettre en place des dérogations *in pejus* ou écarter des normes supérieures plus favorables rendues supplétives (25). Il faut ajouter à cela que le législateur montre une préférence pour la négociation avec les représentants élus du personnel par hypothèse non syndiqués (26), le(s) salarié(s) mandaté(s) ou le(s) représentant(s) de la section syndicale n'étant appelés à négocier qu'en l'absence de représentants du personnel élus.

Il en résulte que, non seulement le législateur autorise la négociation et la conclusion d'accords collectifs de travail sur des mesures réduisant les droits des salariés en l'absence même de délégués syndicaux, mais encore ouvre-t-il prioritairement cette négociation dérogatoire aux représentants du personnel non syndiqués. Il ne s'agit donc pas seulement de permettre la conclusion d'accords collectifs dans les très/trop nombreuses entreprises dépourvues de délégués syndicaux ; il s'agit aussi, et autant que faire se peut, de se passer de syndicats, quand bien même ils seraient extérieurs à l'entreprise. De sorte qu'une marginalisation encore plus importante de l'implantation syndicale est à craindre (27). À ce propos, il aurait sans doute été plus logique, au regard du rôle des syndicats dans notre système juridique (28), de donner une préférence aux salariés ou aux représentants de la section syndicale – mandatés par un syndicat représentatif extérieur à l'entreprise.

Mais là n'est pas le plus inquiétant. Le plus grave, en effet, est que des négociations puissent être menées en l'absence de toute organisation syndicale implantée dans l'entreprise. Cela signifie qu'un accord collectif de travail peut être conclu avec un employeur... en l'absence même de toute organisation collective des salariés. Cette situation défie la logique la plus élémentaire : *a priori*,

l'absence d'organisation *collective* des salariés rend impossible toute négociation *collective* ; l'absence d'organisation collective des salariés ne permet pas à la partie salariale de peser effectivement et efficacement face à la partie patronale. Dans ces conditions, parler ici de négociation collective et de conventions ou accords collectifs revient, par abus de langage, à défigurer le droit à la négociation collective, donné, ne l'oublions pas, aux salariés.

En fin de compte, tous ces mécanismes dérogatoires de négociation ne devraient pas exister. Ce d'autant que la négociation collective de branche est là pour parer d'éventuels vides conventionnels.

## **B. L'altération de la production normative**

La diversification des objectifs assignés à la négociation collective ne s'est pas réalisée dans la clarté ni dans la simplicité – doux euphémismes. La matière ne répond indéniablement plus à l'exigence de lisibilité de la loi. Par exemple, l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 prévoit que les conventions et les accords collectifs de travail de niveau supérieur, conclus avant son entrée en vigueur, sont maintenus dans le champ d'application de l'ordre public social (29). *A priori*, ce dispositif transitoire est amené à jouer fréquemment. Malgré cela, l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 n'a pas été codifié, ce qui induit en erreur les négociateurs et suscite, logiquement, du contentieux (30). Il faut aussi souligner que le renvoi à la négociation collective de certains régimes juridiques, particulièrement complexes car dérogatoires, laisse en suspend beaucoup trop de problèmes juridiques – dont la résolution est *in fine* dévolue aux juges, pour peu qu'ils en soient saisis. Il suffit de citer en exemple le régime de la modulation du temps de travail ou celui des conventions de forfait pour mesurer l'ampleur des difficultés engendrées par un renvoi inconsidéré de la détermination de la norme applicable aux acteurs de la négociation collective.

Enfin, l'évolution du rôle assigné à la production normative conventionnelle s'est réalisée dans une très grande confusion terminologique, qui rend plus

(24) Art. L. 2232-21, L. 2232-24 et L. 2143-23 C. trav.

(25) Cf. Partie I.

(26) N'oublions pas, en effet, qu'il n'y a pas de délégué syndical, donc pas de syndicat, pour présenter des candidats aux élections des représentants du personnel (DP, CE), lesquels seront, par la force des choses, non syndiqués.

(27) Cf. Georges Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », précité, sp. p. 1014.

(28) Le Conseil constitutionnel a, en effet, déduit des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 une « *vocation naturelle des organisations syndicales à assurer la défense des droits et des intérêts des travailleurs, notamment par la voie de la négociation collective* » C. Constit. 6 novembre 1996, Dr. Soc. 1997, p. 31 ; Dr. Ouv. 1996, p. 479, n. Gérard Lyon-Caen.

(29) Cf. Partie I.

(30) Cf. notamment Cass. Soc. 9 mars 2011, RJS 5/11, n° 411 ; Cass. Soc. 7 février 2012, RJS 5/12, n° 484.

que difficile la compréhension de la matière. Ainsi, le recours à la notion d'ordre public social ne posait guère problème à l'époque où, en droit du travail, seule était concevable l'amélioration conventionnelle de la condition salariale. Aujourd'hui que ce n'est plus le cas (31), l'expression peut prêter à confusion en laissant croire au non-spécialiste qu'en droit du travail, l'ordre public social gouverne à lui seul la résolution du conflit entre normes légales et normes négociées (32). Ce qui n'est plus le cas. L'ordre public social – progressiste – ne résout plus à lui seul l'éventuel conflit entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail, pas plus que l'éventuel conflit entre conventions et accords collectifs de niveaux différents (33). Ce problème terminologique pèse cependant bien peu comparé à ceux qui suivent.

Ainsi, le recours à la notion de dérogation, comme à la notion de supplétivité, est différemment appréhendé en doctrine. Comment s'y retrouver ? Il faut reconnaître que le législateur ne s'est pas montré des plus adroits en la matière. La réforme de 1982 a semé une grande confusion lorsqu'elle a, pour la première fois, autorisé aux acteurs de la négociation collective le remplacement de certaines règles prévues par le Code du travail par d'autres règles moins favorables aux droits des salariés. En effet, à cette occasion, les termes de « *clauses qui dérogent* » (34) ou encore de « *stipulations dérogatoires* » (35) ont été introduits dans le Code du travail – sans autre précision. C'était négliger qu'en droit du travail, la dérogation a toujours été possible, pour peu qu'elle soit plus favorable aux droits des salariés. Nul doute qu'à cette époque, le législateur a fait le choix de rester dans le flou à ce propos : il était pour le moins contradictoire de prôner à grand renfort de publicité la création de nouveaux droits pour les travailleurs (36), tout en mettant en place, et pour la première fois, des dispositifs dérogatoires *in pejus*.

Le recours à la notion d'« *accord dérogatoire* » pour identifier cette nouvelle catégorie de dérogations offerte aux acteurs de la négociation collective n'a malheureusement pas contribué à clarifier l'évolution (37). Cette terminologie est, en effet, obscure sur le sens de la production normative – en rupture avec l'ordre public social, et trompeuse sur l'opération juridique – des stipulations dérogatoires « nouvelle version » pouvant fort bien trouver place dans un accord collectif de travail, voire dans une convention collective ou l'un de ses avenants. Le terme de clause dérogatoire *in pejus* ou de dérogation *in pejus* aurait, sans doute, été préférable (38). La notion de dérogation tend d'ailleurs aujourd'hui à s'imposer en doctrine (1°). Encore convient-il de s'accorder sur le terme (2°) et de parvenir à distinguer dérogation et supplétivité (3°).

### 1. Vers l'abandon du recours à la notion d'accord dérogatoire ?

La rupture normative de 1982 a, évidemment, suscité bien des débats et des interrogations. Et pour cause : l'ordre public social se voyait concurrencé par l'arrivée d'une nouvelle catégorie de « *clauses qui dérogent* » (39) aux droits accordés aux salariés par le Code du travail. Pour les identifier, la doctrine a eu recours à la notion d'accord dérogatoire, notion qui devrait vraisemblablement être abandonnée (40) pour trois raisons au moins.

Première raison, la notion d'accord dérogatoire présentait deux intérêts techniques, qui ont aujourd'hui disparu. En effet, en guise de compensation, la loi du 13 novembre 1982 avait assorti l'autorisation de déroger en moins (les « accords dérogatoires ») d'un droit d'opposition (41) offert aux syndicats non signataires – à l'époque où un seul syndicat représentatif, même minoritaire, pouvait valablement conclure une convention ou un accord collectif. Aujourd'hui, de nouvelles règles président à la validité

(31) Cf. Partie I.

(32) Ce d'autant que l'image d'un droit du travail tout entier orienté vers la protection des salariés est tenace. Sur l'ambivalence du droit du travail, cf. notamment Gérard Lyon-Caen, « Fondements historiques et rationnels du Droit du travail », Dr. Ouv. 1951, p. 1 (reproduit au Dr. Ouv. 2004, p. 52 et disp. sur le site de la revue) et Antoine Jeammaud, « Les fonctions du droit du travail », dans *Le droit capitaliste du travail*, ouvrage collectif, Presses universitaires Grenoble, 1980, pp. 149 à 254.

(33) Cf. Partie I.

(34) Art. L. 132-26 C. trav. dans sa rédaction issue de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et aux règlements des conflits collectifs du travail.

(35) Art. L. 153-1 C. trav. dans sa rédaction issue de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et aux règlements des conflits collectifs du travail.

(36) Rapport Auroux, *Les droits des travailleurs*, La Doc. Fr. 1982, Collection des rapports officiels.

(37) En ce sens Gérard Lyon-Caen. Cf. par exemple *Le droit du travail. Une technique réversible*, précité, p. 43 ou « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », précité, sp. p. 359 : « On a eu tort de laisser passer cette formule ».

(38) Cf. « La clause dérogatoire *in pejus* », Dr. Soc. 1995 p. 885.

(39) Art. L. 132-26 C. trav. dans sa rédaction issue de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et aux règlements des conflits collectifs du travail.

(40) Même s'il n'est pas facile de changer les habitudes prises.

(41) Art. L. 132-26 précité.

de toutes les conventions et de tous les accords collectifs de travail – quel que soit leur contenu – dont un droit d'opposition (42). A partir de là, les « accords dérogatoires » ont perdu une part de leur spécificité, et la qualification en « accord dérogatoire » une partie de son intérêt. L'autre particularité des accords dérogatoires consistait dans le fait qu'en 1982, les infractions aux stipulations dérogatoires – sous-entendu en moins – ont été rendues passibles des sanctions pénales associées à la violation des dispositions législatives ou réglementaires mises à l'écart (43). Ce particularisme n'a pas disparu.

Cependant, le mécanisme a été étendu en 2008 (44) aux règles *supplétives* gouvernant la réglementation du temps de travail. De surcroît, pour savoir si ce transfert de sanction pénale fonctionne, il convient de rechercher si l'on est dans l'un des cas dans lesquels, « *en application d'une disposition législative expresse, dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions légales* » (45). A cet égard, aussi, la qualification en « accord dérogatoire » ne présente plus guère d'intérêt.

Deuxième raison pour laquelle le recours à la notion d'accord dérogatoire devrait vraisemblablement être abandonné : si, en 1982, la technique dérogatoire a été introduite dans les relations entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail, elle préside aujourd'hui, sauf exception, aux relations entre conventions et accords collectifs de niveaux différents (46). Certes, la notion d'accord dérogatoire pourrait être réservée aux relations entre la loi et les conventions ou accords collectifs de travail. Mais, encore une fois, le terme est par trop imprécis. Et puis, ce serait ajouter une complication inutile. Ce qu'il convient de distinguer, désormais, ce sont les dérogations à la loi et les dérogations à la convention ou à l'accord collectif de niveau supérieur. La technique est la même, seul le régime diffère (47).

Troisième raison pour laquelle la notion d'accord

dérogatoire devrait s'effacer : la multiplication des autorisations de déroger à telle ou telle règle, posée par la loi ou par une convention ou un accord collectif supérieur, augmente sérieusement les risques de conflits de dérogations de niveaux différents. En effet, la dérogation *in pejus* pourra être utilisée à différents niveaux – branche et entreprise, par exemple – mais dans des termes différents. Dans cette hypothèse de conflit de normes, le travail de comparaison pour déterminer la règle applicable ne pourra pas se faire globalement, comme le laisse supposer la notion d'accord dérogatoire, mais plus finement : dérogation par dérogation (48).

Finalement, au terme de ces évolutions, il est possible de considérer que la notion d'accord dérogatoire, qui ne figure d'ailleurs pas dans le Code du travail, soit en passe de devenir obsolète : elle n'a jamais été vraiment explicite et n'offre plus grand intérêt, au contraire. La doctrine la plus récente confirme cette analyse : les auteurs s'interrogent de plus en plus sur les techniques dérogatoires et de moins en moins sur les accords dérogatoires. Évolution salutaire pour tenter de clarifier la matière. Encore convient-il de s'accorder sur la notion même de dérogation.

## 2. Dérogations *in melius* et dérogations *in pejus*

La notion de dérogation, sans plus de précision, est discutable, en ce sens qu'elle recouvre deux situations bien différentes : les dérogations favorables aux droits des salariés et celles qui leur sont défavorables. Or, la distinction n'est pas sans intérêt, loin s'en faut : elle indique, à l'interprète comme aux négociateurs, le sens de la production normative – qu'elle soit progressiste ou régressive (49).

Certes, il est parfois soutenu que « *l'accord qui améliore une loi d'ordre public social ne déroge pas à cette dernière ; il la prolonge, le contenu minimal de la disposition perfectible étant contenu dans la*

(42) La loi du 4 mai 2004 a généralisé, par principe, ce droit d'opposition à toutes les conventions et tous les accords collectifs – quel que soit leur contenu. Cette solution a été confirmée par la loi du 20 août 2008 qui a posé, de surcroît, une exigence majoritaire : articles L. 2232-2, L. 2232-6 et L.2232-12 C. trav.

(43) Art. L. 153-1, précité – art. L. 2263-1 C. trav. étant entendu que ce « *transfert de la sanction pénale* » (expression empruntée à Mme Florence Canut) ne concerne curieusement que les conventions et les accords de branche étendus.

(44) D. n° 2008-1131 portant diverses mesures relatives au temps de travail.

(45) Cf. Cass. Crim. 19 juin 2012, n° 11-84.884, Dr. Ouv. 2012, p. 701, n. Florence Canut.

(46) Cf. Partie I.

(47) *Idem*.

(48) En ce sens, Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. Soc. 2004 p. 579, sp. pp. 583 et 584. Il semble, d'ailleurs, que la jurisprudence s'oriente vers un affinement du travail de comparaison en cas de conflit de normes : cf. par exemple Cass. Soc. 6 octobre 2010, R.J.S. 12/10, n° 964 ; Cass. Soc. 13 juin 2012, R.J.S. 8-9/12, n° 726.

(49) Cf. Partie I.

disposition conventionnelle correspondante » (50). Autrement dit, il serait impropre de parler de dérogation quand la disposition conventionnelle est plus favorable que la loi, ou que la convention ou l'accord collectif d'un niveau supérieur. Cette interprétation ne peut cependant pas emporter l'adhésion, tant pour des raisons techniques que théoriques. Au plan technique, en droit commun, la dérogation se définit comme « une exception apportée, dans une matière spéciale ou un cas particulier, à une règle générale qui par ailleurs demeure » (51). Sur cette base, force est de constater que le droit du travail connaît la dérogation depuis fort longtemps (52). En effet, depuis qu'ils se sont imposés comme source de droit, les conventions et les accords collectifs de travail ont toujours été autorisés à déroger aux règles posées par le Code du travail, soit en les améliorant, soit en créant de nouvelles règles plus favorables aux salariés (53). La règle générale est alors écartée « par des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur » (54). Mais elle demeure, puisqu'en cas de disparition de la dérogation plus favorable, les règles minimales posées par le Code du travail se trouvent de nouveau applicables (55). Le *Vocabulaire juridique Cornu* (56) confirme cette analyse lorsqu'il définit l'ordre public social de la façon suivante : « les règles de l'ordre public social sont impératives, mais elles souffrent **des dérogations** (57), à la seule condition que celles-ci soient plus favorables aux salariés ». Généralement, la doctrine se prononce en ce sens. Par exemple, en 1973, Gérard Lyon-Caen pouvait-il souligner qu'en droit du travail « La dérogabilité est toujours possible mais dans le sens de l'amélioration de la condition de travailleur. L'indérogabilité apparaît

si la convention est plus sévère que la législation, restreignant les avantages dus aux travailleurs ou imposant aux travailleurs des obligations non incluses dans la loi » (58). De nombreux auteurs distinguent, désormais, les dérogations *in melius* (en mieux, plus favorables) des dérogations *in pejus* (en moins, défavorables) (59). Enfin, la jurisprudence considère, elle aussi, que l'amélioration de la condition salariale par la voie conventionnelle emprunte la forme juridique de la dérogation. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, le principe de faveur signifie que « la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés » (60). Ou encore la Cour de cassation décide qu'il résulte de l'article L. 132-4 [article L. 2251-1] du Code du travail « qu'une disposition [conventionnelle] ne peut déroger à une disposition légale que si elle est plus favorable aux salariés concernés » (61). L'approche technique amène donc à considérer que le recours à la notion de dérogation apparaît pertinent, y compris quand celle-ci prend la forme d'une disposition conventionnelle plus favorable. L'approche théorique ne fait que conforter cette option. En effet, il n'est pas innocent de souligner, en langage clair, que les conventions et les accords collectifs de travail peuvent, depuis leur origine, déroger à la loi dans le sens de l'amélioration de la condition salariale. Surtout depuis que ceux-ci peuvent également y déroger défavorablement. Cela revient à souligner sans ambages deux conceptions de la production normative en droit du travail, qui se côtoient et s'affrontent désormais (62).

Il apparaît ainsi opportun de distinguer, désormais,

(50) Florence Canut, « La sanction pénale du droit conventionnel : mode d'emploi » : Cass. Crim. 19 juin 2012, n° 11-84.884, P+B, Dr. Ouv. 2011, p. 757. Pour de plus amples développements et références, du même auteur, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ 2007, n° 509 et ss. Cf. également et notamment : Marie-Armelle Souriac et Georges Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Dr. Soc. 2003 p. 72 ; Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité ; Fabrice Bocquillon « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », Dalloz 2005 p. 803 ; Jean-Yves Kerbouc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », Dr. Soc. 2008 p.834 ; Serge Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », RDT 2009 p. 83.

(51) *Vocabulaire juridique Gérard Cornu*, Association Henri Capitant, PUF, 8° éd., 2007.

(52) Cf. Fabrice Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, précité.

(53) *Contra*, Florence Canut, *L'ordre public en droit du travail*, précité.

(54) Art. L. 2251-1 C. trav.

(55) Par exemple, si une convention collective prévoit que le montant de l'indemnité de licenciement est supérieur au montant prévu par le Code du travail et que cette convention disparaît (dénonciation, par exemple), le montant légalement prévu redevient la norme applicable.

(56) Précité.

(57) Souligné par nous.

(58) « Négociation collective et législation d'ordre public », Dr. Soc. 1973 p. 89, n° 5.

(59) Cf., par exemple, Fabrice Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, thèse précitée et « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », précité ; Marie-Armelle Souriac et Georges Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », précité ; Michèle Bonnechère, « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », précité.

(60) Cons. constit. 29 avril 2004, décision n° 2004-494 DC, §9.

(61) Cass. Soc. 8 janvier 2002 n° 99-45.953, Bull. Civ. 2002, V, n° 7.

(62) Cf. Partie I.

les dérogations *in melius* et les dérogations *in pejus*. Certes, il est également possible d'objecter que les nouvelles autorisations de déroger à la loi accordées par le législateur depuis 1982 ne doivent pas être considérées comme *forcément* défavorables aux salariés (63). L'affirmation ne nous convainc cependant pas. D'abord, et pour le moins, s'accordera-t-on à reconnaître que ces dérogations d'un nouveau genre obéissent à un mode opératoire (64) spécifique : la dérogation aux dispositions légales n'est possible qu'« *en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée* » (65). Elles n'entrent donc indéniablement pas dans la catégorie des dérogations plus favorables (66) : celles-ci n'ont pas besoin d'autorisation législative expresse au cas par cas (67), à la différence de celles-là (68). De là à dire que ces dérogations qui ne sont pas plus favorables, sont défavorables, il n'y a qu'un pas ... qui peut raisonnablement être franchi.

Ainsi, **dans les rapports entre la loi et les conventions et accords collectifs de travail**, toutes les autorisations de déroger ont pour conséquence de mettre à l'écart une règle plus favorable du point de vue des droits communément accordés aux salariés – quand bien même une comparaison globale des dispositions d'une convention ou d'un accord collectif laisserait hypothétiquement apparaître une négociation « donnant-donnant ». Il suffit d'égrener la longue liste des autorisations de déroger qui n'ont pas encore été données ici (69) pour s'en convaincre : réduction de l'indemnité de précarité des salariés titulaires de contrats à durée déterminée de 10 % à 6 % (art. L. 1243-9) ; suppression de l'indemnité de fin de mission pour les travailleurs temporaires (art. L. 1251-33) ; dérogation à la règle du paiement majoré des heures supplémentaires par instauration d'un repos compensateur de remplacement (art. L. 3121-24) ou par la mise en place de conventions de forfait (art. L. 3121-39), ou encore par l'introduction d'une modulation du temps de travail (art. L. 3122-2) ; mise en place du travail de nuit (art. L. 3122-33) ; augmentation de la durée quotidienne ou hebdomadaire des travailleurs de nuit (art. L. 3122-34 et 35) ; réduction du délai de prévenance avant modification de la répartition

de la durée de travail des travailleurs à temps partiel (art. L. 3123-22) ; augmentation de leur volume d'heures complémentaires, du dixième jusqu'au tiers de leur horaire de base (art. L. 3123-18) ; possibilité d'introduire plus d'une interruption d'activité au cours d'une même journée de travail à temps partiel ou une interruption de plus de deux heures (art. L. 3123-16) ; réduction du repos quotidien, de onze heures jusqu'à neuf consécutives (art. D. 3131-1) ; dérogation à la règle du repos dominical (L. 3132-14) ; report des congés ou des repos par l'alimentation d'un compte épargne-temps (art. L. 3152-1)... Ces illustrations, piochées dans le Code du travail, tendent à démontrer que les dérogations d'un nouveau type conduisent bel et bien à la mise à l'écart d'une règle plus favorable du point de vue des droits des salariés.

Enfin, dans les rapports entre **conventions et accords collectifs de travail de niveaux différents**, la nouvelle autorisation de « déroger » prend parfois *explicitement* la forme de dérogations défavorables. C'est le cas, par exemple, lorsque l'article L. 2252-1 prévoit qu'« *une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* ». L'alinéa 2 de l'article L. 2253-3 est, quant à lui, beaucoup plus obscur en ce qu'il dispose que « *la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* » (70). On retrouve ici l'imprécision terminologique qui perdure malheureusement depuis que le législateur a décidé d'autoriser des dérogations *in pejus*. La formulation de l'alinéa 2 de l'article L. 2253-3 est extrêmement maladroite en ce qu'elle semble viser toute dérogation, qu'elle soit *in pejus* ou *in melius*. Or, il ne semble pouvoir s'agir que de dérogations *in pejus*. D'abord, parce que l'alinéa 1 du même article interdit des « *clauses dérogeant* » à celles des conventions de branche ou accords professionnels

(63) Pour de plus amples développements sur cette interprétation, cf. la thèse de Mme Florence Canut, précitée, n°s 515 et ss.

(64) L'expression est empruntée à M. Fabrice Bocquillon « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », précité, sp. p. 803.

(65) Art. L. 2263-1 C. trav.

(66) Raison de plus pour retenir la notion de dérogation plus favorable.

(67) En raison de l'existence du principe de faveur. Cf. Partie I.

(68) Qui se présentent comme une exception au principe de faveur, cf. *supra*, I.

(69) Sans prétendre à l'exhaustivité. D'autres exemples, allant dans le même sens, sont donnés en Partie I.

(70) Art. L. 2253-3 C. trav.

ou interprofessionnels en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives dont les risques sont mutualisés, et de fonds mutualisés destinés à la formation continue – cette interdiction devant se comprendre à l'évidence comme une interdiction de déroger en moins. Ensuite, parce que, s'agissant toujours de l'articulation entre conventions et accords d'entreprise et conventions et accords couvrant un champ d'application plus large, l'alinéa 2 de l'article L. 2253-1 prévoit qu'« *une convention ou un accord peut également comporter des stipulations nouvelles et des stipulations plus favorables aux salariés* » – la combinaison de cet alinéa avec l'alinéa 2 de l'article L. 2253-3 invitant à penser que ce dernier vise bel et bien des dérogations *in pejus* – et non pas toute forme de dérogation, quel que soit son sens. Enfin, parce que l'expérience montre que le législateur a toujours eu recours à la notion – pudique, mais imprécise – de « *stipulations dérogoires* » pour viser des dérogations défavorables.

En vérité, et assez logiquement, la négociation collective n'a, désormais, pas d'autre alternative que de déroger en mieux ou en moins. Il serait sans aucun doute préférable que le législateur le précise sans fard, ne serait-ce que de manière à ce que les négociateurs en aient clairement conscience.

### 3. Dérogation *in pejus* et supplétivité de la norme supérieure plus favorable

La distinction entre dérogation et supplétivité, d'apparition récente en droit du travail (71), suscite, elle aussi, bon nombre d'incertitudes et de controverses (72). Il faut reconnaître que la ligne de partage entre ces deux techniques apparaît ténue. Au final, le résultat n'est-il pas le même, à savoir une mise à l'écart de la norme supérieure plus favorable – légale ou conventionnelle (73) ? Certes oui, mais pour si épineuse qu'elle soit (a), cette

distinction mérite d'être explorée (74), son intérêt pratique pouvant d'autant plus aisément être mis en évidence (b).

#### a. L'épineuse distinction entre dérogation *in pejus* et supplétivité

Comme cela a été souligné, la formulation même des textes peut donner une indication utile sur le caractère supplétif d'une norme, par l'emploi des termes « *à défaut* » ou « *sauf* ». Par exemple l'article L. 3121-11, en prévoyant que « *Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut* (75), *par une convention ou un accord collectif de branche (...). A défaut* (76) *d'accord collectif, un décret détermine ce contingent annuel (...)* », instaure un double niveau de supplétivité : supplétivité de la loi par rapport à la convention ou l'accord collectif d'une part, supplétivité de la convention ou de l'accord de branche par rapport à la convention ou l'accord d'entreprise d'autre part. Il en va de même lorsque l'alinéa 3 de l'article L. 3122-2 dispose que : « *Sauf stipulations contraires* (77) *d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut* (78), *d'une convention ou d'un accord de branche, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaires de travail est fixé à sept jours* ».

D'autres formulations prêtent à équivoque. Ainsi, certains articles du Code du travail emploient le terme de dérogation, mais peuvent être considérés comme supplétifs si l'on admet que « *la référence expresse au mécanisme de dérogation (...) cache en réalité une supplétivité* » (79). Il en irait ainsi, par exemple (80), de l'article L. 2253-3, al. 2, lorsqu'il prévoit que : « *la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou partie à celles*

(71) 2003 pour ses prémisses, 2008 pour son amplification. Cf. Partie I.

(72) Sur ces controverses doctrinales, dans le détail desquelles il ne sera malheureusement pas toujours possible de se laisser entraîner, cf. notamment Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité ; Gérard Vachet, « L'articulation accord d'entreprise accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Dr. Soc. 2009, p. 896 ; Fabrice Bocquillon « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », précité ; Florence Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », Dr. Soc. 2010 p. 379 ; Serge Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », précité ; Jean-Yves Kerbouc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », précité ; Patrick Morvan, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », Dr. Soc. 2009, p. 679.

(73) Cf. Partie I.

(74) Cf. Georges Borenfreund et Marie-Armelle Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », précité, sp. p. 82.

(75) Souligné par nous.

(76) Idem.

(77) Idem.

(78) Idem.

(79) Cf. notamment Serge Frossard « La supplétivité des règles en droit du travail », précité, sp. p. 85.

(80) Idem.

qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention en dispose autrement ». Cela ne reviendrait-il pas à dire, finalement, que la convention ou l'accord d'un niveau supérieur est supplétif de la volonté des acteurs de la négociation d'entreprise ou d'établissement (81) ? Il arrive, également, que la loi autorise la mise en place d'un mécanisme dérogatoire par convention d'un niveau supérieur ou par convention d'un niveau inférieur. Tel est le cas en matière d'astreinte : « *Il peut être dérogé par convention ou accord collectif de travail étendu ou* (82) *par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement aux dispositions des décrets mentionnés à l'article L. 3121-52 relatives aux conditions de recours aux astreintes (...)* » (83). Dans ce second cas, puisque la dérogation peut être introduite soit par convention ou accord collectif étendu, soit par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement, et quand bien même tel est l'ordre prévu par le texte, doit-on considérer que la négociation d'un niveau supérieur est supplétive de la volonté des acteurs de la négociation au niveau inférieur ?

Pour répondre à ces questions, il convient de garder à l'esprit que, s'agissant d'exceptions apportées au principe de faveur, principe fondamental du droit du travail, dérogations *in pejus* et supplétivité de la norme supérieure plus favorable sont toutes deux d'interprétation stricte quant à leur existence. Et d'ajouter que la supplétivité de la norme plus favorable portant une atteinte encore plus grave à l'ordre public social que ne le font les autorisations de déroger *in pejus*, elle doit n'être admise qu'encre plus strictement.

L'apparition des mécanismes de supplétivité est, en effet, symptomatique de transformations dans la production normative en droit du travail : « *le choix, par le législateur, de légiférer par voie de disposition supplétive traduit non seulement un affadissement du rôle de l'État en droit du travail, mais aussi, et corrélativement, un élargissement du pouvoir*

*normatif des partenaires sociaux* » (84). Ainsi, en cas de dérogation, « *la norme à laquelle il est dérogé conserve sa valeur de référence (...), sa fonction référentielle* » (85). Tandis qu'en cas de supplétivité « *la règle supplétive s'efface complètement* » (86) ; « *la règle qui est alors première n'est pas la règle supplétive (...), qui ne vient que pallier une éventuelle carence de la règle issue d'une autre source juridique* » (87). La supplétivité marginalise donc l'ordre public social encore plus gravement que ne le fait la dérogation *in pejus* (88). Et encore plus discrètement convient-il d'ajouter puisque les acteurs de la négociation collective sont, ne serait-ce qu'en apparence, invités à créer la norme applicable au lieu de déroger à la norme commune. A l'arrivée, l'État prend de moins en moins en charge la protection des salariés (89), un pas de plus étant franchi en direction de l'auto-régulation d'entreprise.

Autant dire qu'en cas de doute sur la nature dérogatoire ou supplétive d'un mécanisme prévu par la loi, la dérogation doit l'emporter sur la supplétivité. Ce à quoi il convient d'ajouter qu'une *allure* supplétive ne suffit certainement pas à caractériser un mécanisme de supplétivité, au détriment d'un mécanisme de dérogation expressément visé dans le texte objet de controverse. La supplétivité de la norme ne doit pas être « *cachée* », mais clairement caractérisée par la loi – ce qui n'est pas le cas dans les deux dispositions ci-dessus prises pour exemple, qu'il s'agisse de l'article L. 2253-3 (90) ou de l'article L. 3121-53 (91).

Finalement, et contrairement à toute attente, il est permis de supposer que le législateur a, en l'occurrence, attaché l'importance qu'il convient aux termes employés : les mécanismes dérogatoires sont présentés comme tels, de même que les mécanismes de supplétivité. D'où il résulte que l'interprétation littérale des textes doit l'emporter sur toute autre considération. Surtout que la distinction entre dérogation *in pejus* et supplétivité présente un autre intérêt qu'être symptomatique de transformations dans la production normative en droit du travail.

(81) Idem.

(82) Souligné par nous.

(83) Art. L. 3121-53 C. trav.

(84) Fabrice Bocquillon, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », précité, sp. p. 804.

(85) Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité, sp. p. 583.

(86) Idem.

(87) Serge Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », précité, sp. pp. 83 et 84.

(88) Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité, sp. p. 583.

(89) Cf. Florence Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », précité, sp. p. 380.

(90) En ce sens notamment Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité et Gilles Auzero, « L'articulation des normes conventionnelles », Dr. Ouv. 2010, p. 324, disp. sur le site de la Revue.

(91) En ce sens notamment Jean-Yves Kerbouc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », précité.

## **b. L'intérêt de la distinction entre dérogation *in pejus* et supplétivité**

L'intérêt pratique de la distinction entre dérogation et supplétivité se manifeste en matière d'articulation entre normes conventionnelles – question redoutable, dont la complexité de toujours a été significativement accrue par les réformes du jour (92). Il a été souligné (93) qu'à la différence des dérogations *in pejus*, qui restent dans la logique d'une interprétation stricte, les mécanismes de supplétivité sont gouvernés par la règle *specialia generalibus derogant* (la loi spéciale prévaut sur la loi générale). En conséquence, la supplétivité d'une norme supérieure évacue tout problème de concours avec la norme inférieure – la norme supérieure ne pouvant d'ailleurs pas s'opposer à sa propre supplétivité. Par exemple, en matière de contingentement des heures supplémentaires, dans la mesure où l'article L. 3121-11 institue une supplétivité de la convention ou de l'accord de branche au bénéfice de la convention ou l'accord d'entreprise, la convention ou l'accord de branche ne pourra pas, sur cette question, interdire toute dérogation *in pejus* par convention ou accord d'entreprise, comme le prévoit pourtant, *in fine*, l'alinéa 2 de l'article L. 2253-3 (94). Une telle interdiction sera inopposable aux négociateurs de l'entreprise ou de l'établissement en raison même de la supplétivité de la convention ou de l'accord de branche décidée par l'article L. 3121-11. Preuve, si besoin est, que « *la règle supplétive s'efface complètement* », entraînant dans son sillage toute possibilité d'amélioration de la condition salariale par la norme supérieure.

La situation est totalement différente en matière de dérogations *in pejus*. Certes, la dérogation permet, elle aussi, de mettre à l'écart la norme supérieure plus favorable, dans des conditions plus ou moins strictes. Mais elle se singularise de la supplétivité en ce qu'elle ne conduit pas à l'effacement de la norme supérieure portant sur le même sujet. Pour preuve : il est arrivé au législateur de prévoir que des dérogations *in pejus*

à la loi ne puissent être mises en œuvre qu'à l'aide d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu, **complétés** par une convention ou un accord d'entreprise (95), ce qui serait impossible dans le cadre d'un rapport de supplétivité. La dérogation *in pejus* ne permet donc pas d'évacuer tout problème de concours de normes dérogatoires de niveaux différents.

Évidemment, ce genre de problème d'articulation n'apparaît pas lorsque le législateur interdit lui-même de déroger *in pejus* aux conventions ou accords collectifs d'un niveau supérieur (96). Pas plus qu'il ne se pose, inversement, dans l'hypothèse où la convention d'un niveau supérieur n'a pas usé de la faculté qui lui est donnée d'interdire des dérogations en moins à tout ou partie de ses clauses (97). Cependant, comme cela a été démontré (98), cette faculté de réintroduire le principe de faveur est très largement utilisée par les négociateurs d'un niveau supérieur. Tant et si bien que les interdictions de déroger *in pejus* à tout ou partie de la convention d'un niveau supérieur se présentent comme la situation la plus courante en pratique. D'autant, enfin, que les conventions et les accords collectifs conclus antérieurement à 2004 conservent « *leur valeur hiérarchique* » (99), ce qui les conduit à bénéficier d'une sorte d'« *immunité de dérogation* » (100).

Lorsque se pose un problème de concours de normes dérogatoires *in pejus* de niveaux différents, et dans le silence du législateur sur ce point précis, il convient de se référer au droit commun de l'ordre public en droit du travail, à savoir appliquer la norme la plus favorable du point de vue des salariés (101). Les mécanismes dérogatoires *in pejus* sont ainsi susceptibles de coexister avec le principe de faveur, principe fondamental du droit du travail, dont l'exclusion ne peut résulter que d'une décision claire de la loi (102). Cette logique juridique peut permettre de résoudre certains des épineux problèmes d'articulation entre conventions et accords collectifs de

(92) Cf. notamment Gilles Auzero, « L'articulation des normes conventionnelles », précité.

(93) Cf. Pierre Rodière, « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi Fillon sur le dialogue social », Sem. Soc. Lamy, n° 1148 du 15 décembre 2003, sp. p. 7 – cité par Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité.

(94) En ce sens Gilles Auzero, « L'articulation des normes conventionnelles », précité.

(95) Ce fut le cas, par exemple, en matière de travail de nuit des femmes, avant la réforme de 2001 (loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes).

(96) Alinéa 1 de l'article L. 2253-3.

(97) Alinéa 2 de l'article L. 2253, *in fine*.

(98) Jean-Yves Kerbouc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », précité.

(99) Art. 45 de la loi du 4 mai 2004, précitée. Cf. Partie I.

(100) Patrick Morvan, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », précité.

(101) Cf. Partie I.

(102) Comp. Patrick Morvan, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », précité : « *la notion de dérogation récuse par nature le débat sur le caractère plus ou moins favorable des avantages en présence* ». Cf. également Gérard Vachet, « L'articulation accord d'entreprise accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », précité.

niveaux différents qui résultent du recours, aujourd'hui débridé, aux mécanismes dérogoires *in pejus* – comme le montrent les deux illustrations qui suivent.

Première illustration : désormais, les mécanismes dérogoire *in pejus* peuvent être mis en place par convention ou accord de branche **ou** par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement. Pour reprendre un exemple fort bien choisi par le professeur Gilles Auzero (103), c'est le cas en matière de taux de majoration pour heures supplémentaires, les taux de 25 % (104) et de 50 % (105) pouvant être réduits par convention ou accord de branche **ou** convention ou accord d'entreprise ou d'établissement – dans la limite de 10 % (106). Se posent alors deux problèmes d'articulation. Tout d'abord, il convient de déterminer si, dans cette hypothèse, la convention ou l'accord collectif d'un niveau supérieur peut interdire, purement et simplement, aux conventions et accords collectifs d'un niveau inférieur, de mettre en place la dérogoire *in pejus*. Par exemple, interdire de réduire le taux de majoration des heures supplémentaires en deçà de 25 % et de 50 %. Une réponse négative s'impose : la dérogoire à la règle légale peut emprunter l'une des deux voies offertes par la loi elle-même, à savoir le niveau de la branche ou le niveau de l'entreprise. Toute autre interprétation semble contraire à la lettre de l'article L. 3121-22 (107). Ensuite, il convient de se demander si, dans la même situation, la convention d'un niveau supérieur peut valablement (108) encadrer le mécanisme dérogoire *in pejus* susceptible d'être négocié au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Par exemple, prévoir que le taux de majoration pour heures supplémentaires ne peut en aucun cas être réduit en deçà de 20 % par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement. On entre alors dans l'hypothèse d'un concours de conventions collectives de niveaux différents portant sur le même objet. Et, quand bien même il s'agit de comparer deux clauses conventionnelles dérogoires *in pejus*, il est possible d'affirmer qu'en application du droit commun de l'ordre public en droit du travail, la plus favorable d'entre elles doit être préférée (109). Il en résulterait

donc que les conventions et accords collectifs de travail d'un niveau supérieur sont autorisés à limiter les dérogoires *in pejus*, pourtant également ouvertes, par la loi, aux conventions et accords d'un niveau inférieur.

Deuxième illustration des problèmes d'articulation entre conventions et accords collectifs de niveaux différents résultant du recours débridé aux mécanismes dérogoires : la mise en œuvre, par les acteurs de la négociation collective, du nouvel article, l'article L. 2253-3, en ce qu'il prévoit que « *la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention en dispose autrement* » (110). En pratique, il arrive que des conventions ou accords collectifs de niveau supérieur interdisent toute forme de dérogoire à leurs clauses, qu'elle soit défavorable ou favorable (111). Ils instituent une sorte d'ordre public absolu (112) dans leurs rapports avec les conventions d'un niveau inférieur – solution dont la légalité apparaît douteuse. Ce type d'interdiction de déroger aux clauses d'une convention d'un niveau supérieur, y compris dans un sens favorable aux salariés, contrevient, en effet, à la loi et à la jurisprudence constitutionnelle. Car, dans les rapports entre accords d'entreprise ou d'établissement et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, l'article L. 2253-1 pose, encore et toujours, en principe qu'« *une convention ou un accord peut également comporter des stipulations nouvelles et des stipulations plus favorables aux salariés* ». Ce à quoi il faut ajouter que ce mode d'articulation entre conventions et accords collectifs de niveaux différents, fondé sur le principe de faveur, s'est vu conféré par le Conseil constitutionnel la valeur d'un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution (113). Ce principe est, certes, à la disposition du législateur, mais pas à la disposition des acteurs de la négociation collective. Autant dire que, si les négociateurs d'un

(103) « L'articulation des normes conventionnelles », précité.

(104) Pour chacune des huit premières heures supplémentaires.

(105) À compter de la neuvième heure supplémentaire.

(106) Art. L. 3121-22 C. trav.

(107) En ce sens, Patrick Morvan, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », précité, sp. p. 684 et Gilles Auzero, « L'articulation des normes conventionnelles », précité, sp. p. 329.

(108) Par une disposition assortie d'une interdiction de déroger en application de l'alinéa 2 de l'article L. 3122-2, puisque telle est notre hypothèse de base.

(109) En ce sens, Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité, sp. p. 587. Comp. Gilles Auzero, « L'articulation des normes conventionnelles », sp. p. 329 et les références citées.

(110) Cf. Jean-Yves Kerbouc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », précité.

(111) Idem, sp. pp 835 et 836.

(112) Cf. Partie I.

(113) Cons. constit. 13 janvier 2003, décision n° 2002-465 relative à la loi du 17 janvier 2003 précitée, considérants 2 et 3.

niveau supérieur sont désormais autorisés par l'article L. 2253-3 à permettre des dérogations *in pejus* à tout ou partie des conventions ou accords qu'ils concluent (114), ils ne peuvent certainement pas interdire des dérogations *in melius*. Ils le font pourtant (115). L'article du professeur Jean-Yves Kerbouc'h (116) montre d'ailleurs que, depuis la réforme de 2004, l'imagination des acteurs de la négociation collective est très fertile ; l'auteur de conclure que « *les branches (...) s'arrogent beaucoup de pouvoirs dans de nombreux domaines (...) par le biais de clauses d'interdiction de déroger particulièrement sophistiquées, dont l'intrication finit par rendre indéchiffrable cette hiérarchie [conventionnelle]* ».

Rien de bien surprenant : ouvrir des « *espaces de liberté* » à la négociation collective a un prix : « *l'impératif de clarté, de simplicité et de sécurité de la règle de droit coexiste difficilement avec l'attitude de soumission révérencielle adoptée par le législateur face à la production des partenaires sociaux* » (117). Dans ce contexte, il apparaît difficile d'invoquer au soutien du « *rôle accru du droit conventionnel* » que « *le volume et la complexité du droit du travail réglementaire impliquent des difficultés et un coût de gestion, en particulier pour les PME, qui pénalisent l'efficacité économique* » (118). Car le renvoi au droit conventionnel se traduit non seulement par une augmentation du volume du droit du travail – légal et conventionnel (119), mais aussi par une complexification à outrance du droit du travail – légal et conventionnel.

\*

Le « *cœur* » du droit du travail, à savoir l'ordre public social et son corollaire, le principe de faveur, continue de battre indéfectiblement. Mais attention : l'infarctus est proche, tant l'agrégation de réformes, d'une nocivité croissante, risque de provoquer la nécrose d'une de ses artères principales, à savoir la négociation

collective. Il faut donc impérativement désobstruer la matière en lui redonnant sens et lisibilité. La négociation collective ne doit-elle pas porter sur les revendications des salariés plutôt que sur celles des employeurs – surtout en cette période de crise du syndicalisme ? La négociation collective ne doit-elle pas permettre une saine égalisation des règles de concurrence entre entreprises d'une même branche d'activité, plutôt qu'ouvrir la porte au dumping social – surtout en cette période de crise économique (120) ? Le pouvoir normatif des acteurs de la négociation collective doit-il être raisonnablement limité, ou débridé à un point tel que même les spécialistes de droit du travail éprouvent les pires difficultés à s'y retrouver ?

Dans la mesure où les acteurs de la négociation collective eux-mêmes s'emploient à rendre « *ineffective* » (121) la réforme de 2004 (122), il serait salutaire de revenir à l'ancien mode d'articulation entre conventions et accords collectifs de niveaux différents. Il suffirait de modifier quelques articles du Code du travail, et bon nombre des difficultés actuelles dans la détermination du droit applicable disparaîtraient. Dans le même ordre d'idée, les mécanismes de suppléativité pourraient aisément être remplacés par des mécanismes de dérogation *in pejus*, comme cela a été le cas lors de la recodification de 2008 concernant l'article L. 3121-22 du Code du travail (123). Ici encore, bon nombre d'incertitudes liées à des difficultés d'interprétation disparaîtraient. Plus fondamentalement, il faudrait remettre l'amélioration de la condition de travailleur au centre des préoccupations du droit du travail – y compris en matière de négociation collective.

Il faut **du changement...** ici aussi... et **maintenant** (124).

**Mireille Poirier,**

décembre 2012

(114) Ce qu'ils ne font généralement pas en pratique, cf. *supra*.

(115) Cf. Jean-Yves Kerbouc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », précité.

(116) *Idem*.

(117) Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », précité, sp. p. 588.

(118) Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru de la négociation collective », précité.

(119) Déréglementer conduit non pas à réduire la réglementation applicable, mais à réglementer autrement, comme l'a fort justement souligné le Professeur Alain Supiot dans « Déréglementation des relations de travail et auto-réglementation de l'entreprise », précité.

(120) « *Il est inutile de critiquer le plombier polonais ou le footballeur espagnol qui serait soumis à moins de charges sociales si, parallèlement, on permet aux entreprises situées en France d'être soumises à des conditions de travail et à des charges sociales différentes* », Gérard Vachet, « L'articulation accord d'entreprise accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. Soc.* 2009, p. 896, sp. p. 899.

(121) Jean-Yves Kerbouc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », précité.

(122) Loi du 4 mai 2004, précitée.

(123) Cf. Partie I.

(124) Tout le monde reconnaîtra le slogan de la campagne électorale de l'actuel Président de la République, M. François Hollande : « *Le changement, c'est maintenant !* ».