

L'ACCORD COLLECTIF DE TRAVAIL APRÈS LA LOI EL KHOMRI

I. L'accord collectif et la loi

Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif

par Florence CANUT, Professeur à l'Université de Montpellier

PLAN

I. La mesure du recul de l'ordre public face à l'accord collectif

- A. Les enjeux liés à l'essor de la règle étatique supplétive
- B. Les ambiguïtés accompagnant l'essor de la règle étatique supplétive

II. Les limites au recul de l'ordre public face à l'accord collectif

- A. La présence de règles d'ordre public au sein des deux premiers niveaux du triptyque
- B. Le maintien de l'architecture traditionnelle du Code du travail

« Au siège de La Rochelle, d'après Alexandre Dumas, un mercenaire arabe recueillait l'assentiment de son auditoire avant de le dérouter, en disant : « Mieux vaut être assis que debout ; couché qu'assis ; mort que couché. » Transposons : « Mieux vaut la négociation collective que la loi ; mieux vaut l'accord d'entreprise que la convention de branche » (on peut objecter, mais en articulant la valorisation du contrat et le principe de proximité et en invoquant la « démocratie sociale », cela peut être soutenu). »

Ainsi s'exprimait François Gaudu, dans l'un de ses tous derniers écrits (1). C'est peu de dire qu'il était visionnaire, même si, lorsqu'il a écrit ces lignes, à la fin de l'année 2011, la célébration de l'accord collectif – le plus décentralisé – était déjà en marche. « Mieux vaut la négociation collective que la loi » : cette antienne, répétée à l'envi depuis plusieurs décennies (2), a trouvé une première traduction, du point de vue de l'articulation des normes, dans le mécanisme de la dérogation à la règle étatique. Contrairement à l'accord « classique » qui, améliorant la loi d'ordre public social ne lui déroge nullement (3), l'accord dérogatoire écarte une règle étatique – d'ordre public, social ou absolu (4) – pour lui en substituer une autre, indifférente à l'objectif d'amélioration de la situation du salarié, dans un souci d'adaptation, de flexibilisation de la norme. Mais la multiplication des facultés de dérogation ne suffisant visiblement pas, le législateur s'est orienté, avec la loi du 20 août 2008 (5), vers la technique de la supplétivité, la règle étatique ne s'appliquant qu'à défaut d'accord collectif, en matière d'aménagement du temps de travail et de contingent annuel d'heures supplémentaires. La responsabilité dans l'adoption de la règle était ainsi transférée du législateur – ou du pouvoir réglementaire – vers les partenaires sociaux. C'est ce mouvement – timide à l'époque – qu'a poursuivi et accentué la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, en adoptant, en matière de durée du travail, de repos et de congés, la nouvelle architecture des normes préconisée par le rapport *Combrexelle* (6) et censée préfigurer le découpage normatif du futur Code du travail. Cette architecture en trois parties distingue : les règles d'ordre public ; le champ de la négociation collective ; les dispositions supplétives (7). C'est le développement de ces dernières qui symbolise le recul de l'ordre public face à l'accord collectif – plus précisément de l'ordre public étatique, le seul que la loi connaissait jusqu'à présent (8). Comment apprécier ce mouvement de retrait ? Est-il aussi réel que peut le laisser croire la consécration du troisième niveau du triptyque ? Après une tentative de mesure du recul de la règle étatique d'ordre public face à l'accord collectif (I), il s'agira de recenser les limites de ce mouvement (II).

(1) F. Gaudu, « L'avenir du droit du travail », in *13 paradoxes du droit du travail*, Sem. soc. Lamy supplément, n° 1508, p. 275, spé. p. 276.

(2) Voir, déjà, l'emblématique colloque « Faut-il brûler le Code du travail ? », qui s'est tenu à Montpellier le 25 avril 1986 et dont les actes ont été publiés dans la revue *Droit social*, juillet/août 1986, p. 559 s.

(3) Accentuer la protection légale n'est pas déroger.

(4) La règle étatique est, techniquement, soit d'ordre public social, perfectible, soit d'ordre public absolu, intangible. Rendue, le cas échéant, dérogeable de par la volonté du législateur, elle n'en garde pas moins son caractère technique d'origine : elle est alors d'ordre public social dérogeable ou d'ordre public absolu dérogeable.

(5) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

(6) Rapport remis au premier ministre le 9 septembre 2015.

(7) Le nouvel article R.3111-1 fait de même pour la partie réglementaire du Code relative à ces trois thèmes.

(8) Désormais, il faudra composer avec un « ordre public conventionnel », expression que la loi *Travail* (art. 24, VI, al. 1^{er}), après le rapport *Combrexelle* (p. 88), consacre. Il s'agit, par cette formule, de désigner les thèmes à propos desquels, dans la logique de la loi du 4 mai 2004, l'accord de branche interdit à l'accord d'entreprise d'être moins favorable, en dehors des cas dans lesquels la loi prévoit la primauté des accords d'entreprise.

I. La mesure du recul de l'ordre public face à l'accord collectif...

... exige, d'abord, de souligner les enjeux attachés à l'essor de la règle étatique supplétive (A). Il faudra, ensuite, mettre en évidence les ambiguïtés qui accompagnent cet essor (B).

A. Les enjeux liés à l'essor de la règle étatique supplétive

Un véritable recul de l'ordre public ou, plus exactement, un recul ayant un réel impact pratique, devrait se manifester par une transformation de règles d'ordre public indérogables en règles supplétives de l'accord collectif. Là, résident les vrais enjeux ou risques relativement à la protection des salariés. Or, les cas dans lesquels cette mue s'observe paraissent extrêmement rares. L'on peut citer l'exemple des congés payés. Avant la loi *Travail*, le point de départ de la période de référence pour le calcul du droit à congés payés était le 1^{er} juin de chaque année. Aucune dérogation n'était possible, excepté dans le cadre d'un accord collectif mettant en place un régime de répartition du temps de travail sur l'année (9). Désormais, un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut fixer le début de la période de référence pour l'acquisition des congés (10). Ce n'est qu'à défaut de stipulation dans la convention ou l'accord, que le début de cette période est fixé, à titre supplétif donc, par un décret en Conseil d'État (11). Sans doute, d'autres métamorphoses de ce type peuvent-elles concerner des règles s'insérant au sein d'un dispositif plus large. Songeons au délai d'information des salariés sur la programmation individuelle des périodes d'astreinte : ce délai de quinze jours, qui était indérogable (12), devient supplétif (13). Mais les cas restent limités.

Peut-on, par ailleurs, identifier un passage de l'ordre public indérogable vers la supplétivité lorsque la norme étatique, qui était seule autorisée à mettre en place une dérogation, devient supplétive de l'accord collectif ? Tel est le cas en matière d'équivalence : un tel

système ne pouvait être instauré que par décret (14) ; désormais, il peut l'être par accord de branche étendu, alors que le décret devient supplétif (15). Dans la même lignée, la dérogation à la durée hebdomadaire maximale moyenne de travail, qui ne pouvait que résulter d'un décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche, peut dorénavant être instaurée par accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par accord de branche (16). En l'absence d'accord, la dérogation pourra être autorisée par la DIRECCTE (17). Le propos mérite d'être précisé : dans les deux cas, on était déjà – et on reste – dans un dispositif dérogoire (18) mais la norme habilitée à déroger était jusqu'alors la norme réglementaire, qui devient supplétive (19). Il y a, si ce n'est un recul de l'ordre public, tout au moins un recul de la production normative étatique en faveur de la production normative conventionnelle. Remarquons, par ailleurs, que l'ordre public ne recule pas en matière de durée maximale hebdomadaire absolue de travail : la dérogation (20) est seulement permise par l'autorité administrative, comme c'était le cas auparavant. La question de l'ordre public n'a pas à être convoquée lorsque le législateur investit l'autorité administrative du pouvoir d'autoriser l'employeur à s'écarter d'une disposition impérative ; la combinaison des sources du droit du travail n'est pas impactée.

Abordons maintenant les hypothèses dans lesquelles les normes, jusque-là d'ordre public dérogeables, sont devenues supplétives de l'accord collectif. Un mot, d'abord, pour rappeler la différence fondamentale entre la technique de la dérogation et celle de la supplétivité. La norme étatique à laquelle il est possible de déroger reste d'ordre public ; elle supporte la dérogation – c'est-à-dire sa mise à l'écart – mais elle demeure la règle. Elle ne peut faire l'objet d'une dérogation que dans le respect des conditions définies par la norme habilitante. C'est, justement, le caractère impératif de la règle qui peut nécessiter, tout

(9) Art. L. 3141-11, al. 2 anc.

(10) Art. L. 3141-10.

(11) Art. L. 3141-11.

(12) Art. L. 3121-8, ancien. L'incise « *sauf circonstances exceptionnelles* » renvoie à des exceptions, pas à des dérogations.

(13) Art. L. 3121-12.

(14) Soit par décret simple pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche, soit par décret en Conseil d'État, art. L. 3121-9 ancien.

(15) Art. L. 3121-14 et 15 (décret en Conseil d'État).

(16) Art. L. 3121-23.

(17) Art. L. 3121-24 et R 3121-11.

(18) Bien que les textes, législatifs et réglementaires, n'utilisent plus le terme de « dérogation » mais celui de « dépassement », en matière de durée maximale hebdomadaire, de durée maximale quotidienne ou, encore, de durée maximale hebdomadaire moyenne.

(19) C'est parfois l'autorisation administrative qui intervient en l'absence d'accord. La supplétivité de la décision administrative par rapport à l'accord collectif dérogoire n'est pas une nouveauté. Il y a déjà longtemps que ce système palliatif existe, par exemple, pour la mise en place d'équipes de suppléance, pour la dérogation à la durée quotidienne maximale de travail, à la règle du repos quotidien de onze heures ou, encore, pour la mise en place du travail de nuit.

(20) Le « dépassement ».

en l'encadrant, le recours à la dérogation. La norme étatique supplétive, quant à elle, n'est pas – c'est un pléonasmе – d'ordre public. Elle n'est obligatoire qu'en l'absence d'accord collectif (ou en l'absence de stipulation sur le thème en question) (21). Règle d'ordre public dérogeable et règle supplétive ont ceci en commun de s'effacer devant la norme négociée. S'il n'y a aucunement inversion de la hiérarchie des normes, la loi restant dans les deux cas maîtresse de leur ordonnancement, les deux techniques mettent hors-jeu le principe de faveur en supprimant le concours entre loi – au sens large – et accord collectif. Il est, pour le moins, regrettable, que le législateur lui-même confonde parfois les deux techniques. En matière de travail à temps partiel, par exemple, l'article L.3123-25 qualifie de « dérogations » le fait de porter, par accord collectif, le nombre d'heures complémentaires au-delà du dixième de la durée prévue au contrat, ou de réduire le délai de prévenance, en cas de modification de la répartition de la durée du travail, en deçà de sept jours ouvrés. Or, les références du dixième de la durée contractuelle (22) et du délai de sept jours (23), qui étaient jusqu'alors dérogeables, sont devenues supplétives...

Parmi les cas dans lesquels la norme étatique d'ordre public dérogeable est devenue supplétive, vient immédiatement à l'esprit, du fait de son caractère emblématique de l'opposition qu'a suscitée le projet de loi *Travail* (24), la fixation du taux de majoration des heures supplémentaires. Les taux légaux de 25 ou de 50 %, auxquels il pouvait être dérogé, ne s'appliquent plus qu'en l'absence d'accord. La loi *Travail* a, ce faisant, opéré un retour à ce qu'avait prévu la loi du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (25). C'est à l'occasion de la recodification de 2008 que la supplétivité a été écartée en la matière : les taux de majorations fixés par la loi,

d'ordre public social, étaient redevenus la règle, tout en supportant la dérogation. La durée minimale de travail à temps partiel de 24 heures, de dérogeable, est, elle aussi devenue supplétive (de l'accord de branche étendu) (26). Ces deux métamorphoses se sont-elles accompagnées d'un recul de la protection des salariés, ou d'un accroissement de la flexibilité de la norme ? Une réponse négative peut être soutenue. Le taux plancher de majoration des heures supplémentaires reste fixé à 10 %. La fixation d'une durée de travail à temps partiel inférieure à 24 heures nécessite toujours l'octroi de garanties au profit des salariés (27). Le passage de la technique de la dérogation à celle de la supplétivité ressemble dans les deux cas à une opération cosmétique, sans octroi d'une plus grande marge de manœuvre à l'accord collectif. Dans le même sens, le délai de prévenance de sept jours ouvrés, en cas de modification de la répartition de la durée du travail des salariés à temps partiel, de dérogeable, est, on l'a vu, devenu supplétif (28). Mais le délai conventionnel ne peut toujours pas être inférieur à trois jours ouvrés (29). Aucun changement de fond n'est observable (30). Le même constat s'impose à propos du fractionnement des congés payés. Avant la réforme, un tel fractionnement donnait droit à l'attribution d'un ou de deux jours de congé supplémentaire. Le salarié pouvait y renoncer et une convention d'entreprise ou d'établissement pouvait y déroger (31). Dorénavant, l'octroi d'un ou de deux jours de congé supplémentaire n'est prévu qu'à défaut d'accord collectif (32). Le salarié peut toujours y renoncer (33).

L'on ne peut donc pas affirmer sans ambages que la transformation d'une norme étatique dérogeable en norme supplétive se traduise par un accroissement du champ d'action de l'accord collectif ou par un recul de la protection ou des droits des salariés (34). Et si un mouvement d'assouplissement de la règle se décèle

(21) Sur la technique de la supplétivité, voir F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », Dr. soc. janv. 2017, p. 47.

(22) Art. L. 3123-28.

(23) Art. L. 3123-31.

(24) Même si, en réalité, c'est davantage la supplétivité en la matière de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise qui a, à juste titre, cristallisé les mécontentements.

(25) Loi n° 2003-47 du 17 janv. 2003.

(26) Art. L. 3123-19 et L. 3123-27.

(27) Garanties de mise en œuvre d'horaires réguliers et de possibilité de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins 24 heures par semaine.

(28) Art. L. 3123-31.

(29) Art. L. 3123-24, al. 2.

(30) Voir, aussi, le taux de majoration des heures complémentaires des salariés à temps partiel : les taux légaux – qui étaient dérogeables, s'agissant des heures accomplies au-delà du dixième de la durée contractuelle, art. L.3123-19, ancien – deviennent supplétifs, sans que leur niveau ne soit modifié : art. L.3123-29.

(31) Il était attribué deux jours ouvrables de congé supplémentaire lorsque le nombre de jours de congés pris en dehors de la période allant du 1^{er} mai au 31 octobre était au moins égale à six et un seul lorsque ce nombre était compris entre trois et cinq jours (art. L. 3141-19, ancien).

(32) L'accord de branche, qui n'était pas compétent en la matière, le devient à titre supplétif de l'accord d'entreprise ou d'établissement, art. L. 3141-21.

(33) Art. L. 3141-23.

(34) Même si un tel recul avait pu s'observer lorsque la loi du 20 août 2008 avait rendu la règle étatique supplétive de l'accord collectif en matière, notamment, de contingent annuel d'heures supplémentaires. Sur ce point, voir F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », Droit social, avr. 2010, p. 379, spé. p. 380 à 382.

çà et là dans la loi *Travail*, ce n'est pas forcément le passage de la technique de la dérogation à celle de la supplétivité qui en a constitué le support. Il en est ainsi des dispositions – qui étaient et restent – supplétives relatives à l'aménagement unilatéral du temps de travail : l'employeur peut aujourd'hui répartir unilatéralement le temps de travail sur neuf semaines dans les entreprises de moins de cinquante salariés, la limite restant fixée à quatre semaines pour les autres entreprises (35). Comment ne pas citer également la possibilité offerte à l'accord d'aménagement du temps de travail de prévoir une période de référence pouvant aller jusqu'à trois ans, si un accord de branche le prévoit (36) ? L'aménagement du temps de travail demeure un dispositif dérogatoire, le calcul de la durée du travail (37) et des heures supplémentaires (38) continuant, d'après des dispositions figurant dans le champ de l'ordre public, à se faire dans un cadre hebdomadaire. Mais la présentation du dispositif sous forme de triptyque a été l'occasion d'accroître les marges de manœuvre offertes aux partenaires sociaux ou à l'employeur. Et les tentatives d'assouplissement projetées n'ont pas toutes été menées à leur terme, ce qui laisse augurer de nouvelles modifications législatives. Ainsi, l'avant-projet de loi prévoyait-il qu'en cas d'intervention au cours d'une période d'astreinte, le repos n'avait plus à être donné intégralement à la fin de la période d'intervention. Mais le gouvernement a reculé sur ce point. La même tentative d'assouplissement et le même recul s'observent s'agissant de la durée maximale moyenne de travail : calcul sur une période de seize semaines dans l'avant-projet ; retour à la période de douze semaines dans le texte final (39).

Si le passage de la technique de la dérogation à celle de la supplétivité, appliqué la règle étatique, ne s'est pas traduit par un abaissement général des garanties et des droits des salariés ni par une marge de liberté accrue offerte aux négociateurs, restent des enjeux au développement de la norme supplétive au détriment de la norme dérogeable. À noter que les enjeux relatifs

au transfert de la sanction pénale ont disparu (40), le décret du 18 novembre 2016 (41) ayant prévu des sanctions pénales applicables (42) aussi bien en cas de violation, par l'accord collectif conclu dans le champ laissé libre par la loi supplétive (43), des limites d'ordre public, qu'en cas de non-respect de règles étatiques supplétives, lorsque celles-ci sont « activées » (44). Mais l'un des enjeux principaux à la détermination de l'acte dérogatoire réside dans le fait que la méconnaissance, par l'accord, des conditions ou éventuelles contreparties à la dérogation exigées par la loi doit entraîner le retour à la norme d'ordre public écartée. La dérogation doit être, d'après le Conseil constitutionnel, strictement encadrée par le législateur (45). La supplétivité lui offre plus de souplesse (46). Le recul du juge dans le contrôle de l'accord collectif qui prime la norme supplétive peut être prédit, ne serait-ce que parce que moins d'encadrement normatif rime avec moins de risque d'annulation de l'accord (47).

Toutefois, là aussi, le propos doit être nuancé. En effet, l'encadrement des accords dérogatoires a baissé d'intensité au fil des réformes. Si, seule, la loi au sens strict peut, aujourd'hui comme hier, autoriser la dérogation aux normes étatiques, les exigences de justification ou de contreparties au bénéfice des salariés, se sont largement amoindries (48). Citons quelques exemples : depuis la loi du 20 août 2008, l'accord collectif qui met en place un aménagement du temps de travail – une modulation – n'a plus à préciser « *les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation* » (49). La réduction du délai de prévenance, en cas de changement du programme de modulation, n'a plus, depuis cette même loi, à s'accompagner de contreparties au bénéfice du salarié. Demeurent, toutefois, des hypothèses dans lesquelles la dérogation doit être assortie de contreparties. Tel est le cas, notamment, lorsqu'elle est susceptible de porter atteinte à la santé et à la sécurité des salariés, tout particulièrement en matière de repos. Ainsi, peut-il être dérogé au repos quotidien de onze consécutives, à

(35) Art. L. 3121-45.

(36) Art. L. 3121-44, 1°.

(37) Art. L. 3121-27.

(38) Art. L. 3121-28.

(39) Art. L. 3121-22.

(40) Ces enjeux résidaient dans le fait que la norme conventionnelle est pénalement sanctionnée, comme la disposition étatique à laquelle elle déroge, quand la dérogation résulte d'un accord de branche étendu (art. L. 2263-1). Il en est de même pour certaines dérogations réalisées par accord d'entreprise.

(41) Décret n° 2016-551.

(42) Comme l'avait fait avant lui le décret n° 2008-1131 du 3 novembre 2008, suite à l'introduction des règles étatiques supplétives par la loi du 20 août 2008.

(43) Ou en cas de violation de l'accord collectif conformes aux exigences légales.

(44) Voir, not., art. R. 3124-1 s., art. R. 3131-5, art. R. 3143-1 s.

(45) « *Lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation* », Cons. const., déc. n° 2004-494 DC, 29 avr. 2004, 8^e cons.

(46) Puisque, par définition, la norme n'est pas d'ordre public...

(47) Voir, sur cette question du contrôle du juge, le rapport *Combexelle*, *op. cit.*, p. 72 et 73.

(48) Les conditions qui étaient mises à l'applicabilité des accords dérogatoires, en constituaient, selon l'expression de Michel Despax, autant de « *garde-fous* », M. Despax, « *Les paradoxes de la négociation d'entreprise* », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 267.

(49) Comme l'exigeait l'ancien art. L. 3122-9, C. trav.

condition d'accorder au salarié des périodes de repos au moins équivalentes ou, si l'octroi de ce repos n'est pas possible, de prévoir une contrepartie équivalente (50). Et les contreparties qui, hier, conditionnaient l'acte dérogatoire figurent parfois à l'identique, aujourd'hui, dans le champ ouvert à la négociation collective. Il en est ainsi lorsque le délai de prévenance de la modification de la répartition de la durée du travail d'un salarié à temps partiel est inférieur à sept jours ouvrés (51) ou lorsque la limite d'heures complémentaires est portée au-delà du dixième de la durée prévue au contrat (52). Dans tous ces cas, l'adoption de règles étatiques supplétives – l'adoption du triptyque – n'a pas modifié l'exigence – ou l'absence d'exigence – de contreparties ou de garanties au profit des salariés. Par ailleurs, la disparition, dans de nombreux cas, de l'exigence d'extension de l'accord dérogatoire de branche, mouvement dans lequel s'est inscrite la loi du 8 août 2016 (53), a réduit le contrôle étatique, alors même que l'extension, lorsqu'elle est exigée, constitue une condition de validité de l'accord de branche dérogatoire (54).

Les enjeux pratiques, attachés à la distinction entre dérogeabilité et supplétivité de la règle étatique, ont ainsi largement perdu de leur intensité. Et, sur le plan conceptuel, il faut reconnaître que le caractère impératif de la règle est écorné lorsque celle-ci supporte la dérogation (55). L'on pourrait même soutenir que la norme d'ordre public dérogeable est, en réalité, d'ordre public relatif (56) : d'ordre public vis-à-vis du contrat individuel ou de l'engagement unilatéral de l'employeur (57), elle perd ce caractère vis-à-vis de l'accord collectif répondant aux conditions tracées par la norme légale habilitante. Reste un enjeu symbolique, fort, à la distinction entre dérogation et supplétivité : en orchestrant la supplétivité des règles

étatiques, l'État organise son propre retrait dans le processus d'adoption des normes, en faveur de partenaires sociaux qui ne sont pourtant pas garants de l'intérêt général.

Ceci est d'autant plus notable – regrettable ? – que le développement de la règle étatique supplétive, tel que conçu par la loi travail, révèle des ambiguïtés.

B. Les ambiguïtés accompagnant l'essor de la règle étatique supplétive

La règle étatique supplétive est censée servir de modèle ou, au contraire, de repoussoir, aux partenaires sociaux (58). Dans les deux cas, elle devrait pouvoir être mobilisée comme base de négociation, d'échange. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il qu'il s'agisse d'une norme substantielle, comme l'est, par exemple, l'article L. 3121-36 qui fixe les taux supplétifs de majoration des heures supplémentaires. Or, le troisième niveau du triptyque abrite, parfois, des normes de structure lorsque le législateur se contente de renvoyer à l'auteur habilité à adopter la règle (59). Renvoi est alors opéré au décret, au contrat de travail ou à la décision unilatérale de l'employeur (60). A titre d'illustration du renvoi au décret, peut être cité l'article L. 3131-3 : « *A défaut d'accord, en cas de surcroît exceptionnel d'activité, il peut être dérogé à la durée minimale de repos quotidien dans des conditions définies par décret* ». La méthode du renvoi au décret pour fixer la règle applicable à titre supplétif n'est pas nouvelle. La loi du 20 août 2008 y a recouru pour la fixation des modalités de répartition de la durée du travail sur plus d'une semaine (61) ou pour la détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires (62). Le rapport *Combrexelle* prédisait que les dispositions supplétives seraient généralement de niveau réglementaire (63). Un renvoi au règlement ne

(50) Art. D. 3131-2.

(51) Art. L. 3123-24 et L. 3123-25.

(52) Art. L. 3123-20 et L. 3123-25 : limite d'heures complémentaires pouvant être portée jusqu'au tiers de la durée prévue au contrat.

(53) Par exemple, n'a plus à être étendu l'accord qui déroge au repos quotidien de onze heures consécutives (art. L. 3131-2) ou à la durée maximale quotidienne de travail (art. L. 3121-19). La loi du 20 août 2008, notamment, avait déjà réduit les cas dans lesquels l'extension était une condition nécessaire à la dérogation instituée par accord de branche, par exemple en matière de forfait annuel ou de répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine.

(54) Pour les accords de branche non dérogatoires, l'extension est simplement une condition de leur application élargie. À défaut d'extension, ils s'appliqueront comme des accords collectifs ordinaires.

(55) En ce sens, G. Borenfreund note, à propos de la norme étatique dérogeable, que « *de par la mise à l'écart du principe de faveur, la norme étatique, tout en demeurant norme de référence, connaît dans sa substance, dans la matérialité, un vrai recul (...)* », « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », RDT déc. 2016, p. 781, spé. p. 783.

(56) En ce sens, R. Vatinet, « L'ordre public », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. Teyssié, ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p.89, spé. n° 173, p.109. Il ne s'agit pas ici d'employer l'expression d'ordre public relatif comme synonyme de celle d'ordre public social, comme cela fut le cas jadis.

(57) L'on songe, ici, à l'engagement unilatéral comme catégorie englobant les usages ou les « accords atypiques ». La norme demeure également, bien entendu, d'ordre public vis-à-vis de la décision unilatérale de l'employeur.

(58) Sur ces questions, voir G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier, G. Pignarre, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », Dr. soc. 2016, p. 886, spé. p. 890 s.

(59) F. Favennec-Héry relève qu'« *il s'agit plutôt de désigner un vecteur de remplacement, faute d'accord collectif* » et que « *là aussi règne une certaine improvisation* », F. Favennec-Héry, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2016, p. 892, spé. p. 897.

(60) Pour un panorama de la casuistique marquant les dispositions supplétives, voir F. Favennec-Héry, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *op. cit.*, p. 897.

(61) Ancien art. L. 3122-2, dernier al.

(62) Ancien art. L. 3121-11, al. 3.

(63) Rapport précité, p. 79.

soulève pas d'objection. Qu'il s'agisse de dispositions substantielles fixées par la loi ou par le décret, dans les deux cas, l'État (64) en est l'auteur. Sans compter qu'un tel renvoi peut trouver justification dans le respect des domaines de compétence respectifs de la loi et du règlement. Surtout, les parties à l'accord collectif ont accès, dans les deux cas, au contenu normatif des règles supplétives, ce qui permet à ces dernières de remplir leur office de guide dans la négociation.

En revanche, cette fonction ne peut pas être assurée lorsque le troisième étage du triptyque se contente de renvoyer au contrat de travail ou à la décision unilatérale de l'employeur. Le renvoi au contrat de travail, d'une part, en tant substitut à l'accord collectif, sème le trouble. Le contrat est, par exemple, désigné pour prévoir, à titre supplétif, la rémunération des temps de restauration et de pause (65), les contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage ou l'assimilation de ces temps à du temps de travail effectif (66). En cas de présence simultanée de stipulations conventionnelles et contractuelles sur ces sujets, doit-on appliquer la clause contractuelle plus favorable que son double conventionnel ou, le contrat étant supplétif de l'accord, doit-on considérer qu'il n'y a pas de concours de normes et donc qu'il n'y a lieu de faire jouer le principe de faveur (67) ? Il faut, sans doute, faire primer l'article L. 2254-1, en vertu duquel, rappelons-le, « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». Le principe de faveur, dont cet article est l'une des sources, reste, malgré les suppressions, nombreuses, des cas de concours de normes qui conduisent mécaniquement à sa mise à l'écart (68), un principe fondamental du droit du travail pour la Cour de cassation (69) et un principe général du droit pour le Conseil d'État (70). Il est lui-même un principe d'ordre public. Le législateur peut – seul – l'écarter, puisqu'il n'est pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République (71). Mais cette mise à l'écart doit être expresse et, comme pour toute dérogation à une règle d'ordre public, la dérogation au principe de l'application de la disposition la plus favorable au salarié doit être interprétée strictement. Les cas de suppléativité de

la norme contractuelle ne suffisent sans doute pas à fonder la neutralisation du principe de faveur lorsque l'accord collectif et le contrat de travail auront abordé les mêmes thèmes.

Il est, toutefois, incontestable que le renvoi au contrat de travail, en tant que norme supplétive, brouille les cartes. Tout au moins se pose la question de l'utilité d'un tel renvoi lorsqu'il ne s'agit que de signifier que le contrat de travail *peut* améliorer une disposition d'ordre public social. Une telle amélioration peut, en règle générale, aussi bien résulter de l'accord collectif que du contrat individuel. À quoi sert-il de préciser, comme le fait le 1° de l'article L. 3121-8, qu'à défaut d'accord collectif le contrat de travail *peut* fixer la rémunération des temps de restauration et de pause ? En revanche, le 2° du même article revêt une utilité certaine en ce qu'il dispose que le contrat de travail prévoit soit d'accorder des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage, soit d'assimiler ces temps à du temps de travail effectif. Dans le premier cas – rémunération des temps de pause et de restauration –, aucune contrepartie n'est due ; le contrat *peut* en prévoir une, comme peut le faire l'accord collectif ou l'employeur par décision unilatérale. Dans le second cas – contrepartie obligatoire (72) aux opérations d'habillage et de déshabillage –, le renvoi au contrat de travail fait échapper la détermination des contreparties au pouvoir unilatéral de l'employeur. Est ainsi sauvegardée la jurisprudence selon laquelle, à défaut de détermination par l'accord collectif ou le contrat individuel, les contreparties seront fixées par le juge (73). Le fait de mettre sur le même plan (74) des facultés d'amélioration incontestables – car la disposition correspondante est d'ordre public social – et la désignation de l'auteur habilité à déterminer une contrepartie *imposée* par la loi est source de confusion.

L'on peut – à tout le moins – ressentir un malaise lorsque les dispositions supplétives renvoient, d'autre part, à la décision de l'employeur car, alors, le recul de la norme étatique ne se fait pas, au final, en faveur de la norme – collective – négociée, mais en faveur du pouvoir patronal. Certes, le recours à la décision unilatérale, en tant que substitut à l'accord collectif, n'est pas nouveau. Il existait déjà, par exemple, en matière d'astreinte (75), de modalités d'accomplissement de la

(64) Au sens large du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

(65) Art. L. 3121-8, 1°.

(66) Art. L. 3121-8, 2°.

(67) Voir, cernant parfaitement la question, S. Tournaux, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », Dr. soc. 2017, p. 136, spé. p. 137.

(68) Ne serait-ce que par la suppléativité imposée à l'accord de branche vis-à-vis de l'accord d'entreprise.

(69) Cass. soc. 17 juill. 1996, n° 95-41313 : Bull. civ. V, n° 297 et n° 95-41745 : Bull. civ. V, n° 296, Dr. Ouv. 1997, p. 34 ; Cass. soc., 8 oct.

1996, n° 92-44361 92-44375 : Bull. civ. V, n° 315 ; Cass. soc. 27 mars 2001, n° 98-44292 : Bull. civ. V, n° 106.

(70) CE, avis du 22 mars 1973, Dr. soc. 1973, p. 514, Dr. Ouv. 1973, p. 190 ; CE, 8 juill. 1994, RJS 12/94, n° 1386, note X. Prétot.

(71) Cons. constit., décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, JO 26 mars, p. 4661.

(72) Parce que les conditions posées par l'art. L. 3121-3 sont remplies.

(73) Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-42983.

(74) Qui plus est au sein d'un même article.

(75) Art. L. 3121-7, ancien.

journée de solidarité (76), de mise en place du travail à temps partiel (77) ou, encore, de détermination des contreparties dues au salarié en cas de déplacement professionnel dépassant le temps normal de trajet (78). Toutefois, un tel recours est accru (79) – et/ou rendu plus apparent – avec la création d'un étage normatif consacré aux dispositions supplétives. Et que dire du « *dispositif béquille* » (80) qui permet à l'employeur de poursuivre l'exécution de conventions de forfait en jours, ou d'en conclure de nouvelles, alors que l'accord collectif ne comporte pas les garanties permettant d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés (81) ? Voilà donc des mentions obligatoires – d'ordre public – qui, finalement, ne sont pas... obligatoires puisque l'employeur peut pallier leur absence, en respectant des dispositions supplétives (82) – d'ailleurs parfois moins contraignantes que celles qui sont exigées de l'accord collectif (83). Ne peut-on identifier ici un recul de l'ordre public ? Pire, une atteinte à l'autorité de la loi – et à l'orthodoxie juridique – au nom de la sécurité juridique (en réalité, celle de l'employeur) ? Ce dispositif de sauvetage vise à pallier, non seulement, les insuffisances des accords conclus avant la publication de la loi travail, mais également ceux qui auront été conclus après. Le cynisme sera porté à son comble lorsque l'accord insuffisant sera un accord d'entreprise : l'employeur organisera le sauvetage d'un dispositif qu'il aura

lui-même contribué à rendre illicite ! L'on n'est finalement pas si loin de la possibilité, envisagée par le projet de loi avant d'être abandonnée, de permettre aux entreprises de moins de cinquante salariés de recourir aux forfaits annuels (en jours ou en heures) en l'absence d'accord collectif. Sauf que toutes les entreprises sont concernées par le dispositif de sauvetage...

Eu égard aux ambiguïtés que révèle la technique de la supplétivité de la règle étatique telle que mobilisée par la loi travail, l'on peut se demander si la volonté, affichée, de donner à l'accord collectif une plus grande marge de manœuvre ne devrait pas conduire à imposer la négociation comme préalable à la décision unilatérale, comme c'est déjà le cas en matière de travail de nuit (84). Par exemple, ne faudrait-il pas n'admettre l'aménagement unilatéral du temps de travail qu'en cas d'échec des négociations, menées de bonne foi, tout au moins dans les entreprises pourvues d'un délégué syndical ? Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait déjà être interprété en ce sens (85).

Le développement de la technique de la supplétivité appliquée à la règle étatique opère un recul – même s'il est ici plus symbolique que réel (86) – de l'ordre public face à l'accord collectif. Quelles sont les limites – observables ou mobilisables – à ce recul ?

II. Les limites au recul de l'ordre public face à l'accord collectif...

... se révèlent, d'abord, à travers la présence de dispositions d'ordre public au sein des deux premiers niveaux du triptyque (A). Elles s'expriment, ensuite, dans le maintien – actuel et futur – de l'architecture traditionnelle du Code du travail sur certains thèmes (B).

A. La présence de règles d'ordre public au sein des deux premiers niveaux du triptyque

En adoptant un découpage normatif à trois étages, le législateur a pris ses distances avec la Position

commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective, qui prétendait développer « l'autonomie collective » en distinguant trois domaines d'intervention différents : le domaine du législateur, un domaine partagé entre législateur et interlocuteurs sociaux et, enfin, le domaine des interlocuteurs sociaux. Or, et pour reprendre les termes du rapport *Combrexelle*, « *La solution n'est (...) pas dans une répartition horizontale entre la loi et les accords collectifs qui, dans une démocratie, ne peuvent avoir la même force, mais dans une organisation adéquate et équilibrée, comme dans*

(76) Art. L. 3133-8, 3^e al.

(77) Art. L. 3123-2, ancien.

(78) Art. L. 3121-4, ancien.

(79) Avec, par exemple, la fixation des jours fériés chômés (art. L. 3133-3-2 nouveau).

(80) Selon l'expression utilisée par l'étude d'impact du projet de loi, p. 40.

(81) Art. L. 3121-65, I. Est visée, surtout, l'absence de stipulations conventionnelles prévues aux 1^o et 2^o du II de l'article L. 3121-64. Il s'agit des stipulations à défaut desquelles la Cour de cassation juge l'accord collectif insuffisant et la convention individuelle de forfait nulle.

(82) Qui, certes, sont ici des normes substantielles.

(83) Par ex., alors qu'il est exigé de l'accord collectif qu'il détermine les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement – donc plusieurs fois par an – sur la charge de travail, l'employeur, dans le dispositif béquille, « *organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail* ».

(84) L. 3122-21.

(85) Cass. soc., 16 déc. 2014, n^o 13-14.558, RDT avr. 2015, p. 264, obs. F. Canut.

(86) Ou qu'ayant un réel impact pratique.

la plupart des autres pays, entre les grands principes posés par la loi et les accords collectifs » (87). La loi Travail a-t-elle réussi à mettre en place une « organisation adéquate et équilibrée » entre les grands principes posés par la loi et les accords collectifs ? L'on se gardera bien d'émettre une opinion tranchée à ce stade. Tout au moins peut-on constater que le nouveau découpage normatif en matière de durée du travail n'a pas mis fin à l'imbrication, pointée par le rapport *Combrexelle*, entre norme étatique et norme négociée. Il n'est ainsi pas certain que l'objectif de clarification souhaité par ledit rapport ait été atteint (88).

Le premier niveau du triptyque comporte des dispositions d'inégale valeur. Il est déjà devenu banal de constater que l'on est loin des préconisations du rapport *Combrexelle*, pour lequel cet étage normatif devait abriter « les principes fondamentaux du droit du travail qui relèvent strictement du champ de l'article 34 de la Constitution ainsi que les normes de transposition du droit communautaire » (89). L'obligation d'accorder, le cas échéant, des contreparties aux opérations d'habillage et de déshabillage n'est pas un principe fondamental... Et que dire de l'article L. 3121-5 : « si le temps de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail est majoré du fait d'un handicap, il peut faire l'objet d'une contrepartie sous forme de repos » ? En quoi cette disposition, qui n'offre qu'une faculté, relève-t-elle de l'ordre public ? Et quelle utilité présente-t-elle ? En son absence, rien n'aurait empêché l'octroi de contrepartie au salarié, par accord collectif, par contrat ou par décision unilatérale de l'employeur... À moins qu'il ne s'agisse d'imposer la nature de la contrepartie, forcément sous forme de repos ?

Quoi qu'il en soit, le premier étage normatif accueille toutes les déclinaisons de l'ordre public en droit du travail. S'y rencontrent : des règles d'ordre public absolu – la définition des salariés éligibles au forfait en jours (90) ou celle de l'objet du travail intermittent (91) –, des règles d'ordre public social – le temps minimal de repos quotidien (92) ou la règle d'après laquelle, en cas d'aménagement du temps de travail, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de 1607 heures (93) – et des règles d'ordre public dérogeable – le calcul de la durée du travail dans un cadre hebdomadaire (94).

L'ordre public se dissimule parfois au sein du deuxième niveau, ce qui traduit une porosité entre les strates du triptyque. Il en est ainsi, par exemple, de l'article L. 3121-14, en ce qu'il exige que l'accord collectif mettant en place un régime d'équivalence prévoit la rémunération des périodes d'inaction. Parfois, les limites posées aux signataires de l'accord collectif – notamment dérogoire – figurent dans la partie réglementaire du Code. L'article D. 3131-6, en vertu duquel un accord collectif de travail ne peut avoir pour effet de réduire la durée du repos quotidien en deçà de neuf heures, remplit ainsi cet office. L'ordre public s'incarne fréquemment, dans le champ ouvert à la négociation collective, dans des « bornes quantitatives » (95) qui s'imposent aux négociateurs, comme en matière de dépassement de la durée maximale quotidienne de travail – plafond de 12 heures (96) – ou de la durée maximale hebdomadaire moyenne de travail – plafond de 46 heures (97). Certaines « bornes » auraient davantage trouvé leur place au sein du premier étage normatif qu'au sein du deuxième. C'est le cas des planchers de 50 % ou de 100 % pour la contrepartie obligatoire en repos en cas de dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires. Pourquoi avoir fait figurer ces planchers dans le champ ouvert à la négociation collective (98), et non parmi les dispositions d'ordre public, au sein de l'article L. 3121-30 qui pose le principe de l'octroi d'une telle contrepartie ? Le découpage entre l'énoncé de la règle et sa « matérialisation quantitative » est artificiel et rend difficile l'accès à la norme d'ordre public.

La présence de dispositions qui, au cas par cas, précisent qu'une amélioration conventionnelle est possible, alors qu'il ne fait guère de doute que les règles concernées sont d'ordre public social, interpelle. Quelle est l'utilité de ces précisions ? Était-il nécessaire, en particulier, de compléter l'article L. 3121-16, disposition d'ordre public précisant que le temps de pause quotidien a une durée *minimale* de 20 minutes, par l'article L. 3121-17 permettant à un accord collectif – d'entreprise ou d'établissement ou à défaut, de branche – de fixer un temps de pause supérieur ? S'agissait-il, pour le législateur, de remplir à tout prix les cases du triptyque ? L'on peut penser qu'il s'agissait surtout de consacrer la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche. Le fait que la

(87) Rapport précité, p. 78.

(88) Rapport précité, p. 85.

(89) Rapport précité, p. 79.

(90) Art. L. 3121-58.

(91) Art. L. 3123-34.

(92) Art. L. 3131-1.

(93) Art. L. 3121-41, al. 3.

(94) Art. L. 3121-27.

(95) L'expression est empruntée à F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, LGDJ 2001, n° 617, p. 533.

(96) Art. L. 3121-19.

(97) Art. L. 3121-23.

(98) Art. L. 3121-33, 3°.

possibilité d'amélioration conventionnelle de règles assurément perfectibles soit prévue au coup par coup, sans véritable réflexion apparente, pourrait conduire à considérer que, sauf précision expresse de la part du législateur, le domaine de la durée du travail, des repos et des congés, est entièrement d'ordre public absolu (99) !

Le deuxième étage normatif peut aussi permettre de déroger, par accord collectif, à une norme d'ordre public figurant dans le premier. Le champ ouvert à la négociation collective n'est donc pas exempt de complexité. Le propos peut être illustré à travers l'article L. 3121-33 du Code du travail, qui incarne à lui seul la multiplicité des fonctions dévolues à l'accord collectif, tout en révélant les limites d'ordre public que ce dernier est tenu de respecter. L'ordre public s'y manifeste par l'obligation pesant sur l'accord de respecter un taux minimal de majoration des heures supplémentaires de 10 % ou, encore, on l'a vu, d'accorder une contrepartie obligatoire en repos, en cas de dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires, variant en fonction de l'effectif de l'entreprise (100). La fonction dérogatoire de l'accord s'exprime dans la faculté qui lui est reconnue de prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations y afférentes, par un repos compensateur équivalent. Enfin, sa fonction « *améliorative* » (101) se lit à travers la possibilité qui lui est offerte d'accorder une contrepartie sous forme de repos au titre des heures supplémentaires accomplies dans la limite du contingent. La véritable nouvelle « *délégation* » (102) de la loi à l'accord collectif, que l'on croit pouvoir identifier ici, réside dans la détermination du taux de majoration des heures supplémentaires, le reste n'étant pas nouveau et ne traduisant que des facultés de dérogation ou d'amélioration existantes.

La préférence du législateur pour la norme négociée se manifeste parfois par la présence, au sein du niveau 2, de dispositions d'ordre public moins contraignantes que les règles supplétives figurant dans le niveau 3. La partie patronale a ainsi intérêt à conclure un accord, qui lui offrira davantage de marge

de manœuvre que l'application du dispositif supplétif. En matière de dérogation à la durée maximale hebdomadaire moyenne, par exemple, que la dérogation provienne d'un accord collectif (103) ou d'une autorisation administrative (104), le dépassement autorisé ne peut avoir pour effet de porter cette durée au-delà de 46 heures. Quel est, dès lors, l'intérêt de conclure un accord collectif ? Il réside dans le fait que le système supplétif aménagé par décret est plus restrictif (105) : la décision est prise par le DIRECCTE et ne peut être accordée qu'en cas de circonstance exceptionnelle entraînant temporairement un surcroît extraordinaire de travail (106). La faveur pour la négociation collective se manifeste également – et entre autres (107) – en matière d'astreinte. L'accord collectif a toute latitude pour fixer le délai d'information des salariés concernés sur la programmation individuelle des périodes d'astreinte, pourvu qu'il soit « *raisonnable* », d'après les dispositions d'ordre public de l'article L. 3121-9. Ce n'est qu'à titre supplétif que s'appliquera le délai de prévenance de quinze jours (108).

L'ordre public étatique n'a donc pas reculé de manière spectaculaire, avec le nouveau découpage de la partie du Code relative à la durée du travail. Sa permanence – sa « *résistance* » – se mesure aussi à travers le maintien de l'architecture traditionnelle du Code du travail.

B. Le maintien de l'architecture traditionnelle du Code du travail

Tous les thèmes de la durée du travail ne sont pas concernés par le triptyque. Cette nouvelle architecture normative ne s'applique ni au chapitre relatif au repos hebdomadaire, ni aux dispositions particulières relatives aux jeunes travailleurs, ni au contrôle de la durée du travail et des repos. En outre, au sein même des thématiques concernées par le nouveau découpage, le troisième niveau n'existe pas toujours. Ainsi, la réglementation du travail intermittent, du temps de pause ou, encore, de la durée quotidienne maximale de travail, ne comporte-t-elle pas de dispositions supplétives. Par ailleurs, cette nouvelle

(99) La même remarque peut être faite à propos de dispositions présentes dans le niveau 1, qui se déclarent expressément perfectibles. Voir, par ex., en matière de congés, l'art. L. 3141-9 (dont la formule apparaît pour le moins redondante avec le 2° de l'art. L. 3141-10).

(100) Seuil minimal de 50 % des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel pour les entreprises de vingt salariés au plus, et de 100 % de ces mêmes heures pour les entreprises de plus de vingt salariés.

(101) Pour reprendre l'expression utilisée par F. Favennec-Héry, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2016, p. 892, spé. p. 894.

(102) F. Favennec-Héry, *op. cit.*

(103) Art. L. 3121-23.

(104) Art. L. 3121-24.

(105) Décret 2016-1551 du 18 novembre 2016.

(106) Les mêmes règles – et restrictions – étaient applicables avant la réforme.

(107) Peut également être cité l'exemple du délai minimal de prévenance des salariés à temps partiel en cas de modification de la répartition de leur durée du travail : fixé à sept jours ouvrés à titre supplétif (art. L. 3123-31), il peut être réduit jusqu'à trois jours ouvrés par accord collectif (art. L. 3123-24, al. 2). Là encore, aucun changement de fond n'est observable.

(108) Art. L. 3121-12, 2°.

présentation en trois parties, un temps prévue, a été abandonnée en matière de définition du licenciement pour motif économique et de mise en place d'une instance de dialogue dans les réseaux de franchise (109). Dans le premier cas, cet abandon a été justifié par le fait qu'il ne semblait « *pas pertinent de renvoyer à la négociation collective pour fixer les critères de durée applicables aux indicateurs économiques pouvant caractériser des difficultés économiques. Ces critères doivent être d'ordre public* » (110).

Le droit du travail n'est pas donc entièrement négociable. On s'en doutait... Ce n'est ainsi pas un hasard si, s'agissant des nombreux autres sujets abordés par la loi travail, n'a pas été organisée la supplétivité de la règle étatique. Comment le nouveau découpage normatif aurait-il pu, notamment, être envisagé à propos des conditions de validité des conventions et accords collectifs, domaine d'ordre public absolu ? En la matière, les nouvelles règles devraient entraîner la caducité des clauses conventionnelles qui reproduisaient les dispositions de la loi en vigueur au moment de leur conclusion. Par exemple, la suppression de la nécessaire validation, par une commission paritaire, des accords conclus avec des élus mandatés (111) rend vraisemblablement caduque la clause conventionnelle y faisant référence (112). Si le droit de la durée du travail se prêtait bien à l'expérimentation du nouveau découpage normatif, c'est parce qu'il tolérait déjà de nombreuses possibilités de dérogation à la règle étatique. La mise en place du triptyque, en ce domaine, a surtout permis une opération de « toilette ». La véritable révolution a porté sur la quasi-généralisation de la supplétivité de l'accord de branche vis-à-vis de l'accord d'entreprise.

La question du recul de l'ordre public étatique peut, par ailleurs, être examinée à propos des accords de préservation et de développement de l'emploi, autre sujet emblématique – et sensible – de la loi du 8 août 2016 (113). Ces accords d'entreprise, qui peuvent faire plier le contrat de travail (114), peuvent-ils mettre à l'écart les règles d'ordre public en matière, en particulier, de durée du travail, de repos ou de congés ?

À vrai dire, la question a déjà pu se poser à propos des accords de maintien de l'emploi. La loi du 14 juin 2013 a voulu permettre à ces derniers de s'affranchir des stipulations plus favorables du contrat de travail. En l'absence d'autorisation légale expresse, ils ne peuvent pas déroger à toutes les règles d'ordre public du droit de la durée du travail non énumérées par l'article L.5125-1 – qui liste les dispositions légales (115) que doit respecter l'accord (116). Le même raisonnement doit être appliqué aux très vagues accords de préservation et de développement de l'emploi. Ce n'est pas parce que la loi leur impose seulement de maintenir la rémunération mensuelle des salariés qu'ils peuvent déroger à toutes les règles d'ordre public – que l'on songe au SMIC horaire, par exemple –, seules les normes supranationales devant être respectées. L'on soutiendra donc, à propos de ces accords, que l'ordre public étatique ne recule pas. Ce qui recule, là encore, c'est le principe de faveur. Le conflit de normes est évité, les stipulations de l'accord contraires se « substituant » (117) de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail.

Dans l'optique de la future « refondation » du Code du travail, et aux termes de l'article 1 de la loi *Travail*, une place centrale doit être attribuée « *à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétence et son champ d'action, dans le respect du domaine de la loi fixé par l'article 34 de la Constitution. Les dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord collectif doivent, sauf à des fins de simplification, reprendre des règles de droit positif* ». Avec les précautions que requiert tout exercice de prospective juridique, l'on peut penser que les domaines ouverts, actuellement, à la dérogation pourront sans grande difficulté adopter la nouvelle architecture en trois strates. Citons, notamment, les règles relatives à la négociation obligatoire, dont la périodicité peut être aménagée par voie conventionnelle (118) et celles qui concernent les consultations obligatoires du comité d'entreprise, qui peuvent être également modifiées par accord collectif d'entreprise (119). L'on songe

(109) Même si l'on retrouve, au sein de l'art. 64 de la loi, des règles supplétives.

(110) Motifs du projet adopté par les députés, le 12 mai 2016.

(111) Voir M. Morand, « Etonnante disparition d'une validation paritaire », RJS nov. 2016, p. 731.

(112) Tout comme étaient devenues inapplicables les clauses des accords collectifs conclus avant la loi du 2 août 2005, qui prévoyaient, conformément à la loi applicable lors de leur conclusion, une durée de mandat des délégués du personnel de deux ans, Cass. soc. 7 nov. 2007, n° 07-60041 : Bull. civ. V, n° 187, Dr. ouvr., mars 2008, p. 135, obs. F. Canut.

(113) Art. L. 2254-2 s.

(114) Ou le salarié, J.-E. Ray, « Trois rapports, pour quelle refondation ? », Dr. soc. 2016, p. 410, spé. p. 416.

(115) Plus exactement les articles de la partie législative du Code.

(116) Cependant, posant la question, F. Favennec-Héry, « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S, n° 18-19, 6 mai 2014, 1186, spé. § 15.

(117) Sur les ambiguïtés de cette technique, voir F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail entre ordre et désordre (Seconde partie) », *op. cit.*, p. 51 s.

(118) Art. L. 2242-20 modifié : modifications permises dans la limite de trois ans pour les négociations annuelles et de cinq ans pour la négociation triennale.

(119) Art. L. 2323-7.

aussi aux délais de consultation du comité d'entreprise, qui sont d'ores et déjà fixés par accord collectif, à défaut par accord avec le comité d'entreprise, à défaut encore par décret (120). Les règles relatives aux plans de sauvegarde de l'emploi pourraient peut-être, elles aussi, se prêter au nouveau découpage normatif, la loi accordant déjà une certaine marge de manœuvre aux négociateurs et, dans une moindre mesure, à l'employeur (121). Sans doute, les dispositions applicables à l'instance unique conventionnelle pourraient-elles, à leur tour, se couler dans une présentation triadique. Envisager la même solution pour la délégation unique du personnel suppose de privilégier, tout au moins pour sa mise en place, l'accord collectif ; le recours à la décision unilatérale de l'employeur, seule voie applicable aujourd'hui, ne jouerait qu'à titre supplétif. S'agissant des règles de fonctionnement de l'instance, rien ne semble devoir s'opposer à la mise en place du triptyque (122).

Quoi qu'il en soit, le découpage en trois niveaux ne pourra pas concerner toutes les rubriques du Code du travail. S'agissant du statut des salariés protégés, par exemple, l'on ne voit pas comment la loi pourrait laisser le champ libre aux accords collectifs. Le deuxième niveau ne pourrait alors que leur permettre d'améliorer les dispositions d'ordre public social figurant dans le premier. Et encore, cela ne sera-t-il pas toujours possible puisque les accords collectifs ne peuvent pas modifier la compétence des agents publics et donc, en la matière, accroître le champ d'intervention de l'inspecteur du travail. Quant au troisième niveau, comment pourrait-il exister sur ces questions ? Dans le même sens, les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité se prêtent mal à un recul de la norme d'ordre public (123). Le rapport *Combrexelle*, quant à lui, peu prolixe sur la question, évoque les « *questions purement régaliennes* » et cite la « *juridiction prud'homale, l'inspection du travail, Pôle Emploi, etc.* » (124).

L'on rappellera, pour finir, que le législateur ne peut pas « *se décharger sur les partenaires sociaux, aussi légitimes soient-ils, de la responsabilité qui est la sienne de dire le droit* » (125). S'il peut leur confier le soin de préciser les modalités concrètes d'application

des principes fondamentaux du droit du travail, il doit préalablement définir les conditions de leur mise en œuvre. Sous peine d'être censuré par le Conseil constitutionnel pour incompétence négative, le législateur doit déterminer avec précision les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il pose (126). Et peu importe que la règle légale se range dans le premier ou dans le troisième étage de la nouvelle – ou future – architecture normative. Rappelons également que, dans des domaines où des droits aussi fondamentaux que la santé et la sécurité sont en jeu – en matière de durée de travail, certes, mais aussi de conditions de travail au sens large –, le droit de l'Union européenne, le droit du Conseil de l'Europe et le droit de l'OIT sont autant de garde-fous qui imposent au législateur, en tant qu'autorité habilitante, d'encadrer le champ ouvert à la négociation collective (127). Le temps de travail peut aussi venir perturber le droit à une vie familiale normale, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le respect de ce droit implique sans doute une prévisibilité du temps de travail. Une telle prévisibilité est-elle assurée alors que le législateur, depuis la loi du 20 août 2008, n'exige plus que l'accord d'aménagement du temps de travail comporte un programme indicatif de la répartition de la durée du travail sur la totalité de la période de référence ? Une telle prévisibilité est-elle assurée, alors que les salariés soumis à un dispositif d'aménagement du temps de travail ne doivent être prévenus d'une modification dans la répartition de leur durée du travail que dans un délai « *raisonnable* » (128) ? Une telle prévisibilité est-elle assurée, alors que les salariés concernés par des périodes d'astreinte ne doivent être informés de leur programmation individuelle que dans un délai « *raisonnable* » (129) ? Le législateur a-t-il seulement, ici, déterminé avec précision les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il pose ? L'on en doute fortement : qu'est-ce qu'un délai « *raisonnable* » ? C'est en raison d'imprécisions de ce type, eu égard aux droits fondamentaux en jeu, que l'on peut repérer un véritable recul – qui plus est mal maîtrisé – de l'ordre public face à l'accord collectif.

Florence Canut

(120) Art. L. 2323-3 modifié.

(121) Pensons, par exemple, à la fixation du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements.

(122) A condition que les règles d'ordre public soient réellement encadrantes et que les règles supplétives soient des normes substantielles.

(123) Voir l'interview d'A. Lyon-Caen, qui invoque, plus largement, comme rétives au nouveau découpage normatif, les questions touchant aux droits fondamentaux des salariés, EFL, 27 juin 2016.

(124) Rapport précité, p. 84.

(125) P. Lokiec, « « Qui dit conventionnel dit juste ! » – L'avènement d'un nouveau dogme », JCP G, 9 mars 2015, 282, p. 464, spé. p. 465.

(126) Voir l'avis, très éclairant, du Conseil d'Etat sur le projet de loi « Travail ».

(127) N. Moizard, « Enjeux et perspectives offerts par l'application des normes constitutionnelles et internationales, au regard de la loi « Travail » Contrer et construire », Dr. Ouv. 2017, p. 209.

(128) Art. L. 3121-42.

(129) Art. L. 3121-9, al. 4.