

L'ACCORD COLLECTIF DE TRAVAIL APRÈS LA LOI EL KHOMRI

III. L'accord collectif et le contrat de travail

La supériorité du contrat de travail en question ⁽¹⁾

par Alexandre FABRE, Professeur à l'Université d'Artois,
Faculté de droit de Douai

PLAN

I. De la supériorité que le contrat tire de son caractère plus favorable

- A. La dialectique du principe et de l'exception
- B. Les limites du caractère plus favorable

II. De la supériorité que le contrat tire de sa force obligatoire

- A. L'autonomie du contrat de travail
- B. La vulnérabilité de la force obligatoire

Supériorité : nom féminin, dérivé du latin *super*, qui signifie par-dessus, au-dessus. La supériorité, selon *Le petit Robert*, c'est le fait pour une personne ou une chose d'être supérieure à une autre. Prééminence, primauté, suprématie en sont quelques synonymes.

Dans les rapports que le contrat individuel entretient avec l'accord collectif, le premier peut-il se targuer d'être supérieur au second ? Disons-le d'emblée, cette idée ne va pas de soi (2). Elle est historiquement erronée et actuellement hérétique.

Historiquement erronée car, faut-il le rappeler, les conventions collectives se sont imposées pour combler les insuffisances des contrats individuels. Au début du XX^{ème} siècle, conclure un contrat de louage de services - le plus souvent tacitement, du simple fait de « l'embauche » (3) - avait pour principal effet de déclencher l'application de règles extérieures : règlement intérieur, convention collective, dispositions législatives... De supériorité du contrat de travail il n'y avait point, car, de contrat de travail, tel que nous l'entendons aujourd'hui, il n'y avait pas ! Il s'agissait tout au plus d'un acte-condition, pour reprendre la thèse de Scelle (4).

Par la suite, le contrat individuel a pris de l'ampleur (5) ; il a gagné sa place dans l'ordonnement des relations de travail (6). Pour autant, de nos jours, l'idée que celui-ci puisse être supérieur à l'accord collectif semble complètement hérétique. La tendance actuelle dans le discours majoritaire est plutôt au renforcement de l'impérativité de la norme conventionnelle (7). À mesure que la négociation collective est devenue un instrument de flexibilité, et que, partant, le seuil de légitimité des syndicats de salariés a été élevé pour s'assurer de leur capacité d'engagement, il est devenu de moins en moins acceptable qu'un salarié puisse jouer *solo* en faisant prévaloir ses intérêts individuels sur le compromis obtenu collectivement (8).

De ce double point de vue (historique et contemporain), il serait donc vain de parler de supériorité du contrat de travail, du moins dans les rapports que ce dernier entretient avec l'acte collectif (9).

(1) La forme orale de l'intervention a été conservée.

(2) Sur cette question, v. not. F. Géa et M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC* n° 768, 1^{er} octobre 2012, p. 40 ; G. Couturier, « L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective », *Sem. Soc. Lamy* 2012, n° 1534 ; A. Jeammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 228 ; P. Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », *RDT* 2016, p. 240.

(3) Ainsi, pour Durand, la condition juridique de salarié résultait de son intégration à la communauté de travail. Pour cette raison, il préférerait parler de « relation de travail » plutôt que de « contrat de travail », P. Durand, « Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail », *Semaine juridique*, G. 1947, doc. 387.

(4) G. Scelle, *Précis élémentaire de législation industrielle*, Sirey, 1927, p. 173-176.

(5) G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 59.

(6) A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, M. Le Friant, « L'ordonnement des relations de travail », *D.* 1998, chr., p. 359.

(7) V. not. M. Morand et E. Dockès, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », *RDT* 2007, p. 144 ; F. Favennec-Héry, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », *Sem. Soc. Lamy* 2014, n° 1643.

(8) NDLR. Sur cette question, et les différentes approches possibles, on se reportera notamment aux actes du colloque du SAF *Négociation collective et contrat de travail : un pour tous, tous pour un ?*, Dr. Ouv. mars 2015.

(9) La supériorité du contrat de travail est plus nette à l'égard du pouvoir de l'employeur, v. E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2005, p. 203 et s.

Et pourtant, à bien y regarder, la piste mérite d'être étudiée, ne serait-ce que sur un plan théorique. En droit français, la convention collective ne s'incorpore pas dans les contrats de travail. C'est là une différence notable avec certains pays anglo-saxons, où les salariés donnent mandat au (x) syndicat(s) pour négocier collectivement le contenu des contrats de travail (10). En pareils cas, l'accord collectif n'est pas supérieur au contrat, il est le contrat !

En France, les deux catégories d'actes – individuels et collectifs – ont une existence juridique autonome. Aussi, même si des règles d'articulation sont prévues, ce système normatif offre un terrain propice à l'existence d'une concurrence entre les deux, voire d'une domination de l'un sur l'autre. Par conséquent, il n'est pas impossible que le contrat individuel puisse se montrer, par certains côtés, supérieur à l'accord collectif. Deux situations répondent, selon nous, à ce cas de figure.

Pour commencer, il y a ce que l'on pourrait appeler la « *supériorité-préférence* ». C'est la situation dans laquelle le contrat individuel est préféré à l'accord collectif pour spécifier, individualiser le rapport de travail. Cette supériorité du contrat individuel se fait sentir lorsque les entreprises veulent allonger la liste des obligations du salarié (non-concurrence, mobilité, confidentialité, etc.) ou insérer certains éléments dans le champ contractuel (lieu de travail, engagement en matière d'emploi, rémunération variable, etc.).

Mais cette supériorité-préférence n'est pas absolue. D'une part, il n'est pas rare que les conventions collectives fassent du contrat individuel le support d'inscription de certains éléments du rapport de travail, toute la question étant de savoir s'il faut y voir une simple information ou une véritable contractualisation desdits éléments (11). D'autre part, la Cour de cassation admet de longue date que les conventions collectives créent des obligations ou des sujétions à la charge du salarié. Pour cela, la clause doit se suffire à elle-même, c'est-à-dire être suffisamment précise pour être applicable. Surtout, il faut que le

salarié ait été informé de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance (12).

Rares sont finalement les hypothèses où le contrat individuel est envisagé comme la source exclusive d'obligations accessoires ou de règles dérogoatoires : c'est le cas principalement en matière d'essai (13), de dédit-formation (14) et de renonciation aux jours de repos pour les salariés en forfait-jours (15). Parce que cette supériorité-préférence est anecdotique, nous n'en dirons pas plus.

Plus intéressante est la seconde situation, qui renvoie à ce que l'on pourrait appeler la « *supériorité-résistance* » du contrat de travail. Il en est ainsi lorsque le salarié puise dans son contrat individuel le moyen juridique de résister à l'effet impératif d'une convention ou d'un accord collectif. Le contrat joue alors le rôle d'un barrage filtrant : sans empêcher le jeu de l'acte collectif tout entier, il s'oppose seulement à l'application d'une clause conventionnelle « contraire ».

Parler de supériorité dans ce cas de figure est pour le moins paradoxal. Dit-on qu'un sportif domine lorsqu'il ne fait que défendre, qu'il est sur le reculoir ? Ceux qui font acte de résistance sont rarement décrits en position de force ; tout bien considéré, ils expriment moins leur supériorité qu'ils ne révèlent celle de leur adversaire... La « *supériorité du contrat de travail* » présente indéniablement cette limite ; c'est une formule rhétorique, politique, plus qu'une réalité pratique, juridique.

Et le mieux, pour s'en convaincre, est d'examiner successivement les deux fondements permettant aux clauses du contrat individuel de faire barrage à celles de la convention ou de l'accord collectif : en premier lieu, le caractère plus favorable au salarié (I), et, en second lieu, la force obligatoire du contrat (II).

(10) Sur ces systèmes, v. not. M.-L. Morin, « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », Dr. soc. 2000, p. 1080. Sur l'évolution du droit français à la faveur des arrêts du 27 janvier 2015 sur l'égalité de traitement, v. toutefois, G. Auzero, « Les syndicats, mandataires des salariés ? », Sem. Soc. Lamy 2015, n° 1666.

(11) Cass. soc. 19 septembre 2013, n° 11-28657, concernant la CCN de l'industrie pharmaceutique.

(12) Depuis Cass. soc. 29 mars 1995, n° 91-44562, Bull. civ. V, n° 112 ; Cass. soc. 25 mars 1998, n° 96-40496, Bull. civ. V, n° 173. Sur cette construction jurisprudentielle, v. X. Carsin, « La convention collective, source de sujétions pour le salarié », JCP S 2007, 1015.

(13) L. 1221-23 C. trav.

(14) Depuis Cass. soc. 4 février 2004, n° 01-43651, Bull. civ. V, n° 40, la Chambre sociale exige la conclusion d'une « convention particulière » entre le salarié et l'employeur.

(15) L. 3121-59 C. trav.

I. De la supériorité que le contrat tire de son caractère plus favorable

À première vue, la supériorité du contrat individuel sur la convention collective n'est pas de principe, loin s'en faut. Ce n'est qu'à titre résiduel, à condition de stipuler dans un sens plus favorable au salarié, qu'une clause contractuelle peut l'emporter sur une norme conventionnelle. Cette proposition, majoritairement admise en doctrine, mérite toutefois d'être discutée. Quelle est précisément la force juridique de la convention collective ? Est-il juste de dire que cette dernière est supérieure au contrat individuel, qu'elle a sur lui un effet impératif ? Quant au caractère plus favorable au salarié que doit revêtir la clause contractuelle pour s'appliquer à la place d'une stipulation conventionnelle, est-il toujours opératoire ?

A. La dialectique du principe et de l'exception

Les termes du débat sont posés par l'article L. 2254-1 du Code du travail, dont l'énoncé remonte à la loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail : « *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* ».

Ce texte de référence est sans doute le plus mystérieux du Code du travail. La difficulté vient de ce que l'effet juridique attribué à la convention collective y est décrit de manière fort ambivalente, tout comme celui, en miroir, du contrat individuel.

Dans la première partie du texte, la loi renseigne sur le champ d'application de la norme collective. La clé d'entrée est l'employeur : dès lors que ce dernier est tenu d'appliquer une convention collective (16), tous les travailleurs liés à lui par un contrat de travail sont en droit d'en bénéficier. S'il est fait référence au contrat individuel, à ce stade du texte, c'est pour délimiter le cercle des salariés couverts par une convention collective. En d'autres termes, le contrat de travail y apparaît comme le point d'ancrage de l'effet *erga omnes* de la convention collective, du côté des salariés du moins.

Mais le contrat individuel n'est pas qu'un acte-condition, déclenchant le jeu de règles qui lui sont extérieures ; c'est un acte juridique doté d'une force autonome. C'est pourquoi le texte prend soin, *in fine*,

de préciser l'effet de la convention collective sur le contrat de travail : « *sauf stipulations plus favorables* ». Le choix de la préposition « *sauf* » invite à renverser le raisonnement pour connaître le principe. Si la prévalence du contrat individuel est l'exception, c'est donc bien que le principe réside dans la supériorité de la convention collective.

Le contrat de travail n'est plus alors le chaînon manquant de la convention collective, entraperçu au début du texte, il apparaît comme le maillon faible. L'explication est avant tout historique. Si le contrat passe derrière la convention collective, c'est parce qu'à cette époque il ne semble pas digne d'encadrer la relation individuelle. L'inégalité économique, la subordination juridique qui traversent le contrat individuel pèsent trop lourd. La convention collective se voit donc assigner une fonction palliative. Elle a vocation à occuper les espaces laissés vides par les contrats de travail, ou à combler leurs lacunes, au besoin en substituant ses stipulations aux clauses contractuelles défailtantes.

Pour décrire l'effet de la convention collective, la doctrine moderne utilise traditionnellement trois qualificatifs : immédiat, automatique et impératif. Le dernier d'entre eux en particulier vise à décrire la force de la convention collective sur le contrat individuel. Pris au pied de la lettre, ce terme laisse à penser que les stipulations conventionnelles sont, par nature, supérieures aux clauses contractuelles, qu'elles « s'imposent » plus qu'elles ne « s'appliquent » comme l'énonce pourtant l'article L. 2254-1 du Code du travail. Aussi, pour échapper à la prévalence des stipulations conventionnelles, les parties au contrat individuel n'auraient pas d'autre alternative que de stipuler dans un sens plus favorable au salarié.

Cette interprétation est néanmoins trompeuse. L'exception que constitue le caractère plus favorable du contrat de travail déteint forcément sur l'effet reconnu en principe à la convention collective. Si le contrat individuel s'applique quand il est plus favorable au salarié, c'est donc, à l'inverse, que la convention collective n'a un effet véritablement impératif que lorsque, elle aussi, améliore le sort des salariés ! (16 bis) En somme, l'exception (« *sauf stipulations plus favorables* ») façonne le principe (« les

(16) Soit parce qu'il est signataire de la convention, soit parce qu'il est membre d'un groupement professionnel signataire, soit parce qu'il a adhéré à la convention ou au groupement, soit parce que la convention a été étendue.

(16 bis) v. par. Cass. soc. 13 novembre 2001, n° 99-42978, Bull. civ. V, n°360 : « *seules les dispositions plus favorables d'une accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat de travail* ». V. égal. Cass. soc. 1^{er} juin 1999, n°96-44428, Bull. civ. V, n°248.

clauses de la convention collective s'appliquent aux contrats de travail »). C'est pourquoi il serait plus juste de parler d'un effet impératif *relatif*, tendu vers la seule augmentation des protections ou avantages attribués aux salariés.

Cette analyse ressort d'ailleurs de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la renonciation du salarié. À travers les âges, la Chambre sociale fait preuve de la même intransigeance, il n'y a que les formulations qui diffèrent. Les premières décisions explicitaient les ressorts du raisonnement : « *les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, pendant toute la durée du contrat, déroger par accord particulier, sauf dispositions plus favorables pour le salarié, aux stipulations de la convention collective dont elles relèvent* » (17). Derrière cette rédaction hachée par les appositions, l'on comprend que la convention collective s'impose aux parties tant qu'elle est plus favorable au salarié que le contrat de travail. L'effet impératif n'est pas absolu, il est soutenu par l'idée que la convention collective améliore le sort des salariés et uniformise les conditions de travail. Avec le temps, la Cour de cassation a eu tendance à épurer la rédaction, en faisant disparaître la condition sous-jacente du caractère plus favorable de la convention collective. Ainsi, de nos jours, la Chambre sociale se contente bien souvent d'affirmer que « *durant la période d'exécution du contrat de travail, le salarié ne peut valablement renoncer aux droits qu'il tient d'une convention ou d'un accord collectif* » (18). Au plus, lui arrive-t-il de faire précéder cette formule du rappel de la lettre de l'article L. 2254-1 du Code du travail (19).

Sans nul doute, ces arrêts de « seconde génération » offrent l'avantage de la simplicité. Mais ils présentent l'inconvénient de passer sous silence la condition essentielle que doit remplir la convention collective pour s'imposer aussi fermement au salarié et à l'employeur. Sans y prendre garde, de telles formules pourraient laisser penser que la norme conventionnelle est hiérarchiquement supérieure à la norme contractuelle, que cette dernière doit systématiquement s'effacer devant la première. Or, le texte de l'article L. 2254-1 du Code du travail ne permet pas une telle affirmation.

La supériorité de la convention collective est avant tout liée à sa fonction historique d'amélioration des conditions de travail et d'emploi. Si le contrat individuel veut l'emporter sur la convention collective, il lui faut alors se montrer plus royaliste que

le roi ! Reste que la condition du plus favorable n'est pas - ou plus - aussi simple à vérifier.

B. Les limites du caractère plus favorable

L'articulation décrite plus haut est fortement liée à un certain contexte. En 1950, date à laquelle la disposition de l'article L. 2254-1 du Code du travail a vu le jour, il n'était pas difficile d'admettre la prévalence de la convention collective sur les contrats de travail, tant ces derniers pouvaient être silencieux ou lacunaires. Cette situation a perduré pendant plusieurs décennies. Et si d'aventure un contrat individuel venait à comporter des stipulations ayant le même objet qu'une stipulation conventionnelle, il fallait alors faire application de la norme la plus favorable au salarié. Pour ce faire, il suffisait, selon une jurisprudence classique, de procéder à une comparaison individuelle et non collective, c'est-à-dire en tenant compte de la situation du salarié concerné et non de l'ensemble des salariés.

De nos jours, une telle configuration ressemble de plus en plus à une image d'Épinal. Car deux éléments conduisent à rendre moins opératoire le critère du plus favorable.

Le premier tient aux changements affectant la négociation collective. En l'espace d'une trentaine d'années, son centre de gravité s'est déplacé de la branche vers l'entreprise. Ce glissement l'a nécessairement rendue plus perméable aux besoins de flexibilité et sensible à la défense des emplois. De la loi *Robien* à la loi *Travail*, en passant par les lois *Aubry*, le législateur a favorisé le développement d'une négociation de gestion. Or, il est permis de se demander si ce cours plus transactionnelle de la négociation collective ne pourrait pas s'accompagner d'une évolution du mode de comparaison des avantages. Dans le sillage de l'arrêt *Géophysique* (20), la Chambre sociale de la Cour de cassation pourrait être tentée d'abandonner la comparaison individuelle qui prévaut normalement lorsque l'application d'un contrat de travail est en jeu. Ainsi, chaque fois que les droits ou avantages conventionnels des salariés trouvent leur contrepartie dans un engagement de maintien ou de développement de l'emploi, ne pourrait-elle pas décider que « *la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux* » (21) ? Au-delà

(17) Cass. soc. 3 mars 1988, n° 85-44816, Bull. civ. V, n° 161 ; 6 juillet 1994, n° 90-45206, Bull. civ. V, n° 226.

(18) Cass. soc. 1^{er} juin 1999, n° 96-44955, Bull. civ. V, n° 255.

(19) Cass. soc. 4 novembre 2015, n° 14-25745, publié au Bulletin.

(20) Cass. soc. 19 février 1997, n° 94-45286, Bull. civ. V, n° 70, Dr. Ouv. 1998 p. 75 n. M.-F. Bied-Charreton.

(21) Ibid.

de la place centrale prise par l'emploi comme objet de négociation, plusieurs modifications techniques pourraient favoriser cette évolution : on pense, bien sûr, au renforcement des conditions de légitimité des syndicats signataires ou à l'obligation récente de prévoir un préambule décrivant sommairement les objectifs de la convention ou de l'accord.

Même si ces dernières années le législateur a souhaité emprunter une autre piste, plus brutale, qu'est celle du forçage du contrat de travail (22), rien ne semble s'opposer à ce que la Cour de cassation « collectivise » la méthode de comparaison. On sent bien que la défense de l'intérêt individuel n'a plus la cote quand il est question d'emploi...

À cela, il faut ajouter un second facteur de complication. Avec le développement des accords collectifs dérogatoires, surtout en matière de temps de travail, il est devenu difficile de trouver des éléments de comparaison dans les contrats individuels. Pire, il n'est pas rare que les problèmes d'articulation posés en pratique mettent aux prises un accord collectif et un contrat de travail qui n'ont rien en commun. Entre les deux, c'est le jour et la nuit.

Que l'on en juge avec cet exemple : alors que le contrat individuel prévoit une rémunération calculée sur la base de la durée légale, l'accord collectif met en place des cycles de travail comprenant des heures de nuit et des jours de repos. Qui peut affirmer, sans se tromper, que le contrat de travail est plus favorable au salarié que l'accord collectif ? D'un côté, il ne fait aucun doute que les cycles de travail sont, sur bien des aspects, plus contraignants qu'un temps de travail à heures fixes. Mais, de l'autre, certains salariés pourraient trouver avantage dans les contreparties accordées : dans notre cas, le paiement majoré des heures de nuit et le bénéfice de jours de repos supplémentaires. L'appréciation du plus favorable

variera forcément d'un salarié à l'autre. Et que dire en présence d'accords sur le travail dominical ?

Autre exemple, puisé dans un domaine différent : le contrat de travail prévoit une rémunération fixe tandis que l'accord collectif met en place une rémunération hybride faisant la part belle à des éléments variables. Là encore, la recherche d'une certaine stabilité pourrait conduire à préférer le versement d'une même somme d'argent chaque mois. Mais, certains salariés, sûrs de leurs performances, pourraient être favorables à l'introduction d'une part variable. La même difficulté se répète. Comment affirmer avec certitude qui, du contrat ou de l'accord, est plus favorable au salarié ?

Face à ce type d'interrogation, il pourrait être tentant d'interpréter le silence du contrat. Cette proposition a été suggérée, il y a quelques années, à propos des obligations ou sujétions d'origine conventionnelle (mobilité géographique, système d'astreintes, obligation de non-concurrence, etc.). Pour une partie de la doctrine, il fallait voir dans le silence du contrat le choix délibéré des parties d'exclure ces obligations ou sujétions (23). Une telle exclusion étant plus favorable au salarié, il convenait, dès lors, d'écarter l'application des stipulations conventionnelles. Malgré les arguments déployés par ces auteurs, la Cour de cassation est restée fidèle à sa jurisprudence. Sans doute parce que, pour faire jouer le principe de faveur, il faut une véritable « stipulation » comme l'exige l'article L. 2254-1 du Code du travail, autrement dit une clause expresse du contrat (24)...

C'est là qu'une seconde piste peut se révéler plus pertinente. Pourquoi ne pas laisser au salarié concerné le choix de dire s'il consent ou non à la modification de la situation contractuelle induite par l'accord collectif ? Cette piste oblige toutefois à délaisser le fondement du plus favorable pour choisir celui de la force obligatoire du contrat de travail.

II. De la supériorité que le contrat tire de sa force obligatoire

Comme tout contrat, le contrat de travail oblige les parties signataires. Par conséquent, l'employeur ne peut pas se prévaloir de l'existence d'une stipulation conventionnelle pour se soustraire à ses engagements

contractuels. Faut-il y voir, pour autant, la supériorité du contrat de travail sur l'accord collectif ? D'un point de vue juridique, l'expression est douteuse. C'est plus le signe de l'autonomie du contrat de travail.

(22) V. infra, II B.

(23) En ce sens, J. Pélissier, Droit des conventions collectives, évolution ou transformation, in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz 2000, p.95 ; A Johansson, « Les obligations conventionnelles face au silence du contrat de travail », JCP S 2006, 1304.

(24) En ce sens, X. Carsin, préc.

D'autant que la force obligatoire du contrat n'est pas irrésistible, comme viennent de le montrer plusieurs réformes récentes.

A. L'autonomie du contrat de travail

Contrat spécial, mais contrat quand même. Le contrat de travail partage l'ADN de tous les contrats : c'est un acte créateur de normes contraignantes. En affirmant que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun », l'article L. 1221-1 du Code du travail lui reconnaît très clairement la force obligatoire inhérente à la notion de contrat (25). Et comme « les contrats tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », selon les termes du nouvel article 1103 du Code civil, seul un accord de volontés des parties contractantes peut en modifier les termes. On aura reconnu le raisonnement qui, depuis l'arrêt *Raquin* (26), oblige l'employeur à solliciter le consentement du salarié s'il veut modifier l'un des éléments du contrat.

Mais, ce qui vaut pour une modification voulue par l'employeur, vaut-il également lorsque la modification découle de la mise en œuvre d'un accord collectif ? En d'autres termes, l'effet impératif reconnu à la norme conventionnelle va-t-il jusqu'à transformer de plein droit le contenu des contrats individuels entrant dans son champ d'application ? La Cour de cassation s'y oppose fermement. Selon une jurisprudence ancienne rendue au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, elle considère que « l'accord collectif ne peut pas modifier le contrat de travail » (27).

La formulation choisie est très critiquée par une partie de la doctrine qui la juge maladroite, quand ce n'est pas inexacte. Il est clair que l'accord collectif ne modifie pas le contrat individuel, il s'applique, point ! Souvent, cette application consiste à combler un vide laissé par le contrat, parfois, elle aboutit à suspendre les effets du contrat ; c'est le cas notamment lorsque les stipulations conventionnelles s'appliquent à la place de stipulations contractuelles moins favorables au salarié.

L'accord collectif peut d'autant moins modifier le contrat individuel que ces deux actes ne sont pas totalement étrangers l'un pour l'autre ; ils ont un élément commun : l'employeur, lequel est partie au contrat individuel et à l'accord collectif, soit parce qu'il l'a signé (accord d'entreprise) soit parce que l'accord s'applique à lui (via son affiliation à un groupement professionnel signataire ou par l'effet d'un arrêté

d'extension). Étant lié par les deux actes, l'employeur ne peut pas se prévaloir de l'un pour se soustraire à l'autre. Autrement dit, il ne peut pas invoquer un accord collectif nouvellement conclu pour se défaire des engagements qu'il avait antérieurement souscrits dans des contrats individuels. C'est pourquoi il nous semble plus juste de dire que « la convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié » (28). Cette formule plus récente de la Cour de cassation exprime clairement que si l'employeur veut lever la contradiction existant entre des contrats individuels et un accord collectif, il lui faut nécessairement modifier les premiers en recueillant l'accord des salariés.

Dans ce cas de figure, le contrat individuel résiste, non parce qu'il est plus favorable au salarié, mais parce qu'il contient une norme obligatoire que l'employeur, en tant que partie contractante, ne saurait méconnaître. L'application du droit de la modification soulève alors deux difficultés. La première n'est pas propre à la présence d'un accord collectif, elle est liée à l'incertitude qui entoure la notion même de modification. Quels sont les éléments du rapport de travail relevant du champ contractuel et, à ce titre, de la force obligatoire ? S'agit-il uniquement de ceux ayant fait l'objet d'une contractualisation expresse ? Faut-il admettre, à l'inverse, que certains éléments ont nécessairement une nature contractuelle ? On reconnaît là les termes d'un débat aussi ancien que le droit de la modification du contrat. Sur ce point, on se bornera à relever que la Cour de cassation semble avoir privilégié une analyse objective dans le très critiqué arrêt du 28 septembre 2010 sur la mise en œuvre d'un accord d'annualisation du temps de travail (29). En l'espèce, la Chambre sociale a admis l'existence d'une modification du contrat de travail en se fondant sur le changement de régime des heures supplémentaires.

La seconde difficulté tient davantage à la présence d'un accord collectif. En principe, lorsque le salarié refuse de donner son accord, l'employeur peut le licencier, à charge pour lui de prouver que la modification projetée avait bien une cause réelle et sérieuse. Une question brûle alors les lèvres : le juge est-il plus facilement enclin à admettre la justification du licenciement lorsque la modification du contrat résulte de la mise en œuvre d'un accord collectif ? Quoique rendus sous l'empire d'une règle spéciale issue de la

(25) J. Ghestin, « La notion de contrat », D. 1990, chron. p. 147.

(26) Cass. soc. 8 octobre 1987, n° 84-41902, Bull. civ. V, n° 541, Dr. Ouv. 1988, p. 259 n. P. Tillie.

(27) Cass. soc. 25 février 1998, n° 95-45171, Bull. civ. V, n° 104 ; Cass. soc. 13 novembre 2001, n° 99-42978, Bull. civ. V, n° 340 ; Cass. soc. 25 février 2003, n° 01-40588, Bull. civ. V, n° 64.

(28) Cass. soc. 10 février 2016, n° 14-26147, publié au Bulletin, Dr. Ouv. 2016, p. 367.

(29) Cass. soc. 28 septembre 2010, n° 08-43161, Bull. civ. V, n° 197.

loi *Aubry II* (30), quelques arrêts semblent accréditer cette thèse (31).

Même ainsi aménagée, l'application du droit de la modification permet-elle de parler de supériorité du contrat de travail ? Une telle analyse n'est pas pertinente sur le plan juridique. Ce n'est pas parce que le contrat de travail offre une « capacité de résistance » au salarié, selon l'expression consacrée (32), qu'il est supérieur à l'accord collectif ; c'est juste parce qu'il s'agit d'un acte juridique autonome doté d'une force obligatoire. Aussi, lorsque le salarié refuse l'application d'une stipulation conventionnelle en invoquant une clause contractuelle, il ne brandit aucun totem, aucun talisman, aucun joker, il demande seulement à l'employeur de respecter ses engagements.

Plus que de la supériorité du contrat, c'est de la puissance de la force obligatoire dont il s'agit. Mais cette force est loin d'être invulnérable.

B. La vulnérabilité de la force obligatoire

À l'instar d'Achille resté mortel au niveau de son talon, la force obligatoire a aussi un point faible : son statut dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pour les Sages, la liberté contractuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC), implique le « respect de l'économie des conventions et des contrats légalement conclus » (33). Ce nécessaire respect relève aussi de la protection des droits, garantie par l'article 16 de la DDHC (34). Ces deux fondements constitutionnels ne suffisent pas, pour autant, à octroyer à l'intangibilité du contrat une protection absolue. C'est que la liberté contractuelle, comme n'importe quelle liberté d'ailleurs, peut faire l'objet de restrictions de la part du législateur, pour peu que celles-ci soient justifiées par un motif d'intérêt général suffisant (35).

Or, dans la période récente, l'intangibilité du contrat de travail a essuyé plusieurs assauts : depuis la loi *Aubry II* jusqu'à la loi *Travail*, les réformes se

sont succédé pour renforcer l'impérativité de l'accord collectif, à travers deux techniques essentiellement.

Les premiers textes ont eu recours à la *disqualification*. Là où tout conduit à voir une modification du contrat, une disposition législative prévoit le contraire. Ce fut le cas de la loi *Aubry II* (art. L. 1222-7 C. trav. : « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail ») et de la loi *Warsmann* (art. L. 3121-43 C. trav. : « la mise en place d'un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine par accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail pour les salariés à temps complet »). Ceci n'est pas une modification du contrat, aurait dit Magritte !

Les derniers textes ont fait le choix de la *suspension* ou *substitution* (36). Dérogeant à l'article L. 2254-1 du Code du travail, un texte spécial prévoit l'application des stipulations conventionnelles soit à travers la suspension des clauses contractuelles contraires soit à travers leur substitution aux clauses contractuelles contraires, sous-entendu dans les deux cas, sans considération pour leur caractère plus ou moins favorables au salarié. Ce fut le cas de la loi *Sapin* (v. par ex. art. L. 2242-19 : « les stipulations de l'accord [de mobilité interne] sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues ») et, plus récemment, de la loi *Travail* (art. L. 2254-2 C. trav. : « Lorsqu'un accord d'entreprise est conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail »). De prime abord, on pourrait penser que cette seconde catégorie de technique est aussi corrosive que la première. À bien y regarder, il n'en est rien. Car, contre toute attente, le législateur l'assortit d'un droit au refus (37). D'une main, il porte atteinte aux clauses contractuelles,

(30) L. 1222-8 C. trav.

(31) Cass. soc. 15 mars 2006, n°04-41935, Bull. civ. V, n°107 ; Cass. soc. 23 septembre 2009, n°07-44712, Bull. civ. V, n°201, Dr. Ouv. 2010, p. 58 n. M.-P. Iturriz.

(32) G. Borenfreund, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », Dr. soc. 1990, p. 632.

(33) Depuis la décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (cons. 29).

(34) Depuis la décision n°2002-465 DC du 13 janvier 2003, loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi : « considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 » (cons. 4).

(35) Selon la formule classique, « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ».

(36) Sur cette technique, v. F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », Dr. soc. 2017, p. 21 sp. p. 25-30. V. égal. D. Baugard et L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016, p. 745.

(37) G. Borenfreund, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316 ; du même auteur, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », RDT 2016, p. 781.

de l'autre, il leur assure une forme d'intangibilité en accordant au salarié la possibilité de s'opposer à la mise en œuvre de l'accord collectif. L'on conviendra que le droit au refus ne dérive pas de la force obligatoire du contrat. Mais le résultat est là : le salarié peut faire obstacle à l'accord collectif.

La technique de la disqualification porte une atteinte plus franche à la force obligatoire du contrat, tout en soumettant le salarié récalcitrant à des conséquences plus fâcheuses... Car si la mise en œuvre de l'accord collectif n'emporte pas modification du contrat, c'est donc qu'il s'agit d'un changement des conditions de travail. Par conséquent, le refus du salarié n'est pas un droit, c'est une faute exposant l'intéressé à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement. Paradoxalement, alors que cette technique méconnaît la force obligatoire du contrat, le Conseil constitutionnel s'est montré particulièrement clément à l'égard du dispositif introduit

par la loi Warsmann (38). Il a refusé d'y voir une atteinte à la liberté contractuelle en mettant en avant deux éléments : d'une part, le principe de participation posé par le préambule de la Constitution de 1946 qui fonde la négociation collective ; d'autre part, l'objectif poursuivi par le législateur de « conforter les accords collectifs destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise » (39). Un tel raisonnement semble généralisable à l'envi : dans ces conditions, rien ne paraît s'opposer à ce que, dans l'avenir, les accords collectifs portent davantage atteinte à la force obligatoire des contrats de travail. Comme si, pour le Conseil, la liberté contractuelle « collective » était nécessairement plus forte que la liberté contractuelle « individuelle » (40). Avec une telle solution, on est loin, très loin, du sujet de départ. Car si de supériorité il s'agit, c'est plutôt celle de l'accord collectif.

Alexandre Fabre

(38) Décision n°2012-649 DC du 15 mars 2012, loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, Dr. Ouv. 2012, p. 623 n. P.-Y. Gahdoun.

(39) Cons. 14.

(40) En ce sens, J.-F. Akandji-Kombé, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », Sem. Soc. Lamy 2012, n°1534.

DE L'ACCIDENT DU TRAVAIL À LA MALADIE : LA MÉTAMORPHOSE DU RISQUE PROFESSIONNEL

Enjeux et perspectives

par Morane Keim-Bagot



Edition Dalloz
Nouvelle bibliothèque de Thèses
vol. 148
ISBN 978-2-247-15156-1
616 pages – 2015 – 65 euros

La loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail a plongé la réflexion sur le risque professionnel dans un profond sommeil. Pourtant, près d'un siècle plus tard, la montée en puissance des maladies professionnelles va précipiter, plus que son réveil, sa métamorphose.

La métamorphose du risque professionnel puise ses sources dans la mutation de la représentation du risque professionnel factuel qui a permis la consécration de la notion de maladie professionnelle. Substituée à l'accident du travail comme centre de gravité du droit des risques professionnels, elle devient le point d'impulsion d'une réflexion nouvelle du concept juridique de risque professionnel entraînant la mutation du risque professionnel pris en charge. Cette métamorphose, dans le droit de la Sécurité sociale, permet la redécouverte de l'obligation de sécurité de l'employeur qui irradie le droit du travail et entraîne l'affirmation du droit à la santé et à la sécurité des travailleurs. Partant, la réparation des atteintes à la santé du travailleur est considérablement étendue.

Néanmoins, cette construction se heurte à des obstacles de taille, et s'accompagne d'incohérences qui entravent son effectivité.

D'abord, la passerelle ainsi créée entre droit du travail et droit de la Sécurité sociale ne permet pas d'effacer la division qui existe entre ces deux branches du droit et entre leurs contentieux. Partant, la division artificielle de la personne du travailleur, - entre ses qualités de salarié et d'assuré social -, effet pervers de la socialisation du risque professionnel, demeure.

Ensuite, l'extension de la réparation est circonscrite aux seules victimes d'une faute inexcusable et, qui plus est, mise en péril par les évolutions de la conception de la nature de la rente accident du travail, telle que retenue par la jurisprudence. Ces incohérences constituent autant d'obstacles à l'effectivité du droit à la santé et à la sécurité des travailleurs. Des solutions doivent être pensées en vue de les dépasser.