

L'articulation entre accord de branche et accord d'entreprise : entre continuité et ruptures

par Florence Canut, Professeur à l'Université de Montpellier
- École de droit social de Montpellier

PLAN

I. Continuité au niveau des techniques

- A. De l'impérativité affichée de l'accord de branche
- B. De la primauté généralisée de l'accord d'entreprise

II. Ruptures au niveau des principes

- A. Des principes d'application de la loi dans le temps
- B. Du principe de faveur à la règle d'équivalence

Le mode d'articulation des accords collectifs d'entreprise avec les accords collectifs de niveaux supérieurs (1), longtemps dominé par le principe de faveur, a fait l'objet de quatre réformes en treize ans. Le point névralgique de cette question se concentre autour de l'ordonnancement entre accords de branche et d'entreprise, le législateur (2) ayant eu comme horizon, quelle que soit la majorité politique à laquelle il appartient, d'affranchir les accords d'entreprise du carcan dans lequel les enfermeraient les accords de branche.

Avant la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (3), l'ancien article L.132-23 résolvait le concours entre accord d'entreprise et accords de niveaux supérieurs par application du principe de faveur, quelle que soit la date de conclusion des accords à articuler. Ainsi, en vertu du premier alinéa dudit article, les accords d'entreprise, conclus après l'entrée en vigueur de conventions de branche ou d'accords professionnels ou interprofessionnels, pouvaient-ils adapter les dispositions de ces derniers aux conditions particulières de l'entreprise et « *comporter des dispositions nouvelles ou des clauses plus favorables aux salariés* ». Lorsque les accords de champ plus large venaient à s'appliquer après la conclusion d'un accord d'entreprise, les dispositions de ce dernier étaient adaptées en conséquence. Il était habituel de soutenir que les adaptations en question ne pouvaient consister qu'en des dispositions nouvelles ou des clauses plus favorables aux salariés. Pour l'application du principe de faveur, les juges, afin de respecter la règle de non-cumul des avantages, procédaient à une comparaison semi-analytique des normes conventionnelles en concours en les regroupant par « *avantages ayant le même objet ou la même cause* » (4).

La première rupture avec cette règle de concours entre accord d'entreprise et accord de branche (5) a résulté de la loi précitée du 4 mai 2004, qui a érigé en principe la faculté, pour l'accord d'entreprise, de déroger (6) à l'accord de branche. Demeuraient des limites et exceptions, dans la mesure où, dans quatre matières, la loi imposait l'impérativité de l'accord de branche (7), tandis que, dans les autres, les signataires de l'accord de branche pouvaient moduler l'impérativité de leur propre texte vis-à-vis des accords d'entreprise. Cette brèche ouverte dans le champ du principe de faveur, aussi importante fut-elle sur le plan symbolique, eut un faible impact pratique, essentiellement en raison du fait que nombre d'accords de branche comportaient des clauses dites de verrouillage (8). C'est notamment pour contrer ces clauses que la loi du 20 août 2008 (9),

(1) La supériorité est uniquement celle du champ d'application. Il ne s'agit nullement de supériorité hiérarchique.

(2) Ou le gouvernement, en dernier lieu.

(3) Loi n° 2004-391.

(4) Cass. Ass. plén. 18 mars 1988, n° 84-40.083, Bull. civ. AP, n° 3.

(5) Pour nous en tenir à ce type de concours qui, encore une fois, a été au centre de toutes les attentions en ce qu'il présente le plus grand nombre d'enjeux.

(6) C'est-à-dire de comporter des dispositions différentes, voire moins favorables aux salariés, sachant qu'il n'y a nulle dérogation dans l'amélioration.

(7) En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives de Sécurité sociale ou de mutualisation des fonds destinés à la formation professionnelle.

(8) Il s'est avéré aussi que nombre d'accords portaient sur les thèmes à propos desquels la loi imposait l'impérativité de l'accord de branche.

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

dans sa partie relative à la réforme du temps de travail, a substitué, sur cinq thèmes (10), la technique de la supplétivité à celle de la dérogation. Sur ces cinq thèmes, l'accord de branche perdait la main et ne pouvait plus interdire la dérogation à l'accord d'entreprise.

La loi Travail du 8 août 2016 (11), s'inscrivant dans ce mouvement, a consacré sur presque toutes les questions relatives à la durée du travail, au repos et aux congés, la supplétivité de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise ou, pour le dire autrement, la primauté du second sur le premier. Pour le reste, s'appliquait le schéma dessiné par la loi du 4 mai 2004 : les facultés, pour l'accord d'entreprise, de déroger à l'accord de branche restaient entre les mains des signataires de l'accord de branche, sauf dans les matières,

passées de quatre à six (12), dans lesquelles la loi imposait l'impérativité de l'accord de branche.

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective s'est attelée, à son tour, à modifier les « rapports entre accords d'entreprise ou d'établissement et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, notamment accords de branche » (13). Si cette quatrième réforme s'inscrit dans la continuité des précédentes (1), et en particulier dans celle réalisée par la loi du 8 août 2016, dont elle amplifie le mouvement, elle n'en comporte pas moins des points de rupture (II), qui peuvent susciter doutes et questionnements. Continuité au niveau des techniques d'articulation mobilisées, ruptures au niveau de certains principes, tels sont les deux mouvements que l'on croit déceler dans la réforme en cours.

I. Continuité au niveau des techniques

La continuité s'exprime dans le recours maintenu aux trois techniques d'articulation mobilisées par les réformes précédentes : impérativité imposée de l'accord de branche, impérativité maîtrisée (14) de l'accord de branche et primauté de l'accord d'entreprise. Mais, comme cela sera vu dans la seconde partie de cette étude, l'impérativité de l'accord de branche n'est pas aussi assurée qu'auparavant. Elle pourrait n'apparaître que comme un affichage. Impérativité (largement affichée) de l'accord de branche, d'une part (A), se conjugue avec primauté (généralisée) de l'accord d'entreprise, d'autre part (B).

A. De l'impérativité affichée de l'accord de branche

Les domaines dans lesquels l'ordonnance affiche l'impérativité de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise sont énumérés aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 modifiés du Code du travail. L'article L. 2253-1,

dans ce qu'il est déjà convenu d'appeler le « bloc 1 », liste les « matières » dans lesquelles la loi impose l'impérativité de l'accord de branche. Plus précisément, lorsque ce dernier s'empare de la possibilité qui lui est offerte de définir les garanties applicables aux salariés sur ces questions, ses stipulations « prévalent sur la convention d'entreprise ». Ces matières sont au nombre de treize. L'on pourrait, à première vue, y déceler un accroissement du « sanctuaire » réservé à la branche, qui passerait de six à treize thèmes (15). Il n'en est rien, car cette énumération mêle, en réalité, deux types de dispositions dans lesquelles – pour l'essentiel – la branche était déjà privilégiée. D'un côté se retrouvent les thèmes à propos desquels, depuis les lois du 4 mai 2004 et du 8 août 2016, l'accord d'entreprise ne pouvait pas « comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche » (16), la prévention de la pénibilité en moins (17). Sur ces thèmes, c'est bien la dérogation

(10) Étaient concernés le contingent annuel d'heures supplémentaires, l'aménagement du temps de travail, les conventions de forfait en heures ou en jours sur l'année, le repos compensateur équivalent et le compte épargne-temps. La loi du 16 avril 2008 relative à la journée de solidarité a ajouté à la liste les modalités d'accomplissement de ladite journée.

(11) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

(12) Étaient ajoutées la prévention de la pénibilité et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

(13) Selon les termes du chapitre I^{er} du Titre I^{er} de l'ordonnance. Sur cette articulation, v., not., G. Auzero, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », Dr. Soc. déc. 2017, p. 1018 ; P.-E. Berthier, « Les rapports entre accords de branche et d'entreprise : « renforcement de la négociation collective » ou renforcement du

pouvoir patronal ? », Cah. Soc. déc. 2017, p. 594 ; J.-F. Césaro, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306 ; C. Nicod, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », RDT 2017, p. 657.

(14) « Maîtrisée », dans le sens où l'effet impératif est laissé entre les mains des négociateurs de branche.

(15) Que le lecteur nous pardonne l'utilisation alternative des termes « matières », « questions », « thèmes » ou « domaines », cette alternance terminologique n'ayant d'autre objectif que d'éviter de trop lourdes répétitions. Il est, bien entendu, à chaque fois, fait référence aux « matières » énumérées par le texte.

(16) C. trav., art. L. 2253-3 ancien.

(17) Celle-ci étant passée, sous une autre appellation, au sein du « bloc 2 ».

qui était interdite aux accords d'entreprise, ces derniers pouvant toujours comporter des stipulations plus favorables (18). D'un autre côté figurent soit des matières dans lesquelles l'accord de branche était, jusqu'alors, seul compétent (19) – ou, tout au moins, seul compétent pour fixer des minima (20) ou ouvrir l'accès à certains mécanismes (21) – soit des matières dans lesquelles la loi, jusqu'alors d'ordre public, devient supplétive de l'accord de branche étendu (22). Nul accroissement du champ d'impérativité imposée de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise ne peut ainsi être constaté. Peut-on, au moins, parler de rationalisation ? En un sens, sans doute, puisque les domaines dans lesquels la loi impose l'impérativité de l'accord de branche sont censément centralisés au sein d'un seul article. Mais rationalisation en un sens seulement, car le fait de mettre sur le même plan les matières à propos desquelles l'accord d'entreprise ne pouvait que comporter des stipulations plus favorables aux salariés et celles à propos desquelles l'accord de branche était *a priori* seul compétent, perturbe. On y reviendra.

L'article L.2253-2 modifié porte, quant à lui, sur les matières dans lesquelles l'accord de branche conserve la possibilité de moduler son propre effet impératif, par le biais de clauses de verrouillage. Il s'agit là du « bloc 2 ». Sont listées quatre matières – peu sensibles – dans lesquelles l'accord de branche peut interdire à l'accord d'entreprise, par une clause expresse, de comporter des stipulations différentes (23). Sont visées : 1° La prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L.4161-1 ; 2° L'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; 3° L'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical ; 4° Les primes pour travaux dangereux ou insalubres. L'ordonnance supprime l'obligation pour les branches, prévue par la loi travail du 8 août 2016, de définir « l'ordre public

conventionnel ». Il s'agissait d'amener les partenaires sociaux de branche à la table des négociations, afin qu'ils énumèrent les thèmes qu'ils souhaitaient expressément verrouiller, c'est-à-dire les thèmes à propos desquels les accords d'entreprise n'auraient pas pu comporter de stipulations moins favorables, en dehors des cas dans lesquels la loi aurait prévu la primauté des accords d'entreprise. L'un des objectifs du législateur était de faire en sorte que des accords conclus avant la loi du 4 mai 2004 soient ré-ouverts à la discussion, afin que l'interdiction de déroger ne soit plus, dans les nombreux cas où il en était ainsi, la résultante de la non-rétroactivité de la loi. Cette obligation n'avait plus de sens, puisque les domaines dans lesquels l'accord de branche peut comporter une clause de verrouillage sont désormais limitativement énumérés. De fait, d'un domaine potentiellement très large – malgré la supplétivité de l'accord de branche quasiment généralisée en matière de durée du travail, de repos et de congés issue de la loi « Travail » – le domaine d'impérativité maîtrisée de l'accord de branche a été réduit à la portion congrue.

L'énumération limitative des matières relevant des « blocs 1 et 2 » ouvre un large champ de primauté à l'accord d'entreprise. Cette primauté, qui devient de principe, s'incarne au sein du « bloc 3 ».

B. De la primauté généralisée de l'accord d'entreprise

En vertu de l'article 2253-3 modifié, « *dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L.2253-1 et L.2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise (...) prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche s'applique* ». La dernière phrase de l'article prête à confusion. En réalité, c'est l'absence de stipulations dans l'accord d'entreprise qui déclenche l'application des stipulations de l'accord de branche et pas seulement l'absence d'accord d'entreprise. Telle est la

(18) En ce sens, en matière de salaire minima et de classification – et malgré une utilisation critiquable du concept de dérogation – voir Cass. Soc., 7 sept. 2017, n° 16-14.743, Cah. Soc., oct. 2017, n° 121, p. 7, p. 479, obs. F. Canut.

(19) Par exemple, s'agissant de dispositions relatives au travail à temps partiel – fixation de la durée minimale de travail, du taux de majoration des heures complémentaires etc. – à la mise en place d'un régime d'équivalence, au renouvellement de la période d'essai ou, encore, à la rémunération minimale du salarié porté. Le projet de 6^{ème} ordonnance prévoyait de préciser, au 6° de l'art. L.2253-1 (et non au 8° comme mentionné dans le texte), que l'accord de branche pouvait, en matière d'aménagement du temps de travail, « *autoriser la fixation d'une période de référence supérieure à un an* » (projet d'ord., art. 3, I, 22°, d). Cette correction aurait eu le mérite de démontrer qu'il ne s'agissait pas d'ôter à l'accord d'entreprise la primauté dont il bénéficie depuis la loi du 8 août 2016 pour répartir la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale

à l'année, ce qui n'aurait aucun sens dans le contexte actuel. Malheureusement, l'ordonnance publiée (ord. n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JO 21 déc. 2017) n'a pas entériné cette correction. Le 6° de l'article L.2253-1 continue donc de viser simplement le 1° de l'article L.3121-44.

(20) Durée minimale de travail à temps partiel, par exemple.

(21) Renouvellement de la période d'essai, par exemple.

(22) L'accroissement du champ de compétence de la branche, ici bien réel, se fait ainsi au détriment de la loi d'ordre public, pas à celui de l'accord d'entreprise.

(23) Le concept de dérogation n'est plus utilisé. L'article L.2253-3 ancien permettait à l'accord de branche d'interdire les stipulations « dérogeant » à ses propres stipulations.

logique de la supplétivité (24). À quoi l'on mesure, si l'on en doutait encore, que l'accord d'entreprise sort grand « gagnant » de la réforme, dans la mesure où le « bloc 3 » concerne toutes les matières non énumérées aux articles L.2253-1 et L.2253-2. Le domaine de primauté de l'accord d'entreprise est donc désormais très vaste et n'est plus limité à la durée du travail et à ses satellites (25). La fonction de régulation de la concurrence et d'égalisation des conditions de travail au sein de la branche, traditionnellement dévolue à l'accord de branche (26), en sort d'autant réduite (27). En réaction, certains accords de branche ont intégré diverses primes dans les salaires minima conventionnels afin de les « sanctuariser » et d'empêcher l'adoption de primes moins favorables par accord d'entreprise. A procédé de la sorte, notamment, la branche des transports routiers (28). Cette pratique, qui traduit bien la prise de conscience du risque de dumping social par les négociateurs de branche, n'est pas conforme à l'esprit du texte. Il n'empêche que la « combine » pourrait s'étendre à d'autres secteurs.

Remarquons que l'article L. 2253-3 modifié évoque la notion de prévalence, qui a sans doute la même signification que celle de primauté. Par un effet miroir, la norme qui prévaut – qui prime – rend supplétive l'autre norme potentiellement applicable. Autrement dit, la prévalence de l'accord d'entreprise rend supplétif l'accord de branche. Encore est-il nécessaire de souligner que l'article L. 2232-11, tel que modifié par l'ordonnance, assimile convention d'entreprise et convention d'établissement et que le projet de loi de ratification des ordonnances, tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, assimile accord de groupe et accord d'entreprise, sauf « *disposition contraire* » (29). Par conséquent, la supplétivité de l'accord de branche joue non seulement vis-à-vis de l'accord d'entreprise, mais également vis-à-vis de l'accord d'établissement ou de l'accord

de groupe. L'assimilation de l'accord d'établissement à l'accord d'entreprise, dans ses rapports avec l'accord de branche, n'est pas nouvelle. La loi du 4 mai 2004 avait offert à l'accord d'établissement les mêmes facultés de dérogation à l'accord de branche que celles qu'il reconnaissait à l'accord d'entreprise, tandis que les lois du 20 août 2008 et du 8 août 2016 avaient consacré la supplétivité de l'accord de branche vis-à-vis tant de l'accord d'entreprise que de l'accord d'établissement. S'agissant de l'accord de groupe, la précision apportée par le projet de loi de ratification est plus utile. En effet, même si, depuis la loi du 8 août 2016, l'article L.2232-33 dispose que « *l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions* » (30), demeuraient des interrogations quant au point de savoir si l'accord de groupe devait être assimilé à l'accord d'entreprise dans son articulation avec les accords de niveaux supérieurs. Voilà la question clarifiée. Devrait également être clarifiée la question de savoir si la primauté de l'accord d'entreprise s'applique aussi vis-à-vis des accords interprofessionnels. Si le chapitre 1^{er} de l'ordonnance n°2017-1385 porte sur les « *rapports entre accords d'entreprise ou d'établissement et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, notamment accords de branche* », et si, en vertu de l'article L. 2232-5 modifié, « *sauf disposition contraire, les termes « convention de branche » désignent la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches* », cet article, pas plus que les articles L. 2253-1, L. 2253-2 et L. 2253-3 modifiés (31) ne mentionnaient les accords nationaux interprofessionnels (ANI). L'on pouvait, ainsi, penser que l'articulation entre accord d'entreprise et ANI demeurerait régie par les règles issues de la loi du 4 mai 2004 (possibilité pour le premier de

(24) Voir F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. Soc.*, janv. 2017, p. 47, spéc., p. 50.

(25) Repos et congés.

(26) Notamment étendu.

(27) Le Gouvernement s'est davantage inquiété de ce que l'accord de branche ne porte pas une atteinte excessive à la libre concurrence, à travers une disposition permettant au ministre du travail de refuser l'extension d'un accord « *pour des motifs d'intérêt général notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence* » (ord. n°2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, art. 1^{er} II, modifiant l'art. L.2261-25, C. trav.). Il s'agit là de la traduction d'une préoccupation que reflétaient certains arrêts du Conseil d'État. Voir, not., CE 30 avr. 2003, n°230.804, *Dr. Soc.* 2003, p. 999, obs. P.-H. Antonmattéi et S. Destours. À cet égard, aura un rôle à jouer le groupe d'experts chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension d'un accord de branche (C. trav., art. L.2261-27-1 nouveau). Un décret du 14 déc. 2017 (n°2017-1689) en détermine les modalités, les règles de composition, de fonctionnement et de saisine. La 6^{ème} ordonnance précise que « *les dispositions du dernier alinéa*

de l'article L. 2261-25 du Code du travail (...) s'appliquent aux conventions et accords quelle que soit la date à laquelle ils ont été conclus » (ord. du 20 déc. 2017, art. 4 II).

(28) Accord dans le transport routier du 4 oct. 2017, LSQ, L'actualité, n° 17423, 11 oct. 2017. Ce texte, conclu avec l'aval des représentants des ministères des Transports et du Travail, devrait être étendu sans difficulté.

(29) Projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 2, I, 1^o.

(30) Le projet de 6^{ème} ordonnance, précisait à son tour, que « *l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau de l'établissement dans les mêmes conditions* » (projet d'ord., art. 3 I, 1^o, article L. 2232-11-1 nouveau). L'ordonnance publiée du 20 déc. 2017 ne mentionne pas cette modification, bien inutile il est vrai.

(31) Ces trois articles, dans leur rédaction issue de l'ordonnance, ne traitaient expressément que de l'articulation entre convention de branche et convention d'entreprise.

déroger au second, sauf dans certains domaines et sauf interdiction expresse de déroger stipulée dans l'ANI) (32). La 6^{ème} ordonnance, du 20 décembre 2017 (33), précise que cette articulation entre accord de branche et accord d'entreprise vaut également entre accord « *couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* » et accord d'entreprise (34). Cette précision est insérée aux articles L. 2253-1, L. 2253-2 et L. 2253-3 modifiés. Autrement dit, les règles d'articulation valant dans les rapports entre accord d'entreprise et accord de branche valent également dans les rapports entre accord d'entreprise et ANI. L'ordonnance du 20 décembre 2017 modifie également quelques dispositions éparées du Code du travail, qui avaient soit maintenu une articulation entre accords de branche et d'entreprise conforme au schéma instauré par la loi du 4 mai 2004 (35), soit réservé l'exclusivité aux accords de branche étendus (36). Pour toutes ces dispositions, la primauté des accords d'entreprise par rapport aux accords de branche est désormais affirmée. Reste des « anomalies » dans l'ordonnement entre accord d'entreprise et accord de branche, dont « *l'étrange section 6* » (37), restée, en matière de dérogation aux modalités de répartition de la durée légale de travail à l'intérieur de la semaine, à l'alternative entre accord de branche – étendu – et accord d'entreprise (38). Si c'est « *un oubli qui devrait être réparé, puisque rien ne justifie ici que l'accord d'entreprise ne soit pas non plus privilégié* » (39), force est de constater que les dernières ordonnances n'y ont pas remédié...

Parmi les questions qui demeurent, en voici une, redoutable, que pose la technique même de suppléativité : dans quelle mesure l'accord de branche peut-il venir pallier les insuffisances, voire les stipulations illicites, de l'accord d'entreprise ? Plus précisément,

il s'agit de se demander si, dans de telles hypothèses, l'accord de branche peut venir compléter ou suppléer point par point l'accord d'entreprise ou s'il ne peut que s'appliquer globalement, l'accord d'entreprise étant alors jugé inapplicable dans son ensemble. Par exemple, en matière de travail à temps partiel, si l'accord d'entreprise a réduit le délai de prévenance en-deçà de sept jours ouvrés en cas de modification de la répartition de la durée du travail, sans respecter les contreparties exigées par la loi (40), doit-on appliquer les contreparties de l'accord de branche – prévues pour un délai de prévenance différent, le cas échéant – ou doit-on revenir au délai légal de sept jours ? *Quid* lorsque l'accord d'entreprise ne respecte pas certaines mentions obligatoires exigées par la loi en matière de forfait en jours (41) – par exemple, l'accord ne mentionne pas les caractéristiques principales des conventions individuelles de forfait ? Prenons un dernier exemple : soit un accord d'entreprise ayant mis en place, sur autorisation d'un accord de branche, un aménagement du temps de travail sur une période supérieure à un an, sans prévoir de limite hebdomadaire haute comme l'exige pourtant l'article L. 3121-44 du Code du travail. Doit-on, dès lors, appliquer seulement la limite hebdomadaire haute prévue par l'accord de branche ou doit-on appliquer le dispositif d'aménagement du temps de travail conventionnel de branche en son entier ? Dans toutes ces hypothèses, comme dans d'autres, il s'agit de se demander s'il est possible de procéder à une application distributive des deux accords ou s'il faut admettre que l'accord d'entreprise défaillant équivaut à une absence d'accord (42), ce qui déclenche l'application du dispositif correspondant de l'accord de branche. Certes, il serait sans doute possible d'opérer une distinction, s'agissant des dispositions défaillantes (43) de l'accord d'entreprise, entre celles qui présentent un caractère

(32) Les cas de concours, certes marginaux, entre accord d'entreprise et ANI n'auraient pourtant pas été une hypothèse d'école dans la mesure où les lois ayant « entériné » les ANI laissent subsister ces derniers. Par exemple, tout employeur entrant dans le champ d'application de l'ANI du 11 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail doit verser une indemnité de rupture conventionnelle au moins égale à l'indemnité conventionnelle de licenciement, si cette dernière est supérieure à l'indemnité légale de licenciement (arr. du 26 nov. 2009, JO 27 novembre). Dès lors, pouvait se poser la question de savoir si un accord d'entreprise pouvait se contenter de prévoir le versement d'une indemnité égale à l'indemnité légale de licenciement.

(33) Ord. n° 2017-1718 du 20 déc. 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JO 21 déc. 2017.

(34) Art. 1, 62° à 64° de l'ordonnance précitée (autrement qualifiée d'ordonnance « balai », ce qui est assez imagé).

(35) En matière de : travail de nuit dans les zones touristiques internationales (art. L. 3122-19, al. 2), détermination des modalités selon lesquelles les horaires de travail des salariés effectuant une durée de travail inférieure à 24 heures sont regroupés sur des journées ou des demi-journées régulières ou

complètes (art. L. 3123-19, al. 2), mise en place du travail continu (art. L. 3132-14, al. 1), mise en place d'équipes de suppléance (art. L. 3132-16, al. 1), dérogation au repos dominical sur fondement géographique (art. L. 3132-25-3, al. 5), dérogation au repos de deux jours consécutifs pour les jeunes travailleurs (art. L. 3164-2, al. 2 et 4).

(36) En matière de priorité d'emploi pour un passage à temps partiel ou à temps complet (art. L. 3123-3) et de mise en place d'horaires à temps partiel (L. 3123-18).

(37) M. Morand, « Durée du travail : l'étrange section 6 », Sem. Soc. Lamy, n° 1735, p. 4.

(38) C. trav., art. L. 3121-68. Autrement dit, s'applique toujours le schéma de la loi du 4 mai 2004 : l'accord de branche décide de son propre effet impératif vis-à-vis de l'accord d'entreprise.

(39) M. Morand, « Loi et temps de travail », Sem. Soc. Lamy, n° 1742, p. 13, spéc., p. 14.

(40) Contreparties exigées aux articles L. 3123-24 et L. 3123-25, C. trav.

(41) C. trav., art. L. 3121-64.

(42) Ou, tout au moins, à une absence de stipulations de l'accord d'entreprise sur le thème en question.

(43) Car manquantes ou illicites.

substantiel (44) et celles qui ne revêtent pas un tel caractère (45). Mais l'essentiel est sans doute ailleurs : le fait que les accords collectifs soient des normes négociées, censées reposer sur un équilibre, devrait conduire à considérer que l'application distributive de l'un ou de l'autre accord n'est pas permise.

Si l'articulation entre accord d'entreprise et accord de branche, telle que pensée par l'ordonnance du 22 septembre 2017, actionne les mêmes ressorts que les réformes précédentes, il n'en existe pas moins des points de rupture, qui se manifestent au niveau de certains principes.

II. Ruptures au niveau des principes

Les ruptures se nichent, d'une part, au sein de dispositions visant à libérer immédiatement l'accord d'entreprise de l'emprise de l'accord de branche – malgré, parfois, la « prévalence » affichée de ce dernier. Ce sont, ainsi, les principes d'application de la loi (46) dans le temps, tels que mobilisés par les réformes précédentes, qui sont mis à mal (A). D'autre part, et c'est le second point de rupture, la substitution du concept de « *garanties au moins équivalentes* » au principe de faveur marque un tournant dans les règles de résolution des concours – résiduels – entre accords de branche et d'entreprise (B).

A. Des principes d'application de la loi dans le temps

En ce qui concerne le « bloc 1 », celui des domaines « sanctuarisés » et/ou « exclusifs » de la branche, il est précisé que « *les stipulations de la convention de branche (47) prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche* » (48). En cela, l'ordonnance s'inscrit dans le sillon tracé par les réformes antérieures : l'accord de branche, dont l'impérativité est imposée par la loi, neutralise les dispositions différentes de l'accord d'entreprise, que celles-ci aient été conclues antérieurement ou postérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord de branche. Il sera vu tout de même que cette impérativité peut être perturbée par la mise sur la touche du principe de faveur. Ce qui interroge davantage, c'est que le dernier alinéa de l'article L. 2253-1 modifié exprime la suprématie de l'accord de branche, dans les treize matières énumérées par le texte, en se référant à la notion de prévalence. Il n'est pas sûr que le terme

soit bien choisi dans une hypothèse qui n'a rien voir avec une situation de supplétivité, mais qui illustre, au contraire, un potentiel concours de normes.

S'agissant du « bloc 2 », l'article L. 2253-2 modifié précise que « *lorsque la convention de branche le stipule expressément, la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention (...)* » (49). Autrement dit, les accords d'entreprise, conclus antérieurement aux accords de branche interdisant expressément les stipulations différentes, ne sont pas remis en question. Ils continuent de s'appliquer, y compris s'ils sont moins favorables. Or, dans le mécanisme issu de la loi du 4 mai 2004, rien de tel n'était précisé : les clauses de verrouillage neutralisaient aussi bien les accords d'entreprise antérieurs que postérieurs à l'accord de branche. S'appliquait ainsi, classiquement, le principe de faveur (50).

Toujours en ce qui concerne le « bloc 2 », en vertu de l'article 16-I de l'ordonnance, dans les quatre matières dans lesquelles l'accord de branche voit maintenu sa capacité à stipuler des clauses de verrouillage, les clauses interdisant la dérogation à l'accord d'entreprise, insérées dans les accords en cours, continuent de produire effet (51), si un avenant le confirme, avant le 1^{er} janvier 2019. L'emploi du terme « *avenant* » laisse entendre que cette confirmation doit se faire dans le respect de la procédure de révision. Obliger à la révision d'un acte conventionnel pour que soit maintenue l'une de ses stipulations est assez... original. La technique trahit la volonté du « législateur » : il s'agit, autant que faire se peut,

(44) Et dont la défaillance est sanctionnée par la nullité du dispositif.

(45) Parmi les clauses inhérentes au dispositif de modulation, par exemple, figure le cadre de décompte des heures supplémentaires (Cass. Crim. 28 janv. 2014, n° 12-81.406, Bull. crim. n° 27). En revanche, la fixation conventionnelle d'un seuil de déclenchement des heures supplémentaires supérieur au plafond légal de 1.607 heures n'affecte pas la validité de l'accord de modulation (Cass. Soc. 17 déc. 2014, n° 13-13.502 : Bull. civ. V, n° 305 ; Cass. Soc. 11 mai 2016, n° 14-29.512).

(46) Loi au sens large, englobant ici, bien entendu, l'ordonnance.

(47) Ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large.

(48) Art. L. 2253-1, dernier alinéa.

(49) On appréciera la répétition du terme « convention »...

(50) En outre, l'accord d'entreprise, dans le système mis en place par la loi du 4 mai 2004, ne pouvait, visiblement, déroger qu'à un accord de branche antérieur. Dans l'hypothèse où l'accord de branche était plus récent que l'accord d'entreprise, la loi précisait toujours, à l'ancien article L. 2253-2, que les stipulations de ce dernier devaient être « *adaptées en conséquence* ».

(51) Commel l'a bien mis en avant un auteur, l'utilisation de l'expression « *continuent de produire effet* » démontre que, jusqu'au 1^{er} janvier 2019 tout au moins, les clauses de verrouillage ne cessent pas de produire effet, G. Auzero, *op. cit.*, p. 1023.

de décourager le maintien de telles clauses au nom de la désormais sacro-sainte autonomie de l'accord d'entreprise. « *Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux accords étendus* », précise le texte. Que signifie cette incise ? Que la confirmation du verrouillage s'applique aussi aux accords de branche étendus ? Ou que la confirmation du verrouillage ne s'applique qu'aux accords de branche étendus ? La logique voudrait que le choix se fasse en faveur de la première solution, car l'on ne voit pas très bien pourquoi les accords non étendus se verraient privés de cette faculté de confirmation. Mais pourquoi cette précision ? Quoi qu'il en soit, les clauses de verrouillage non confirmées « tombent » – sans doute peut-on dire qu'elles deviennent caduques. Les signataires d'un accord de branche, qui n'auraient pas confirmé l'interdiction de dérogation avant le 1^{er} janvier 2019 perdent-ils la possibilité de le faire ensuite, dans les quatre domaines en question ? Aucun argument, qu'il soit d'ordre textuel ou conceptuel, ne devrait les en empêcher.

En vertu de l'article 16-II, de l'ordonnance, dans les quatre domaines dans lesquels l'accord de branche peut comporter une clause de verrouillage, les clauses des accords de branche (52) mentionnées par l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 continuent de produire effet si un avenant confirme, avant le 1^{er} janvier 2019, la portée de ces clauses au regard de l'accord d'entreprise. L'article 45 de la loi du 4 mai 2004 prévoyait que « *la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs* ». Un accord d'entreprise se voyait ainsi interdire de déroger à un accord de branche antérieur à l'entrée en vigueur de la loi de 2004. D'après les travaux parlementaires, l'article 45 permettait aussi de valider les clauses des accords de branche – conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 – qui organisaient leur mise à l'écart en présence d'un accord d'entreprise ou qui autorisaient ce dernier à déroger à ses propres stipulations (53). Pourquoi l'ordonnance a-t-elle transposé à ces clauses le mécanisme prévu pour les clauses de verrouillage stipulées après l'entrée en vigueur de la

loi du 4 mai 2004 ? Avant l'adoption de cette loi, les clauses en question étaient soit des clauses qui rappelaient la faculté légale reconnue à l'accord d'entreprise de comporter des stipulations plus favorables aux salariés, soit des clauses, sans doute illicites à l'époque (54), qui prévoyaient la supplétivité ou la dérogeabilité de l'accord de branche vis-à-vis de l'accord d'entreprise. Il ne s'agit vraisemblablement pas de clauses qui interdisent la dérogation à l'accord d'entreprise ; elles n'auraient eu aucune utilité en un temps où régnait en maître le principe de faveur. Confirmer les clauses d'autorisation d'amélioration ou les clauses d'autorisation de dérogation – dans les quatre matières dans lesquelles l'accord de branche peut désormais comporter une clause expresse d'interdiction de déroger – ne présente aucun intérêt.

Le III de l'article 16 précise, quant à lui, que l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 est abrogé. Cette abrogation (55) permet d'assurer la primauté immédiate de l'accord d'entreprise, dans les domaines – nombreux – où elle lui est reconnue par l'article L. 2253-3 modifié. L'effectivité de cette primauté ne nécessitait pas l'abrogation de l'article 45, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (56) et de celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation (57), conduisant, tout à la fois, à la neutralisation des clauses de verrouillage, éventuellement stipulées dans les accords de branche en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, et à la neutralisation de l'impérativité des accords de branche antérieurs à la loi du 4 mai 2004. Pour arriver à la même solution, l'article 8-XIV de la loi « Travail » du 8 août 2016 disposait que l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 n'était « *pas applicable aux conventions et accords conclus en application des dispositions du livre I^{er} de la troisième partie du Code du travail qui prévoient la conclusion d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche* ». L'abrogation de l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 n'était donc pas indispensable, mais elle est heureuse : conserver un texte qui interdit à un accord d'entreprise de déroger à un accord de branche conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 n'avait plus grand sens, en ces temps de primauté de principe de l'accord d'entreprise.

(52) Ainsi que des accords professionnels et des accords interbranches. Les ANI ne sont pas expressément mentionnés par le texte et l'ordonnance rectificative du 20 déc. 2017 ne l'a pas modifié pour y faire référence. Mais il faudrait une certaine dose de mauvaise foi pour ne pas reconnaître qu'ils sont également concernés.

(53) Cette vision a été consacrée par la Cour de cassation, Cass. Soc. 9 mars 2011, n°09-69.647 ; Cass. Soc. 13 nov. 2014, n°13-12.118.

(54) L'illicéité de ces stipulations – à une époque où l'accord d'entreprise ne pouvait pas déroger à l'accord de branche – avait été relevée par certaines juridictions du fond, TGI Paris, 14 mai

2002 (RJS 11/02, n°1262) confirmé par CA Paris, 24 sept. 2003 (RJS 12/03, n°1419). La loi du 4 mai 2004 était donc, en son article 45, une loi de validation.

(55) À laquelle, c'est un truisme, n'avait procédé ni la loi du 20 août 2008, ni celle du 8 août 2016.

(56) Le Conseil constitutionnel a décidé que les dispositions de la loi du 20 août 2008 « *s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans les accords de branche* » (Cons. const. 7 août 2008, n°2008-568 DC, considérant 20).

(57) Cass. Soc. 1^{er} mars 2017, n°16-10.047.

Le IV de l'article 16, énonce que « pour l'application de l'article L.2253-3 du Code du travail (58) dans sa rédaction issue de la présente ordonnance, les clauses des accords de branche, quelle que soit leur date de conclusion, cessent de produire leurs effets vis-à-vis des accords d'entreprise à compter du 1^{er} janvier 2018 ». Cette disposition permet de faire « revivre » les stipulations des accords d'entreprise qui avaient été mises en sommeil du fait de la conclusion d'accords de branche postérieurs comportant une clause de verrouillage. Elle réactive également – potentiellement (59) – les clauses des accords d'entreprise, conclus avant la loi du 4 mai 2004, qui auraient été suspendues du fait de l'application d'un accord de branche plus favorable. N'aurait-ils pas mieux valu préciser que, la primauté des accords d'entreprise sur les accords de branche étant effective à compter du 1^{er} janvier 2018, les clauses des accords de branche deviennent supplétives ? En effet, en l'absence d'accord d'entreprise (60), les clauses des accords de branche continueront à s'appliquer. Ce sont plutôt les clauses de verrouillage éventuellement stipulées dans les accords de branche dans d'autres matières que celles visées à l'article L.2253-2 modifié, qui cessent – à proprement parler – de produire effet vis-à-vis des accords d'entreprise, à compter du 1^{er} janvier 2018. Là encore, le procédé tranche avec celui qu'avaient mobilisé les réformes antérieures. La loi du 20 août 2008 avait prévu que les clauses relatives à la fixation du contingent annuel d'heures supplémentaires resteraient en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009 au plus tard. Se saisissant d'office de la question, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition, qui portait aux conventions existantes une atteinte non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant (61). Partant, l'on peut s'interroger sur la conformité à la Constitution de l'article 16-IV, de l'ordonnance. Le dispositif mis en place ne devrait, toutefois, pas encourir la censure, dans la mesure où prévoir une cessation d'effets des clauses de l'accord de branche vis-à-vis des accords d'entreprise (qui se seraient emparés des mêmes thèmes) et prévoir que les clauses des accords de branche ne seront plus en vigueur sont deux mécanismes différents. Dans le second cas, les clauses disparaissent de l'ordre

juridique, pas dans le premier (62). Mais, si le dispositif mobilisé par l'ordonnance ne semble pas présenter de risques d'inconstitutionnalité, il laisse tout de même rêveur : la neutralisation des clauses de verrouillage (et, plus généralement, de l'impérativité des accords de branche) porte atteinte aux accords de branche en cours. L'étude d'impact ayant précédé l'adoption de la loi du 8 août 2016, s'inscrivant dans la lignée du Conseil constitutionnel, précisait que « lorsque la loi le permet, les accords d'entreprise qui seront conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi prévaudront sur les accords de branche, y compris sur ceux ayant été conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, même lorsqu'ils prévoient des clauses de verrouillage » (63). L'ordonnance marque une rupture avec cette vision, dans la mesure où, désormais, la primauté de l'accord d'entreprise s'exerce pleinement à compter du 1^{er} janvier 2018, quelle que soit sa date de conclusion, avant ou après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, avant ou après celle de l'accord de branche (64).

Si tout a été fait pour assurer l'effectivité de la primauté de principe de l'accord d'entreprise, tout a été également fait pour limiter l'impérativité de l'accord de branche « affichée » dans les « blocs 2 et 3 ». Cette limitation prend forme dans la consécration d'une règle d'équivalence au détriment du principe de faveur.

B. Du principe de faveur à la règle d'équivalence

S'il a été question plus haut d'une impérativité « affichée » de l'accord de branche, c'est en raison de l'atteinte que peut porter à cette impérativité la notion de « garanties au moins équivalentes », présente au sein des articles L.2253-1 et L.2253-2, modifiés, du Code du travail. D'abord, en vertu du dernier alinéa de l'article L.2253-1, la « prévalence » des stipulations de l'accord de branche, dans les treize matières énumérées par le texte, est écartée lorsque « la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes ». Ensuite, l'article L.2253-2 modifié neutralise les clauses de verrouillage lorsque la convention d'entreprise conclue postérieurement

(58) Matières de primauté de l'accord d'entreprise.

(59) « Potentiellement », car ces clauses risquent fort d'être désuètes aujourd'hui. Il est donc plus que probable qu'elles ne seront pas appliquées.

(60) Ou de stipulations d'un accord d'entreprise sur un point précis.

(61) Décision précitée du 7 août 2008.

(62) En l'absence de stipulations dans l'accord d'entreprise, les clauses de l'accord de branche s'appliquent, répétons-le. Autrement dit, elles ne produisent plus leurs effets vis-à-vis de l'accord d'entreprise lorsque ce dernier comporte des clauses ayant le même objet, mais, dans le cas contraire, les clauses de l'accord de branche ne cessent pas de produire leurs effets vis-à-vis des salariés.

(63) Étude d'impact, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 33.

(64) D'après l'article L.2253-3 modifié, « les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ». Or, dans le cadre des lois du 20 août 2008 et du 8 août 2016, l'accord d'entreprise, pour primer l'accord de branche, devait avoir été conclu après l'entrée en vigueur de la loi ayant instauré cette primauté, donc, forcément, la conclusion de l'accord d'entreprise devait être postérieure à celle de l'accord de branche en vigueur au moment de ces réformes.

à l'accord de branche « assure des garanties au moins équivalentes ». Qu'est-ce qu'une « garantie » ? Une « assurance » ? Il n'est pas sûr que le terme soit bien choisi (65). Il est clair, en tout cas, que le terme d'« avantage » a été soigneusement évité, tout comme a été écartée l'expression de « stipulations au moins aussi favorables » – ce qui aurait déjà été une façon d'écarter le principe de faveur, qui s'exprime à travers la notion de « stipulations plus favorables ».

L'expression de « garanties au moins équivalentes » laisse entendre que l'adoption, par accord d'entreprise, de stipulations moins favorables (lorsqu'une appréciation, en termes de « mieux » ou de « moins bien », est possible) ou différentes (lorsqu'une comparaison impliquant un jugement de valeurs serait artificielle (66)) de celles de l'accord de branche serait permise, à partir du moment où elle serait compensée par l'octroi d'autres garanties. L'insertion de cette réserve au dernier alinéa de l'article L. 2253-1 du Code du travail n'est pas neutre : elle implique que le « marchandage » opéré au niveau de l'entreprise, quant aux garanties octroyées par la branche, peut concerner n'importe laquelle des treize matières énumérées par le texte. Dans les cinq matières qui relevaient jusqu'alors de l'ancien article L.2253-3, alinéa 1 (67), l'accord d'entreprise ne pouvait pas comporter de clauses dérogeant à celles des conventions de branche, mais pouvaient comporter des stipulations plus favorables (68). Certaines de ces matières vont-elles, désormais, supporter la dérogation en contrepartie de l'octroi d'une autre garantie ? Par exemple, s'agissant des garanties complémentaires de Sécurité sociale, un accord d'entreprise pourrait-il réduire les garanties octroyées par l'accord de branche aux salariées en congés de maternité en augmentant les garanties accordées aux salariés en congés maladie ? La même question peut se poser à propos des domaines « réservés » à l'accord de branche. Un accord d'entreprise pourrait-il prévoir une durée de renouvellement de la période d'essai plus longue que celle prévue par l'accord de branche, tout en accordant une autre garantie aux salariés, par exemple une prime pendant la période d'essai ? Pourrait-il prévoir

un taux de majoration des heures complémentaires inférieur à celui prévu par l'accord de branche, en le « compensant » par une baisse du nombre d'interruptions d'activité dans la journée de travail des salariés à temps partiel ? Une réponse positive à ces questions conduirait les juges à abandonner la comparaison par avantage ayant le même objet ou la même cause, au profit d'un mode de comparaison plus large. Il ne devrait pas, en revanche, être permis aux accords d'entreprise de « marchander » sur des matières à propos desquelles l'accord de branche se voit légalement attribuer la mission de fixer des garanties minimales. Songeons aux salaires *minima* hiérarchiques, à la durée *minimale* du travail à temps partiel ou, encore, à la durée *maximale* des contrats précaires ou au nombre *maximal* de renouvellements de ces contrats. À partir du moment où des textes particuliers octroient compétence à la branche pour fixer des planchers ou des plafonds dans certaines matières, l'accord d'entreprise ne saurait réduire ces planchers ou augmenter ces plafonds, fût-ce sous couvert d'octroyer aux salariés des « garanties au moins équivalentes ».

La crainte, qui avait pu un temps s'exprimer, de ce que la compensation s'opère entre matières n'ayant rien à voir les unes avec les autres (69) est balayée par le projet de loi de ratification des ordonnances (70), qui précise que « cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant au même objet » (71). Cette précision figurerait également à l'article L.2253-2 (72). Car les domaines dans lesquels l'accord de branche peut encore moduler sa propre impérativité vis-à-vis des accords d'entreprise sont, eux aussi, impactés par cette notion. L'accord de branche ne peut donc pas verrouiller, sur les quatre thèmes dont il peut encore disposer, avec la même force qu'avant la réforme. La prévision, par accord d'entreprise, d'un effectif de mise en place des délégués syndicaux supérieur à celui prévu par l'accord de branche (73), par exemple, pourrait être compensée par une augmentation du nombre de délégués. La confirmation des clauses de verrouillage en cours permettra-t-elle de maintenir l'application du principe

(65) Sur ce vocable, voir G. Auzero, *op. cit.*, p. 1021.

(66) Par exemple en matière de durée maximale de contrats à durée déterminée : une durée maximale plus courte est-elle réellement plus favorable au salarié précaire, comme l'avait admis la Cour de cassation – Cass. Soc. 24 janv. 2001, n° 99-41.124 ? Au prétexte de lutter contre la précarité, une telle réduction de la durée maximale de ces contrats n'augmenterait-elle pas les risques de tomber dans le chômage ?

(67) Matières qui, on l'a vu, sont passées de six à cinq.

(68) En matière de salaire minima et classification pro, voir Cass. Soc. 7 sept. 2017, n° 16-14.743, préc.

(69) Crainte générée par une interprétation que la lettre des textes n'interdit pas. Par exemple, une réduction du délai de carence entre deux contrats précaires « compensée » par l'augmentation

d'une prime pour travaux dangereux. On voit ce que de tels « marchandages » auraient eu d'artificiel.

(70) Tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, le 28 novembre 2017. Certes, comme tout projet, il peut encore évoluer.

(71) Projet de loi précité, art. 2, 3° bis. Le *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective* précisait que l'équivalence devait être appréciée « domaine par domaine », ce qui devrait revenir au même.

(72) Projet de loi de ratification, art. 2, 3° ter.

(73) Lui-même étant forcément inférieur au seuil légal de cinquante salariés.

de faveur, seul applicable avant la réforme en cas de concours entre un accord de branche ayant verrouillé un sujet et un accord d'entreprise s'étant emparé du même sujet ? La réponse est, sans doute, négative. La révision de l'accord de branche, que nécessite la confirmation de ces clauses, le placera vraisemblablement sous l'empire des nouvelles dispositions (74). Tout au plus peut-on soutenir que, dans la mesure où cette confirmation permet aux clauses de verrouillage de continuer à produire effet, ces clauses continueront à s'appliquer aux accords d'entreprise en cours. Leur emprise ne devrait donc pas se limiter (74) aux accords d'entreprise conclus postérieurement à l'accord de branche.

Le principe de faveur n'a pas disparu à proprement parler, même dans les rapports entre accord de branche et accord d'entreprise (76), le second pouvant toujours comporter des stipulations plus favorables aux salariés que le premier. Mais la substitution de l'expression « *garanties au moins équivalentes* » à celle de « *stipulations plus favorables* », dans les potentiels cas de concours qui demeurent à la marge, accentue la marginalisation de ce principe. L'exigence d'un « *mieux* » est remplacée par celle d'un « *au moins égal* », le principe de faveur par un principe d'équivalence aux contours flous, qui va ouvrir tous les thèmes – ou presque – à un marchandage au niveau de l'entreprise. Les négociateurs de branche ne pourront plus s'opposer à ce que les droits, avantages ou autres

garanties qu'ils octroient aux salariés fassent l'objet d'une négociation donnant-donnant au niveau de l'entreprise. L'accord d'entreprise s'inscrira, plus que jamais, dans un rapport synallagmatique (77). Si la dernière réforme a libéré les négociateurs d'entreprise, elle a, largement et mécaniquement, réduit la force obligatoire impérative de l'accord de branche. L'une des inquiétudes que suscite cette évolution se manifeste à l'égard des petites entreprises dépourvues de délégués syndicaux, en particulier dans celles de moins de onze salariés et dans celles de onze à vingt salariés, dépourvues de comité social et économique. En effet, dans ces entités, un acte élaboré unilatéralement par l'employeur pourra, à condition d'avoir été approuvé par les salariés à la majorité des deux tiers, être considéré comme un accord (78). Il vaudra accord collectif d'entreprise et pourra s'emparer de toute la marge de liberté que lui offrent les nouveaux textes, tout cela sans aucune réelle négociation, sans aucun réel contrôle syndical (79). Quoi que l'on pense des ordonnances du 22 septembre 2017, il est difficile de nier qu'elles bouleversent en profondeur le droit du travail, même si elles s'inscrivent dans les mouvements initiés par des réformes précédentes. Reste à savoir si les impératifs économiques qui justifient cette confiance absolue en une négociation décentralisée méritent de sacrifier des principes aussi fondamentaux que le principe de faveur.

Florence Canut

(74) *Contra*, P.-E. Berthier, *op. cit.*, n. 15, p. 595.

(75) Contrairement aux clauses de verrouillage nouvellement insérées dans les accords de branche.

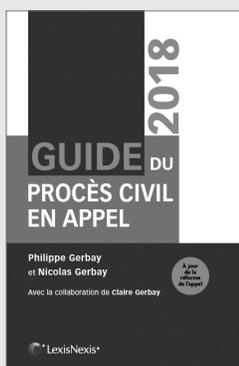
(76) S'agissant des rapports entre accords de branche de niveaux géographique différents ou entre accords de branche et accords interprofessionnels, le principe de faveur reste, selon le schéma introduit par la loi du 4 mai 2004, entre les mains des signataires de l'accord de niveau plus large (C. trav., art. L. 2252-1 non modifié). Mais ces cas de conflits sont moins emblématiques,

tant sur un plan de politique conventionnelle que sur un plan quantitatif.

(77) Synallagmatisme dans lequel s'incarnent à merveille les accords de compétitivité.

(78) C. trav., art. L. 2232-21 et L. 2232-22 nouveaux.

(79) La possibilité offerte aux salariés de prendre attache avec les syndicats, pendant le délai de réflexion de quinze jours avant la tenue du « référendum », ne suffit évidemment pas à rassurer.



Lexis Nexis – Guides pratiques
Octobre 2017 - 61 euros
ISBN 978-2-7110-2814-6

GUIDE DU PROCÈS CIVIL EN APPEL

Par Nicolas Gerbay et Philippe Gerbay

Les professionnels trouveront dans cet ouvrage à caractère essentiellement pratique la réponse aux questions immédiates qu'ils se posent avant d'aborder la procédure d'appel : quelles en sont les conditions d'ouverture ? quels en sont les effets ? à quel type de procédure est-on soumis ? quelles sont les conséquences de la décision de la cour d'appel ? L'originalité du concept tient à ce que, dans chacune des fiches, le praticien dispose de l'ensemble des informations indispensables : textes de référence, jurisprudence récente, avis de la Cour de cassation, illustrations concrètes. Cet ouvrage est à jour de l'importante réforme de l'appel issue du décret n°2017-891 du 6 mai 2017 ainsi que du décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail. À qui s'adresse ce Guide ? Le Guide du procès civil en appel est composé de 85 fiches organisées selon un plan logique pour une consultation rapide. Il souligne les pièges à éviter et propose des conseils à tous les praticiens confrontés à la procédure d'appel. Les étudiants, de leur côté, pourront appréhender les rouages essentiels du procès civil en appel.