

**COLLOQUE ANNUEL DE L'INSTITUT DU TRAVAIL
VENDREDI 3 MARS 2017**

L'accord collectif de travail après la loi El Khomri

(Bibliographie indicative des conférenciers)

Valérie Cavillan

Institut du Travail

16, Avenue Léon Duguit – 33608 Pessac Cedex – 05 56 84 25 68 – valerie.cavillan@u-bordeaux.fr

Thèmes abordés

I : L'accord collectif et la loi

1.1 Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif (p. 5 à p. 30)

Florence Canut, « L'ordonnancement des normes infra-étatiques - à propos du projet de loi Travail », *Droit social*, 2016, p.522.

Florence Canut & Frédéric Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) - À propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Droit Social*, 2016, p.1038.

Florence Canut & Frédéric Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) - À propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Droit Social*, 2017, p. 47.

1.2 - L'articulation de la loi et l'accord collectif (p. 31 à p. 38)

Laurence Pécaut-Rivolier, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 791.

Florence Canut, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles – à propos du projet de loi Travail », *Droit social*, 2016, p. 519.

II : L'accord collectif et l'entreprise

2.1- Accords de branche et accords d'entreprise

2.2 - Accords et entreprises à structures complexes (établissements groupes, UES, réseaux (p. 41 à p. 52)

Stéphane Béal « Accord de groupe : de la reconnaissance à l'émancipation », *Semaine Sociale Lamy*, 2016, n°1742, p. 10.

Paul-Henri Antonmattei, « À propos des périmètres de négociation de l'entreprise après la loi El Khomri », *Semaine Sociale Lamy*, n°1751, 2016, p. 3.

Hélène Tissandier, « Les rapports entre accords collectifs », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 794.

III : L'accord collectif et le contrat de travail

3.1 - La supériorité du contrat de travail (p. 55 à p.66)

3.2 - La supériorité de l'accord collectif (p. 67 à p. 78)

Antoine Jemmaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 228.

Pascal Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 240.

Première partie :
L'accord collectif et la loi

Dossier

Réforme du code du travail – Propositions des juristes

L'ordonnancement des normes infra-étatiques – à propos du projet de loi Travail

L'essentiel

Le projet de loi Travail rend l'accord de branche purement supplétif de l'accord d'entreprise en matière de durée du travail. Cette émancipation non contrôlée de l'accord d'entreprise, à rebours d'un « ordre public conventionnel » invoqué dans le rapport Combrexelle, interpelle. Au-delà, le projet de loi accentue le mouvement de soumission du contrat individuel de travail à l'accord d'entreprise, mouvement déjà initié par des réformes récentes. En cela non plus, il n'est pas à l'abri de la critique.



par Florence Canut

Professeur à l'université Lyon 2,
École de droit social de Montpellier

Le projet de loi Travail ne vise pas seulement à réordonner l'articulation entre normes étatiques et normes conventionnelles. Il ambitionne aussi de revoir l'ordonnancement des normes conventionnelles entre elles, en ouvrant davantage de champ à l'accord d'entreprise. En accentuant le mouvement initié par la loi du 20 août 2008, le projet de loi préfigure là aussi ce que sera le futur code du travail. Au-delà des rapports des normes conventionnelles entre elles (I), la réforme interroge sur les rapports entre accord collectif – d'entreprise – et contrat individuel de travail (II).

I. – LA SUPPLÉTIVITÉ GÉNÉRALISÉE DE L'ACCORD DE BRANCHE...

... à laquelle tend le projet de loi satisfera la Commission européenne qui plaide pour une décentralisation de la négociation collective. De fait, cette décentralisation s'observe dans de nombreux pays européens. En France, c'est la loi du 4 mai 2004 qui a amorcé ce mouvement en consacrant, sauf dans quatre domaines, la faculté pour l'accord d'entreprise de déroger à l'accord de branche. L'accord de branche, avec la réforme de 2004, était libre d'ordonner ses relations avec les accords d'entreprise. Il

pouvait prévoir, expressément, que ses clauses s'appliqueraient de manière impérative, ou encadrer la dérogation à ses propres stipulations. La loi de 2004 instituait la dérogeabilité de l'accord de branche et non, à proprement parler et de manière générale, sa supplétivité. C'est clairement dans le schéma de la supplétivité que s'est inscrite la loi du 20 août 2008. Dans différents domaines du droit de la durée du travail, l'accord de branche a perdu la main et ne peut plus interdire à l'accord d'entreprise d'être moins favorable. L'évolution est d'autant plus remarquable qu'ont été également privés de toute impérativité à l'égard des accords d'entreprise, les accords de branche, conclus avant la loi du 20 août 2008, qui comportaient pourtant une clause de verrouillage. *Idem* si l'accord de branche avait été conclu avant la loi du 4 mai 2004. C'est en tout cas la position qu'a adoptée le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 7 août 2008¹.

¹ Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC, D. 2008. 2064 et les obs. ; *ibid.* 2009. 1852, obs. V. Bernaud et L. Gay ; Dr. soc. 2009. 147, étude V. Bernaud.

Le projet de loi Travail instaure une supplétivité généralisée de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise en matière de durée du travail. S'agissant de l'application de la loi dans le temps, l'étude d'impact s'inscrit dans le sillage ouvert par le Conseil constitutionnel : « 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 »². Tout, ou presque tout le droit de la durée du travail échappera à l'encadrement de l'accord de branche, à commencer par la majoration des heures supplémentaires. La durée maximale hebdomadaire moyenne est aussi touchée, dans un domaine où la priorité de l'accord d'entreprise est contestable, alors que la dérogation ne pouvait provenir que d'un décret ou d'une autorisation administrative. Parfois, l'accord de branche, purement supplétif, n'aura plus besoin d'être étendu. C'est le cas notamment en matière de dérogation à la durée maximale de travail quotidien ou au repos quotidien. On peut comprendre la disparition de l'extension, qui marque un recul de l'encadrement étatique : cet encadrement se justifie-t-il lorsque l'accord d'entreprise est prioritaire ? Mais pourquoi exiger l'extension, alors que l'accord de branche devient supplétif, en matière de mise en place du travail à temps partiel ou de travail intermittent ? Le projet de réforme du code du travail ne pourra pas rendre l'accord de branche supplétif de l'accord d'entreprise dans tous les domaines. Tout au moins, en matière de salaires minima, de classifications, de protection sociale complémentaire et de mutualisation des fonds destinés à la formation professionnelle – on aura reconnu les thèmes à propos desquels l'accord d'entreprise ne peut pas, actuellement, déroger à l'accord de branche –, l'accord de branche devra sans doute s'imposer. Ailleurs, le mouvement de décentralisation « impérative »³ de la négociation collective est en marche. Cela a été souvent dit, l'un des dangers de cette évolution est d'empêcher l'accord de branche de jouer son rôle traditionnel d'harmonisation de la concurrence au sein de la branche. D'autres craintes s'expriment, comme celle du chantage à l'emploi, plus sensible au niveau de l'entreprise.

Sur le plan théorique, cette primauté donnée à l'accord d'entreprise fragilise le principe de faveur, déjà fortement malmené par les lois de 2004 et de 2008. La Cour de cassation en a fait un principe fondamental du droit du travail, dont seul le législateur peut disposer, et le Conseil d'État un principe général du droit. Méritera-t-il encore ces qualificatifs demain ? Oui, dans le sens où le principe de faveur, tel qu'il a été consacré par les deux hautes juridictions, transcende le cadre des seules relations entre accords collectifs de niveaux différents, pour embrasser tous les conflits de normes. Il figure parmi les principes essentiels du rapport Badinter⁴. Ceci dit, le projet de loi Travail le supprime dans les rapports entre accords de

branche et d'entreprise. Où est donc « l'ordre public conventionnel » que le rapport Combrexelle appelait de ses vœux ? Même si l'expression est contestable, cet « ordre public conventionnel » existait dans la loi du 4 mai 2004 : l'accord de branche décidait des domaines ouverts à la dérogation par accord d'entreprise et des domaines impératifs, sauf stipulations plus favorables. Rien de tel dans le projet de loi Travail et il est à craindre que le rôle de la branche soit réduit à son strict minimum dans le projet de réforme du code du travail. Le principe de proximité a remplacé le principe de faveur dans l'articulation des accords de branche et d'entreprise.

Le principe de faveur devrait continuer à sévir dans les rapports entre accord collectif et contrat de travail. Pour autant, le contrat de travail lui-même n'est pas à l'abri des assauts de la primauté de l'accord collectif d'entreprise.

II. — L'APPLICATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE AU CONTRAT DE TRAVAIL...

... reste régie par l'article L. 2254-1 : « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ». Le rapport Combrexelle s'est prononcé en faveur du maintien de cette règle, qui figure dans les principes Badinter⁵, tout en réservant le cas des accords préservant l'emploi (accords de maintien de l'emploi, de mobilité ou de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences [GPEC]). Allant plus loin, l'article 11 du projet de loi Travail assure la primauté de l'accord collectif sur le contrat individuel à propos des accords d'entreprise de préservation ou de développement de l'emploi. Les stipulations de ces accords se substitueraient de plein droit aux clauses contraires du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail. La légitimité de ces accords est censée résulter de leur caractère majoritaire. Toutefois, la majorité n'est pas calculée par rapport à la totalité des suffrages exprimés mais par rapport aux suffrages exprimés en faveur de syndicats représentatifs. Quant au recours au référendum, permis lorsque l'accord a été signé par des syndicats ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés, il ne rassure guère. Comment ne pas voir la pression qui s'exerce sur les salariés lorsque l'emploi est en jeu ? Comment évaluer l'intérêt collectif, si les cadres disent oui et les autres salariés non ? Comment s'assurer que les contreparties en termes d'emploi sont fermes et sérieuses et que la sanction de leur non-respect sera à la hauteur des sacrifices consentis par les salariés restants et à la hauteur du préjudice subi par ceux qui auront été licenciés pour avoir refusé de se soumettre ? La volonté de la majorité fait plier la volonté individuelle. La règle posée par l'article L. 2254-1 n'est pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le Conseil constitutionnel s'étant refusé à lui conférer cette valeur. En revanche, l'atteinte à la force obligatoire des contrats doit être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Là se

2 Étude d'impact, p. 33.

3 « Impérative » dans le sens où elle est imposée aux signataires de l'accord de branche.

4 Art. 56.

5 Art. 57.

trouve sans doute un vrai principe constitutionnel. La protection de l'emploi constitue un motif d'intérêt général suffisant. Mais le fait que seuls les accords ayant l'emploi comme objectif soient concernés rend-il l'atteinte à la force obligatoire du contrat proportionnée, alors que des éléments qui lui sont aussi consubstantiels que la rémunération ou la durée du travail sont affectés ?

Avec cette nouvelle mise à l'écart de l'article L. 2254-1, les futurs accords de préservation ou de développement de l'emploi rejoignent la cohorte des accords qui, plus ou moins frontalement, brisent la faculté de résistance du contrat de travail face à l'accord collectif défavorable. Tantôt, la qualification de modification du contrat de travail est niée : c'est ainsi que procèdent l'article L. 1222-7, à propos de la diminution de la durée du travail en application d'un accord de réduction du temps de travail, et l'article L. 3122-6 à propos de l'entrée en application d'un accord de modulation du temps de travail. Tantôt, tout en reconnaissant qu'il s'agit d'une modification du contrat, le législateur facilite sa rupture : c'est la méthode employée pour les accords de mobilité interne ou les accords de maintien de l'emploi. La montée en puissance de l'accord collectif au détriment du contrat individuel se double d'une marginalisation du rôle du juge, flagrante lorsque la cause réelle et sérieuse du licenciement est affirmée par la loi. C'était déjà le cas, depuis la loi du 6 août 2015, à propos des accords de maintien de l'emploi. Dans le projet de loi Travail, le refus des salariés de se voir appliquer un accord conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi conduirait à un licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse (il s'agirait d'un licenciement individuel pour motif économique, au lieu du motif personnel initialement prévu). C'est décidément accorder beaucoup de pouvoir à l'accord collectif d'entreprise. Lorsque l'on connaît l'état du syndicalisme français et la faible implantation des syndicats dans les petites entreprises, on peut s'interroger sur la légitimité de cette évolution, surtout si l'on se rappelle que le Conseil d'État a érigé le principe selon lequel le salarié peut s'opposer à toute modification de son contrat en principe général du droit ⁶.

Parfois, les atteintes au contrat individuel sont plus subtiles. Elles peuvent se cacher dans des dispositions non codifiées du projet de loi, tel l'article 5, I : lorsque des accords collectifs autorisant la conclusion de conventions de forfait annuel, conclus avant la publication de la loi,

sont révisés pour être mis en conformité avec elle, « l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures ou en jours se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié ». Il s'agit d'imposer une convention de forfait en jours à un salarié qui n'y était plus soumis, l'irrégularité de l'accord collectif ayant entraîné, selon la jurisprudence, la nullité de la convention individuelle de forfait. Or, un accord collectif ne peut pas modifier le contrat de travail. C'est ce que permet ici le projet de loi.

Le projet de réforme du code du travail, dont l'orientation se décèle à travers le projet de loi Travail, traduit un changement de paradigme. L'ordre public en droit du travail se rétracte pour ouvrir un champ plus large à la négociation collective, tandis que le principe de faveur est réduit à une portion congrue, ne s'appliquant plus dans les cas, qui ont vocation à s'étendre, où l'accord de branche est supplétif de l'accord d'entreprise. Sous couvert de simplification, c'est une déréglementation qui est à l'œuvre. D'autres réformes étaient sans doute possibles, qui n'auraient pas heurté aussi frontalement des concepts clés du droit du travail français, comme ceux d'ordre public social, de principe de faveur ou de complémentarité entre une loi qui assume ses fonctions et une négociation collective sous contrôle ⁷. Une autre question que pose ce nouvel ordonnancement juridique est celle de son impact quant à l'application de la directive détachement ⁸. Cette directive autorise un État d'accueil à imposer l'application aux salariés détachés sur son territoire d'un noyau dur de règles protectrices fixées par voie de règles nationales générales, dans des matières limitativement énumérées (périodes maximales de travail et taux de salaire minimal, notamment), mais aussi dans d'autres matières « dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public ». Dans son arrêt *Laval* du 18 décembre 2007, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que la source du noyau dur ne pouvait résulter que de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ayant fait l'objet d'une procédure étatique de déclaration d'application générale, en un mot, ayant été étendues. Si l'essentiel de notre réglementation ne doit plus être constitué que d'une majorité de normes étatiques supplétives et d'une majorité d'accords d'entreprise, on peut craindre que l'application de notre droit national aux travailleurs détachés soit des plus limitée. Le *dumping* social a décidément de beaux jours devant lui ! ■

⁶ CE, 29 juin 2001, n° 222600, *Berton*, au Lebon ; AJDA 2001. 651 ; *ibid.* 648, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2001. 2364, et les obs. ; Dr. soc. 2001. 948, concl. S. Boissard ; RTD com. 2001. 872, obs. G. Orsoni ; RJS 2001, n° 1369.

⁷ V. propositions du groupe « Pour un autre code du travail ».

⁸ Dir. n° 96/71/CE, 16 déc. 1996, concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

Études

Sources

Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie)¹

À propos de la « loi travail » du 8 août 2016

L'essentiel

La loi du 8 août 2016 est là. Au temps de la controverse, en vue de faire évoluer un texte en construction, succède, à présent, celui de l'analyse, de la réflexion et, si possible, de la prise de recul. En marge de l'examen technique qu'appellent les différents « volets » de cette loi, il paraît nécessaire de s'interroger sur la philosophie qui la sous-tend. Peut-on la rapporter à l'idée de dialogue social ? De quelles conceptions cette réforme est-elle porteuse ? Tel est le premier temps de la contribution proposée dans le présent numéro, et que prolongera, le mois prochain, l'analyse de certains « instruments »-clefs qui ont été privilégiés. À la manière d'une nouvelle grammaire (du droit du travail) qui s'ébauche.



par Florence Canut

Professeur à la faculté de droit de Montpellier



et Frédéric Géa

Professeur à la faculté de droit de Nancy

Courageuse pour les uns (qui ont pu saluer l'émergence d'un nouvel ordre), critiquable pour les autres (au motif, souvent, que notre ordre juridique s'en trouvait renversé), la réforme portée par la ministre du Travail, Myriam El Khomri, même si elle n'en fût pas la seule pilote, s'est arrachée aux conflits ou affrontements, y compris politiques, qui ont marqué son processus d'élaboration, pour entrer en vigueur au milieu de l'été². La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 – dite loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels – est désormais là, avec ses 123 articles. Au temps des postures, de la rhétorique, des inepties³, de part et d'autre,

succède celui de l'analyse, avec la distance qui s'impose et qui, au demeurant, autorise et même favorise le sens critique. Quels que soient les positionnements de chacun à propos de tel ou tel « fragment » de cette réforme, le moment est venu de tenter d'en repérer les cohérences et d'en traquer les incohérences, voire les zones de turbulence. D'en saisir les lignes, fussent-elles de fuite... D'appréhender l'ordre qu'elle instaure, en débusquant aussi les désordres qu'elle engendre. Sur le plan théorique comme sur le plan technique. Puisqu'il ne s'agit pas d'investir chacun des volets de cette loi profondément hétérogène, notre parti sera, à travers cette contribution en deux temps, de nous interroger sur la philosophie dont elle s'inspire mais aussi qui en émane (I), avant d'explorer certains des instruments, à proprement parler, que privilégie et met en scène ce texte (II), donnant ainsi à voir ce qui se signifie comme l'amorce d'une nouvelle grammaire⁴.

¹ Cette étude s'inscrit dans le cadre du projet de recherche sur « L'avenir du droit du travail » (responsable scientifique : F. Géa) sélectionné par l'Agence Nationale de la Recherche (ANR) lors de son appel à projets générique 2016 (convention ANR-16-CE26-0002-01).

² Après que les Sages de la rue de Montpensier ont, début août, rendu leur décision sur cette loi, dont ils n'ont retoqué que cinq articles (Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC, AJDA 2016. 1604 ; D. 2016. 2252, obs. P. Lokiec et J. Porta). Ce qui n'autorise pas à avancer que toutes les dispositions de la loi ont été « validées » ou « déclarées conformes à la Constitution », le Conseil ne s'étant prononcé que sur les dispositions contestées devant lui.

³ Nous songeons notamment aux attaques *ad personam* dont la ministre a pu faire l'objet.

⁴ Entre ordre et désordre, donc. Il s'agit là d'une allusion discrète à l'ouvrage que publièrent, il y a presque trente ans maintenant, M. van de Kerchove et F. Ost, sous le titre *Le système juridique entre ordre et désordre* (coll. « Les voies du droit », PUF, 1988).

I. — QUELLE PHILOSOPHIE ?

D'une loi aussi ambitieuse et massive que celle datée du 8 août 2016, il est permis d'attendre qu'elle s'appuie sur une philosophie, qu'elle dégage le sentiment d'une cohésion d'ensemble et soit portée par une vision, jusqu'à l'incarner. Cette philosophie, quelle est-elle ? Et d'abord, où la repérer ? Dans l'intitulé du texte légiféré ? Peut-être serait-ce donner un trop grand crédit à un affichage, dont la capacité à refléter le contenu d'une réforme prête forcément le flanc à la discussion, à plus forte raison lorsque le titre n'a cessé de fluctuer au cours de sa gestation. Très tôt baptisée « loi travail », y compris dans le discours des juristes, cette réforme a eu bien du mal à se trouver un nom : « projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs », au stade de l'avant-projet de loi⁵, le texte s'est transmué en loi « relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ». Ce qui exprime une autre philosophie, moins libérale, et sans doute moins polémique⁶. Symbolique, cette évolution terminologique pourrait bien témoigner tout de même des aspirations contradictoires, antagonistes, ayant présidé à la conception du texte. S'inscrivant officiellement dans le prolongement du rapport rédigé par Jean-Denis Combrexelle⁷, l'annonce par le Premier ministre, Manuel Valls, en novembre 2015, s'accompagnait d'une ambition, celle de donner plus de poids à la négociation collective⁸. Une méthode était alors définie : outre l'ambition de dégager les principes fondamentaux, finalement devenus « essentiels », du droit du travail, il s'agissait de réformer, lors d'une première séquence, la durée du travail, le repos et les congés, à travers un principe de réécriture appelé, dans une seconde phase, plus longue, à inspirer la refonte du Code et, à mots couverts, du droit du travail. Dans un climat qui se voulait serein. Les deux premiers actes de cette pièce ont, à l'évidence, pris une tournure différente de celle qu'avaient imaginée leurs auteurs... La mise en mots, voire la représentation, des principes essentiels du droit du travail⁹ a été purgée du texte, peu de temps avant que le Conseil d'État ne rende son avis sur le projet de loi¹⁰. Quant à la séquence, à laquelle correspond la loi travail, elle s'est transformée en une série de réformes, plus ou moins entremêlées¹¹, en s'engageant dans des directions où nul ne l'attendait. Dans ces conditions, la première question qui surgit est celle de savoir si, au travers de cette loi, s'incarne la philosophie du dialogue social que celle-ci, *a priori*, était

censée porter, promouvoir et développer (A). Ce ne serait pourtant ne traiter qu'une partie du sujet. Il importe aussi, via une démarche apparemment à rebours de ce questionnement mais qui, en réalité, l'éclaire autrement, d'identifier les conceptions (fondamentales) dont cette réforme apparaît porteuse (B). Ou les lignes-forces qui en impriment la philosophie propre¹².

A — UNE PHILOSOPHIE DU DIALOGUE SOCIAL ?

1. Une ambition proclamée

Dialogue social...

Un horizon paradigmatique était assigné au droit du travail dans le rapport rédigé par Jean-Denis Combrexelle : le modèle du dialogue social. C'est dans cette perspective qu'il convenait, malgré un tableau nuancé (voire passablement mitigé) de l'état de la négociation collective en France, de créer une « dynamique » de négociation collective et – considération logiquement seconde dans la construction de ce rapport – d'instituer de nouveaux champs pour que celle-ci puisse s'accomplir. La loi du 8 août 2016 s'est-elle appropriée cette philosophie ? Si l'on pose la question en ces termes, la réponse est incontestablement affirmative, de par la réforme en profondeur qu'elle réalise du droit de la négociation collective, à la manière des lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008. C'est le dialogue social qui s'en trouve revisité, de tous côtés. Et à la faveur d'une alchimie censée se réaliser au travers, entre autres, de l'instauration – par accords de méthode au niveau de l'entreprise ou, à défaut, de la branche – de garanties procédurales en vue d'assurer la loyauté de la négociation collective et la confiance mutuelle des participants¹³, du renforcement de la légitimité du dialogue social dans l'entreprise (grâce à la généralisation, de façon échelonnée, des accords majoritaires¹⁴) et de l'aptitude de ses acteurs à le pratiquer¹⁵, ou de la consécration d'un système favorisant, par différents moyens, l'adaptabilité des normes négociées (par l'aménagement, en particulier, des régimes de révision, de dénonciation ou de mise en cause des conventions et accords collectifs¹⁶). Ce qui nous semble tout à fait significatif, c'est que l'on retrouve là, entremêlées, les trois finalités « intrinsèques » que François Ost, dans son dernier ouvrage, attribue au droit – avec l'idée que celui-ci définit un équilibre général à vocation opératoire, qu'il soit

5 Avant que le dernier mot ne soit remplacé par « actif-ve-s » au moment du dépôt du projet de loi.

6 L'on songe, bien sûr, à la référence – maladroite, bien qu'étant liée à la création du compte personnel d'activité (CPA) – aux « actifs » (ou « actif-ve-s »).

7 J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, France stratégie, rapport remis au Premier ministre le 9 sept. 2015.

8 Le Premier ministre présente les grandes lignes de la réforme du code du travail, Liaisons soc. 6 nov. 2015. 1.

9 À ce sujet, v. G. Dumortier et L. Pécaut-Rivolier, Naissance des principes essentiels du droit du travail, RDT 2016. 79 s.

10 CE, avis, 17 mars 2016, n° 391197.

11 B. Teyssié, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP 2016. 1019.

12 Nous nous inspirons, tout en la détournant, de la manière dont G. Deleuze et F. Guattari envisageaient la philosophie, en la présentant comme l'activité qui consiste à créer des concepts (G. Deleuze et F. Guattari, Qu'est-ce que la philosophie ?, coll. « Critique », Les Éditions de Minuit, 1991. 10).

13 C. trav., art. L. 2222-3-1, nouv. Ces accords de méthode se voient, en vertu du dernier alinéa de ce texte légal, reconnaître la faculté de s'auto-conférer une force leur permettant de frapper de nullité la convention ou l'accord collectif conclu en méconnaissance de leurs stipulations. Il émane, en outre, de la même disposition, que le non-respect, dans le cadre de la négociation, du « principe de loyauté » serait de nature, en tant que tel, à rebours du droit civil, à affecter la validité de la convention ou de l'accord.

14 C. trav., art. L. 2232-12, mod.

15 C. trav., art. L. 2212-1, nouv.

16 Respectivement C. trav., art. L. 2261-7 s., L. 2261-10 et L. 2261-13 s., mod.

en mesure d'imposer un tel équilibre par une contrainte réglée et génératrice de confiance, et qu'il soit capable de produire un équilibre susceptible d'être remis en cause par des procédures déterminées¹⁷. La particularité, ici, tient à ce que le droit, justement, opère et tend à se réaliser par le truchement du dialogue social. Cette ambition est, par ailleurs, servie par deux séries de dispositions issues de la loi du 8 août 2016. À savoir, d'une part, celles qui consolident l'intégration de l'ordre conventionnel au sein de l'ordre juridique, qu'il s'agisse d'encadrer ou de sécuriser les accords de groupe¹⁸ et les accords interentreprises¹⁹, ou bien de modeler la teneur normative des actes négociés (avec, par exemple, l'insertion de préambules présentant de façon succincte les objectifs et le contenu des accords²⁰), par exemple. Et, d'autre part, celles qui s'attachent à consolider cet ordre conventionnel, à l'instar du volet de la réforme visant à accélérer le processus de fusion – et, partant, de recomposition des périmètres – des branches professionnelles²¹ qu'avait initié la loi du 5 mars 2014²², mais encore, bien entendu, de l'institutionnalisation, au niveau de chaque branche, d'un « ordre public conventionnel »²³, sur lequel nous reviendrons plus loin. Encore que cette notion soit de nature à ouvrir sur une fonction d'intermédiation entre l'ordre juridique et l'ordre conventionnel.

À porter un regard *général* sur le volet « négociation collective » de la loi, l'on ne peut qu'être *globalement* convaincu que cette réforme a pour ambition de « favoriser une culture du dialogue et de la négociation »²⁴ et promeut, ce faisant, une véritable philosophie du dialogue social, en ajustant notre système juridique à cette fin – qui s'apparente à une finalité que l'on devrait, cette fois, qualifier d'extrinsèque (au droit), en ce qu'elle traduit une représentation de la démocratie sociale, en particulier. Seulement, à entrer de plain-pied dans les nouvelles règles, l'observation et, disons, cette impression d'ensemble viennent à se nuancer.

Quel dialogue social ?

Afficher en étendard le dialogue social (et/ou sa modernisation), promouvoir le renforcement de la négociation

collective, ne préfigure pas de la conception que la loi du 8 août 2016 se fait de l'un et de l'autre. Divers modèles, sur le plan théorique, sont susceptibles d'entrer en jeu. À un modèle centralisé de négociation collective, qui confère un rôle central ou important au niveau de la branche, s'oppose un modèle décentralisé, privilégiant le niveau de l'entreprise – modèle qui, lui-même, peut connaître de multiples déclinaisons, suivant qu'il procède d'une logique de délégation ou de dérégulation. Mais, en marge de ces orientations d'ordre conceptuel, il est un questionnement que l'on pourrait dire premier : quelle idée se fait-on, ici, du dialogue social ?

Là survient un retournement substantiel, même si l'on peut penser que celui-ci avait été préparé par des évolutions législatives antérieures. Il paraît acquis, depuis maintenant deux décennies, que la signification que se voit reconnaître le principe de participation, ancré dans l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, n'ouvre pas, en matière de négociation collective, sur un monopole des organisations syndicales²⁵. C'est bien ce qui a permis à des formes « atypiques » de négociation de se développer. Seulement, jusqu'à présent, le législateur veille à consolider le rôle central, voire structurant, des syndicats, en la matière. Ce dont atteste la subsidiarité des négociations d'entreprise menées avec des élus et/ou par le recours au mandatement, à ce titre cantonnées aux contextes d'absence de représentation syndicale. Or, de ce point de vue, la loi du 8 août 2016 marque une évolution, discrète peut-être, mais d'autant plus emblématique qu'il n'est pas exclu qu'elle puisse préfigurer l'avenir. Elle tient en une orientation, qui, aujourd'hui, avec nos cadres analytiques, ne peut qu'apparaître paradoxale, en ce qu'elle consiste à *limiter la capacité d'action des syndicats*. Et ce, *au nom du dialogue social*.

Cette aspiration, à la fois ambivalente et ambiguë s'est concrétisée, de façon assez éclatante à notre avis, dans le recours au référendum, tel que l'orchestre(ro)nt les dispositions, modifiées, de l'article L. 2232-12 du code du travail, s'agissant des accords collectifs d'entreprise²⁶. C'est qu'en effet le législateur a jugé opportun, pour éviter les situations de blocage, de réserver, dans l'hypothèse où la condition majoritaire n'est pas remplie (signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant au moins recueilli 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations représentatives²⁷), la possibilité de conclure un accord minoritaire, qui n'aura cependant la valeur d'un accord collectif d'entreprise que s'il est *in fine* validé grâce au suffrage majoritaire des

17 F. Ost, À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités, coll. « Penser le droit », Bruylant, 2016, spéc. p. 327 s. ; sur cet ouvrage, v. RDT 2016. 649.

18 C. trav., art. L. 2122-4 et L. 2232-32 s., mod. et nouv.

19 C. trav., art. L. 2232-36 s., nouv.

20 C. trav., art. L. 2222-3-3, nouv. Même si l'absence de stipulations relatives au préambule (comme celles ayant trait aux conditions de suivi ou instituant des clauses de rendez-vous) n'entraîne pas la nullité de ces accords, à la différence de la règle consacrée pour les accords de préservation ou de développement de l'emploi (C. trav., art. L. 2254-2, I, nouv.), les enjeux seront considérables, à cet égard, tant pour définir la catégorie à laquelle l'accord collectif négocié se rattache (durée du travail, etc.) que pour interpréter les dispositions de l'accord collectif (car l'existence d'un tel préambule tendra à favoriser le recours au mode d'interprétation téléologique).

21 L. 8 août 2016, art. 25, III et IV.

22 Elle-même modifiée par la loi Rebsamen du 17 août 2015.

23 L. 8 août 2016, art. 25, VI.

24 Pour reprendre l'intitulé du titre II de la loi du 8 août 2016.

25 V. Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, consid. 8, D. 1998. 152, chron. B. Mathieu, obs. J. Trémeau ; Dr. soc. 1997. 25, note M.-L. Morin ; RTD civ. 1997. 785, obs. R. Libchaber.

26 Dispositions pour l'heure applicables seulement aux accords de préservation et de développement de l'emploi visés aux nouveaux art. L. 2254-2 s., mais qui régiront dès le 1^{er} janv. 2017 les accords portant sur la durée du travail, les repos et les congés, en attendant qu'elles n'étendent leur empire à l'ensemble des accords collectifs, exception faite des accords de maintien de l'emploi, à échéance du 1^{er} sept. 2019.

27 Au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants.

salariés²⁸. Si la loi prévoit le recours au référendum, c'est bien parce que, dans une telle configuration, les organisations signataires, à elles seules, ne sont pas considérées, de par le jeu de miroirs que renvoie la figure de l'accord dit majoritaire, comme (suffisamment) légitimes pour créer des normes juridiques. Le fond du problème réside dans le fait qu'en dépit d'une représentativité disons « d'existence », celles-ci ne réunissent pas, même conjointement, les conditions d'une représentativité « pour agir », en matière d'accords collectifs. Cela veut dire que fait défaut, en pareilles circonstances, leur capacité à représenter les salariés concernés, s'agissant d'une *mimesis* qui, ici, a pour fonction de produire, d'inventer, de créer²⁹ et, devrait-on ajouter, de contribuer par le dialogue à la constitution du sens³⁰ (donc à la fixation du contenu des normes). Or, cette incapacité à produire un dialogue créateur de droit, comment entend-on la régler, la résoudre, ou encore la dépasser ? En permettant à ces mêmes syndicats de demander à l'employeur d'organiser dans un délai de deux mois la consultation des salariés. Telle est la réponse qui émane de l'article L. 2232-12, réécrit par la loi El Khomri. Une réponse qui ne laisse pas de surprendre, à la lumière des implications de l'idée de dialogue (fût-il social), dans la mesure où le référendum en constitue rien moins que la négation. Soumettre un accord collectif à l'approbation des salariés ouvre, en effet, sur une alternative binaire (pour ou contre), proprement antinomique avec l'exigence d'une délibération authentique³¹. Loin de concrétiser une philosophie du dialogue social, un tel montage tend, au contraire, de ce point de vue, à s'en affranchir. Cela est d'autant plus vrai que le référendum tend à contrecarrer ce que l'on pourrait présenter comme un refus (bel et bien) majoritaire de signer l'accord – au regard des audiences obtenues par les syndicats non-signataires. En somme, il revêt les allures d'un passage en force. À cet égard, la réforme El Khomri opère comme une *transgression*, car jusqu'à présent le recours au référendum en la matière restait cantonné à la négociation collective avec des salariés mandatés, élus³² ou non³³, ce qui, évidemment, ne lui conférait pas la même signification.

À l'ordre du dialogue social semble se substituer l'esquisse d'un nouvel ordre, aux allures, pour l'heure, de désordre. Le trouble se révèle d'autant plus profond que la place faite au référendum ne constitue pas le seul élément de nature à accréditer notre thèse. Il est semblablement permis de s'interroger sur la suppression de la nécessité d'une approbation par la commission paritaire de branche des accords collectifs conclus par des élus non mandatés, laquelle conduisait, en fin de compte, à conditionner la validité de ces accords à un contrôle préalable tant de légalité que d'opportunité³⁴. Libérer une telle négociation atypique, à distance des organisations syndicales, en laissant ainsi aux élus concernés, comme l'a observé Michel Morand, « pleine capacité pour négocier tout et peut-être n'importe quoi sans aucun contrôle »³⁵ ne procèderait-il pas de l'aspiration à priver les syndicats, au niveau de la branche, de leur capacité à encadrer, réguler et maîtriser le développement de ces accords ? La mise à l'écart des syndicats³⁶ deviendrait-elle aujourd'hui la condition *sine qua non* du renouveau et de l'essor du dialogue social ? Voilà ce dont la loi du 8 août 2016 semble aussi porter la trace. La marque. Aussi sulfureuse soit-elle...

La réforme El Khomri aurait-elle cédé à la tentation du dialogue social « à tout prix », quitte à bousculer les représentations et renverser les cadres de pensée préexistants ? Ce qui est certain, c'est qu'elle fait bouger les lignes, en matière de dialogue social. En marge des dispositifs dont l'objet consiste à inciter à la négociation collective, à l'instar de la négociation d'anticipation que tendent à favoriser les nouvelles règles relatives à la mise en cause des accords collectifs³⁷ ou de la suppression – curieusement sans polémique – de la notion d'avantages individuels acquis³⁸ (et à supposer que le parti pris de lui substituer la notion de maintien de la rémunération perçue soit de nature à favoriser une telle négociation³⁹), des schémas se réinventent. Alors qu'on aurait pu imaginer qu'elle s'approprie et consacre – au nom du dialogue social, justement – une conception tendant

28 L'on remarquera qu'un tel accord minoritaire ne répond pas aux conditions qu'avait fixées la loi du 20 août 2008 (et qui demeurent, à ce stade, le droit commun applicable pour les accords d'entreprise), puisque l'audience cumulée de 30 %, requise du côté syndical, se rapporte aux suffrages exprimés en faveur des seules organisations représentatives – ce qui, au regard de l'ensemble des suffrages exprimés, correspondra à un seuil inférieur pour peu qu'un syndicat au moins n'ait pas atteint pas le seuil de représentativité de 10 % de ces suffrages.

29 Notre propos s'inspire des réflexions que propose Myriam Revault d'Allonnes dans *Le Miroir et la scène*. Ce que peut la représentation politique (coll. « La couleur des idées », Seuil, 2016), où elle défend un modèle théâtral de la représentation.

30 Sur l'hypothèse de la constitution dialogique du sens, v. F. Géa, Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme, t. II, vol. 2, coll. « Fondation Varenne », LGDJ, 2009. 1915 s.

31 Ici, ce sont les travaux de Pierre Rosanvallon – à qui l'on doit un séminaire au Collège de France sur le thème « Référendum et démocratie » (accessible sur le site internet du Collège de France) – et de D. Rousseau – au sujet de ce qu'il appelle l'équivoque référendaire (v. D. Rousseau, Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation, Seuil, 2015, spéc. p. 134) – qui méritent d'être médités.

32 C. trav., art. L. 2232-21-1.

33 C. trav., art. L. 2232-27.

34 Désormais, la commission paritaire de branche, laquelle, sauf commission *ad hoc* instituée à ce niveau, devrait s'identifier à la nouvelle « commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation » visée à l'art. L. 2232-9 (mod.), ne se verra plus transmettre ces accords que « pour information », et sans que l'accomplissement de cette « formalité » (selon le terme utilisé par le législateur...) ne puisse avoir une incidence sur leur efficacité juridique (art. L. 2232-22, mod.)

35 M. Morand, Étonnante disparition d'une validation paritaire, RJS 2016. 731. Précisons néanmoins que cette négociation ne peut porter que sur les accords collectifs relatifs à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, excepté celui sur le PSE (C. trav., art. L. 2232-22, al. 2)

36 En veillant tout de même à ne pas porter atteinte au principe de la liberté syndicale, visé au sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946...

37 C. trav., art. L. 2261-14-2 et L. 2261-14-3, nouv.

38 C. trav., art. L. 2261-13, al. 1^{er}, mod., pour la dénonciation de l'accord collectif, et L. 2261-14, mod., al. 2, dans l'hypothèse de la mise en cause de celui-ci.

39 En ce sens, le point de vue d'Y. Tarasewicz, Transfert d'activité : une loi travail bien structurée, Liaisons soc. oct. 2016. 67. L'on peut néanmoins se demander si la suppression du maintien des avantages individuels acquis n'est pas, au contraire, de nature à faire perdre, du côté de l'employeur, de l'intérêt à cette négociation. L'avenir le dira.

à assurer la prévalence des décisions prises sur le fondement de normes négociées sur les décisions unilatérales de l'employeur, la loi du 8 août 2016 a ouvert sur de nouveaux agencements entre le négocié et l'unilatéral. La faculté reconnue aux branches professionnelles⁴⁰ de négocier, au bénéfice des entreprises de moins de 50 salariés, des accords-types, dont le contenu, modulable, sera fixé par document unilatéral de l'employeur, illustre, à notre avis, un dépassement de la dichotomie entre le négocié et l'unilatéral, laquelle paraît céder la place à un enchevêtrement – puisque le négocié ne se propage que par l'unilatéral et, même, n'accède à la positivité que par ce canal exclusif⁴¹. De même en va-t-il concernant le mécanisme dénommé dans l'étude d'impact « dispositif dit de "béquille" »⁴² qui permet – si l'on s'éloigne du titre II de la loi – à l'employeur, pour le recours au forfait en jours, de combler, à certaines conditions, les carences de l'accord collectif au sujet des modalités d'évaluation, de suivi de la charge de travail et de la communication entre l'employeur et le salarié. Un tel dispositif relativise le caractère instituant de l'accord collectif, dont la Cour de cassation, quant à elle, tirait toutes les conséquences⁴³. Voilà donc que l'unilatéral peut venir au secours du négocié.

Ces lignes-là s'apparentent à des lignes de fuite – par lesquelles se dessine un autre devenir. Avec la loi du 8 août 2016, le dialogue social se découvre de nouveaux chemins, aussi étonnants soient-ils. Des chemins transversaux. Pourquoi ? En raison, peut-être, des insuffisances de notre système de relations professionnelles, des obstacles, de tous ordres, empêchant que se déploie un véritable dialogue. Mais cela n'explique pas tout.

2. Une perspective brouillée

Le modèle du dialogue social, tel que l'on pourrait se le représenter à partir des exigences fortes qu'implique tout dialogue véritable ou encore l'aspiration à conférer une primauté aux accords ou conventions collectifs négociés par les syndicats représentatifs, connaît des turpitudes là où, précisément, il aurait pu (ou dû) trouver transcription dans la loi. C'est le signe, pensons-nous, que des considérations d'une autre nature et, pour ainsi dire, concurrentes sont entrées en jeu. Voilà ce qui, à nos yeux, explique – fondamentalement – que la perspective du dialogue social, pourtant brandie par les promoteurs de la réforme, apparaisse brouillée.

À s'en tenir aux mots de l'intitulé de la loi, la réforme, dans sa version finale, semble se revendiquer d'un modèle « néolaboriste » ou « néotravailliste ». Travail, modernisation du dialogue social, sécurisation des parcours pro-

fessionnels : ces marqueurs paraissent, à première vue, imprimer une philosophie prenant appui sur une réflexion relative au travail (et à l'idée de travail), à ses transformations, aux relations qu'ils instituent, aux organisations dans lesquelles il s'accomplit... La loi du 8 août 2016 ne serait-elle pas imprégnée de ce modèle ou influencée par celui-ci ? Nul doute que certains de ses volets se prêtent à ce décryptage. L'on songe, entre autres, au nouveau titre IV, dédié aux « travailleurs utilisant une plate-forme de mise en relation par voie électronique », de la septième partie du code du travail, titre qui reconnaît – dans des conditions assez floues, tout de même...⁴⁴ – des droits sociaux à (une partie au moins de) ces travailleurs que le nouvel article L. 7341-1 qualifie d'indépendants. Participent également d'une approche fondée sur la considération du travail les dispositions légales se rapportant au fameux droit à la déconnexion⁴⁵, initiant une concertation sur le télétravail et le travail à distance⁴⁶, ou renforçant la lutte contre le détachement illégal⁴⁷, comme celles définissant tant le contenu que les modalités de fonctionnement du compte personnel d'activité (CPA)⁴⁸, par exemple. Il serait fastidieux d'en dresser la liste exhaustive. Seulement, en élargissant, dès l'avant-projet de loi, son spectre au-delà, non seulement des sujets qu'avait annoncés la ministre du Travail, mais, en outre, de ces orientations, cette réforme s'est engagée dans une voie qui ne pouvait que lui faire perdre toute prétention à la cohésion. Le trouble s'est avant tout cristallisé lorsque surgirent, en février 2016, dans la version primitive du texte, des dispositions qui paraissaient s'inspirer d'un tout autre modèle. Voire d'une autre rationalité. Ces dispositions, chacun les garde à l'esprit. Ce sont elles qui ont généré controverses et incompréhensions : la tentative d'objectivation des difficultés économiques pouvant justifier des licenciements, accompagnée de celle de recentrer le périmètre d'appréciation de la cause économique sur le territoire national ; l'autonomisation de l'accord d'entreprise par rapport à un accord de branche renvoyé à l'arrière-plan de l'ordre conventionnel ; la résurrection du plafonnement des indemnités pour licenciement injustifié... Avec ces articles, et quelques autres, logés en bonne place dans les premières moutures du texte, il était perceptible que la réforme constituait le lieu d'une tension, d'un affrontement entre des modèles passablement antinomiques. Il y eut certes ces jeux de pouvoirs et d'influences, au sein du gouvernement, qui conduisirent à greffer, à insérer, dans le texte des dispositions étrangères à sa conception d'origine⁴⁹. Le ministère du Travail a-t-il été, au moins partiellement, dépossédé de son texte ? S'est-il vu imposer des articles dont il ne voulait pas ? Qu'importe, au fond. C'est au niveau paradigmatique

40 C. trav., art. L. 2232-10-1, nouv.

41 Le document unilatéral de l'employeur ne nous paraît pas, en effet, pouvoir acquérir, par ce montage, la nature juridique d'un accord collectif.

42 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. 40.

43 Soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807, Bull. civ. V, n° 43, D. 2012. 445 ; *ibid.* 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 1765, chron. P. Bailly, E. Wurtz, F. Ducloz, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier et A. Contamine ; Dr. soc. 2012. 536, obs. P.-H. Antonmattei ; RTD eur. 2013. 292-28, obs. B. Le Baut-Ferrarese.

44 Les nouvelles dispositions légales demeurent silencieuses sur les critères (chiffre d'affaires, durée d'activité...) définissant les travailleurs qui relèveront de cette nouvelle catégorie légale, et restent vagues sur les modalités de l'assurance mentionnée à l'art. L. 7342-2 (qui doit la souscrire ? La plate-forme doit-elle, le cas échéant, avancer les sommes ou se contenter de les rembourser ? Etc.).

45 C. trav., art. L. 2242-8, al. 7, mod., dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janv. 2017.

46 L. 8 août 2016, art. 57.

47 L. 8 août 2016, art. 105 s.

48 L. 8 août 2016, art. 39.

49 V. note page suivante.

qu'il faut décrypter la tension dont la loi du 8 août 2016 porte la trace indélébile. Or, notre thèse tient à ce que sur le plan conceptuel, le modèle du « néolaborisme » s'est heurté à celui du « néolibéralisme », pour reprendre les dénominations retenues par Adalberto Perulli dans le cadre de son analyse de l'affrontement paradigmatique qu'il a pu mettre au jour sur la scène du droit italien du travail⁵⁰. Là s'origine, à coup sûr, le désordre conceptuel.

Un tel brouillage, sur le plan des soubassements de la réforme, ne pouvait que poser un problème de... tissage. Voilà ce qui explique qu'il soit difficile de rapporter à une philosophie du dialogue social cette réforme. Reste que l'affrontement de ces modèles n'a rien d'étonnant⁵¹ et que, par la force des choses, il a été dépassé, en intégrant cette double influence. Au-delà des multiples objectifs (ou micro-objectifs)⁵² que poursuit la loi El Khomri, il pourrait être tentant de distribuer les différentes dispositions en fonction du modèle qui les inspire. Mais la démarche serait vouée à l'échec, dans la mesure où ces modèles ont fini, dans les soubassements de la loi, par s'enchevêtrer, s'imbriquer, en interagissant l'un sur l'autre. Si la loi du 8 août 2016 pose un problème de décryptage, c'est parce qu'elle s'avère fondamentalement hétérogène, de ce point de vue, et se caractérise par une logique du « deux dans l'un ». Cette hétérogénéité constitutive a rendu insaisissable – illisible – la philosophie du dialogue social qui, pourtant, inspire, à bien des égards, la réforme. Jusqu'à l'occulter au moment où a été dévoilé l'avant-projet de loi – et ce pour la raison simple que le texte a, dès lors, été reçu, perçu et compris à travers le prisme des articles jugés les plus sulfureux. C'est ainsi que ce texte est devenu comme prisonnier d'une impression d'ensemble – largement partagée, croyons-nous – laissant entendre qu'il avait pour principal objectif « de donner aux entreprises les libertés qu'elles réclament dans la gestion de leur main-d'œuvre »⁵³. Trop, pour certains ; insuffisamment, pour d'autres... Il n'empêche. De cette finalité *semble* s'induire un parti pris consistant à réduire le droit du travail à une fonction prédéterminée par un

discours économique érigé en dogme (et envisageant le marché comme l'institution d'une forme contemporaine de droit naturel...) : celui de favoriser la compétitivité des entreprises et de développer l'emploi. Une fonction qui, parce qu'elle en occulte d'autres, traduit une approche purement instrumentale du droit, les règles n'étant plus que des outils – il faudra donc parler d'instruments⁵⁴ – au service de leurs « utilisateurs », lesquels, sous-entendu, seraient à peu près autorisés (habilités) à faire ce qu'ils (en) veulent. Nous parlons là, répétons-le, de l'impression d'ensemble qui a été générée⁵⁵ : celle d'une réforme qui, si elle se voulait courageuse, a cédé « sans raison aux interminables exigences du néolibéralisme »⁵⁶. Au risque d'ériger ces exigences-là en finalités du droit du travail, de rabattre celui-ci sur une fonction de serviteur docile de cette idéologie et de s'en remettre, en aveugle, au supplément de liberté que les acteurs de l'entreprise se voient reconnaître. Une telle lecture procède-t-elle d'une erreur de compréhension ? La réponse n'est pas si simple...

B – QUEL RENOUVEAU CONCEPTUEL ?

Si sa philosophie apparaît *constitutivement* brouillée, mieux vaut alors tenter de saisir en quoi la loi travail invente ou recompose les cadres conceptuels de notre droit du travail. Ce qui revient à se demander en quoi elle contribue à renouveler les représentations du système juridique (français) d'ordonnement des relations de travail. S'il s'agit de définir, avant tout, un nouvel ordre, la perspective se dédouble entre une aspiration à refonder le droit du travail – « *au-delà du code du travail, mais par le code du travail* »⁵⁷ (1) – et l'ambition de réengendrer l'ordre conventionnel – « *par le code du travail, mais au-delà du code du travail* »⁵⁸ (2).

1. Refonder le droit du travail

Sous l'emblème de la refondation, la loi du 8 août 2016 attise, d'emblée, le questionnement sur le principe de réécriture du code du travail, autrement dit de la loi *codifiée* – figure qui fait écho à la représentation mystificatrice⁵⁹ d'une loi monolithique, omnipotente, exclusive. Avec la réforme El Khomri, ce principe de réécriture constitue d'abord une promesse – formulée par l'article 1^{er} de ce texte légiféré. C'est que la commission d'experts et

49 Chacun a pu se faire son idée. Sans nous engager plus avant sur ce terrain, nous nous contenterons de citer un extrait de l'ouvrage publié par celui qui fut le conseiller stratégie de la ministre du Travail, de septembre 2015 à février 2016 : « Que se serait-il passé si Myriam El Khomri avait dit, haut et fort, son désaccord sur le contenu du projet de loi qu'on lui a demandé de porter, à la toute dernière minute ? Car même si le propos n'engage que moi, je tiens ici à l'affirmer, à l'attester et le confesser, dans la coulisse, la ministre du Travail n'adhérerait pas aux arbitrages de Matignon, qu'il s'agisse de l'inversion de la hiérarchie des normes, du licenciement économique ou même du plafonnement des indemnités prud'homales [...] » (P. Jacquemain, Ils ont tué la gauche. Postures et imposteurs au sommet de l'État, Fayard, 2016.163-164).

50 A. Perulli, Un nouveau paradigme en droit du travail. Entre néolibéralisme et néolaborisme, RDT 2015. 732 s.

51 Pour qui convient que les paradigmes, souvent, se déclinent au pluriel.

52 La liste apparaît fort longue : désengorgement des services de santé au travail, simplification de la procédure de constatation de l'inaptitude, reconnaissance des accords (dits « offensifs ») de préservation ou de développement de l'emploi, renforcement de l'obligation de revitalisation, simplification de l'accès à la VAE, mesures en faveur des travailleurs handicapés, création d'une instance de dialogue social pour les réseaux de franchise, etc.

53 B. Perret, Loi travail : réformisme nécessaire ou transgression inutile ?, Esprit, juill.-août 2016. 11.

54 V. la seconde partie de cette contribution, à paraître dans le numéro de Droit social daté de janv. 2017.

55 Sans que la situation puisse être imputée à un défaut d'explication (ou des défaillances de communication).

56 J.-C. Martin, 17 février 2016 – Myriam El Khomri dévoile son projet de réforme du code du travail, in L. de Sutter (dir.), Le livre des trahisons, PUF, 2016. 324, lequel estime, notamment, qu'avec cette loi, il « n'y a plus d'heure [de travail] qui puisse être préservée d'un rendement infini » et que, désormais, « [t]out s'aligne sur une temporalité élastique, flexible à souhait ».

57 Pour reformuler la célèbre formule de Raymond Saleilles (v. la préface de F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 1, 2^e éd., LGDJ, 1919. XXV).

58 Pour emprunter, cette fois, au langage de F. Gény (Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1919. 230, n° 185).

59 Comme le rappelle à raison S. Goltzberg, Les sources du droit, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2016. 40.

de praticiens des relations sociales⁶⁰ chargée de proposer au gouvernement, au plus tard le 9 août 2018, une refondation de la partie législative du code du travail devra⁶¹ attribuer « une place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétences et son champ d'action », et reprendre (sauf à les simplifier, mais sans exigence de recodification à droit constant) « des règles de droit positif ». Ceci en leur conférant la nature de « dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord collectif ». Une double orientation se trouve, de la sorte, tracée, l'extension du champ des normes conventionnelles se conjuguant avec la mise en retrait (ou supplétivité) des normes légales. Nul doute que les énoncés légiférés à venir devront, en vertu de ces prescriptions, s'ordonner conformément au type d'agencement déjà mis en œuvre par la réforme pour l'édification de la « nouvelle architecture des règles en matière de durée du travail et de congés »⁶². Nous parlons là de la répartition⁶³ des dispositions légales en trois strates, respectivement dénommées « ordre public », « champ de la négociation collective », « dispositions supplétives ». En perspective normative, l'idée se conçoit bien⁶⁴ : il s'agit, chacun l'a compris, de redéfinir et recomposer les champs de la loi et de la négociation collective. Ce faisant, c'est la *théorie des sources du droit du travail* que la réforme El Khomri contribue à revisiter. Au-delà des mots du législateur.

Le triptyque présidant à la réécriture des textes semble procéder par délimitation de territoires. Il impulse un mouvement de déterritorialisation, doublé d'une reterritorialisation (de la loi, en particulier). Les lieux s'en trouvent, sur le plan conceptuel, reconfigurés, à la faveur du recours à la technique de la supplétivité⁶⁵. En instaurant, dans le domaine de durée du travail et des congés, une strate de dispositions légales supplétives par rapport aux stipulations des conventions et accords collectifs, selon un schéma dont elle appelle l'extension aux autres domaines du code du travail, la réforme El Khomri tend à consacrer, en droit du travail, une dualité de la législation publique – puisque tantôt d'ordre public, tantôt supplétive. Gare cependant aux chausse-trapes conceptuelles. La notion d'ordre public (en droit du travail) n'est pas arrimée à l'analyse que le Conseil d'État proposait dans son célèbre avis du 22 mars 1973⁶⁶. À la suite du rapport de Jean-Denis Combrexelle, la loi du 8 août s'en est affranchie, si bien que l'on retrouve – aujourd'hui comme hier – en matière

de durée du travail des dispositions susceptibles d'être améliorées par voie conventionnelle, conformément à la logique de l'ordre public social, mais aussi des dispositions susceptibles de dérogations⁶⁷, comme le montrent les habilitations (à déroger) envisagées aux articles L. 3121-19 (dépassement de la durée quotidienne maximale de travail), L. 3121-23 (dépassement de la durée hebdomadaire maximale de travail moyenne sur douze semaines consécutives) ou L. 3131-2 (concernant la durée minimale de repos quotidien) du code du travail, entre autres⁶⁸. Il s'agit d'un ordre public susceptible d'effritement. À la technique de la dérogation, qui se rapporte à des normes d'origine légale impératives *ab initio*, le législateur a ajouté celle de la supplétivité, qui affecte quant à elle l'impérativité des normes concernées, en regroupant dans une troisième strate ou catégorie les dispositions légales supplétives⁶⁹. C'est dans ce cadre que se retrouvent les dispositions légales relatives au taux de majoration des heures supplémentaires (art. L. 3121-36) ou à la définition du travail de nuit (art. L. 3122-20), par exemple. Ainsi le législateur érige-t-il un système – à deux étages – modulant la force obligatoire de la loi. La distinction des lois impératives et des lois supplétives (qui ne deviennent obligatoires qu'à défaut de convention remplissant les conditions requises) n'est pas nouvelle et apparaît même traditionnelle, même si elle ne connut que très peu de concrétisations en droit du travail pendant longtemps : la force obligatoire de la loi est susceptible de variations, de degrés⁷⁰. Il n'empêche que la généralisation, en droit du travail, de cette dualité transforme, non seulement la géographie des lieux, mais les fonctions de la loi en ce domaine. Elle signe, en

60 Dont il a été annoncé qu'elle devait être installée en début d'année.

61 Avec le souci de préserver le domaine réservé à la loi, au sens formel, par l'art. 34 de la Constitution.

62 Pour reprendre les termes de l'intitulé du chapitre III du titre I^{er} (« Refonder le droit du travail et donner plus de poids à la négociation collective ») de la loi du 8 août 2016.

63 Inspirée par le rapport de J.-D. Combrexelle, lequel, cependant, envisageait les dispositions supplétives comme devant être « généralement de niveau réglementaire » (J.-D. Combrexelle, préc., p. 79).

64 Même si l'on peut se demander si l'ensemble des segments du droit du travail sont susceptibles de donner lieu à une telle réécriture. Le Gouvernement a été amené, dans des circonstances particulières il est vrai, à abandonner ses prétentions à ce sujet, concernant la définition des difficultés économiques. Le défi sera de taille, nous semble-t-il, en matière de santé au travail ou d'instances représentatives du personnel, par exemple.

65 V. la seconde partie de cette contribution, à paraître dans le numéro de janv. 2017.

66 Dr. ouvrier 1973. 190 – Sur la problématique de l'ordre public et de ses transformations en droit du travail, v. F. Canut, L'ordre public en droit du travail, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », LGDJ, 2007.

67 Dans l'hypothèse où une norme conventionnelle apparaît plus favorable aux salariés qu'une norme légale, cette dernière n'est pas écartée, elle est tout simplement respectée. À l'inverse, en présence d'une faculté de dérogation (*in pejus*, forcément), la norme légale voit son impérativité (et *in fine* son champ d'application) se rétracter, de par le recours à la convention ou à l'accord collectif. Pour ces raisons, l'expression parfois utilisée de « dérogation *in melius* » nous apparaît inappropriée. Il n'en reste pas moins que certaines dispositions légales, qui ne relèvent pas de l'ordre public social, sont elles aussi susceptibles de « dérogations », suivant la terminologie employée dans le discours législatif (v. par ex. les art. L. 2324-24 et L. 2324-25, à propos de la durée du mandat des membres du comité d'entreprise), sans qu'il y ait lieu d'en apprécier le caractère défavorable ou non – Sur la notion de dérogation (et ses contours), v. F. Boquillon, La dérogation en droit du travail, th. univ. Robert Schuman, Strasbourg III, 1999, plus spéc. le titre I^{er}, au sujet des éléments constitutifs de l'acte de dérogation ; F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité, Sem. soc. Lamy, suppl., 8 juin 2015. 53 s. ; F. Canut, L'ordre public en droit du travail, *op. cit.*, spéc. n^{os} 515 s., p. 255 s., ainsi que n^{os} 541 s., p. 267 s.

68 V. par ex. C. trav., nouv. art. L. 3121-34, L. 3122-17 et L. 3141-20.

69 Dont on observera, puisqu'il est question d'y inscrire les règles actuelles du « droit positif », qu'elles ont vocation à intégrer les interprétations jurisprudentielles.

70 À ce sujet, v. J.-C. Bécane, M. Couderc et J.-L. Héryn, La loi, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2010, spéc. p. 241-243, qui soulignent, à raison, que cette distinction n'est d'ailleurs plus elle-même suffisante pour rendre compte de tout le « dégradé » modulant la force obligatoire de la loi. Cette dimension, ouvrant sur l'éventail de la normativité juridique et les déclinaisons de la force normative, est bien éclairée par les travaux initiés par Catherine Thibierge : v. not. C. Thibierge *et alii*, La force normative. Naissance d'un concept, LGDJ-Bruylant, 2009, spéc. synthèse et concl. p. 741 s.

effet, une relégation des énoncés normatifs relevant de la troisième strate au rang ancillaire de dispositions qui, parce qu'elles ne sont que subsidiaires, sont supposées officier comme des « solutions modèles » n'accédant à la force normative que pour combler un espace laissé vacant par la négociation collective. Partie intégrante de l'ordre juridique, ces dispositions légales (et les interprétations qu'elles appellent) peuvent encore théoriquement opérer, à l'instar de toute règle, comme des modèles ou, disons plutôt, des références⁷¹, mais qui intègrent la possibilité de leur évitement. Sous cet angle, la règle d'origine légale s'affiche comme une référence susceptible d'être contournée – aux conditions fixées par les textes légiférés. Dans le système que nous décrivons, il ne s'agit point d'une dérive, d'une pratique illicite, mais d'une instrumentalisation mise en scène par le législateur pour inciter (sur le mode du repoussoir, côté employeur ?⁷²) à la négociation de conventions et accords collectifs. Une telle orientation est, à notre avis, grosse d'un retournement majeur : puisque ces règles n'ont pas forcément vocation à s'appliquer, leur extension, voire leur généralisation, ne traduirait-elle pas l'avènement d'une figure nouvelle, celle de la loi *postmoderne*⁷³ ? Toujours est-il que les partenaires sociaux se voient habilités à maintenir dans la « non-impérativité » (donc l'inapplicabilité de principe) les dispositions légales en cause. À dire vrai, tout dépendra de leur inclination à user de la faculté qui leur est (et leur sera) ainsi reconnue. Si les partenaires sociaux investissent (aujourd'hui en matière de durée du travail et de congés, et demain, sous réserve que la refondation aboutisse, au-delà), le champ ouvert à la négociation, la catégorie des dispositions légales supplétives se trouvera marginalisée, reléguée à une fonction ornementale. À l'inverse, s'ils usent modérément de l'habilitation qui leur est réservée, cette catégorie s'activera et les dispositions concernées se redécouvriront une obligatorité dont elles semblaient dépossédées. Forcément, la question, à ce jour, ne peut que rester ouverte : à première vue majeur, le changement pourrait se révéler des plus limités, en fonction de l'usage que les partenaires sociaux feront de cet ordonnancement triadique. Tout dépendra de leur aptitude à (et volonté de) s'approprier la faculté de produire, au lieu et place des dispositions légales supplétives, des textes conventionnellement négociés.

71 L'on reconnaîtra là les analyses développées, entre autres, par Antoine Jeammaud (v. not. La règle de droit comme modèle, D. 1990. 199) et P. Amssek (v. not. Cheminements philosophiques. Dans le monde du droit et des règles en général, coll. « Le temps des idées », Armand Colin, 2012, spéc. p. 85 s.).

72 En ce sens, v. not. G. Loiseau, L. Pécault-Rivolier et G. Pignarre, L'ordre public social a-t-il un avenir ?, Dr. soc. 2016. 890.

73 Ajoutons une série d'observations, un peu en marge de ce propos. Dès lors que l'on scrute, non pas l'origine de la norme, mais son expression, et que l'on prend quelque distance vis-à-vis de la dichotomie, trompeuse lorsqu'elle se présente sous une forme radicale, entre le légal et le négocié, la question se pose de savoir si l'on ne devrait pas, sur le plan conceptuel, appréhender les conventions et accords collectifs comme une variété de loi, en l'occurrence comme une « législation privée », prenant place aux côtés de la législation publique. Cette thèse, signalons-le, est celle que défend Ph. Jestaz, *in* Les sources du droit (2^e éd., coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 2015. 54-55). Une telle conjecture semble trouver traduction dans la place que les normes négociées se voient réserver dans le triptyque présidant à la refondation du droit du travail, sous réserve que l'on accepte de s'affranchir d'une caractérisation purement formelle de la loi. S'il fallait lui donner crédit, cette hypothèse en induirait une autre, tenant à une possible transformation de la texture de la « loi » en droit du travail.

Nous reviendrons sur la conception que cette réforme se fait de l'ordre conventionnel, quant à la production des normes du droit du travail. À ce stade de la réflexion, sous l'angle toujours des sources du droit, il nous semble impérieux de saisir la manière dont la loi du 8 août 2016 appréhende le juge (et, à travers lui, la jurisprudence). Maintenu en marge des débats que suscitait le projet de loi, le sujet n'en a pas moins influencé les rouages. Sans doute faut-il faire la part entre ce qui relève du conscient et l'inconscient, à l'aune, non de ce qu'a (prétendument) « voulu » le législateur, mais de ce qu'il a généré. À envisager la loi dans son ensemble, ce que l'on repère – et nous y voyons un choix délibéré –, c'est la tentation de neutraliser le juge et, à travers lui, son rôle, sa fonction. Cédant aux sirènes de ceux qui ne voient dans la mission du juge – de dire le droit et de rendre la justice – qu'un facteur d'insécurité néfaste à l'emploi, le législateur a ainsi cru judicieux de définir des indicateurs censés objectiver les difficultés économiques susceptibles de justifier des licenciements⁷⁴. Cette même aspiration se retrouve dans de nombreuses autres dispositions de la loi, par exemple au sujet du reclassement du salarié inapte, car les articles L. 1226-2-1 et L. 1226-12 conduiront à (sérieusement) circonscrire la portée de l'obligation pesant sur l'employeur comme le contrôle du juge. À notre avis, c'est une méfiance qui s'exprime, à son égard. En témoigne encore le montage – assez étonnant – inscrit à l'article L. 1233-61, en vue de permettre les licenciements antérieurs au transfert d'entreprise, au nom de la « sauvegarde d'une partie des emplois » – texte dont la finalité juridique est de neutraliser, pour les entreprises relevant de son champ d'application, la jurisprudence sur le licenciement « sans effet » que la Cour de cassation a forgée afin de donner, rappelons-le, sa pleine portée au principe du transfert des contrats de travail envisagé à l'article L. 1224-1⁷⁵. Comment ne pas déceler que cet article 94 de la loi El Khomri repose sur le présupposé – ou pire : le postulat – selon lequel cette ligne jurisprudentielle se révélerait néfaste à la sauvegarde de l'emploi, et ce, qui plus est, pour de mauvaises raisons. À travers le juge, c'est, à coup sûr, la rationalité juridique que l'on met en cause. Et à travers elle les fonctions et finalités du droit. Voilà pourquoi, en le travaillant de l'intérieur, le législateur l'invite à se retirer au profit d'une rationalité alternative, en cédant, au passage, à l'illusion de l'objectivité. La part d'appréciation du juge, caricaturée en jugement purement subjectif, se trouve prise pour cible – et le droit du travail est lui-même prié de se mettre au service exclusif d'une finalité extrinsèque (la sauvegarde de la compétitivité et la préservation de l'emploi). Cette (mauvaise) disposition d'esprit nous semble de nature à expliquer que la loi du 8 août n'ait étendu le rôle du juge que dans des cas où elle le positionne dans une fonction d'arbitrage. Telle est l'optique, par exemple, de la dispo-

74 Cette modification de l'art. L. 1233-3 entrera en vigueur au 1^{er} décembre 2016. Pour un examen critique, s'agissant de la version primitive de ce texte (tel qu'il figurait dans l'avant-projet de loi), v. F. Géa, Comprendre... ou pas (art. 30 *bis* de l'avant-projet de loi travail), RDT 2016. 170.

75 Sur cette disposition, J. Mouly, Une disposition oubliée de la « loi travail » : l'article 94 sur les licenciements économiques antérieurs au transfert de l'entreprise, Dr. soc. 2016. 738 ; F. Géa, Quand transférer rime avec liquider (art. 41 du projet de loi travail), RDT 2016. 341.

sition légale⁷⁶ visant à substituer au recours administratif contre les avis du médecin du travail une saisine en référé du conseil de prud'hommes en vue de demander la désignation d'un médecin expert pour la contestation des éléments de nature médicale (hors appréciation de l'obligation de reclassement). Un juge arbitre, un juge désignateur, un juge régulateur, pouvant se contenter de n'être qu'une chambre d'enregistrement. Singulière conception ! Manifestement, le législateur n'a su résister aux appels à une remise en ordre (des sources du droit). Ses illusions risquent toutefois d'être rapidement déçues. Car, si cette loi tend à resserrer les espaces interprétatifs (sans pouvoir les effacer), elle en a ouvert d'autres. Inconsciemment. Le nouvel agencement des dispositions légales pourrait d'ailleurs opérer comme un catalyseur... L'observation en a été faite par Bernard Teysié⁷⁷ : inévitablement, les énoncés qui relèvent de la strate « ordre public » susciteront la discussion interprétative – en raison des notions qu'ils accueillent, certes, mais aussi, tout simplement, de par leur texture. De même en ira-t-il des stipulations des conventions et accords collectifs de travail, dont la rédaction attise souvent la controverse significationnelle. La perspective de la généralisation, par étapes successives, de la figure des accords majoritaires ne saurait, à nos yeux, modifier la donne : les textes, qu'ils soient ou non négociés, demeurent en attente d'interprétation. Naturellement, le constat vaut encore pour les dispositions (légales) définissant le champ et le rôle de la négociation collective, sur chaque sujet, ainsi que pour les dispositions supplétives – soit qu'elles trouvent à s'appliquer, soit qu'elles s'imposent, quand elles ont une teneur prescriptive, comme des contraintes de nature à influencer l'interprétation des dispositions conventionnelles (qui les tiennent pourtant à l'écart). Quoi qu'il en soit, la figure du juge interprète ne s'effacera pas dans le cadre de ce nouveau système. Elle sera même amenée à se redéployer. De nouveaux enjeux vont surgir, et ceux-ci appelleront des orientations jurisprudentielles. Ce sera typiquement le cas s'agissant de la délimitation, pour chaque sujet, des frontières entre le champ de la loi (ordre public, d'un côté, et dispositions supplétives, d'un autre côté) et le champ de la négociation collective – car d'elles dépendra l'habilitation des partenaires sociaux à œuvrer à la production normative. Par ce canal, le juge interprète se commuera en juge (et éventuellement en gardien) des frontières – entre les espaces normatifs, en l'occurrence. Il faut se rendre compte qu'à (trop) focaliser le regard sur ce que l'on dénomme souvent indifféremment⁷⁸ agencement, architecture ou articulation des normes, ainsi que sur des techniques comme la dérogation ou la supplétivité, l'on n'appréhende, par réduction du droit à un ordre, qu'une partie seulement des relations que les normes juridiques entretiennent entre elles, en occultant, dans une large mesure, la manière dont elles accèdent à la juridicité, acquièrent sens et se constituent dans l'interaction – mieux : l'interrelation – entre les différentes « sources » du droit⁷⁹.

2. Réagencer l'ordre conventionnel

C'est en gardant cette considération à l'esprit que l'on peut envisager la conception qu'adopte la loi du 8 août 2016 au sujet des relations entre normes conventionnelles, en esquissant ce qui s'apparente à un nouvel ordre conventionnel. Un modèle de dialogue social implique, à coup sûr, de renforcer la place (ou le poids) de la négociation collective. Mais il ne prédétermine pas, comme nous l'avons laissé entendre, un agencement – et, en particulier, la primauté, la prévalence, d'une catégorie de conventions ou d'accords collectifs sur une autre ; il n'induit aucune forme de subsidiarité. Toujours, cet agencement procède, en réalité, d'une construction, quels qu'en soient les ressorts (reconnaissance, institutionnalisation, etc.). L'ordre conventionnel ne peut ainsi être réduit à un simple démembrement d'un ordre juridique, dont on pourrait inférer des rapports hiérarchiques entre normes.

Nous y (re)voilà : que n'a-t-on entendu au sujet de la (prétendue) « inversion de la hiérarchie des normes » ? Et ce tant du côté de ses pourfendeurs que de celui, parfois, de ses promoteurs. Il est permis de regretter le détournement conceptuel dont a fait l'objet cette expression, laquelle – pour ambiguë qu'elle soit – demeure sans rapport avec l'articulation, tant controversée, entre l'accord d'entreprise et l'accord de branche, telle que l'aura incarnée le fameux article 2 du projet de loi, devenu article 8 de la loi dans sa version définitive. Indissolublement liée à la théorie de Hans Kelsen, la hiérarchie des normes traduit, dans son sens originel, la représentation d'un ordre juridique dans lequel une norme est créée selon une procédure elle-même déterminée par une autre norme, de sorte que la première sert de fondement de validité à une seconde norme. Il n'y a donc existence d'un rapport hiérarchique entre des normes que si la validité des unes est fondée sur la validité des secondes, en ce qu'elles en règlent la création⁸⁰. Certes, le concept de hiérarchie des normes apparaît susceptible d'accéder à d'autres sens. Et l'on peut, à la suite de Riccardo Guastini, compléter la représentation kelsenienne par trois autres déclinaisons, selon qu'on vise une hiérarchie matérielle (lorsqu'une norme interdit à deux autres normes de se contredire), logique (lorsqu'une norme porte sur une autre, d'un point de vue métalinguistique) ou axiologique (fondée sur un jugement de valeur d'interprètes qui attribuent à une norme une valeur supérieure à une autre)⁸¹. Mais aucune de ces acceptions ne rend compte, avant comme après la loi du 8 août 2016, du type de relations se nouant, par exemple, entre les conventions ou accords collectifs conclus au niveau de la branche et de l'entreprise... Suggérer le contraire ajouterait à cette méprise une seconde ignorance, celle de la distinction, héritée de Herbert L. A. Hart et affinée par Norberto Bobbio notamment, entre les normes dites primaires (qui imposent des com-

76 Nouvel art. L. 4624-7, I, qui entrera en vigueur, comme toutes les dispositions de l'art. 102 de la loi El Khomri, à « la date de publication des décrets pris pour son application, et au plus tard le 1^{er} janv. 2017 » (art. 102, V de la loi).

77 B. Teysié, préc., p. 1772, n° 16.

78 Alors même que ces expressions ne sont pas forcément synonymes.

79 Car, comme le souligne F. Ost, il s'agit de penser les sources en perspective interactive, ainsi d'ailleurs qu'en fonction des stratégies d'acteurs (F. Ost, Conclusions générales, in I. Hachez et alii [dir.], Les sources du droit revisitées, vol. 4, Théorie des sources du droit, Anthémis univ. Saint-Louis, 2012. 970 s.).

80 V. par ex. P. Brunet, Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ?, Revus n° 21 (Les juristes et la hiérarchie des normes), 2013. 5 s.

81 R. Guastini, *Lex superior*. Pour une théorie des hiérarchies normatives, Revus n° 21, préc., p. 47 s.

portements) et les normes dites secondaires (qui attribuent des pouvoirs et organisent le fonctionnement des normes primaires). Ce serait également occulter les réflexions sur le pluralisme juridique, quels que soient les débats qu'elles génèrent. Brisons là. Se délester du poids des équivoques constitue la condition *sine qua non* pour comprendre que c'est la loi qui reconnaît un ordre conventionnel (ainsi que les conventions ou accords le composant), et que c'est elle encore qui en orchestre l'agencement. Trompeuse apparaît, dès lors, la référence, dans les énoncés législatifs, aux accords « couvrant un champ géographique ou professionnel plus large », car elle contribue, à sa manière, à préserver l'illusion d'un ordre naturel des choses – ou d'un ordre conventionnel « naturel ». Or, si la négociation collective constitue d'abord une pratique sociale, reconnue, encadrée, encouragée, selon des modalités définies par le législateur, ce serait une erreur que de considérer que l'ordre conventionnel se structurerait, juridiquement, autour d'un principe hiérarchique. Il y a *des* règles d'agencement, rien de plus.

De ce point de vue, le législateur était parfaitement fondé, sur le plan juridique, à consolider, ajuster ou modifier les agencements des différents genres de conventions ou accords collectifs, sans considération avec leur « niveau ». Et ceci d'autant que le principe de faveur (ou, du moins, ce qu'il en reste) n'est pas doté d'une valeur qui puisse y faire obstacle⁸². Quelle conception la loi du 8 août 2016 a-t-elle consacré, à ce propos ? Telle est la question qu'il convient, à présent, de se poser. À notre sens, la réponse réside dans deux orientations essentielles.

La première concerne la série de dispositions par lesquelles le législateur a entendu mettre de l'ordre dans les rapports entre certains accords collectifs en assurant, tour à tour, la primauté de l'accord de groupe sur l'accord d'entreprise ou d'établissement (art. L. 2253-5), de l'accord d'entreprise sur l'accord d'établissement (art. L. 2253-6) et, enfin, de l'accord interentreprises sur l'accord d'entreprise (art. L. 2253-7), et ce sans que ne rentre en ligne de compte le caractère plus favorable ou non des stipulations en cause. Ce qui se déploie, à travers ces interrelations normatives, ce n'est pas une logique dérogatoire, façon loi du 4 mai 2004, mais l'instauration d'une primauté conférée par le législateur à tel type d'accord collectif sur tel autre. De sorte que ce sont des... « micro-hiérarchies » qui se trouvent instaurées, au travers de choix dont il paraît capital de saisir les ressorts – et, partant, les raisons. Or, de ce point de vue, les cartes pourraient bien, de nouveau, apparaître brouillées. Conférer primauté à l'accord d'entreprise par rapport à l'accord d'établissement traduit, *a priori*, la conviction que le principe de participation des travailleurs doit se concrétiser préféren-

tiellement dans le « périmètre »⁸³ de l'entreprise, dont les établissements sont d'ailleurs perçus comme des démembrements. Un tel choix s'inspire d'une approche sociale, fondée sur une double représentation de la communauté de travail et du pouvoir au sein de l'entreprise organisation. Mais comment concilier alors cette approche avec l'option consistant à placer, d'une certaine façon, l'accord d'entreprise sous la dépendance de l'accord de groupe, qui plus est en habilitant les partenaires sociaux, à ce niveau, à conduire (et à conclure) l'ensemble des négociations devant être menées dans le périmètre de l'entreprise ? L'on peut conjecturer qu'un tel choix du législateur s'inspire d'une conception qui, si elle se prétend réaliste, privilégie sans détour une approche économique, voire financière. L'ambition ne serait-elle pas, en définitive, de favoriser la production négociée des normes au niveau où se situe le pouvoir économique et financier, en consolidant ce niveau de décision et en lui permettant de maîtriser la fabrique des normes applicables au sein des filiales ? Quant au choix d'instituer la supériorité de l'accord conclu au niveau de plusieurs entreprises par rapport aux accords négociés dans leur périmètre, il paraît s'inspirer du souci de favoriser et d'encourager ce périmètre de négociation, déterminé par les relations réticulaires se nouant entre des sociétés juridiquement distinctes, en marge d'un groupe de sociétés. Ainsi perçoit-on que si ces hypothèses ouvrent sur les mêmes traductions techniques, l'analogie est trompeuse : chacune de ces configurations s'avère sous-tendue par des raisons traduisant les options d'un législateur qui orchestre ces (micro-)ordonnancements, quitte à ériger, techniquement (et dans une optique instrumentale), les normes de certains accords en normes secondaires par rapport aux normes d'autres accords⁸⁴.

Le contraste n'en est que plus saisissant avec la seconde orientation, relative à ce qui constitua l'un des aspects les plus controversés de la réforme : les rapports entre l'accord d'entreprise et l'accord de branche. Ce qu'il faut observer, avec le recul, c'est que l'ambition n'était pas de réordonner ces rapports, qui, au regard des textes légaux, se déployaient depuis la loi du 4 mai 2004, à l'exception des domaines que le législateur avait sanctuarisés (au profit de la branche), sur le mode de l'habilitation de l'accord d'entreprise à déroger à l'accord de branche – même si les partenaires sociaux, à ce niveau, ont dans une large mesure privé les acteurs de l'entreprise de cette faculté en usant du droit de bornage, reconnu par la loi, qui les autorise à interdire de telles dérogations. Ces relations étaient – et sont toujours – orchestrées par l'article L. 2253-3 du code du travail⁸⁵. La question de l'articulation entre la branche et l'entreprise n'a été, lors de la gestation de la réforme El Khomri, propulsée sur l'avant-scène que par un biais, celui de la réforme de la durée du travail. C'est en effet sur ce terrain précis que la réforme a tenté de déployer une conception assurant la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, voire à conférer à l'accord d'entreprise une

82 L'affaire est entendue dès lors que le Conseil constitutionnel qualifie le principe de faveur de « principe fondamental du droit du travail » (Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC), autorisant ainsi le législateur à l'écartier.

83 Cette notion centrale de « périmètre », après s'être développée dans les discours jurisprudentiels et doctrinaux, pénètre fortement, avec la loi El Khomri, le discours législatif, avec cette signification permettant de la caractériser en matière juridique comme un espace, reconnu ou institué par le droit, et auquel ce dernier assigne au moins une fonction ou une finalité distincte de la seule application des règles.

84 V. la seconde partie de cette contribution, à paraître dans le numéro de janv. 2017.

85 Cet article entre en résonance avec l'art. L. 2252-1 qui appréhende sur le même mode les rapports entre un accord de branche et un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large.

autonomie⁸⁶ par rapport à un accord de branche, soudain relégué – sauf exceptions⁸⁷ – au rang de norme ancillaire en ce domaine... De quoi la supplévitivité, ici, a-t-elle été l'instrument ? Du choix, dira-t-on, d'ajuster la durée du travail, ses modalités, son organisation et même son coût, au plus près du terrain, donc du périmètre où elle s'applique : l'entreprise ou, le cas échéant, l'établissement. Ce motif n'est autre, à notre avis, que celui de la flexibilité. La mise à distance de l'accord de branche autorise à déceler une concession (de taille) aux appels incessants à une forme de dérégulation. À cela, certains ont pu opposer l'argument du dialogue social, au motif que son avenir passerait par l'entreprise. Qu'il y ait là un horizon peut se concevoir. Il paraît, en revanche, critiquable, aujourd'hui, de postuler la capacité des participants à la négociation – qu'il s'agisse des organisations syndicales ou, *a fortiori*, des salariés élus et/ou mandatés – à se positionner en « égal » de l'employeur – ce qui pourtant, avec l'exigence de réciprocité, constitue la condition *sine qua non*, tout à la fois, pour que s'instaure un authentique dialogue, fût-il social, et que soient conclus des accords collectifs d'entreprise (ou d'établissement) équilibrés. Voilà bien ce qui attise la crainte, le risque, d'une forme de *dumping* social. Faut-il y voir un fantasme, au prétexte que ce ne sont ni les salaires ni les conditions d'emploi qui ouvrent, dans le cadre de la réforme, sur une primauté de l'accord d'entreprise, et que cet agencement n'affecte que l'organisation du travail ? Ce serait en l'occurrence oublier que le taux de majoration des heures supplémentaires est lui aussi concerné par cet agencement⁸⁸.

Parce que la réforme nourrissait sur ce front des critiques en même temps que des inquiétudes, les évolutions successives du texte ont eu pour objet de réaffirmer le double rôle de la branche, en matière de détermination des garanties applicables et de régulation de la concurrence entre les entreprises du champ concerné. Absente de l'avant-projet de loi⁸⁹, cette question a d'abord fait son apparition avec l'article 13 de la version première du projet de loi⁹⁰, envisageant par ailleurs le remplacement des commissions paritaires d'interprétation par des « commissions paritaires permanentes de négociation et d'interprétation » ayant pour mission de représenter la branche. C'est en mai 2016, au moment où il s'apprêtait à engager la procédure de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution, que le gouvernement, affichant le souci d'éviter que

la négociation d'entreprise ne s'accompagne de *dumping* social, décida d'étoffer le rôle de ces commissions en créant une sorte de « droit de regard » au niveau de la branche, à travers des bilans annuels des accords conclus dans les entreprises du secteur concerné en matière de durée du travail, de repos et de congés. Cette innovation, qui trouve aujourd'hui place au II, 3° de l'article L. 2232-9 du code du travail, n'étant évidemment pas de nature à régler le problème⁹¹, le gouvernement se résolut à une double concession, sans toucher cependant à l'article 2 du projet de loi. La première proposition n'avait qu'un lien très indirect avec le débat, puisqu'elle consistait à compléter la liste des thèmes, sanctuarisés par la loi⁹², dans lesquels l'accord d'entreprise ne peut déroger à l'accord de branche, en y insérant « la prévention de la pénibilité » et « l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »⁹³. C'est plutôt le second amendement qui mérite l'attention. D'abord parce qu'il marque l'entrée en scène de la notion d'« ordre public conventionnel », que Jean-Denis Combrexelle avait mise en avant dans son rapport – sachant que les garde-fous que devait, selon lui, instaurer la branche couvraient tous les domaines, y compris celui de la durée du travail, dès lors que les accords d'entreprise baptisés « ACTES » (accords sur les conditions et temps de travail, l'emploi et les salaires)⁹⁴ n'y échappaient pas. La disposition, depuis consacrée au VI de l'article 24 de la loi du 8 août 2016, assigne aux organisations syndicales et professionnelles représentatives dans les branches professionnelles la mission d'engager, d'ici le 9 août 2018, une « négociation portant sur la définition de l'ordre public conventionnel applicable dans leur branche ». Mais il y a plus. Cet amendement traduit bien la représentation, passablement alambiquée, que la loi El Khomri se fait des rapports entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise, au travers d'une formule qui est venue se loger au cœur du texte définissant les missions de la branche, à savoir le nouvel article L. 2232-5-1, dans son 2°. À défaut d'illustrer l'art législatif, la formulation s'apparente, dans le registre des compromis (politiques ?), à un modèle du genre. Se voulant rassurante, la disposition instaure un cadre qui fleure bon le principe de faveur, lorsqu'elle énonce qu'entre autres missions la branche doit « définir, par la négociation, les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords conclus au niveau de la branche [...] ». Seulement, la disposition s'achève par une réserve subversive : « [...] à l'exclusion des thèmes pour lesquels la loi prévoit la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise »⁹⁵. Ce qui est justement le cas de la

86 F. Géa, *Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise*, Dr. soc. 2016. 516 s.

87 Par ex., s'agissant de l'institution d'un régime d'équivalences (art. L. 3121-14) ou de fixation de la durée minimale de travail à temps partiel (art. L. 3123-18).

88 Que l'on retrouve, à présent, dans la nouvelle version de l'art. L. 3121-33 du code du travail – si bien que les entreprises d'un même secteur seront désormais potentiellement en mesure, en fonction des négociations menées en leur sein, de rémunérer différemment les heures supplémentaires de leurs salariés...

89 Lequel se contentait, à travers son art. 15, à envisager la question de la restructuration des branches, dans le prolongement de la loi Rebsamen du 17 août 2015.

90 Il était alors envisagé d'introduire dans le code du travail un nouvel art. L. 2232-5-1 rédigé en ces termes : « La négociation de branche vise à définir des garanties s'appliquant aux salariés employés par les entreprises d'un même secteur, d'un même métier ou d'une même forme d'activité et à réguler la concurrence entre les entreprises de ce champ ».

91 V., F. Géa, *Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise*, préc., p. 518.

92 Depuis la loi du 4 mai 2004, qui avait campé les bases de ce système, cette faculté de dérogation était écartée en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'art. L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

93 Ajouts qui, suite à l'adoption de la loi, se sont insérés au premier alinéa de l'art. L. 2253-3.

94 J.-D. Combrexelle, préc., p. 88 s.

95 Cette formulation visait, pensons-nous, à rallier les suffrages des députés de gauche hostiles à la réforme (en particulier les « frondeurs »), à resserrer les rangs de la majorité, à rassurer les sceptiques et les inquiets, avant l'ultime recours du gouvernement à l'art. 49, al. 3, de la Constitution pour faire adopter cette réforme.

durée du travail, après cette réforme. Qu'en sera-t-il des autres thèmes ? Cet ordre public conventionnel disposera-t-il d'un espace pour se déployer ? Restera-t-il virtuel ? Ne sera-t-il qu'un îlot ? Tout dépend de ce que décidera à l'avenir le législateur, main (in)visible de cet agencement.

Voilà qui permet de cerner comment la loi du 8 août 2016 se situe par rapport aux évolutions des systèmes de relations professionnelles. Si, officiellement, elle promeut le dialogue social et maintient les syndicats comme acteurs principaux de la négociation collective, non sans ambiguïté d'ailleurs, cette réforme s'approprie une dynamique déjà à l'œuvre, visant à décentraliser cette négociation, et que connaissent nombre de systèmes nationaux de relations professionnelles. Là où il survient, ce déplacement voit s'affronter ou se concurrencer deux orientations distinctes, que l'on a pu présenter, pour l'une, comme une décentralisation « organisée », en ce qu'elle s'adosse à des mécanismes de délégation, et, pour l'autre, comme une décentralisation « désorganisée », ouvrant sur une dérégulation pure et simple⁹⁶. En dépit, peut-être, des attentes de certains de ses inspirateurs, il nous semble que la loi du 8 août 2016 s'est finalement abstenue de s'engager dans cette seconde voie, même en matière de durée

du travail – puisque le législateur continue bien d'encadrer le contenu de la négociation collective (d'entreprise ou, à défaut, de branche). L'on pourrait néanmoins soutenir qu'en France, à la lumière de cette réforme, la tension se cristallise dans la question de la marge d'autonomie dont l'accord d'entreprise (ou d'établissement) peut ou doit disposer par rapport à la convention ou à l'accord de branche. Si la restauration, par sa restructuration, du niveau de la branche devait échouer, ce niveau de négociation se fissurerait, et l'ordre conventionnel se recomposerait d'une façon telle que la voie de la dérégulation se retrouverait à portée de main – on y revient – d'un législateur qui se serait laissé convaincre de ce que le droit du travail n'aurait qu'une finalité économique et pour seule fonction que d'être un instrument au service d'un marché (du travail) érigé en norme fondamentale. Nous n'en sommes pas là. Reste que l'ordre – le nouvel ordre – dont la loi du 8 août 2016 contribue à poser les fondations laisse entrevoir discrètement, malgré lui, les désordres qui pourraient surgir demain.

Des conceptions s'ourlent, s'esquissent, tout en reconfigurant de l'intérieur un droit du travail, de plus en plus porté à devenir droit des *acteurs* du travail. Un peu comme si les finalités de ce droit s'effaçaient, en accroissant la liberté de ses « utilisateurs », les entreprises et les actifs⁹⁷. À mesure qu'il se contextualise et se « procéduralise », notre droit du travail s'instrumentalise. Loin d'y résister, la loi El Khomri accompagne ce mouvement. Par sa philosophie complexe, certes, mais aussi par les techniques qu'elle mobilise, à la manière de simples *instruments*.

Nous y viendrons dans la seconde partie de cette étude ■

⁹⁶ Sur cette question, v. D. Andolfatto et S. Contrepolis (dir.), *Syndicats et dialogue social. Les modèles occidentaux à l'épreuve*, Bruxelles, PIE Peter Lang, 2016, not. concl. p. 286-287, ainsi que la contribution de M. Behrens, concernant le système allemand (Allemagne : la résilience d'un « modèle » de référence), spéc. p. 25-27 – La distinction entre ces formes de décentralisation a été conceptualisée par : F. Traxler, *Farewell to labour market associations ? Organized versus disorganized decentralization as a map for industrial relations*, in C. Crouch et F. Traxler (dir.), *Organized Industrial Relations in Europe : What Future ?*, Aldershot, Avebury, 1995. 3 ; adde : R. Bispinck et T. Schulten, *Flächentarifvertrag und betriebliche Interessenvertretung*, in W. Müller-Jentsch (dir.), *Konfliktpartnerschaft. Akteure und Institutionen der industriellen Beziehungen*, Munich et Mehring, Rainer Hampp Verlag, 1999. 185 s.

⁹⁷ Selon la perspective que paraissait dresser l'intitulé de l'avant-projet de loi (v. *supra*).

Études

Sources

Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie)

(À propos de la « loi travail » du 8 août 2016)

L'essentiel

La loi El Khomri contribue à camper les bases d'un nouvel ordre du droit du travail. De sa « philosophie », il a été question dans le précédent numéro, avec la publication de la première partie de cette étude. Les conceptions qui ont été mises au jour trouvent leur prolongement, leur traduction, sur le plan technique, dans deux « instruments » essentiels, intimement liés au demeurant : la supplétivité et la substitution. Ce sont elles qu'il convient, à présent, d'étudier. Y compris au regard des désordres qu'elles engendrent.



par Florence Canut

Professeur à la faculté de droit de Montpellier



et Frédéric Géa

Professeur à la faculté de droit de Nancy

II. – QUELS INSTRUMENTS ?

Deux instruments nous semblent constituer les leviers, sur le plan technique, des conceptions que porte la loi El Khomri. Ils en sont les traductions – et les prolongements naturels. Il s'agit, d'un côté, bien sûr, de la *supplétivité* (A), dont nous avons pu constater dans le premier volet de cette contribution¹ à quel point elle constituait une pièce cardinale, maîtresse, du nouvel ordre que tend à instaurer la réforme, et, d'un autre côté, de la *substitution* (B), technique qui se découvre des potentialités insoupçonnées à travers les multiples usages que lui réserve la loi du 8 août 2016. À les appréhender pour ce qu'elles sont et au regard des usages qu'en fait ici le législateur, dans une optique instrumentale, ces techniques dissimulent, sous un ordre apparent, un désordre latent, celui-là même que dévoilent les questionnements suscités tant par leur mobilisation que par leur concrétisation dans le cadre de cette réforme.

A – LA TECHNIQUE DE LA SUPPLÉTIVITÉ

1. Signification

Qu'est-ce que la supplétivité ? Il est frappant de constater que ce terme chemine et que la notion se diffuse, y compris dans le discours légiféré, à la manière d'une technique à ce point familière qu'elle n'appellerait aucun éclairage, sur les plans significationnel et conceptuel. Et pourtant cette notion ne se laisse peut-être pas saisir aussi aisément que le laisse accroire une approche centrée sur la dichotomie classique entre règles impératives et règles supplétives. Car cette opposition apparaît trompeuse. La place qu'occupe la technique de la dérogation, en droit du travail, révèle que, contrairement à une idée reçue, les règles impératives ne s'imposent pas toujours... Pour impératives qu'elles soient, les règles concernées ne veront pas moins leur champ d'application se rétracter lorsqu'une dérogation est valablement mise en œuvre. Au vrai, la différence, entre règles impératives et règles supplétives, tient à ce que les premières sont impératives, non pas de façon permanente, mais *ab initio*, tandis que les secondes ne le sont pas, puisqu'elles n'ont vocation à s'appliquer que subsidiairement, en l'occurrence « à défaut de volonté contraire des parties », selon la formule convenue généralement employée (et à laquelle il faut

¹ F. Canut et F. Géa, Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie). À propos de la « loi travail » du 8 août 2016, Dr. soc. 2016. 1038.

drait ajouter une considération du type : « ou à défaut de telle ou telle autre norme juridique ayant le même objet, en fonction de l'agencement retenu par l'ordre juridique ». La règle (ou norme) supplétive ne demeure pas moins juridique. Sa nature n'est pas mise en cause. Si l'on se réfère aux analyses de Catherine Thibierge sur l'éventail de la normativité juridique², il est même permis d'avancer que le supplétif constitue une espèce, parmi d'autres³, de ce genre que constitue l'obligatoire⁴. Le propre de la règle supplétive est simplement d'être « obligatoire par défaut »⁵. Voilà déjà ce que suggérait dans sa thèse, en 1928, Henri Capitant, en défendant l'idée selon laquelle les lois supplétives auraient une nature contractuelle⁶ – idée qui, certes, ne nous semble plus faire sens aujourd'hui, notamment à la lumière d'un droit du travail où le légal et le négocié s'entremêlent et où le supplétif ne se rapporte pas exclusivement aux lois, au sens formel, mais s'étend également aux conventions et accords collectifs de travail. Cette idée d'une *obligatorité par défaut* est ce qui caractérise la supplétivité de la règle (ou de la norme). En ce sens, la technique de la supplétivité a pour fonction spécifique d'orchestrer la subsidiarité d'une norme juridique, par rapport à un accord interindividuel ou – ce qui correspond bien plus aux hypothèses qu'accueille le droit du travail – à une autre norme. Faut-il en déduire, à l'instar encore de Capitant, que le caractère supplétif réfère à une place dans la hiérarchie des règles⁷ ? Nullement. C'est que la supplétivité est orchestrée par le législateur, lequel conserve, en réalité, la main sur les dispositions, de toute nature (légale comme conventionnelle), dont il décide de rendre l'application subsidiaire. Il n'en reste pas moins que cette technique se présente comme un *instrument d'agencement des normes*⁸.

La signification de la supplétivité ne s'épuise cependant pas dans cette série de considérations. Il convient de se méfier de l'illusion d'optique que celle-ci tend à produire, par une sorte de focalisation sur l'articulation (technique) des normes en présence. Cette dimension, pour essentielle qu'elle soit, produit pourtant une triple occultation. En premier lieu, elle paraît représenter la supplétivité comme une technique « neutre », à l'instar de l'image qui a, parfois, pu être donnée de la dérogation. Ce serait oublier qu'elle apparaît... au service d'une politique juridique

qui entend favoriser l'édictation de normes à un niveau qui permet à ses auteurs (acteurs) d'en adapter la teneur, en réservant la force impérative des normes ayant un champ plus large aux valeurs considérées comme les plus essentielles⁹. En deuxième lieu, l'approche sous l'angle de l'articulation des normes tend à reléguer en arrière-plan la question des fonctions assumées, dans le champ juridique, par la règle supplétive. Obligatorité par défaut ne signifie nullement absence de normativité, nous l'avons dit. Ce faisant, la norme supplétive est encore en mesure – car telle est sa propension – de constituer un instrument de référence, disons un modèle¹⁰, pour agir mais également pour juger. Comme l'a montré Cécile Pérès-Dourdou, la règle supplétive est à la fois modèle et ordre : « Modèle, en tant qu'elle représente un type idéal à reproduire, traduisant les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement en les érigeant en devoir-être, exprimant une normalité axiologique. Ordre, en ce que la liberté de principe qu'elle présuppose au bénéfice des sujets de droit n'est pas absolue mais relative [...] »¹¹ ; c'est en cela que cette règle est censé assumer une « fonction directrice » dans l'ordre juridique¹². Ainsi peut-elle constituer un étalon, tant dans une négociation collective (en esquissant l'horizon de ce qui s'appliquera si elle échoue, à l'instar de la négociation d'entreprise lorsque la convention de branche est supplétive) que dans le cadre de l'interprétation des dispositions ou stipulations conduisant à la mise à l'écart apparente de règles supplétives (sous forme, en l'occurrence, de contraintes interprétatives dont la force est susceptible de degrés variables). N'être obligatoire que par défaut ne signifie pas disparaître de l'ordre juridique, ni, d'ailleurs, du champ social. Troisième occultation, enfin : la rhétorique de l'articulation des normes, qu'inspire la figure de la supplétivité, ouvre sur un point aveugle – éminemment paradoxal, puisqu'il concerne très directement l'agencement normatif. Il réside dans une question d'une importance cruciale : la norme dite supplétive est-elle susceptible de pallier les failles, insuffisances ou défaillances de la norme qui se voit reconnaître (par le législateur) une primauté par rapport à la première ? La supplétivité signifie-t-elle, en effet, que la norme bénéficiant d'une prévalence doit, dès lors qu'elle existe, priver la norme subsidiaire, non seulement de sa force obligatoire, mais aussi de toute aptitude à produire effet, fût-ce pour « sauver » un dispositif ?

Il faut s'y arrêter. Assurément, ces questions dépassent le champ de la loi El Khomri et se posent même, à notre avis, chaque fois que l'instrument de la supplétivité se trouve mobilisé. Un arrêt de la cour administrative d'appel

2 C. Thibierge, Rapport de synthèse, in *Le droit souple*, Journées nationales, t. XIII, Boulogne-sur-Mer, Association Henri Capitant, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009, spéc. p. 154 s.

3 Aux côtés du prohibitif, du prescriptif et du facultatif – lequel se distingue du supplétif en ce qu'il est, quant à lui, « obligatoire par choix, en présence d'une volonté exprimée » (*ibid.*, p. 156).

4 Et qui coexiste avec d'autres genres normatifs, à savoir le « recommandatoire » et le « déclaratoire ».

5 C. Thibierge, préc., p. 156.

6 H. Capitant, Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique, th. faculté de droit de l'université de Paris, Librairie Dalloz, 1928. 71 : « Une loi supplétive [...] supplée la volonté des parties ; elle est comme une clause contractuelle qui vient s'insérer dans le contrat pour combler une lacune qu'y ont laissée les parties ; elle a donc la même valeur qu'une clause contractuelle ».

7 *Ibid.*, p. 73.

8 Que l'on se gardera bien d'identifier à une prétendue « inversion de la hiérarchie des normes », au sens où cette expression a pu être utilisée.

9 Comp. P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ-Lextenso, 2011, n° 27, p. 34.

10 Sur cette conception, v. not. H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1961, trad. M. van de Kerchove, 2^e éd. augmentée, 2005, spéc. p. 76 ; P. Amselek, « Norme et loi », *Arch. Phil. dr.*, t. 25 (La loi), Sirey, 1980. 89 s. ; A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990. 199 s. – Adde : P. Amselek, *Cheminelements philosophiques*. Dans le monde du droit et des règles en général, coll. « Le temps des idées », Armand Colin, 2012, plus spéc. p. 85 s., à propos de « la vocation instrumentale des règles à donner la mesure du possible ».

11 C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 421, LGDJ, 2004, n° 584, p. 570.

12 *Ibid.*, n° 525 s., p. 509 s., et plus spéc. n° 581 s., p. 567 s.

de Paris du 4 août 2016 en offre une illustration, au sujet du plan de sauvegarde de l'emploi. Se posait ici, incidemment, la question de savoir si le fait que l'accord collectif majoritaire, au sens de l'article L. 1233-24-1 du code du travail, qui instituait une commission de suivi présidée par l'employeur et comprenant un élu du comité d'entreprise et un membre de chaque organisation syndicale, sans satisfaire par conséquent aux prescriptions de l'article L. 1233-63 imposant de prévoir les modalités de suivi par le comité d'entreprise de la mise en œuvre du plan, pouvait – et, surtout, devait – être considéré comme un accord « partiel » devant être complété par le document unilatéral de l'employeur visé par l'article L. 1233-24-4¹³. De deux choses l'une, en pareille hypothèse : soit l'on considère que l'accord majoritaire s'est emparé du sujet, et il n'y a plus qu'à constater que ses prévisions se sont pas conformes aux exigences légales, soit l'on estime, au contraire, que cette défaillance équivaut à un silence ou en tout cas peut être « rattrapée » par l'employeur au moyen d'un document unilatéral. C'est cette seconde grille de lecture qui a été privilégiée par la cour administrative d'appel dans cette affaire¹⁴. Ainsi, lorsqu'un acte normateur se révèle lacunaire et ne répond pas aux exigences légales sur un sujet où il bénéficie d'une primauté, deux conceptions alternatives s'affrontent. À une approche fondée sur l'exclusivité de cet acte normateur s'oppose une analyse admettant une forme de complémentarité des normes en présence. La première correspond à une vision « mécaniciste », reposant sur l'idée qu'à partir du moment où la norme en position de primer sur une autre norme se saisit, même mal, de celui-ci, le « jeu » de la norme subsidiaire s'en trouve neutralisé. Le présupposé est alors celui de l'autonomie des normes en présence – ou des sources dont elles émanent. La seconde conception, quant à elle, s'adosse à une conception « herméneutique », inspirée de l'idée qu'il n'est d'autonomie que relative entre les normes juridiques et que les dispositions¹⁵ subsidiaires ouvrent sur des normes applicables dès le moment où un espace apparaît vacant. Ce qui fait qu'elles sont susceptibles de ressurgir dans l'hypothèse où les dispositions, censées bénéficier d'une primauté, s'avèrent insuffisantes, y compris au regard des exigences substantielles qu'elles devraient comporter. L'indépendance cède alors la place à l'interaction. Avec ces deux conceptions, le problème se trouve scruté sous deux prismes différents, dont on identifie sans peine les représentations sous-jacentes. D'un côté, il s'agit d'envisager la question sous l'angle d'une théorie des acteurs du droit du travail et de leurs responsabilités, en avançant que le choix, par un accord, d'écarter des normes subsidiaires (par exemple lorsque l'accord d'entreprise bénéficie d'une primauté par rapport à l'accord de branche, sur nombre d'aspects relevant de la durée du travail), doit être assumé par ses auteurs, y compris en cas de défaillance des normes qu'ils produisent. De l'autre côté, le problème sera appréhendé sous l'angle de la théorie des « sources » du droit du travail – et de leurs enchevêtrements – en soutenant que la

norme supplétive ne disparaît jamais et qu'elle conserve, en toutes circonstances, même quand elle ne s'applique pas, une fonction dans l'ordre juridique. Et avant tout celle, précisément, de « suppléer » les défaillances de la norme bénéficiant d'une primauté.

Ce débat ne serait-il pas un peu artificiel ? C'est possible. Il nous semble, en effet, que seule la seconde conception apparaît en syntonie avec les représentations qui prévalent et sous-tendent le droit positif. À ce titre, l'on peut notamment observer que les dispositions légales supplétives du triptyque institué¹⁶ (ou programmé) par la loi El Khomri, quelle que soit leur teneur, accèderont bien à l'obligatorité en cas de défaillance des conventions et accords mentionnés dans le « champ de la négociation collective », et qu'il n'est pas de raison qu'il en aille autrement à propos des rapports entre les accords collectifs eux-mêmes – puisque c'est de la même technique qu'il s'agit. Cela n'autorise pas pour autant à occulter que la notion de supplétivité se trouve traversée par une tension, dans sa signification même.

2. Concrétisation

Telle que l'envisage la loi du 8 août 2016, la supplétivité constitue un instrument au service à la fois d'une refondation du Code – et du droit – du travail, au travers de l'ordonnancement des règles légales et des règles conventionnelles que cette réforme réalise mais également promeut (supplétivité de type 1), et d'un nouvel agencement de l'ordre conventionnel, qui a ouvert sur une recomposition des rapports entre accord d'entreprise et accord de branche¹⁷ (supplétivité de type 2). Entre la conception de cette supplétivité « à double détente » et sa concrétisation, il se pourrait bien que l'on décèle quelques désordres.

La mécanique apparaît bien « huilée » pour certains dispositifs. C'est, par exemple, le cas s'agissant du taux de majoration des heures supplémentaires. Le principe de la majoration salariale étant posé dans les dispositions d'ordre public¹⁸, le législateur orchestre, au sujet de la détermination de ce taux, la supplétivité (de type 2) de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise, tout en imposant un seuil minimal de 10 % de majoration¹⁹, avant d'orchestrer la supplétivité (de type 1) des taux de majoration (25 % pour les huit premières heures puis 50 %) définis par la loi à défaut d'accord²⁰. Sur d'autres aspects, ce montage se complexifie quelque peu. Retient l'attention, à cet égard, l'immixtion du dérogaire au cœur du supplétif²¹. Il est, en effet, frappant de constater que les dispositions (légales) supplétives ouvrent

16 À ce sujet, v. : F. Canut et F. Géa, préc., p. 1038.

17 V. notre contribution publiée dans le numéro de déc. 2016.

18 C. trav., art. L. 3121-28, mod.

19 C. trav., art. L. 3121-33, I, 1^o, mod.

20 C. trav., art. L. 3121-36, mod.

21 Cependant que, par ailleurs, se repère le glissement du registre de la dérogation à celui de la supplétivité de certaines règles d'origine légale, à l'instar de celle qui résultait du premier alinéa de l'ancien art. L. 3121-22, s'agissant du taux de majoration des heures supplémentaires.

13 Rappelons, à cet égard, que le document unilatéral est supplétif de l'accord collectif majoritaire, dès lors que l'art. L. 1233-24-4 précise qu'il doit être élaboré « à défaut d'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1 ».

14 CAA Paris, 4 août 2016, n° 16PA01718, Sem. soc. Lamy 2016, n° 1736, p. 14, obs. F. Champeaux.

15 Ou stipulations.

elles-mêmes sur l'orchestration de facultés de dérogation, comme, par exemple, en matière d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, où l'employeur peut, quand l'entreprise fonctionne en continu, retenir une répartition de la durée du travail s'affranchissant des limites (neuf semaines pour les entreprises de moins de 50 salariés, et quatre semaines dans les autres cas) instaurées par la loi, à défaut d'accord collectif²². Parallèlement, les frontières du champ de la dérogation – de l'accord d'entreprise à l'égard de l'accord de branche – s'instituent en limite de l'essor de la dynamique de la supplétivité. Au-delà même des six domaines sanctuarisés par le législateur à l'article L. 2253-3 (modifié) du code du travail, à la faveur d'une extension visant à compenser la primauté de principe reconnue à la négociation d'entreprise dans le domaine de la durée du travail, l'on observe que là où la loi s'est attachée à préserver le monopole de l'accord de branche (étendu), comme en matière de travail à temps partiel (et plus précisément pour la détermination de la durée minimale de travail²³, la fixation du taux de majoration des heures complémentaires²⁴, ou l'augmentation temporaire, par avenant au contrat de travail, de la durée de travail²⁵) et de mise en place du régime des équivalences²⁶, la supplétivité (de type 2) n'a pas lieu d'être, l'accord d'entreprise étant simplement habilité à prévoir des garanties plus favorables aux salariés que celles négociées au niveau de la branche²⁷. Dérogation et supplétivité s'entrecroisent, et même se conjuguent, donc.

C'est néanmoins la problématique, abordée plus haut sous l'angle théorique, de la combinaison des normes impliquées dans le rapport de supplétivité qui appelle une investigation approfondie – cette fois sous un angle technique. S'agissant de la supplétivité de type 1, entre les dispositions légales et les stipulations conventionnelles, le législateur a manifestement opté sur nombre de sujets pour une mise en œuvre fragmentée. Ou une application distributive, si l'on préfère. Les dispositions légales supplétives – lorsqu'il y en a, car ce n'est pas toujours le cas²⁸ – ont été, le plus souvent, conçues comme devant suppléer la convention ou l'accord collectif, non pas dans son ensemble, mais en considération de la ou des défaillances que l'acte négocié est susceptible de présenter. La formule « à défaut d'accord », largement employée dans le cadre de ces dispositions, signifie alors « à défaut de stipulation conventionnelle » (se rapportant à un objet

déterminé), expression que l'on repère ici ou là²⁹. Se trouve ainsi ciblée l'absence, dans le texte conventionnel (d'entreprise ou, à défaut, de branche, désormais), de prévisions se rapportant, par exemple, à la période de sept jours consécutifs constituant la semaine au sens de la durée du travail³⁰. Même lorsqu'il est fait référence à une absence d'accord collectif, sans autre précision, c'est cette même logique qui s'applique, comme, par exemple, dans le texte relatif au mode d'organisation des astreintes, à leur compensation, ainsi qu'aux modalités d'information des salariés concernés et à la programmation individuelle de ces périodes³¹. De façon plus générale, il nous semble que son empire s'étend à l'ensemble du champ de la supplétivité, y compris donc à la supplétivité de type 2. Nous serions même tentés de dire qu'il s'agit là du mode d'accomplissement de la logique supplétive, tel que le donne à voir la complémentarité conférée, en matière de plan de sauvegarde de l'emploi, au document unilatéral de l'employeur par rapport à l'accord collectif majoritaire³². La question qui peut, en revanche, se poser est celle de la combinaison de ces deux types de supplétivité. Lorsque l'accord d'entreprise comporte sur un sujet, tel que le taux de majoration des heures supplémentaires, des dispositions défailtantes (en ce qu'elles ne respectent pas les exigences légales, par exemple en fixant un taux de majoration à moins de 10 %), convient-il de raisonner dans le cadre de la supplétivité de type 2, en faisant jouer les dispositions de la convention de branche (s'il y en a et si elles respectent, quant à elles, les conditions posées par la loi), ou bascule-t-on directement sur la supplétivité de type 1, en appliquant les dispositions légales supplétives (celles de l'article L. 3121-36, modifié) ? Compte tenu des explications qui précèdent, il paraît difficilement concevable de ne pas d'abord mettre en œuvre la supplétivité entre les normes conventionnelles (et, donc, au sein de la strate « champ de la négociation collective ») avant le cas échéant de recourir au jeu de la disposition légale supplétive (en glissant dans cette autre strate de l'ordonnement des énoncés légiférés). Il y a là, pensons-nous, un ordre à respecter, y compris sur le registre de la supplétivité.

La scrutation des dispositions légales supplétives – qui, dans certains cas, préexistaient à la loi du 8 août 2016³³ – permet de prendre conscience, en marge de ces considérations, de ce que cette strate se révèle extrêmement composite, ou, disons, plus hétérogène que ne le laisse penser le fameux triptyque présidant à la réécriture des textes législatifs du code du travail. C'est qu'en effet, ces dispositions

22 C. trav., art. L. 3121-46, mod., dérogeant aux dispositions de l'art. L. 3121-45, mod., du code du travail.

23 C. trav., art. L. 3123-19, al. 1^{er}, mod.

24 C. trav., art. L. 3123-21, mod.

25 C. trav., art. L. 3123-22, mod.

26 C. trav., art. L. 3123-14, mod.

27 Au fond, il s'agit de domaines dans lesquels les branches professionnelles se voient préserver, pour ainsi dire, une compétence propre afin de définir, par la négociation, ce qui s'apparente à l'ordre public conventionnel que celles-ci ont en charge d'instituer (C. trav., art. L. 2232-5-1, 2^e, nouv.).

28 L'on songe, par exemple, aux textes relatifs à la durée quotidienne maximale, au travail intermittent ou encore à l'indemnité de congés payés.

29 Notamment aux art. L. 3122-22 et L. 3122-23, modifiés, s'agissant du travail de nuit.

30 C. trav., art. L. 3121-35, mod.

31 C. trav., art. L. 3121-12, mod.

32 L'art. L. 1233-24-1, rappelons-le, débute par la formule : « À défaut d'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1 », laquelle n'interdit pas au document unilatéral de compléter un accord majoritaire insuffisant (ou partiel), au regard des sujets qu'il est censé, en vertu de l'art. L. 1233-24-2, traiter.

33 V. not. l'ancien art. D. 3122-7, dans sa version issue du décret n° 2008-1032 du 4 nov. 2008, s'agissant de l'aménagement du temps de travail sur une période de quatre semaines au plus, ou l'ancien art. L. 3122, al. 3, pour l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année.

supplétives s'identifient tantôt à des normes primaires, en ce sens qu'elles se rapportent aux actions que les « acteurs » doivent accomplir, tantôt à des normes secondaires, qui prennent la forme de règles d'habilitation. Car si certaines dispositions légales supplétives ont vocation à fonder, justement, des règles primaires, d'autres – et cela est, au fond, relativement fréquent – se contentent d'identifier, en les encadrant le cas échéant, les actes ou normes visant à pallier l'absence ou l'insuffisance de la convention ou de l'accord collectif : ici le décret³⁴, là le contrat de travail³⁵, ailleurs la décision unilatérale de l'employeur³⁶. À cet égard, le nouvel agencement (de normes) initié par la réforme conduit à rendre visible ce qui ne l'était pas totalement jusqu'à présent. Que repère-t-on ? Que de telles dispositions, d'où émaneront des règles supplétives, se révèlent, à dire vrai, insusceptibles d'assumer la fonction « directrice », que l'on peut être enclin à leur prêter, d'une façon générale – nous y avons fait référence plus haut. Cette fonction, des dispositions supplétives ouvrant sur des règles, non pas primaires, mais secondaires, ne peuvent tendre à l'assumer, dans la mesure où, par hypothèse, elles n'instituent aucun modèle d'action, aucun idéal-type. Faut-il en déduire qu'à la faveur du triptyque ayant présidé à la réécriture du livre du code du travail relatif à la durée du travail, au repos et aux congés, le législateur aurait érigé des espaces sans lignes directrices ? Évidemment non. Mais il faut convenir qu'une telle fonction se trouve, dans ces cas-là, remplie, par les dispositions de la première strate, celles qui instituent l'« ordre public ». La question se pose, dès lors, de savoir quel office spécifique, dans ces hypothèses, remplissent les règles (primaires), auxquelles renvoient les dispositions légales supplétives. La réponse ne nous paraît faire aucun doute. Ces règles opèrent, en réalité, comme des *succédanés* de la négociation collective. Voilà ce qui les unit. Seulement cette unité de fonction ne saurait masquer l'hétérogénéité de ces mêmes règles. Or cette hétérogénéité invite, à notre avis, à compléter la représentation d'une supplétivité « à double détente » qu'orchestre la loi du 8 août 2016. Ce qu'il nous faut constater, en effet, de ce point de vue, c'est qu'aux supplétivités de type 1 et 2 s'ajoute, dans le creux de la première catégorie, une supplétivité de type 3, agencée par les dispositions légales supplétives, entre les conventions et accords collectifs, d'un côté, et, donc, des dispositions soit légales soit réglementaires (posant des prescriptions) *ou* des stipulations du contrat de travail *ou* des décisions unilatérales de l'employeur, d'autre part. Le symptôme d'un désordre ? C'est l'impression que l'on pourrait avoir, en tout cas, lorsque l'on constate que les contraintes juridiques s'avèrent plus faibles au niveau des règles supplétives qu'à celui des normes négociées, à l'instar de ce que l'on constate avec

le dispositif « de béquille » institué par l'article L. 3121-65 en matière de forfait en jours, dans lequel l'exigence de communications périodiques, entre l'employeur et le salarié (dont les modalités sont censées être définies par l'accord collectif³⁷), se délite pour n'être plus, à défaut de stipulations sur ce point, qu'une obligation pour l'employeur d'organiser un entretien annuel avec le salarié – au sujet notamment de la charge de travail du salarié ainsi que de l'organisation de son travail³⁸. Est-il cohérent de prévoir de moindres exigences à titre supplétif ? Cela n'est pas certain. Voilà qui conduit à se demander si, à ce niveau, celui des règles supplétives, ne fait pas défaut une conception d'ensemble...

L'instrument de la substitution apparaît-il plus affûté ?

B – LA TECHNIQUE DE LA SUBSTITUTION

1. Signification(s)

La loi du 8 août 2016 a, lorsqu'elle s'est attachée à appréhender les rapports entre des normes de natures diverses, mobilisé un autre instrument qui paraît révélateur des conceptions qu'elle met en œuvre : la substitution.

C'est à cette notion – cette technique – que le législateur a eu recours pour définir les rapports entre certains types de conventions ou accords collectifs, ceux dans lesquels il a institué, comme nous l'avons expliqué³⁹, des « micro-hiérarchies ». Qu'il s'agisse des rapports entre accords de groupe et accords d'entreprise (ou d'établissement)⁴⁰, entre accords interentreprises et accords d'entreprise (ou d'établissement)⁴¹, ou entre accords d'entreprise et accords d'établissement⁴², le même mode d'articulation a été posé, en vertu duquel les stipulations de l'accord collectif auquel la loi confère une primauté hiérarchique, à condition cependant que celui-ci le prévoie, « se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords » relevant de son périmètre, quelle que soit la date à laquelle ils ont été conclus. La substitution constitue ici l'instrument permettant aux signataires de certains accords collectifs d'attribuer aux normes qui en émaneront une valeur supérieure à celle des normes d'accords auxquels ils sont susceptibles d'imposer leurs propres prévisions. Cette même technique a, par ailleurs, été convoquée par la réforme El Khomri en vue d'assurer la prévalence de l'accord collectif sur le contrat de travail, dans le cadre du régime des accords de préservation ou de développement de l'emploi. L'on se souvient de la thèse que défendait, à ce sujet, Jean-Denis Combrexelle, dans son rapport sur la négociation collective, le travail et l'emploi : « Lorsque l'emploi est en cause et que l'accord vise à le protéger, le maintenir, le préserver et le développer,

34 Ainsi en va-t-il, entre autres, au sujet du régime d'équivalence (C. trav., art. L. 3121-15, mod.) ou à propos des durées hebdomadaires maximales de travail (C. trav., art. L. 3121-24 et L. 3121-25, mod.).

35 Par exemple, s'agissant de la détermination de la rémunération des temps de restauration, de contreparties des temps d'habillage et de déshabillage ou de l'assimilation de ceux-ci à du temps de travail effectif (C. trav., art. L. 3121-8, 1^o et 2^o, mod.).

36 Notamment pour déterminer les contreparties dues, sous forme de repos ou sous forme financière, lorsque le temps de déplacement professionnel dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel du travail (C. trav., art. L. 3121-8, 3^o, mod.).

37 C. trav., art. L. 3121-64, II, 2^o, mod.

38 C. trav., art. L. 3121-65, I, 3^o, mod.

39 F. Canut et F. Géa, préc., p. 1038.

40 C. trav., art. L. 2253-5.

41 C. trav., art. L. 2253-7.

42 C. trav., art. L. 2253-6.

l'accord et l'intérêt collectif qu'il incarne priment sur l'intérêt individuel concrétisé par le contrat de travail »⁴³. Le dispositif qui avait alors été esquissé laissait entendre que la prévalence de l'accord collectif relatif à l'emploi devait rendre inapplicables le (ou plutôt certaines prévisions du) contrat de travail, sans que soit identifié, à ce titre, un outil spécifique⁴⁴. Pourtant, la loi du 8 août 2016 s'en est dotée ; et c'est la technique de la substitution – de plein droit, en l'occurrence – qui a été choisie. Par là s'engage le nouvel article L. 2254-2 du code du travail, dont l'objet est d'instituer les accords de préservation ou de développement de l'emploi et d'en définir le régime juridique, puisqu'il est d'emblée affirmé que les stipulations de tels accords « se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ». Le texte se révèle tout à fait explicite sur la façon dont l'accord collectif s'impose, là où une contrariété ou une incompatibilité surgit, au contrat de travail. Du premier alinéa du II de cet article se déduit, en effet, la considération selon laquelle l'application de l'accord entraîne une modification du contrat de travail, laquelle, est-il ajouté, peut être refusée par le salarié. Le recours à la technique de la substitution s'éclaire par le contraste entre ce montage et celui des accords de maintien de l'emploi puisqu'il avait été jugé préférable (et/ou plus prudent ?) de considérer qu'en cas d'acceptation par le salarié de l'application de l'accord collectif, les clauses contraires du contrat de travail sont « suspendues pendant la durée d'application de celui-ci »⁴⁵. Nul doute que le souci du législateur avait été d'éviter une atteinte frontale à la force obligatoire du contrat de travail. Les promoteurs de la réforme de 2016 auraient-ils eu moins de scrupules, à cet égard ?

Ce que l'on comprend, en tout cas, avec ce double recours à l'idée de « substitution », c'est qu'une telle technique ouvre, comme le suggère le sens commun du terme, sur un remplacement, mais d'une façon qui se veut durable⁴⁶, et non simplement provisoire. Car le remplacement affecte les stipulations (et, partant, les normes) elles-mêmes, non leur application. La nuance est de taille : loin d'une suspension temporaire, aux allures de mise en sommeil, les stipulations (et normes) faisant l'objet d'une substitution disparaissent purement et simplement. Cette signification correspond, à première vue, à celle que la notion de « substitution » revêtait déjà dans notre droit positif du travail, où elle trouve depuis longtemps de multiples points d'ancrage. Que l'on songe à la figure des conventions et accords de substitution⁴⁷, en matière tant de dénonciation que de mise en cause des conventions ou accords collectifs, domaines dans lesquels, jadis, une controverse sévissait, opposant deux interpré-

tations – restrictive et extensive – de la notion⁴⁸. Au demeurant, hormis le cas d'un avenant de révision (et de l'article L. 2261-8) c'est avant tout dans cette hypothèse que s'incarrait la « substitution », dans les textes du code du travail⁴⁹. Cette notion avait aussi prospéré sur le terrain jurisprudentiel, et ce pour appréhender les rapports entre normes ayant le même objet. Au-delà de l'hypothèse légale de la conclusion d'un accord collectif de substitution⁵⁰, la Cour de cassation a pu, à de multiples reprises, en faire usage dans les cas de figure où une norme se voit reconnaître une primauté sur une autre. Tel est bien le raisonnement qui a conduit la chambre sociale, récemment, à affirmer que, désormais⁵¹, « les durées maximales de la période d'essai prévue aux articles L. 1221-19 et L. 1221-21 du code du travail se substituent aux durées plus courtes, renouvellement compris, résultant des conventions collectives de branche conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 »⁵². Une telle solution se fonde sur l'impérativité des durées (de périodes d'essai) fixées par la loi ainsi que sur l'agencement normatif instaurés par l'article L. 1221-22 du code du travail. Dans le cas de figure concerné, il est bien clair que les dispositions conventionnelles disparaissent et sont remplacées, pour ainsi dire, par celles induites par les dispositions légales. La Cour de cassation, on le sait, a également intégré à son raisonnement l'idée de substitution pour appréhender les rapports entre convention ou accord collectif, d'une part, et contrat de travail, d'autre part. Y compris lorsque la règle de faveur issue de l'article L. 2254-1 du code du travail entre en jeu. Ainsi a-t-elle pu juger que « les dispositions plus favorables [d'une convention collective] se substituent de plein droit à celles des contrats de travail dans les entreprises relevant de son champ d'application »⁵³. C'est là que la signification de la notion de substitution se trouble... Faut-il, en effet, considérer que les dispositions conventionnelles ne se limitent pas alors à suspendre provisoirement les stipulations du contrat de travail, mais qu'elles les remplacent ? Les termes du débat sont connus⁵⁴. Bien que certains arrêts de la Cour

43 J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre, France Stratégie, sept. 2015. 102.

44 L'analyse proposée se centrerait avant tout sur le régime du licenciement faisant suite au refus par le salarié de « cette situation », selon l'expression utilisée dans le rapport (présomption de cause réelle et sérieuse, régime indemnitaire « moins attractif »...), mais n'envisageait pas la question sous cet angle (ibid., p. 103).

45 C. trav., art. L. 5125-2, al. 2.

46 En ce sens, v. not. F. Favennec, La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité ?, Sem. soc. Lamy 2016, n° 1742, spéc. p. 7.

47 Dénomination utilisée aujourd'hui par l'art. L. 2261-14-2, modifié, du code du travail.

48 À ce sujet, v. not. M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs, G. H. Camerlynck (dir.), Droit du travail, t. 7, 2^e éd., 1989, spéc. n° 163, p. 288-290, lequel soulignait par ailleurs que les effets de la substitution dépendaient de l'existence ou non dans la nouvelle convention collective d'une clause dite de maintien des avantages acquis.

49 Même si le terme était utilisé à d'autres fins, avec par exemple la « substitution d'employeur » (art. L. 1224-2) ou la « substitution de l'entreprise utilisatrice à l'entreprise de travail temporaire » (art. R. 1251-25), sans parler de la rémunération ou du revenu de substitution (art. L. 3423-6 et R. 5423-5, not.), du rapport de substitution (prévu aux art. L. 2313-6 et L. 4612-14, not.) ou des usages qui en étaient faits en matière de sécurité et de protection des travailleurs (art. R. 4412-15 et R. 4412-16, R. 4431-4, R. 4532-72, etc.)

50 Dont les dispositions « se substituent de plein droit à celles de la convention collective dénoncée » (ou mise en cause) (v. par ex. Soc., 19 mai 2010, n° 09-40.899, NP).

51 En l'occurrence depuis le 1^{er} juill. 2009.

52 Soc., 31 mars 2016, n° 14-29.184, publié au Bulletin, D. 2016. 789 ; Dr. soc. 2016. 650, étude S. Tournaux.

53 Soc., 19 nov. 1997, n° 95-40.280, Bull. civ. V, n° 386, à propos de la durée de la période d'essai, avant la loi du 25 juin 2008, D. 1998. 5 ; Dr. soc. 1998. 12, note J. Savatier.

54 À ce sujet : F. Géa et M.-F. Mazars, Contrat de travail et normes collectives, BICC, 1^{er} oct. 2012. 51-52.

de cassation aient pu nourrir le questionnement⁵⁵, il ne fait guère de doute que l'analyse conduit aujourd'hui à ne voir là, dans cette hypothèse précise, qu'une suspension des stipulations contractuelles, qui redeviendraient néanmoins applicables si les dispositions de la convention collective venaient à disparaître ou à être remplacées par des dispositions moins favorables⁵⁶. Le principe de « non-incorporation » du statut collectif au contrat de travail⁵⁷, ajoutera-t-on, milite en ce sens – même s'il paraît quelque peu déstabilisé par les évolutions récentes.

La substitution pourrait-elle, dès lors, *aussi* signifier un remplacement provisoire, temporaire ? Manifestement, le désordre s'inscrirait alors au cœur de cette technique, puisqu'à répondre par l'affirmative, celle-ci signifierait tout et son contraire... Ce qu'il faut souligner, c'est que la loi du 8 août 2016 contribue elle-même à brouiller le sens de cette notion. Elle le fait, d'abord, en mobilisant celle-ci dans une hypothèse où le remplacement ne saurait revêtir un caractère définitif, en l'occurrence lorsqu'un accord de méthode visant à encadrer le processus de la négociation collective⁵⁸ se trouve conclu au niveau de l'entreprise. Lorsqu'il énonce que les stipulations de cet accord « se substituent aux stipulations » de l'accord de méthode qui doit être conclu au niveau de la branche, le nouvel article L. 2222-3-2 du code du travail, dans son premier alinéa, se situe forcément sur le terrain de l'application des dispositions de ces accords. Il apparaît inconcevable qu'un accord d'entreprise puisse substituer ses dispositions à celles de l'accord de branche, à proprement parler. Cet usage du terme substitution apparaît d'autant plus mal assuré que, par ailleurs, la loi du 8 août 2016 recourt à l'idée de remplacement, au sujet de la restructuration des branches professionnelles, en énonçant dans le tout nouvel article L. 2261-33 du code du travail que « les stipulations conventionnelles applicables avant la fusion ou le regroupement, lorsqu'elles régissent des situations équivalentes, sont *remplacées* par des stipulations communes [...] ». Substitution et remplacement auraient-ils des sens différents ? Le terme « substitution » et, partant, la technique y afférente se verraient-ils assigner, dans cette loi, non pas une, mais *des* significations ?

Voilà qui, à tout le moins, interroge.

2. Interrogations

Pour saisir les ressorts de la technique de la substitution (et en cerner la signification originelle), il paraît judicieux, pour ne pas dire nécessaire, d'identifier le contexte de son apparition ou, du moins, la façon dont

la doctrine travailliste se l'est appropriée pour dresser son analyse du droit des conventions et accords collectifs de travail. Cette notion, Paul Durand l'abordait, en 1956, à l'occasion de l'examen du caractère impératif des normes, en marge des développements qu'il consacrait à la règle réservant l'application des stipulations du contrat de travail plus favorables que celles de la convention collective et que la loi du 11 février 1950 avait, avec une expression qui a perduré jusqu'à aujourd'hui (« sauf dispositions plus favorables »), inscrite dans le code du travail à l'article 31 e du livre relatif aux conventions collectives⁵⁹. À ses yeux, la substitution permettait surtout d'éviter que les stipulations contractuelles, contraires à la convention collective, soient frappées de nullité, avec le risque que cette sanction atteigne le contrat lui-même ; elle ne dissimulait pas moins « une nullité, soumise à un régime particulier », et découlant du « caractère d'ordre public de la convention collective »⁶⁰. Paul Durand se montrait toutefois réfractaire à la thèse dite de l'incorporation, lui préférant l'idée d'une « combinaison automatique des clauses du contrat de travail et de celles de la convention collective »⁶¹. C'est cette conception qu'André Brun (qui la dénommait « thèse de l'adjonction ») combattit, en lui opposant la nécessité d'une intégration (ou incorporation) de la convention collective au contrat de travail, mais aussi en soulignant qu'elle ouvrait sur une approche quelque peu paradoxale de la notion de substitution. « N'est-il pas [...], en logique, contradictoire, écrivait-il, d'admettre que les clauses d'une convention collective se substituent de plein droit aux dispositions moins protectrices du contrat de travail et cependant de revenir en arrière pour effacer cet effet le jour où la convention collective prend fin »⁶² ? Cette ambiguïté fondamentale de la technique de la substitution ne s'est jamais estompée. Sous les plumes de Guillaume Henri Camerlynck et de Gérard Lyon-Caen, qui y voyaient une « originalité du Droit du travail », la substitution n'avait d'autre finalité que de conduire au remplacement des clauses « non conformes » du contrat de travail par les clauses correspondantes de la convention collective⁶³. Sans incorporation de ces dernières. Ce qu'il faut souligner, c'est que, dans tous les cas, le recours à la technique de la substitution paraît bien s'être adossé à une idée de l'ordre public, dont – en fonction des grilles d'analyse adoptées par les

55 En laissant entendre que la clause contractuelle serait nulle (par ex. Soc., 30 mars 1995, n° 91-44.079, Bull. civ. V, n° 117, D. 1995. 112 ; Soc., 25 févr. 2009, n° 07-40.155, Bull. civ. V, n° 50). Il s'agissait d'affaires où le salarié s'était lui-même placé sur le terrain de la nullité. À ce propos, v. F. Géa et M.-F. Mazars, préc., p. 52.

56 G. Couturier, Traité de droit du travail, t. 2, Les relations collectives de travail, coll. « Droit fondamental », PUF, 2001, n° 207, p. 500.

57 V. not. F. Géa et M.-F. Mazars, préc., p. 53 s. ; F. Canut, L'ordre public en droit du travail, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », LGDJ, 2007. 207 s., n° 423 s.

58 Au sens du nouvel art. L. 2222-3-1 du code du travail.

59 Le deuxième alinéa de cet art. 31 e énonçait : « Lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui ». Et le troisième alinéa précisait, quant à lui : « Dans tout établissement compris dans le champ d'application d'une convention collective, les dispositions de cette convention s'imposent, sauf dispositions plus favorables, aux rapports nés des contrats individuels ou d'équipe ».

60 P. Durand, Traité de droit du travail, t. III, avec le concours d'A. Vitu, Librairie Dalloz, 1956, n° 204, p. 579, lequel écrivait : « Le contrat de travail est donc valable, même si l'on pouvait prouver que les parties ne l'auraient pas signé sans la clause illicite. Les dispositions de la convention collective se substituent à celles du contrat individuel de travail ».

61 Ibid., n° 202, p. 573.

62 A. Brun, La jurisprudence en droit du travail, coll. « Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale », Sirey, 1967. 593.

63 G. H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 11^e éd., coll. « Précis », Dalloz, 1982, n° 652, p. 911.

auteurs – se révèle porteuse la convention collective⁶⁴ – ou à la détermination de laquelle celle-ci contribue. Au vrai, la notion de substitution, depuis qu'elle a pénétré les discours du droit du travail, a fait corps avec l'impérativité des conventions et accords collectifs, mais en s'accommodant assez mal de la règle de faveur qui opère dans leurs rapports avec les contrats de travail. Ayant pour effet de remplacer des stipulations (ou dispositions) par d'autres, cette technique se heurte à des limites dès lors que le principe de faveur – ou l'une des règles qui le concrétisent – invite, en certaines circonstances, au retour des stipulations remplacées, comme si ces dernières n'avaient été que suspendues. Dans ces conditions, le mouvement de retrait que connaît dans notre système ledit principe ne peut que lui ouvrir des espaces lui permettant d'être (pleinement) efficace. Telle est bien notre hypothèse : à l'heure où le principe de faveur perd du terrain⁶⁵ et où, simultanément, la figure de l'« ordre public conventionnel » se cristallise, en faisant de la convention collective l'un des canaux par lesquels se réalise l'ordre public (dans un sens, il est vrai, renouvelé), cette technique se pose comme instrument du nouvel ordre qui s'esquisse en droit du travail. Et de l'effacement du principe de faveur.

De ce point de vue, c'est sans doute la mobilisation de cette technique par les nouveaux articles L. 2253-5, L. 2253-6 et L. 2253-7, évoqués plus haut, qui se révèle la plus spectaculaire. Si la faculté reconnue aux accords collectifs se voyant conférer une supériorité hiérarchique au sein de l'ordre conventionnel les habilite à prévoir que leurs stipulations se substitueront à celles des accords concernés par les ordonnancements envisagés, ce mécanisme, aux termes des textes précités, a vocation à se déployer pour les accords conclus, non seulement antérieurement mais aussi *postérieurement*, dans le périmètre considéré. Ainsi l'accord de groupe peut-il prétendre, en vertu de la loi, à ce que ses dispositions remplacent celles qui pourraient être ultérieurement négociées dans le cadre d'un accord d'entreprise. De même pour un accord d'entreprise vis-à-vis d'accords conclus au sein des établissements relevant de son périmètre, ou pour un accord interentreprises à l'égard des entreprises concernées. Ces textes attisent le questionnement. En première approche, l'on pourrait être tenté de considérer qu'un tel mécanisme, reproduit ici sur trois registres distincts, méconnaît ces droits ou libertés constitutionnelles que sont, d'un côté, le principe de participation des travailleurs et, d'un autre côté, la liberté contractuelle, au motif que les partenaires sociaux, au niveau inférieur de chacune de ces micro-hiérarchies, voient leur liberté de négocier faire l'objet d'une amputation, disons plutôt d'une restriction indiscutable. Dès lors que la liberté contractuelle implique, selon la vision qu'en a le Conseil constitutionnel, la sauvegarde de la pérennité contractuelle, au sens de l'immutabilité des

contrats, mais encore l'impulsion contractuelle, entendue comme liberté des contrats à venir⁶⁶, il ne fait pas de doute qu'elle subit ici une atteinte sur l'un ou l'autre de ces versants, suivant que l'accord collectif en cause – altéré ou contraint dans sa teneur – a été conclu avant ou après l'accord qui produit cet effet de substitution. De là à en induire que cette liberté, dont le Conseil constitutionnel affirme qu'elle ne protège pas un droit à « l'individualisation de la relation contractuelle », se voit alors apporter une limitation qui ne serait pas liée à des exigences constitutionnelles ou ne serait pas justifiée par l'intérêt général, d'une part, et qui serait disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, d'autre part⁶⁷, il y a un saut que nous nous garderons bien de franchir. Le problème ne se pose pas en des termes différents lorsque le législateur, comme il l'a souvent fait, définit ou délimite l'habilitation de tel ou tel type d'accord à produire des normes, ou lorsqu'il autorise un niveau de négociation à configurer la marge de négociation d'un autre niveau – à la manière de l'article L. 2253-3 du code du travail, dans ses versions de 2004 comme de 2016... En tout état de cause, il est loisible au législateur, pour emprunter au langage de l'étude d'impact, « de renforcer la valeur juridique »⁶⁸ de certains accords collectifs vis-à-vis d'autres accords. Vaine serait également l'invocation du principe de participation des travailleurs, puisque celui-ci n'a jamais signifié que la négociation collective devait constituer un espace sans limite, ni d'ailleurs qu'un niveau de négociation ne pouvait être considéré comme hiérarchiquement supérieur par rapport à un autre (dans l'ordre conventionnel). Ce faisant, s'il bouscule des schémas établis, le mécanisme de la substitution ne semble pas, dans ces hypothèses, méconnaître de quelconques exigences constitutionnelles. Il ne constitue que l'instrument d'une politique juridique visant à conférer, consolider ou renforcer l'impérativité de certaines normes collectives, comme si elles participaient elles-mêmes à la constitution d'un ordre public...

C'est plutôt la combinaison du principe de participation et de la liberté contractuelle, telle que l'appréhendent les dispositions de la loi El Khomri relatives aux accords de préservation ou de développement de l'emploi, qui suscite des interrogations. Le législateur ne cesse de creuser le sillon qu'a tracé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 mars 2012 en reconnaissant, sous réserve d'un motif d'intérêt général, que l'atteinte à la liberté contractuelle puisse procéder du principe de participation, et en esquissant, par là même, une forme

⁶⁴ Telle était, répétons-le, l'optique de Paul Durand, qui considérait que la norme de la convention collective « se présent[ait] comme règle d'ordre public, si la clause du contrat individuel de travail [était] défavorable aux salariés » (op. cit., n° 208, p. 586).

⁶⁵ À ce propos, v. récemment D. Baugard, L'ordre public social, Arch. Phil. dr., t. 58 (L'ordre public), Dalloz, 2015. 129 s.

⁶⁶ V., P.-Y. Gahdoun, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Dalloz, 2006.

⁶⁷ Pour reprendre l'analyse qu'en a donnée le Conseil constitutionnel dans sa décision Loi Macron (Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, spéc. consid. 22 et 23, à propos de l'encadrement des relations contractuelles dans les réseaux de distribution et les commerces de détail, AJDA 2015. 1570 ; D. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 1461, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; Constitutions 2015. 421, chron. A. Fabre ; RTD com. 2015. 699, obs. E. Claudel).

⁶⁸ 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. 161, à propos des accords de groupe vis-à-vis notamment des accords d'entreprise ou d'établissement.

de hiérarchisation entre accord collectif et contrat individuel⁶⁹. De nouveau, la substitution – de plein droit, cette fois – se présente comme un instrument au service de l'impérativité de l'accord collectif, sachant qu'à travers lui c'est l'emploi (sa préservation, son développement) qui constitue l'objectif affiché. En 2013, nous l'avons rappelé, le législateur s'était montré plus prudent, puisque l'acceptation par le salarié de l'application de l'accord de maintien de l'emploi n'a pas pour effet de modifier le contrat de travail ; elle entraîne simplement la suspension des clauses contraires à l'accord pendant la durée d'application de celui-ci⁷⁰. En 2016, changement de technique : la suspension cède la place à la substitution. Au-delà, c'est un ordre de présentation qui se renverse. Dans les textes relatifs aux accords de maintien de l'emploi, le droit du salarié d'accepter ou de refuser l'application de l'accord apparaît premier, et la suspension des clauses contraires de son contrat de travail n'est présentée que comme la conséquence d'une possible acceptation. Or, cet ordre, le nouvel article L. 2254-2 tend à l'inverser, pour les accords de préservation ou de développement de l'emploi : c'est d'abord la substitution de plein droit des stipulations de l'accord aux clauses contraires (et incompatibles, ajoutent-on, comme pour signifier que le dispositif est de nature à ouvrir sur un conflit à résoudre) du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail, qui est affirmée. Le droit reconnu au salarié n'est proclamé qu'ensuite par le texte, en l'identifiant à la faculté d'exprimer un refus. Seulement, le refus du salarié, ici, ne prend pas pour objet l'application de l'accord collectif, mais... « la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord ». La nuance est de taille. Car, prise à la lettre, cette disposition légale accredit l'idée suivant laquelle l'accord collectif modifie(r)ait par lui-même le contrat de travail⁷¹. Ainsi assisterait-on, par ce dispositif et dans la limite de son champ, à une mise à l'écart, sans détour, de la jurisprudence de la Cour de cassation, du moins au regard de l'expression qui était la sienne avant février 2016, lorsque en émanait le principe selon lequel « la convention collective ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié »⁷². Si le

texte légal devait se voir assigner ce sens, l'atteinte à la liberté contractuelle serait incontestable. Resterait, pour apprécier sa conformité aux exigences constitutionnelles, à déterminer dans quelle mesure un motif d'intérêt général suffisant la justifie. Ce motif général, on l'aura compris, s'identifie à l'emploi⁷³. Sauf que ces « accords majoritaires en faveur de l'emploi », ainsi que les désignait l'étude d'impact, ne s'accompagnent, si l'on en scrute le régime juridique, d'aucune (véritable) garantie, en termes de préservation comme de développement de l'emploi, hormis les objectifs que doit formuler leur (indispensable) préambule⁷⁴. En l'absence de stipulations de l'accord, à ce sujet, la question demeure ouverte de savoir si nous sommes là dans l'ordre de l'obligatoire, et non du déclaratoire⁷⁵. Cette détermination, dont nous semblerait pourtant devoir dépendre le caractère « suffisant » du motif d'intérêt général invoqué par le législateur, est tout simplement renvoyée à l'interprétation que les acteurs, et éventuellement les juges, donneront de ces textes légaux. Un tel flottement autorise à se demander si l'atteinte à la liberté contractuelle, potentiellement à l'égard de tous les salariés auxquels l'accord s'applique, n'apparaît pas disproportionnée par rapport à l'objectif à atteindre⁷⁶ – pour faire référence à l'analyse du Conseil constitutionnel⁷⁷. Ce dont il faut prendre conscience, c'est que l'intensité, pour ainsi dire, de l'atteinte à la liberté contractuelle (et, plus précisément, à l'une de ses composantes : la force obligatoire du contrat) tient au recours à la technique de la substitution, en ce qu'elle affecte le contenu du contrat de travail. Là, pourrait-on dire, réside son efficacité. La suspension des clauses contraires du contrat de travail, parce qu'elle opère au plan de leur application, contourne cet effet. Artificiellement peut-être, mais la technique n'apparaît pas moins fondamentalement distincte.

Au-delà des conceptions qui sous-tendent la substitution et la suspension, ainsi que de la façon dont elles orientent la discussion sur la question de l'atteinte à la liberté contractuelle, c'est, nous semble-t-il, sous l'angle de leur concrétisation que les deux techniques méritent d'être jaugées. À coup sûr, et sans surprise, le cœur du problème tient au fait que les accords concernés sont à durée déterminée⁷⁸. Ainsi les dispositions de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi qui ont vocation à remplacer les stipulations « contraires et incompatibles » du contrat de travail ne doivent-elles, *a priori*, s'appliquer que pendant la durée de vie de l'accord

69 Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, AJDA 2012. 574 ; RFDA 2012. 528, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; Constitutions 2012. 267, chron. J. Benetti. À ce sujet : J.-F. Akandji-Kombé, La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle, Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534, p. 10 s. ; F. Géa et M.-F. Mazars, préc., p. 61-62.

70 C. trav., art. L. 5125-2, al. 2.

71 Contra : D. Baugard et L. Gratton, Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel, Dr. soc. 2016. 745, spéc. p. 747-748, estimant que « le droit au maintien de l'économie des contrats légalement conclus [...] n'est pas ici méconnu en ce sens que le dispositif envisagé ne peut pas affecter des éléments de la relation contractuelle, pour rester neutre, sans un accord du salarié ».

72 V. not. Soc., 25 févr. 1998, n° 95-45.171, Bull. civ. V, n° 104, D. 1999. 105, obs. Y. Serra ; Soc., 25 févr. 2003, n° 01-40.588, Bull. civ. V, n° 64. Rappelons que la Cour de cassation a, depuis, opportunément ajusté sa formule en remplaçant la figure de la norme négociée d'où résulteraient des modifications de contrats de travail par celle de la décision de l'employeur fondée sur une telle norme (Soc., 10 févr. 2016, n° 14-26.147, publié au Bulletin, D. 2016. 431 ; Dr. soc. 2016. 446, étude J. Mouly ; *ibid.* 650, étude S. Tournaux : « Sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié »).

73 L'étude d'impact du projet de loi l'exprimait sans détour (étude d'impact, préc., p. 156).

74 C. trav., art. L. 2254-2, I, al. 3, nouv., lequel prévoit, in fine, que l'absence de préambule entraîne ici la nullité de l'accord, par exception (plutôt que par dérogation) à la règle posée au nouvel art. L. 2222-3-3.

75 À ce sujet, v. l'analyse de : E. Filippetto, Et vinrent les accords de préservation ou développement de l'emploi, RDT 2016. 415, spéc. p. 416-417.

76 V. les réflexions d'A. Jeammaud, De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail, RDT 2016. 228, spéc. p. 238, et de P. Ancel, L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat, RDT 2016. 240, spéc. p. 247-248.

77 Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, préc., consid. 22.

78 Problème notamment mis en avant par F. Favennec, La négociation collective dans le droit de la durée du travail, Dr. soc. 2016. 892, spéc. p. 896.

collectif (une durée nécessairement déterminée et qui, à défaut de stipulation de l'accord, est fixée à cinq ans⁷⁹), sauf justement à pouvoir se survivre par le truchement du contrat de travail auquel elles auraient été incorporées. Là réside le *hiatus*. Avec la technique de la suspension, comme dans les accords de maintien de l'emploi et les accords de mobilité interne, les clauses « contraires » du contrat de travail sont censées retrouver à s'appliquer, une fois que la durée de l'accord s'est écoulée. En somme, elles prennent, dans un mouvement inverse de celui qui avait conduit à en éluder l'application, le relais des dispositions conventionnelles, lorsque celles-ci disparaissent. Ce qui, au demeurant, n'est déjà pas sans susciter de sérieuses difficultés⁸⁰. Avec la technique de la substitution, le problème devient plus aigu encore. Car *a priori*, les dispositions de l'accord collectif dont l'application a pourtant pris fin sont supposées avoir été incorporées dans le contrat de travail des salariés concernés, en y délogeant les stipulations qui leur étaient antinomiques. Ne serait-on pas en présence d'un paradoxe, et même d'une aberration ? Comment peut-on justifier que des aménagements négociés dans le cadre d'un accord collectif, « y compris en matière de rémunération et de durée du travail » (comme le spécifie le premier alinéa de l'article L. 2254-2, I), en vue d'un objectif collectif de préservation ou de développement de l'emploi, puissent, au moment où cet objectif disparaît (avec l'accord) ou se dissout, se retrouver incorporés, c'est-à-dire intégrés, au(x) contrat(s) de travail ? Quel sens cette consolidation individuelle a-t-elle, dans un tel cas de figure ? Orchestrer, de la sorte, une incorporation de normes négociées, tantôt par des délégués syndicaux⁸¹, tantôt – dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale – par des représentants élus mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, voire par un ou des salariés (simplement) mandatés, alors que les accords dont elles sont issues ont entre-temps perdu

leur impérativité, revient à consolider sur le plan interindividuel ce qui n'est plus⁸² sur le plan collectif. Comme si le contrat de travail se trouvait « écrasé »⁸³ par un acte collectif, certes négocié, mais pourtant éphémère. C'est là que le bât blesse.

Ces considérations ne valent évidemment que si la technique de la substitution déploie ses effets – ses potentialités. Et, *in fine*, sa logique. Longtemps, les juristes se sont arrangés de ce curieux compromis consistant à admettre que cette technique pouvait ouvrir sur une « résurrection » (de l'application) des stipulations contractuelles auxquelles s'étaient substituées celles d'un accord collectif, nous l'avons rappelé. Entend-on maintenant ce paradoxe ? Dans l'affirmative, le débat sur l'atteinte à la liberté contractuelle se présenterait sous un jour (un peu) différent. Mais alors l'instrument – de la substitution – aurait été mal choisi.

CONCLUSION

Ainsi va le droit du travail, traversé par les tensions que génère la transformation que prétend, dans le sillage de précédentes réformes et dans l'anticipation des évolutions qui surviendront demain, lui faire subir la loi du 8 août 2016. À l'image de cette réforme, c'est d'une tension, décelable sur le plan conceptuel comme sur le plan technique, qu'est censé naître le nouvel ordre⁸⁴. S'il est une injonction qu'il convient de garder en mémoire et de méditer, c'est celle qui clôturait la leçon inaugurale au Collège de France de l'historien Patrick Boucheron : « Ce qui surviendra, nul ne le sait. Mais chacun comprend qu'il faudra, pour le percevoir et l'accueillir, être calme, divers et exagérément libre »⁸⁵ ■

79 C. trav., art. L. 2254-2, IV, nouv.

80 Notamment quand une nouvelle organisation du travail a été arrêtée. Que l'on songe par exemple au « retour » d'une clause de mobilité comportant un champ géographique plus restreint que celui de l'accord de mobilité, et ce une fois que la mutation dans un établissement hors du périmètre défini par la clause est intervenue.

81 Souvenons-nous de ce que François Gaudu écrivait en 2011 : « Il ne faut pas demander aux syndicats, dans l'état où ils sont, spécialement dans le secteur privé, de couvrir de leur signature, ou de leur participation à des commissions paritaires, des accords qui remettent en cause des contrats individuels auxquels les salariés ont pu malgré tout accorder un certain prix » (F. Gaudu, *Le salaire et la hiérarchie des normes*, Dr. soc. 2011. 24, spéc. n° 19, p. 29).

82 Et donc, a fortiori, n'apparaît plus opportun.

83 À ce sujet, v. déjà F. Géa, *Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janv. 2013*, Sem. soc. Lamy 2013, n° 1569, spéc. p. 5-6.

84 Michel van de Kerchove et François Ost avaient vu juste : « Tout ordre ne peut s'établir qu'au prix d'un certain désordre » (*Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. « Les voies du droit », PUF, 1988. 240).

85 P. Boucheron, *Ce que peut l'histoire*, texte reproduit dans *Le Monde*, 3-4 janv. 2016. 12-13.

I Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail

Discussion

Laurence Pécaut-Rivolier
Inspectrice générale adjointe des services judiciaires

C'est en qualité de « discutante » qu'il m'a été demandé d'intervenir, et discuter après l'intervention brillante et fondamentale de Georges Borenfreund paraît chose bien complexe et bien futile.

C'est pourquoi je me contenterais de procéder par observations, qui tenteront quelques réponses aux propos très critiques de Georges Borenfreund, et d'autres intervenants de ce jour, sur la nouvelle approche des rapports entre normes qu'induit la loi du 8 août 2016.

A. - Les rapports entre l'accord collectif et la loi

Préliminaire

Mon préliminaire rejoint totalement un constat de Georges Borenfreund. Il n'y a pas dans le texte de loi d'inversion des normes. Entre loi et accord collectif, c'est bien toujours la loi qui domine, et qui seule décide de ce qu'elle délègue. Lorsque les partenaires sociaux peuvent déroger à la loi, c'est parce que la loi le prévoit. Lorsqu'ils peuvent suppléer à la loi, c'est parce que la loi n'a rien prévu, ou au contraire a choisi de donner la main aux accords collectifs. Le nouvel article L. 3111-3 du Code du travail est clair à cet égard : « le présent livre définit les règles d'ordre public, le champ de la négociation collective et les règles supplétives applicables en l'absence d'accord. » L'accord collectif existe dans le champ que la loi définit.

Ce n'est pas de l'inversion des normes.

Affirmer qu'il y a inversion des normes me paraît ainsi non seulement contraire à la réalité, mais dangereux, parce qu'elle fait croire que l'accord collectif devient maître, quand il ne reste qu'exécutant, sous le contrôle de la loi... et du juge.

Il n'y a pas non plus inversion des normes entre accord collectif et contrat de travail. La norme collective est supérieure à la norme individuelle, voilà une affirmation traditionnelle en droit du 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 » disait, et dit toujours l'article L. 2254-1 du Code du travail. Ce qui change, notamment avec le nouvel article

L. 2254-2, et qui est évidemment fondamental, c'est la mise en retrait du principe de faveur. Mais il n'y a pas inversion formelle des normes.

La seule véritable inversion des normes introduite par la loi du 8 août 2016, c'est entre accord de branche et accord d'entreprise. Dans l'échelle descendante classique qui menait de la loi jusqu'au contrat de travail, l'accord collectif le plus général avait autorité sur l'accord le plus restreint. En renvoyant d'abord à l'accord d'entreprise, et « à défaut » à l'accord de branche, dans un certain nombre de cas, la mission de définir les règles applicables, la loi du 8 août 2016, dans ce cas, modifie bien la hiérarchie des normes.

1. - La loi doit-elle tout décider ?

Il n'existe pas de domaine du droit dans lequel la loi décide de tout. Même dans les domaines dans lesquels l'ordre public est particulièrement prégnant, où la protection des individus est la raison d'être des règles qui sont posées, des aménagements sont toujours possibles. Ainsi de l'état des personnes : les époux peuvent aménager les règles de leur régime matrimonial, pour tenir compte des situations particulières. Certes, pourra-t-on rétorquer, les époux ne sont pas dans la situation d'inégalité de base de l'employeur et du salarié. C'est une affirmation rapide. Si la loi prévoit les conditions du régime matrimonial, c'est bien dans l'idée qu'il peut y avoir une inégalité et qu'il faut en prémunir les époux. Mais en même temps, la loi sait qu'à vouloir trop protéger par un régime unique, on peut finalement préjudicier à ceux qu'on veut protéger. Elle organise donc une souplesse, avec un contrôle du juge.

En droit du travail, la loi peut encore moins tout décider, parce que les situations sont terriblement diverses, terriblement mouvantes, terriblement factuelles. Une loi qui prévoit tout fige à l'excès.

Certes, les adaptations de la norme par la volonté contractuelle peuvent présenter un risque évident dans un rapport totalement inégalitaire, et au sommet de l'inégalité au moment où le contrat de travail est signé. Mais il se trouve que justement, le droit du travail a d'autres outils d'adaptation, que sont les accords collectifs, signés par les partenaires sociaux. Des accords signés par des organisations dont l'objet même est la négociation collective, de faveur, quand c'est possible, d'adaptation ou autre quand la situation le requiert.

Que l'on discute de la capacité des syndicats, aujourd'hui, en France, de négocier librement et en connaissance de cause, et de la nécessité impérative de leur donner plus de formation et de moyens; que l'on discute du niveau où doit s'effectuer la négociation pour être utile, cohérente, et moins aléatoire; que l'on affirme la nécessité de poser certaines règles de fond qui vont fixer un cadre unique pour tous les salariés sur des sujets de base comme le salaire minimum ou la durée normale de travail, tout cela doit être, car tout cela est fondamental.

Mais que l'on remette en cause le rôle des partenaires sociaux, leur vocation naturelle à être ceux qui permettent d'avoir dans le quotidien des entreprises des règles qui s'adaptent à l'activité, à la situation concrète, aux caractéristiques de la communauté de travail, cela paraît étonnant. Que l'on pense que seule la loi, l'État – si décrié par ailleurs –, peut savoir ce qui convient au bien collectif et au bien individuel est encore plus étonnant.

Réaffirmer un ordre public social socle, donner à la négociation collective un rôle plus important pour permettre les adaptations nécessaires et organiser la manière dont cet agencement peut fonctionner en renforçant les moyens et la légitimité des partenaires sociaux, est-ce vraiment briser le droit du travail? Il ne nous le semble pas... si tout au moins les textes qui impulsent le mouvement sont cohérents.

Deux dispositions contrarient cependant le dispositif.

2. - Des incohérences de la nouvelle articulation

Le principe de la loi support et de l'accord qui peut aménager, en principe, et dans certaines conditions, les règles générales repose sur l'existence et la confiance accordée aux partenaires sociaux. La loi leur reconnaît la possibilité d'être délégués d'une partie de ses attributions, parce qu'ils sont représentatifs de ceux qu'ils vont engager. La loi de 2016 est en cela la suite directe de la loi du 20 août 2008 réformant en profondeur les règles de représentativité. Sans la loi de 2008, la loi de 2016 n'aurait pas pu être imaginée.

Or, par deux dispositions, le législateur de 2016 ébranle les bases mêmes de l'évolution qu'il propose.

D'une part, en ouvrant la possibilité de compléter la signature d'un accord collectif par un recours à l'approbation des salariés, par référendum. Cette possibilité qu'un accord, qui n'a pas été signé à la majorité absolue requise des organisations syndicales, puisse malgré tout être adopté grâce au vote des salariés constitue, malgré toutes les précautions prises, une négation de l'importance conférée aux organisations représentatives, en capacité d'avoir une vision collective et à plus long terme.

D'autre part, en autorisant l'employeur, dans certains cas, à décider seul lorsqu'aucun accord collectif n'a pu

être signé. La logique de la répartition entre ordre public impératif, accord collectif et, à défaut, loi supplétive s'en trouve naturellement bouleversée.

B. - Les rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail

La loi nouvelle n'a pas, par une disposition générale, remis en cause les rapports entre accord collectif et contrat de travail. Elle n'a pas modifié l'article L. 2254-1.

Cependant, par plusieurs dispositions particulières, elle a apporté des exceptions importantes au principe selon lequel, si les clauses des accords collectifs s'appliquent aux contrats de travail, les dispositions plus favorables de ces derniers demeurent.

La brèche avait été ouverte avec l'article 45 de la loi Warsman¹ qui avait autorisé le recours à la modulation des horaires de travail, quelles que soient les clauses du contrat de travail.

De manière beaucoup plus radicale, le nouvel article L. 2254-2-I prévoit que: « 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 ».

Ces dispositions permettent incontestablement d'imposer des règles collectives au détriment des clauses individuellement prévues au contrat.

Constituent-elles pour autant un bouleversement de l'ordre juridique de nature à faire du contrat de travail à valeur juridique diminuée? Est-ce vraiment vider le contrat de travail de sa portée et de son importance?

Il est fondamental de relever que, dans aucune des dispositions qui ont été prises pour faire prévaloir l'accord collectif sur le contrat de travail, le législateur n'annihile le contrat de travail. Il ne dit pas que les clauses du contrat de travail sont indifférentes et qu'un accord peut les modifier. Soit il affirme, comme dans la loi Warsman, que la disposition ne constitue pas une modification du contrat de travail. Soit il admet qu'elle puisse le constituer, mais il aménage les conséquences de cette qualification en prévoyant un dispositif spécifique en cas de refus de la modification pour atténuer ses effets. Pour le salarié, l'incidence est la même: s'il refuse, il peut être licencié. Sur le plan juridique cependant, la nuance est de taille. Elle montre que le législateur ne touche pas à la frontière fondamentale, créée par la jurisprudence, entre les changements des conditions de travail, qui peuvent être imposés à un salarié sans son accord, et les modifications du contrat de travail qui nécessitent un avenant.

(1) L. n° 2012-485, 22 mars 2012.

Le barrage du contrat de travail résiste, et il passe notamment par la limite à la modification unilatérale du contrat de travail. Un concept que la jurisprudence n'a pas remis en cause, quoi qu'on ait pu en dire, avec les arrêts du 12 juin 2014² relatifs à la prise d'acte et à la résiliation judiciaire du contrat de travail, où elle dit que le droit du salarié de mettre fin à son contrat de travail du fait du comportement de l'employeur supposait un manquement important de ce dernier aux conditions du contrat de travail, donc une modification de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, ce qui rajoute une exigence supplémentaire, mais n'atteint pas la notion classique de modification du contrat de travail.

Au final, la loi nouvelle, et c'est d'ailleurs son but, ouvre une véritable possibilité d'adaptation du cadre légal aux acteurs de la négociation collective. C'est une prise de risque, par rapport à un droit antérieur qui reposait sur la loi, et uniquement sur la loi, et qui imposait donc un régime unique, fixé par l'État. Pour réussir, un certain nombre de conditions sont nécessaires: un socle solide de règles d'ordre public non négociables, des partenaires sociaux légitimes, formés, et respectés, une cohérence du dispositif d'ensemble. Ce sont sur ces points qu'il faut être d'une vigilance constante.

(2) Soc. 12 mars 2014, n° 12-24.208, Bull. civ. V, n° 45; 26 mars 2014, n° 12-21.372, Bull. civ. V, n° 86; D. 2014. 829; *ibid.* 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta; Dr. soc. 2015. 206, chron. S. Tournaux; 26 mars 2014, n° 12-35.040, Bull. civ. V, n° 87; D. 2014. 830; RDT 2014. 544, obs. L. Bento de Carvalho.

Dossier

Réforme du code du travail – Propositions des juristes

L'ordonnancement des normes étatiques
et des normes conventionnelles –
à propos du projet de loi Travail

L'essentiel

Le projet de loi Travail expérimente, en matière de durée du travail, la nouvelle présentation des normes évoquée par le rapport Combrexelle : règles d'ordre public ; champ renvoyé à la négociation collective ; règles supplétives applicables en l'absence d'accord. C'est selon ce nouveau découpage normatif que doit être réécrit la partie législative du code du travail dans les deux ans. Au constat d'une imbrication parfois complexe entre règles étatiques et règles conventionnelles, que révèle la réforme, s'ajoutent des interrogations quant à la montée en puissance de la supplétivité des premières par rapport aux secondes.



par Florence Ganut

Professeur à l'université Lyon 2, École de droit social de Montpellier

Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dit projet de loi Travail, constitue, en ce qui concerne l'ordonnancement des normes, le laboratoire du futur code du travail censé voir le jour dans les deux ans. Comme souvent, le droit de la durée du travail essuie les plâtres¹. Le chapitre II du titre I^{er} (« Refonder le droit du travail et donner plus de poids à la négociation collective ») annonce d'emblée la couleur. Il s'agit d'instaurer une « nouvelle architecture des règles ». Encore ! Les facultés de dérogation conventionnelle à la règle étatique, devenues pléthoriques en matière de durée de travail, ne suffisent-elles pas ? Les cas de supplétivité de la règle étatique par rapport à l'accord collectif, résultant de la loi du 20 août 2008, doivent-ils être multipliés ? C'est en tout cas le *credo* du gouvernement. Les principes essentiels du

droit du travail, dégagés par le comité Badinter, serviront de base à une réécriture du code selon une nouvelle architecture en trois parties, comme l'avait préconisé le rapport Combrexelle. C'est cette nouvelle architecture qu'expérimente le projet de loi Travail. L'on peut, dès lors, tenter de mesurer l'impact de ce projet de loi sur l'ordonnancement entre normes étatiques et normes conventionnelles. Avant de décrypter ce qui se joue derrière la généralisation de la supplétivité de la norme étatique (II), c'est une imbrication entre normes légales et normes conventionnelles qu'il faut mettre en évidence (I).

I. — L'IMBRICATION ENTRE NORMES LÉGALES
ET NORMES CONVENTIONNELLES...

... se révèle à la lecture du découpage normatif en trois étages : les dispositions d'ordre public ; le champ de la négociation collective ; les dispositions supplétives, applicables en l'absence d'accord. Le premier niveau reflète le caractère protéiforme de l'ordre public en droit du travail. Il comporte des règles d'ordre public absolu – par exemple, le principe selon lequel la forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit. Cer-

¹ Dans sa version adoptée par les députés le 12 mai 2016, le projet de loi n'applique plus cette architecture en matière de licenciement pour motif économique. Sur la version initiale, v. F. Géa, Comprendre... ou pas, article 30 bis de l'avant-projet de loi Travail, RDT 2016, 170, spéc. p. 172-173. Cette nouvelle architecture se retrouve s'agissant de la mise en place et de la composition d'une instance de dialogue dans les réseaux de franchise (art. 29 bis A).

taines règles, comme celle du décompte des heures supplémentaires dans un cadre hebdomadaire, techniquement d'ordre public absolu, supportent la dérogation : des accords d'aménagement du temps de travail peuvent écarter ce module hebdomadaire. L'ordre public dérogeable n'a donc pas disparu. Il est exagéré de soutenir, comme le fait l'étude d'impact, que « la négociation collective n'est plus un outil de dérogation à la loi mais acquiert un champ propre »². L'ordre public social n'a pas disparu non plus. Le temps de pause minimal de vingt minutes, dès que le temps de travail quotidien atteint six heures, constitue une règle d'ordre public social : un temps de pause supérieur peut être octroyé ou son seuil de déclenchement réduit. Il en est de même de la contrepartie obligatoire en repos au-delà du contingent annuel d'heures supplémentaires : rien n'interdit d'accorder une telle contrepartie en deçà de ce contingent. Ce premier étage n'est pas uniquement constitué, tant s'en faut, de principes fondamentaux, contrairement à ce qu'envisageait le rapport Combrexelle. L'obligation d'accorder, le cas échéant, des contreparties aux opérations d'habillage et de déshabillage n'est pas, par exemple, un principe fondamental relevant, selon les termes dudit rapport, de l'article 34 de la Constitution ou des normes de transposition du droit communautaire.

Les trois niveaux ne sont pas étanches. Au sein du niveau 2, celui du champ de la négociation collective, on trouve parfois des dispositions d'ordre public. Par exemple, en matière d'aménagement du temps de travail, le projet d'article L. 3121-42, 1°, précise que la période de référence ne peut excéder un an ou, si un accord de branche l'autorise, trois ans. Ces maxima sont la marque de l'ordre public social, les accords collectifs pouvant fixer la période de référence à un niveau inférieur. L'ordre public absolu se dissimule, lui aussi, dans le champ ouvert à la négociation collective. En cas d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à un an, les accords collectifs devront ainsi comporter une limite haute hebdomadaire au-delà de laquelle les heures effectuées seront considérées comme des heures supplémentaires, et rémunérées comme telles à la fin du mois. On trouve aussi, dans le deuxième niveau, les clauses obligatoires des accords collectifs permettant le recours aux conventions de forfait en jours sur l'année. Ces exigences sont-elles réellement obligatoires ? Contre toute attente, la réponse est négative, puisque, dans les dispositions supplétives, la loi autorise l'employeur à recourir au forfait en jours en lui imposant directement les obligations de suivi de la charge de travail. Il s'agit, d'après l'étude d'impact, d'un dispositif « béquille ». À ce panorama, déjà passablement complexe, il faut ajouter que, parfois, le niveau 2 sert à autoriser des dérogations par accord collectif à une norme d'ordre public figurant dans le premier niveau. Il en est ainsi, par exemple, de la dérogation au repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives, permise en cas de surcroît exceptionnel d'activité. Parfois, la présence d'un deuxième niveau ne sert à rien. À quoi bon préciser qu'un accord collectif peut fixer un temps de

pause supérieur au temps de pause quotidien minimal de vingt minutes ? Puisque le temps de pause d'ordre public constitue un plancher, on comprend que les accords puissent aller au-delà. Même remarque à propos de dispositions qui n'édictent pas un plancher, mais qui, incontestablement, sont d'ordre public social. À quoi sert-il de préciser qu'un accord collectif peut prévoir la rémunération des temps de pause et de restauration ? À rien, à moins d'abroger l'article L. 2251-1 du code du travail, en ce qu'il énonce qu'« une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur ». Une telle abrogation, qui pourrait d'ailleurs se heurter à la Constitution³, nécessiterait la précision, au cas par cas, de la possibilité d'amélioration conventionnelle.

Le troisième niveau, celui des dispositions supplétives, ne comporte pas toujours de normes substantielles. Le renvoi à la décision de l'employeur est assez fréquent, comme en matière d'astreinte. Parfois, renvoi est opéré au contrat de travail ; il en est ainsi pour la rémunération des temps de restauration et de pause. Les règles étatiques constituent alors des normes de structure, normes réglant l'élaboration du droit. Certaines dispositions supplétives visent à encourager à la conclusion d'accords collectifs, en tout cas à y encourager la partie patronale. Le délai de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail en cas d'aménagement du temps de travail peut servir d'illustration : alors qu'au sein du niveau 2, aucun délai minimal n'est imposé aux négociateurs, ce délai est fixé à sept jours par les dispositions supplétives. Les dispositions supplétives sont parfois de la même teneur que les dispositions d'ordre public. C'est le cas des limites posées à la répartition unilatérale du temps de travail⁴. Parfois, certains thèmes ne comportent pas de troisième niveau, donc pas de dispositions supplétives, comme en matière de travail intermittent.

Cette nouvelle architecture laisse au lecteur, pour reprendre les termes utilisés par Gérard Lyon-Caen à propos de la position commune du 16 juillet 2001, l'impression d'« un magma où l'on patauge »⁵, à rebours du « souci de clarification et de rationalisation des textes » évoqué par l'étude d'impact.

II. — LA LECTURE DE CE NOUVEL ORDONNANCEMENT DES NORMES...

...corrobore le constat suivant : le passage de règle étatique supportant la dérogation à la règle étatique supplétive traduit un recul de l'État dans la production normative. Il est en effet différent d'édicter une norme qui supporte la dérogation par voie d'accord collectif et de pré-

3 La possibilité d'améliorer les règles étatiques par accord collectif pourrait bien être un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

4 Neuf semaines pour les entreprises employant moins de cinquante salariés.

5 G. Lyon-Caen, À propos d'une négociation sur la négociation, Dr. ouvrier 2001. 1.

2 Étude d'impact, p. 32.

voir qu'une norme ne s'appliquera qu'à défaut d'accord collectif. Dans le premier cas, la norme légale ou réglementaire reste d'ordre public, même si elle supporte la dérogation. Dans le second, elle perd ce caractère. Il est vrai que la règle étatique, lorsqu'elle est supplétive au regard de l'accord collectif, demeure d'ordre public, en l'absence d'accord collectif, au regard du contrat individuel. Il en est de même lorsqu'elle est dérogeable. Ce changement de priorité dans la production des normes se manifeste même dans des domaines où le décret était jusqu'alors nécessaire. La mise en place de périodes d'équivalence pourra résulter d'un accord de branche étendu, tandis que le décret deviendra supplétif. La dérogation à la durée hebdomadaire maximale moyenne pourra provenir d'un accord collectif, alors que, jusqu'ici, elle ne pouvait que résulter d'une autorisation administrative ou d'un décret pris après conclusion d'un accord de branche. Ce mouvement de recul de la norme étatique semble consacrer la thèse de la procéduralisation du droit, d'après laquelle le législateur devrait se contenter d'assigner des objectifs aux intérêts en présence. Cela se traduit par plus de normes étatiques de structure, moins de normes étatiques de conduite.

L'une des questions que cette nouvelle architecture soulève est celle de savoir si le développement des règles étatiques supplétives aboutit à un renversement de la hiérarchie des sources du droit du travail. La réponse est négative. La faculté reconnue aux partenaires sociaux de fixer leurs propres règles résulte d'une norme légale de structure de l'ordre juridique. La loi reste supérieure à la convention collective selon le critère du conditionnement des normes. Une norme peut présenter une supériorité hiérarchique par rapport à une autre et, néanmoins, prévoir qu'elle n'aura qu'une force obligatoire supplétive. Mais, en pratique, la règle applicable sera celle qui résultera de l'accord collectif, si elle existe, sans qu'il y ait lieu de se demander si cette règle est plus ou moins favorable que la loi. C'est donc le principe de faveur qui est écarté, pas la hiérarchie des normes, aussi bien par la technique de la dérogation que par celle de la supplétivité. Lorsque la loi autorise la dérogation à des dispositions légales ou réglementaires, elle encadre en général l'accord dérogatoire de limites ou elle lui impose la présence de clauses obligatoires, informatives ou justificatives. Elle exige aussi, parfois ⁶, des contreparties au bénéfice des salariés. Surtout,

la règle écartée demeurant d'ordre public, la dérogation est d'interprétation stricte. Le non-respect par l'employeur des conditions ou éventuelles contreparties à la dérogation exigées par la loi doit entraîner le retour à la norme d'ordre public écartée. Ces exigences, et donc cette sanction, sont beaucoup moins prégnantes lorsque la norme étatique devient supplétive. Les cas de supplétivité créés par la loi du 20 août 2008 corroboraient ce constat. En ce qui concerne le projet de loi Travail, le double mouvement « hausse de la supplétivité de la règle étatique/baisse des contraintes sur les partenaires sociaux » se vérifie. Et cela s'explique : puisqu'il s'agit de privilégier la norme conventionnelle sur la norme étatique, il faut laisser davantage de marge de manœuvre aux partenaires sociaux. Prenons l'exemple des astreintes. Actuellement, l'employeur doit porter à la connaissance de chaque salarié concerné la programmation individuelle des périodes d'astreinte quinze jours à l'avance. Le projet de loi supprime ce délai et renvoie à la prévision d'un « délai raisonnable », ce qui est beaucoup plus flou. Le même mouvement d'assouplissement se manifeste en matière d'aménagement du temps de travail : les dispositions supplétives autorisent l'employeur à le mettre en place sur neuf semaines dans les entreprises de moins de cinquante salariés, contre quatre semaines actuellement.

La dérogation doit être, d'après le Conseil constitutionnel, strictement encadrée par le législateur. La supplétivité lui offre plus de souplesse, mais il ne peut pas se désengager sans limite. Si le législateur peut renvoyer aux partenaires sociaux le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail, il doit préalablement définir les conditions de mise en œuvre de ces principes. Le désengagement de l'État peut aussi se heurter au droit communautaire. Le préambule de la directive du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, est clair : « L'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique ». Le droit de la durée du travail ne saurait être entièrement supplétif. L'épisode du forfait en jours symbolise le risque d'un désengagement de l'État sur ces questions. Ici, on aurait pu émettre des doutes quant au respect des normes supérieures si le gouvernement n'avait pas reculé s'agissant du repos quotidien en cas d'intervention au cours d'une astreinte (l'avant-projet de loi prévoyait que le repos n'avait plus à être donné intégralement à la fin de la période d'intervention). L'avenir nous dira si le reste du texte est conforme aux normes supérieures ■

⁶ Même si c'était devenu de moins en moins vrai.

Seconde partie :
L'accord collectif et l'entreprise

Accord de groupe : de la reconnaissance à l'émancipation !

Stéphane Béal, Avocat associé, Directeur du département droit social de Fidal

C'est à la suite de l'arrêt du 30 avril 2003¹ que la loi du 4 mai 2004² a légalisé la faculté de conclure un accord de groupe. Mais il est vrai que jusqu'à la loi du 8 août 2016, l'accord de groupe avait une place à part, en marge, tant il était *de facto* cantonné à certains sujets. La loi Travail le libère de ses chaînes : en clair, il y aura un avant et un après loi Travail !

L'AVANT LOI TRAVAIL

En 2003, c'était la première fois que la Cour de cassation reconnaissait l'autonomie juridique de l'accord de groupe.

Certes, des jurisprudences avaient eu à connaître « d'accord » sur ce type de périmètre mais cela n'était jamais allé jusqu'à la reconnaissance.

Ainsi, en 1980³, la Cour de cassation avait eu à se prononcer sur un accord d'entreprise prévoyant l'application d'une convention collective au niveau de la mère, application étendue par un avenant à l'ensemble des entreprises du groupe. La Cour s'était indirectement prononcée sur cet « accord de groupe » observant que la filiale « avait conservé sa personnalité juridique propre, n'avait pas cessé d'exercer » son activité spécifique et dissociable des autres activités du groupe. Même si elle ne répondait pas directement sur la validité de l'accord de groupe on sentait bien son malaise.

Dans un arrêt en date du 29 juin 1994⁴, la Cour de cassation a considéré que

« s'agissant d'une négociation qui avait été engagée, non par une organisation d'employeurs, mais par plusieurs employeurs pris individuellement, peu important, à cet égard, que leurs entreprises aient ou non constitué un groupe, la cour d'appel a pu décider que cette négociation, qui n'avait pour objet que de conclure un accord au niveau de chacune des entreprises en cause, et non pas au niveau de la branche professionnelle, était une négociation d'entreprise ». Cette jurisprudence de 1994 ni ne condamnait, ni ne reconnaissait l'accord de groupe en tant que tel, la Cour ayant simplement considéré, au cas d'espèce, que cette négociation ne pouvait constituer une négociation de branche et qu'il s'agissait *de facto* d'une addition d'accords d'entreprise.

C'est donc avec son arrêt du 30 avril 2003, qu'elle se prononce pour la première fois sur la validité de l'accord de groupe : « *Mais attendu que des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies...* » Mais elle posait une condition de taille : que les négociations au niveau du groupe « *ne se substituent pas à la négociation d'entreprise* ».

Sur le plan législatif, avant la réforme de 2004⁵, le groupe n'est envisagé

comme cadre de négociation que de manière ponctuelle :

- accords sur le comité de groupe⁶ ;
- accord portant sur la mise en œuvre du droit des salariés à l'information et à la consultation dans les groupes de dimension communautaire⁷ ;
- accords de participation ou d'intéressement⁸ ;
- accords de PEE et Perco de groupe⁹.

C'est donc la loi de 2004 qui, saisissant la balle au bond à la suite de l'arrêt du 30 avril 2003, donne un véritable statut et cadre juridique à l'accord de groupe.

Toutefois, depuis cette reconnaissance par la loi de 2004 et jusqu'à la loi Travail de 2016, la négociation d'accords de groupe n'a pas connu le développement que l'on aurait pu attendre (cf. l'étude d'impact citée plus bas dans le cadre de la loi du 8 août 2016). Cela tient, notamment, à la présence d'une disposition introduite par la loi de 2004 propre aux accords de groupe.

En effet, à l'inverse de ce que prévoit la loi de 2004 concernant les accords d'entreprise, et qui figure toujours dans le Code du travail¹⁰, l'accord de groupe « *ne peut comporter des dispositions dérogatoires à celles applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe, sauf disposition expresse de ces conventions de branche ou accords professionnels* »¹¹.

Or, il est peu de dire que ces dispositions conventionnelles sont rarissimes !

1. Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027, Fédération des employés et cadres CGT-FO c/ Sté AXA France et autres. 2. L. n° 2004-391, 4 mai 2004, JO 5 mai ; C. trav., art. L. 2232-30 et s après recodification. 3. Cass. soc., 20 mars 1980, n° 77-13.976, Bull. civ. V, n° 281. 4. Cass. soc., 29 juin 1994, n° 91-18.640, Mutuelles du Mans c/ CFDT, Bull. civ. V, n° 219. 5. On se souviendra que lors du vote de la loi du 13 novembre 1982, un amendement visant à mentionner expressément la possibilité de conclure des conventions et accords collectifs au niveau du groupe a été repoussé. Le ministre du Travail avait fait valoir qu'il était prématuré de légiférer sur ce point et que sans interdire les négociations au niveau du groupe, cette possibilité ne devait pas être généralisée. 6. Article L. 439-5 ancien avant recodification de 2008. 7. Article L. 439-7 ancien avant recodification de 2008. 8. Respectivement article L. 442-11 ; article L. 444-3 anciens avant recodification de 2008. 9. Article L. 444-3 ancien avant recodification de 2008. 10. Article L. 2253-3. 11. C'était l'article L. 132-19-1, alinéa 3 devenu l'article L. 2232-35.

Dès lors, pour un groupe, composé bien souvent d'entreprises relevant de conventions collectives différentes, conclure un accord revient à ne retenir que le mieux disant de chacune des conventions de branche.

C'est l'un des apports de la loi du 8 août 2016 : avoir supprimé cette disposition et avoir rapproché encore plus le régime de l'accord de groupe de celui des accords d'entreprise.

L'APRÈS LOI TRAVAIL

L'article 23 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 modifie les dispositions relatives à la négociation collective au niveau du groupe.

Le rapport du député Sirugue expose les objectifs visés par le législateur :

« Il s'agit en premier lieu de sécuriser juridiquement les accords de groupe. Ces derniers ont été consacrés par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, afin de permettre à un groupe d'entreprises de conclure des accords sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises du groupe. Selon l'étude d'impact, quelque 50 000 groupes sont recensés en France, qui emploient environ dix millions de salariés. Il s'agit donc d'un niveau incontournable de négociation collective.

Pourtant, les contours et la portée de l'accord de groupe sont mal définis, ce qui explique sans doute que le nombre d'accords de groupe recensé chaque année reste peu élevé : en 2014, 781 accords et avenants de groupe ont été signés, ce qui représente seulement 2 % de l'ensemble des accords et avenants conventionnels conclus la même année. »¹²

► Les parties à la négociation de l'accord de groupe

Les dispositions en la matière demeurent inchangées et réservent toujours la négociation des accords de groupe :

- à l'employeur de l'entreprise dominante ou à un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet par chacune des entreprises concernées ;
- et aux organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe

ou dans l'ensemble des entreprises concernées. Il y a toutefois une évolution légale concernant la notion d'organisation syndicale représentative puisqu'il doit s'agir des organisations représentatives « à l'échelle de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de cet accord »¹³ ; ce qui exclut donc les organisations syndicales qui seraient représentatives au sein d'un périmètre plus restreint que celui de l'accord envisagé.

Il est néanmoins précisé que toutes les organisations syndicales de salariés représentatives « dans chacune des entreprises ou chacun des établissements compris dans le périmètre de l'accord », même si elles ne sont pas représentatives à l'échelle du groupe, doivent être informées préalablement de l'ouverture d'une négociation¹⁴.

On notera par ailleurs que le législateur vient préciser les modalités d'appréciation de la représentativité syndicale au niveau du groupe ou d'une partie du groupe.

Si le principe de l'appréciation de la représentativité au niveau du groupe par addition des résultats obtenus dans chacune des entreprises ou des établissements compris dans le champ de l'accord conclu au niveau du groupe est maintenu, le texte¹⁵ apporte des précisions quant aux élections à prendre en compte pour procéder au décompte. Le texte, d'une lecture abrupte, distingue plusieurs hypothèses :

- soit le périmètre du nouvel accord est différent de celui d'un accord conclu au cours du cycle électoral immédiatement antérieur ;
- soit aucun accord de groupe n'a été conclu antérieurement.

Dans ces deux premières hypothèses, il convient de prendre en compte les dernières élections qui se sont déroulées au sein de chacune des entités incluses dans le périmètre de la négociation, sans tenir compte de la notion de cycle électoral.

- soit la négociation concerne un périmètre identique à celui d'un accord conclu lors du cycle électoral immédiatement antérieur au cycle électoral en cours (et peu importe que l'objet des accords soit ou non le même) ; les

élections à prendre en compte diffèrent selon que la totalité des élections du cycle en cours ont, ou non, eu lieu en même temps dans l'ensemble des filiales. Ainsi, si les élections se sont tenues à des dates différentes, ce qui sera à l'évidence le plus fréquent, il faut prendre en compte les dernières élections intervenues au cours du cycle précédant le cycle de conclusion. À l'inverse, si les élections se sont tenues à la même date, ce sont les dernières élections qui se sont tenues lors du cycle en cours qu'il convient de retenir.

Avouons qu'il y a plus simple !

► L'objet des négociations au niveau du groupe

Même si précédemment aucune disposition ne limitait en tant que telle l'objet de la négociation, on doit noter que le législateur de 2016 a nettement élargi le champ de la négociation de groupe en prévoyant 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... »¹⁶

Mais ce sont surtout les deux autres alinéas de l'article L.2232-33 portant sur les négociations obligatoires qui appellent plusieurs observations.

Il est tout d'abord prévu qu'un accord de groupe sur la méthode de négociations, prévu à l'article L. 2222-3-1¹⁷, peut prévoir que l'engagement de la négociation obligatoire au niveau du groupe dispense les entreprises le composant d'engager elles-mêmes cette négociation. Cependant une telle négociation doit être expressément prévue par l'accord de groupe sur la méthode.

C'est à l'évidence une disposition très intéressante et qui est sans doute promise à un certain succès. Ce d'autant que, si l'accord sur la méthode doit définir les thèmes pour lesquels cette dérogation est possible, ce sont toutes les négociations obligatoires qui peuvent être potentiellement concernées : sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise (« bloc 1 »), sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail (« bloc 2 »), et enfin tous les trois ●●●

12. Rapport n° 3675 fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi Travail (titre à l'époque : « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs ») par M. Christophe Sirugue, député, p. 438. 13. Deuxième alinéa de l'article L. 2232-32.

14. Art. L. 2232-32, al. 1^{er} nouv. 15. Art. L. 2122-4. 16. Première alinéa de l'article L.2232-33. 17. Art. L.2222-3-1, al. 1^{er} « Une convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties. »

●●● ans (et pour les entreprises d'au moins trois cents salariés) sur la gestion des emplois et des parcours professionnels (« bloc 3 »)¹⁸.

On notera que la dispense vise l'engagement des négociations au niveau du groupe peu importe que celles-ci aient ou non abouti.

Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse visée par le 3^e et dernier alinéa de l'article L.2232-33 : « *Les entreprises sont également dispensées d'engager une négociation obligatoire prévue au chapitre II du titre IV du présent livre lorsqu'un accord portant sur le même thème a été conclu au niveau du groupe et remplit les conditions prévues par la loi.* »

En effet, les entreprises du groupe peuvent être dispensées de négociation obligatoire même sans qu'un accord sur la méthode de négociation n'ait été conclu au niveau du groupe mais uniquement si un accord NAO a été conclu au niveau du groupe. Il ne s'agit donc plus simplement que les négociations aient été engagées à ce niveau, il est nécessaire qu'elles se soient soldées par un accord.

On comprend la logique « en cascade » des deux derniers alinéas de l'article L.2232-33, mais il faut bien avouer que le second cas de dispense nous paraît moins probable (ce qui ne signifie pas qu'il ne présente pas d'intérêt). En effet, si l'on admet qu'un accord de groupe est intervenu au niveau du groupe sur la rémunération, et uniquement sur ce point, peut-on considérer que les entreprises du groupe sont dispensées de la négociation sur la totalité du bloc 1 relatif à la rémunération, au temps de travail et au partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ? Nous ne le pensons pas car ce « bloc » de négociation comprend d'autres thématiques qui n'auront pas, dans cet exemple, fait l'objet d'un accord au niveau du groupe.

Enfin, on rappellera également la disparition de l'ancienne rédaction de l'article L.2232-35 (article L. 132-19-1, al. 3 après la loi de 2004 jusqu'à la recodification de 2008) évoquée plus haut qui limitait, *de facto*, le champ des ac-

cords de groupe en leur interdisant de déroger aux accords de branche sauf clause expresse l'autorisant.

► Le contenu de l'accord

Sur ce point les choses sont simples puisque le nouvel article L.2232-35 dispose que « *Les accords conclus en application de la présente section sont soumis aux conditions de forme, de notification et de dépôt prévues aux sections II et III du chapitre I^{er} du présent titre.* »

Ce qui signifie que les nouvelles dispositions relatives à l'insertion d'un préambule, d'une clause de suivi et d'une clause de rendez-vous, sont applicables quel que soit le niveau de conclusion de l'accord.

► Conditions de validité de l'accord de groupe

Les conditions de validité qui résultent des modifications de l'article L. 2232-12 du Code du travail, lorsqu'elles entreront en vigueur, sont transposées aux conditions de validité des accords de groupe.

Les nouvelles dispositions de l'article L. 2232-34 prévoient en effet que « *La validité d'un accord conclu au sein de tout ou partie d'un groupe est appréciée selon les conditions prévues aux articles L. 2232-12 et L. 2232-13. Les taux de 30 % et de 50 % mentionnés aux mêmes articles sont appréciés à l'échelle de l'ensemble des entreprises ou établissements compris dans le périmètre de cet accord. La consultation des salariés, le cas échéant, est également effectuée dans ce périmètre.* »

Ainsi, sur la durée du travail, les repos et les congés, l'accord de groupe sera soumis dès le 1^{er} janvier 2017 à la règle de l'accord majoritaire, alors que sur les autres thèmes la logique de l'accord minoritaire avec droit d'opposition demeure tout au moins jusqu'au 1^{er} septembre 2019¹⁹.

► Portée de la négociation au niveau du groupe

Le nouvel article L.2253-5 du Code du travail dispose : « *Lorsqu'un accord conclu dans tout ou partie d'un groupe le*

prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord. »²⁰

On comprend aisément l'intérêt d'une telle disposition notamment dans l'optique d'harmoniser la politique sociale au niveau d'un groupe en permettant aux négociateurs d'encadrer (on insistera volontiers sur le fait que seule une clause expresse le permet) les accords d'entreprise passés et à venir. Toutefois, cette disposition suscite quelques interrogations et l'utilisation de cette faculté devra être prudente.

Ainsi, les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise pourraient légitimement se sentir flouer de ne pas voir leur négociation respectée. Que dire alors lorsque, comme c'est bien souvent le cas, les « équilibres syndicaux » sont différents entre l'entreprise et le groupe ?

Imagine-t-on un accord d'anticipation conclu dans le cadre d'un transfert²¹, fruit d'une négociation ayant, surtout, vocation à rassurer les salariés transférés, « écrasé » ensuite par un accord conclu au niveau du groupe ?

On sait qu'un accord est le fruit d'un équilibre, d'un compromis, trouvé au niveau où il a été négocié. Comment dès lors peut-il être réellement pris en compte dans le cadre d'une négociation de groupe ?

Enfin, il peut sembler contradictoire, d'une part, de privilégier le niveau de négociation le plus proche du terrain avec la primauté donnée aux accords d'entreprise par rapport à la branche (certes uniquement sur certains sujets) au motif qu'il s'agit du niveau le plus pertinent et où les partenaires sociaux sont les plus légitimes, et, d'autre part, de permettre que ces mêmes accords soient verrouillés par le niveau « supérieur » c'est-à-dire le groupe.

Malgré ces quelques réserves, il est indéniable que la loi Travail donne une vraie dimension aux accords de groupe en les libérant, enfin, du carcan dans lequel ils étaient enserrés. ■

18. Ce sont celles prévues au chapitre II « Négociation obligatoire en entreprise » du titre IV du livre II de la deuxième partie du Code du travail. 19. Attention à l'accord qui, sur le fondement de l'article L. 2222-3 du Code du travail, définit le calendrier des négociations, y compris en adaptant les périodicités des négociations obligatoires. Ces accords sont déjà soumis à la règle majoritaire. 20. Il est prévu une disposition équivalente pour les accords d'entreprise à l'égard des accords d'établissement à l'article L.2253-6. 21. Qu'il s'agisse d'un accord dans le cadre du L.2261-14-2 ou L.2261-14-3.

À propos des périmètres de négociation de l'entreprise après la loi El Khomri

Paul-Henri Antonmattei, Professeur à l'Université de Montpellier, Doyen honoraire, Avocat associé (Barthélémy Avocats)

1 LES ACCORDS DE GROUPE

La promotion normative de l'accord d'entreprise s'accompagne d'une diversification des périmètres de négociation qu'enrichit la loi El Khomri du 8 août 2016. L'accord de groupe tient ainsi sa revanche¹. Le voilà traité, à juste titre, sur un pied d'égalité avec l'accord d'entreprise : « *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* »². Toute la normativité de l'accord d'entreprise est donc ouverte à l'accord de groupe sans que le législateur ait besoin de mentionner expressément ce dernier. Sont notamment concernés les quarante-quatre thèmes désormais couverts par la primauté de l'accord d'entreprise en matière de durée, de repos et de congés. À l'égard de la branche, l'accord de groupe n'est plus dans une situation de tutelle. Alors qu'avec la loi du 4 mai 2004, il ne pouvait déroger aux stipulations des conventions et accords de branche qu'avec l'autorisation expresse de ces derniers, l'accord de groupe bénéficie désormais de la capacité de dérogation de l'accord d'entreprise qui risque toutefois, en pratique de s'étioler, avec l'obligation qui pèse sur chaque branche de négocier « *un ordre public conventionnel* »³.

► Groupe vs entreprise

Cerise sur le gâteau, les négociations obligatoires d'entreprise peuvent être désormais prises en charge par le groupe⁴ et « *les entreprises sont égale-*

ment dispensées d'engager une négociation obligatoire prévue au chapitre II du titre IV du présent livre lorsqu'un accord portant sur le même thème a été conclu au niveau du groupe et remplit les conditions prévues par la loi ». Autant dire qu'au sein des groupes, espaces de travail d'environ dix millions de salariés, la stratégie de négociation change de dimension sans pour autant que l'accord de groupe ne devienne un modèle. La loi nouvelle offre simplement plus de liberté mais, plus qu'avant, il appartient désormais à chaque groupe de déterminer en fonction de son histoire, de ses négociateurs, de ses caractéristiques économiques et sociales, de ses projets, le périmètre pertinent de négociation. Si les modifications juridiques n'ont pas cette résonance stratégique, on peut douter de leur utilité.

► L'appréciation de la représentativité syndicale au niveau du groupe

L'enthousiasme du thuriféraire de l'accord de groupe est quelque peu douché par les nouvelles règles de représentativité syndicale de l'article L. 2122-4 du Code du travail. Si « *la représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe est appréciée conformément aux règles définies aux articles L. 2122-1 à L. 2122-3 relatifs à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés* », il faut désormais distinguer deux situations : « *si le périmètre des entreprises ou établissements compris dans le champ d'un accord*

de groupe est identique à celui d'un accord conclu au cours du cycle électoral précédant l'engagement des négociations, la représentativité des organisations syndicales est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans ces entreprises ou établissements soit pour le cycle en cours, lorsque les élections se sont tenues à la même date, soit lors des dernières élections intervenues au cours du cycle précédant le cycle en cours, lorsque les élections se sont tenues à des dates différentes » ; « *dans le cas contraire, la représentativité est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus lors des dernières élections organisées dans les entreprises ou établissements compris dans le périmètre de l'accord* ».

En matière de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la règle légale, on fait mieux. Celles et ceux qui, depuis des mois, sillonnent notre beau pays pour présenter la loi El Khomri, peuvent aisément témoigner de l'incompréhension que suscite la lecture de ces dispositions. Certes, on partagera la volonté du législateur « *de préserver la stabilité de la négociation dès lorsqu'il existe un périmètre stable et habituel de négociation tout en renforçant la légitimité des accords qui concernent un nouveau périmètre* »⁵. Mais il aurait été judicieux de préciser la méthode de détermination du cycle électoral dans cette situation particulière où l'on additionne des résultats d'entreprises qui ont le plus souvent leur propre cycle électoral. Dommage aussi que la révision des accords de groupe ait été oubliée car l'application, par défaut, des nouvelles dispositions relatives à la révision d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement ●●●

●●● n'est pas de tout repos. On sait que jusqu'à la fin du cycle au cours duquel l'accord qui va être révisé a été conclu, sont habilitées à engager la procédure de révision une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord et signataires ou adhérentes de cet accord⁴. Or, la vérification de la représentativité peut conduire, pour un accord de groupe, à remonter au cycle précédent. Pas simple !

2 LES ACCORDS INTERENTREPRISES

Autre innovation de la loi El Khomri, l'introduction dans le Code du travail d'une section consacrée aux accords interentreprises. C'est la simplicité qui est retenue pour cet accord conclu « au niveau de plusieurs entreprises entre, d'une part, les employeurs et, d'autre part, les organisations syndicales représentatives à l'échelle de l'ensemble des entreprises concernées »⁷. Pour la représentativité, place à la méthode du « fil de l'eau »⁸ et la validité de l'accord est appréciée à l'échelle de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de l'accord⁹. Ce nouveau périmètre ouvert à des négociations sur des « sujets aussi variés que des règles conjointes entre entreprise et sous-traitants, ou encore sur le travail dominical »¹⁰, confirme que c'est le groupe, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, qui est concerné par les conventions et accords de groupe organisés par les articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail¹¹, sinon la reconnaissance législative des accords

interentreprises n'aurait pas d'intérêt. Reste à déterminer le potentiel normatif de ces accords. Est-ce le même que celui de l'accord d'entreprise ? Il est légitime d'en douter dès lors que le législateur ne l'affirme pas expressément alors qu'il l'a fait pour l'accord de groupe. On rechignera alors à inclure dans ce nouveau régime l'accord conclu dans le périmètre de l'UES pour ne pas l'handicaper alors pourtant qu'il est bien un accord interentreprises. *Quid* aussi de la relation avec la branche ? La capacité de dérogation instaurée en 2004 est-elle ouverte ? Il y a encore des précisions législatives à apporter.

3 L'ARTICULATION ENTRE LES DIFFÉRENTS NIVEAUX DE NÉGOCIATION

Saluons, enfin, les nouveaux rapports entre les accords de groupe, les accords interentreprises, les accords d'entreprise et les accords d'établissements. Plus les périmètres de négociation de l'entreprise se multiplient et plus le risque de conflits augmentent. La volonté d'unicité de l'accord de groupe peut buter sur un tissu conventionnel d'entreprise ou d'établissement comportant des stipulations contraires. Que l'on songe à l'accord de compétitivité Renault conclu au niveau du groupe en 2013¹² et dont l'efficacité tenait, à l'évidence, à une application généralisée dans les entreprises et établissements concernés. En présence d'un passé conventionnel quelque peu différent dans certaines entités, le conflit de règles conventionnelles ne pouvait se résoudre qu'en application du principe

de faveur¹³ dont la pertinence est toutefois discutable dès lors que la comparaison porte sur des règles d'organisation et des engagements industriels. Approuvons alors le législateur d'avoir écarté le conflit en offrant une autorité conventionnelle à l'accord conclu sur le périmètre le plus élevé.

Ainsi, « lorsqu'un accord conclu dans tout ou partie d'un groupe le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord »¹⁴. Idem pour l'accord d'entreprise dans sa relation avec l'accord d'établissement¹⁵ et pour l'accord interentreprises¹⁶. Autant le pouvoir de substitution sur les clauses antérieures était attendu, autant la préemption pour le futur a pu surprendre. Le choix est pourtant judicieux. La réalité du pouvoir dans les périmètres de négociation de l'entreprise est ainsi bien prise en compte. L'articulation retenue évite surtout le conflit et donc le choix d'une règle de résolution difficile à trouver. On appréciera l'utilité de ce dispositif pour des négociations d'organisation sur des thèmes couverts pour la primauté de l'accord d'entreprise. Les négociateurs détermineront utilement la durée de la substitution et de l'emprise sur le futur. Voilà de quoi nourrir la stratégie de négociation et d'organisation du statut conventionnel d'entreprise. Aux dirigeants d'entreprise et aux négociateurs d'être désormais convaincus de cette conséquence de la promotion juridique de la négociation d'entreprise. ■

1. Voir L. Enjobras, in *Chronique d'actualité du droit de la négociation collective : commentaire de la loi du 8 août 2016*, Dr soc. 1996, p. 933, spéc. 944. 2. Sous réserve des adaptations prévues à la section sur les conventions et accords de groupe, voir C. trav., art. L. 2232-33, al. 1. 3. Voir l'article dans ce numéro de P.-Y. Verkindt. 4. « Lorsqu'un accord sur la méthode prévu à l'article L. 2222-3-1 conclu au niveau du groupe le prévoit, l'engagement à ce niveau de l'une des négociations obligatoires prévues au chapitre II du titre IV du présent livre dispense les entreprises appartenant à ce groupe d'engager elles-mêmes cette négociation. L'accord sur la méthode définit les thèmes pour lesquels le présent article est applicable » (C. trav., art. L. 2232-33, al. 2). 5. *Étude d'impact*, p. 161. 6. C. trav., art. L. 2261-7-1, I. 7. C. trav., art. L. 2232-36. 8. « La représentativité des organisations syndicales dans le périmètre de cet accord est appréciée conformément aux règles définies aux articles L. 2122-1 à L. 2122-3 relatives à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés lors des dernières élections précédant l'ouverture de la première réunion de négociation. » (C. trav., art. L. 2232-37) 9. « La validité d'un accord interentreprises est appréciée conformément aux articles L. 2232-12 et L. 2232-13. Les taux de 30 % et de 50 % mentionnés aux mêmes articles sont appréciés à l'échelle de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de cet accord. La consultation des salariés, le cas échéant, est également effectuée dans ce périmètre. » (C. trav., art. L. 2232-38) 10. Exposé des motifs. 11. Sur la controverse doctrinale relative à la détermination du groupe, voir Lamy *Négociation collective*, 2016, n° 353. 12. « Contrat pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement social de Renault en France. » 13. « Dès lors, la conclusion d'un accord visant à restaurer la compétitivité de Renault, afin d'éviter des fermetures de sites et des licenciements pour motif économique était nécessaire et il ne saurait être prétendu que l'accord n'a apporté aucune contrepartie en termes de maintien de l'emploi aux salariés concernés. La renonciation des salariés à certains avantages, dont le retour à une durée de travail hebdomadaire de 35 heures sans augmentation de salaire, la perte de la possibilité d'utiliser les jours de congé de formation capitalisés pour bénéficier d'un congé de fin de carrière et la perte du choix d'utiliser librement les heures supplémentaires capitalisées au lieu de les faire rémunérer, a ainsi eu une contrepartie réelle et effective dans le respect par Renault de ses engagements qui ont permis le maintien de l'emploi. Compte tenu de ces éléments, les dispositions de l'accord de groupe du 13 mars 2013 apparaissent globalement plus favorables aux salariés que celles de l'accord d'entreprise du 9 mai 1994 et de l'accord d'entreprise du 30 juin 1999 modifié par avenants du 9 mars 2001 et 19 décembre 2001, la renonciation à certains avantages étant compensée par les engagements de maintien de l'emploi. En conséquence, il convient, en vertu du principe de faveur, d'appliquer les dispositions de l'accord de groupe du 13 mars 2013 intitulé "Contrat pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement social de Renault en France". » (TGI d'Avesnes sur Helpe, 6 déc. 2016, aff. n° 14/01209) 14. C. trav., art. L. 2253-5. 15. « Lorsqu'un accord conclu au niveau de l'entreprise le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les établissements compris dans le périmètre de cet accord. » (C. trav., art. L. 2253-6) 16. « Lorsqu'un accord conclu au niveau de plusieurs entreprises le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord. » (C. trav., art. L. 2253-7)

I Les rapports entre accords collectifs

Hélène Tissandier

Maître de conférences à l'université Paris-Dauphine, PSL-Research university, membre du CR2D

L'antienne n'est pas nouvelle mais il faut croire que la certitude peut naître de la répétition : il faudrait repenser les règles d'articulations des normes collectives de niveaux différents en privilégiant l'accord d'entreprise seul à même d'« adapter les règles au plus proche du terrain en permettant une meilleure conciliation des performances économiques et sociales »¹. Diverses voies ont été explorées au fil des réformes², depuis l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives, en passant par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social³, jusqu'à celle n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : dérogation, subsidiarité, supplétivité, autonomie?⁴ Il n'est donc guère surprenant que le dernier acte (en date) de cette progression⁵ reconnaisse la supplétivité de l'accord de branche, corollaire de la primauté de l'accord d'entreprise.

Ce mouvement s'inscrit désormais dans une perspective de refondation du droit du travail, initié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels⁶. L'objectif assigné à la loi est explicite : « Une place sans précédent est donnée à la négociation collective. Le rôle de la loi, qui reste essentiel, est recentré sur ce qui est strictement nécessaire à la protection de l'ordre public. De vastes espaces d'adaptation aux besoins économiques sont ainsi ouverts aux branches professionnelles et aux entreprises. L'accord d'entreprise devient le niveau de droit commun en matière de durée du travail [...] »⁷. L'article 8 de la loi⁸ (ancien article 2) en est la traduction. La référence au « droit commun » exprime avec force l'idée d'un droit issu de l'accord d'entreprise qui s'appliquerait à tous, à moins qu'une règle particulière ne

régitte la situation : la norme conventionnelle d'entreprise devient la norme « normalement applicable »⁹.

C'est cette dernière proposition de l'exposé des motifs qui mérite d'être explorée. La loi nouvelle, appréciée à la lumière des rapports qui l'ont précédé¹⁰, met en place de nouvelles règles de conflit entre accords collectifs, participant ainsi d'un réordonnement de ceux-ci (A). Ce faisant, elle redéfinit les espaces de négociation et leurs rôles respectifs (B).

A. - Un réordonnement des accords collectifs

Le « rapport Combrexelle » proposait déjà que « sous réserve de l'ordre public défini par le Code du travail et l'accord de branche, priorité (soit) donnée à l'accord collectif d'entreprise dans les champs prioritaires des accords ACTES »¹¹. C'est cette voie que la loi Travail explore, proposant un réordonnement des niveaux de négociations dans un domaine certes restreint, ne faisant d'ailleurs en cela que prolonger un mouvement initié dès 1982 (1). Il n'en résulte néanmoins pas une simplification du droit (2).

1. - Du principe de faveur à la primauté de l'accord d'entreprise

Organiser la coexistence de plusieurs niveaux de négociation est une question essentielle du droit du travail. Le législateur, dans le respect de la hiérarchie des normes, en est le chef d'orchestre : il lui appartient de déterminer le mode de coordination des niveaux de négociation en choisissant une cohérence d'ensemble. Schématiquement, deux modes d'articulation entre accords – qui ont une même

(1) V. Exposé des motifs.

(2) G. Vachet, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté », *Dr. soc.* 2009. 896.

(3) M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004. 579.

(4) H. Tissandier, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 109.

(5) Sur la stratégie à l'œuvre, v. M.-A. Souriac, « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, préc., p. 89.

(6) Le sujet concernait initialement le projet de loi, et si le texte a été actualisé, la perspective initiale est celle inspirée de ce projet ; v. art. 1^{er} de la loi.

(7) V. Exposé des motifs.

(8) C. trav., nouv. art. L. 3111-3 : « le présent livre définit les règles d'ordre public, le champ de la négociation collective et les règles supplétives applicables en l'absence d'accord ».

(9) En ce sens, v. T. Debard et S. Guinchard, *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, 24^e éd., Dalloz. Cette référence au droit commun peut surprendre : d'abord parce que l'objet de la loi est moins de définir la règle normalement applicable que de déterminer celle qui est prioritairement applicable à l'exclusion de toute autre, ensuite parce que le droit commun s'écarte devant le droit spécial – et, à ce titre, l'accord d'entreprise dont la primauté est consacrée se rattacherait davantage à un « droit spécial »...

(10) J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, 2015 ; Rapp. J.-F. Cesaro sur la dynamisation de la négociation collective, 22 janv. 2016 ; Rapport rédigé par le comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, rendu public le 25 janv. 2016.

(11) Prop. 35.

vocation à s'appliquer mais seraient potentiellement en conflit – s'opposent. Soit on opère une combinaison des accords en aménageant le conflit par le choix d'un mode de résolution (principe de faveur ou dérogation). Soit on consacre la primauté d'un niveau sur un autre, ce qui permet plus radicalement l'évitement du conflit¹². C'est le passage d'une logique à l'autre que consacre le législateur au fil des réformes¹³. Car le réordonnement des normes n'est pas soudain, et cette construction, inachevée, semble-t-il, peut être retracée en trois étapes.

Avant l'adoption de la loi du 4 mai 2004, l'articulation des normes reposait principalement sur le « principe de faveur ». Celui-ci n'ayant pas une valeur constitutionnelle, bien que qualifié de principe fondamental du droit du travail, le législateur a pu l'aménager à tous les niveaux conventionnels. Rappelons un fait maintes fois décrit : dès 1982, et dans le domaine du temps de travail, la loi avait autorisé la conclusion d'accords dérogatoires.

Mais c'est la loi du 4 mai 2004 qui a inscrit dans le Code du travail le principe de la supplévitivité de la convention de branche évinçant ainsi le principe de faveur comme règle de conflit des normes conventionnelles. La convention de branche n'est plus applicable qu'à la condition qu'un accord d'entreprise ne s'y soit pas *substitué*. Certes, cette règle souffre des exceptions. Des exceptions légales d'abord, puisque quatre domaines sont réservés à l'accord de branche (salaires minima, classifications, prévoyance, mutualisation des fonds de la formation professionnelle), domaines parmi lesquels ne figure pas le temps de travail. Des exceptions conventionnelles ensuite, puisque « la convention de branche peut restaurer son autorité traditionnelle de loi de la profession par une ou des clauses appropriées »¹⁴. Des exceptions temporelles enfin, la convention de branche tirant une réelle capacité de résistance à sa supplévitivité dans les mesures transitoires de la loi puisque les conventions entrées en vigueur avant le 7 mai 2004 et non modifiées depuis conservent leur autorité initiale vis-à-vis des accords d'entreprise conclus à partir de cette date. Complexité, difficultés d'appréciation, multiplicité des exceptions : la loi fut largement inefficace¹⁵, le principe de faveur demeurant en réalité largement prédominant dans les conflits de normes collectives.

Quoique, avec un champ d'application plus restreint puisque circonscrit au temps de travail, la loi du 20 août 2008 a été plus radicale. Dans ce domaine, la loi impose que, sur un certain nombre de points, la question soit traitée par accord d'entreprise et « à défaut » par accord de branche – et même, à défaut par décret. Elle impose

donc la *primauté* de l'accord d'entreprise, la convention de branche devenant *supplétive*.

Le changement de logique qui s'opère au fil des textes est nettement perceptible. La dérogation s'entend par rapport à une autre règle définie comme la règle de référence et qui conserve son impérativité. La supplévitivité est au contraire un mécanisme qui atteint l'effet impératif de la norme, celle-ci qui s'effaçant devant une norme dont la primauté est consacrée – la norme supplétive n'intervenant que pour pallier une carence. La subsidiarité a un sens proche, mais y verra davantage la marque de l'accessoire, la règle n'intervenant pas pour pallier une carence mais se proposant en renfort d'une autre¹⁶.

La supplévitivité nuancée de la loi de 2004 offrait une capacité de résistance à l'accord de branche. Celle issue de la loi de 2008 empêche tout conflit de normes : elle impose la primauté de l'accord d'entreprise, l'accord de branche ne s'appliquant qu'à défaut d'accord d'entreprise. Certes, ces dispositifs ont été peu utilisés, peut-être en raison de leur champ limité ou de leur complexité. C'est néanmoins cette double perspective que l'on retrouve dans la loi nouvelle, à un double titre.

En premier lieu, le volet « droit de la durée du travail », dans le droit fil de la loi de 2008, certes étendu à de nouveaux points¹⁷, consacre et généralise la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, même étendu. Le chapitre III, « une nouvelle architecture des règles en matière de durée du travail et de congés », use pour chaque disposition, dans le champ de la négociation, de la référence à « l'accord d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut, l'accord de branche »... L'accord de branche n'a alors plus aucune capacité de résistance face à l'accord de niveau restreint dont la primauté est assurée : l'accord collectif de branche supplée l'absence totale, ou partielle, d'accord collectif d'entreprise¹⁸.

En second lieu, cette primauté reste circonscrite à un domaine identifié, en dehors duquel les modes de résolution des conflits de normes issus de la loi du 4 mai 2004 ont toujours vocation à s'appliquer. Aussi, lorsque plusieurs accords collectifs ont vocation à régir une même situation, la détermination de la règle applicable suppose l'application de règles de conflit dépendant de l'objet de la négociation : soit il faudra mobiliser le « principe de faveur », soit jouera la primauté de l'accord de niveau restreint. Le principe de faveur n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de conflit entre normes, et il implique une comparaison. La primauté d'un accord sur un autre exclut en revanche tout conflit de normes, toute comparaison,

(12) C'est également pour exclure ce conflit que le législateur réforme les règles de mise en cause des accords collectifs. V. M. Marquet de Vasselot et A. Martinon, « L'articulation croisée des accords collectifs », JCP S 2016. 1150.

(13) Sans qu'il y ait d'« inversion de la hiérarchie des normes », v. F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016. 516.

(14) M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », RDT 2009. 14.

(15) En ce sens, v. L. Marquet de Vasselot et A. Martinon, préc.

(16) La subsidiarité véhicule également l'idée que certains niveaux ou cadres de l'action doivent pouvoir être privilégiés au regard de l'objet de la norme ou de l'objectif des acteurs parce qu'ils seraient plus adaptés pour le réaliser.

(17) Avec 14 domaines supplémentaires, parmi lesquels la détermination du taux de majoration des heures supplémentaires, selon l'Étude d'impact (p. 29).

(18) L. Marquet de Vasselot et A. Martinon, préc.

toute appréciation du caractère plus favorable, la norme privilégiée s'imposant sur la norme déclarée supplétive.

Certes, il ne semble y avoir là aucune révolution : la loi serait expérimentale, et sa portée est restreinte à un champ déterminé. Mais le modèle a vocation à être décliné au-delà du temps de travail, peut-être dans l'ensemble du champ prioritaire des « accords ACTES »¹⁹. La prudence s'impose : en 2008, la loi était déjà présentée comme offrant une « vision d'avenir des relations professionnelles »...

2. - Une complexification de l'articulation des normes conventionnelles

Faudrait-il en conclure que la loi est finalement peu innovante, si ce n'est qu'elle généralise la prévalence de l'accord d'entreprise ? Qu'elle sert un objectif plus vaste de simplification des relations de travail ? On peut en douter, pour au moins deux raisons : parce que la primauté n'est en fait pas généralisée, fut-ce dans le domaine du temps de travail et des congés mais aussi parce que d'autres accords bénéficient de la même faveur que l'accord d'entreprise, brouillant quelque peu toute idée de hiérarchie voire d'articulation.

a. - Absence de généralisation de la primauté de l'accord d'entreprise

Même si l'accord d'entreprise a vocation à « devenir le niveau de droit commun », les règles nouvelles dans le champ de la durée du travail montrent que cette primauté n'est pas généralisée. Sur un même objet, et au sein du champ reconnu à la négociation collective, des modes d'articulation distincts sont mis en place entre les accords issus de différents niveaux de négociation.

L'exemple du travail de nuit²⁰ peut être pris. En la matière, on trouve trois formules. Pour la mise en place du travail de nuit ou pour l'étendre à de nouvelles catégories, pour le dépassement de la durée maximale quotidienne ou hebdomadaire, la loi consacre la supplétabilité de l'accord de branche : est visé « l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut un accord de branche ». En revanche, la définition du travailleur de nuit nécessite une convention ou un accord collectif étendu : la loi consacre l'exclusivité de l'accord – de branche assurément – étendu. Enfin, pour définir les zones touristiques internationales qui bénéficient d'un traitement distinct, il faut un accord collectif de branche, un accord de groupe, d'entreprise ou d'établissement ou un accord territorial. L'absence de la formule « à défaut » marque une absence de primauté entre accords et une articulation à l'aide des règles de conflit issues de la loi du 4 mai 2004. La complexité est évidente. Tout en procédant à une distribution des thèmes qui relèvent

prioritairement ou exclusivement d'un niveau de négociation, la loi mobilise des règles de conflits distinctes.

b. - Des accords de niveaux différents mais sans prévalence née de la loi : accords d'entreprise, d'établissement ou de groupe

La place réelle de l'accord d'entreprise est difficile à mesurer. L'exemple du travail de nuit montre ainsi le fait que l'accord d'établissement bénéficie de la même prévalence sur les accords de branche. On peut alors se demander quel sera le mode d'articulation en cas de conflit entre un accord d'entreprise et un accord d'établissement ayant le même objet. Sur ce point, le nouvel article L. 2253-6 du Code du travail précise que « lorsqu'un accord conclu au niveau de l'entreprise le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les établissements compris dans le périmètre de cet accord ». L'accord d'entreprise peut donc décider de la supplétabilité de l'accord d'établissement pour les dispositions ayant le même objet, sans considération de leur caractère plus favorable. À défaut, devrait jouer les principes de « droit commun »²¹.

Par ailleurs, l'article L. 2232-33 du Code du travail prévoit que « l'ensemble de négociations engagées au niveau de l'entreprise peuvent être engagées au niveau du groupe dans les mêmes conditions ». Certes, l'objectif du législateur est de dispenser l'employeur des négociations obligatoires dans l'entreprise, l'alinéa 2 de ce texte précisant qu'à défaut d'accord de groupe, les négociations obligatoires ont pour cadre l'entreprise. Il n'empêche que la formule du premier alinéa est plus large : elle semble ouvrir la possibilité d'un accord de groupe chaque fois qu'un accord d'entreprise est prévu par la loi. Le doute reste permis, puisque les textes précités, par exemple pour le travail de nuit, ne citent pas l'accord de groupe aux côtés de l'accord d'entreprise ou d'établissement.

De surcroît, l'article L. 2253-5 précise que l'accord de groupe *peut* prévoir que tout ou partie de ses dispositions se substitue aux stipulations ayant le même objet que les accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises et établissements de son périmètre. À nouveau, peu importe le caractère plus ou moins favorable. L'accord de groupe peut prévaloir sur l'accord d'entreprise s'il le prévoit expressément.

Au final, et à ne considérer que la mise en place du travail de nuit, un accord de groupe peut prévoir de se substituer à l'accord d'entreprise ayant le même objet, mais également à l'accord de branche applicable dans les entreprises du groupe, même à défaut d'accord d'entreprise. En revanche, si l'accord de groupe ne comporte aucune disposition lui assurant la primauté sur les

(19) Même si l'art. 1 de la loi ne prévoit pas qu'en tout domaine devra être consacrée la primauté de l'accord d'entreprise. Il n'encadre aucunement le choix du mode d'articulation des normes collectives.

(20) On pourrait également examiner la question des heures supplémentaires, v. F. Favennec-Hery, « Réforme de la durée du travail : bouleversement, adaptation ou rupture ? », *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1714.

(21) *C. trav.*, art. L. 2252-1.

accords d'entreprises, d'établissements ou de branche, en reviendra-t-on à l'articulation « traditionnelle » entre accord d'entreprise, de branche et de groupe? Aux termes de l'actuel article L. 2232-5, l'accord de groupe ne peut déroger aux conventions de branche dont relèvent les entreprises du groupe que lorsque ces conventions l'autorisent expressément. La loi est muette sur l'articulation des accords de groupe et des accords d'entreprise, ce qui doit conduire à revenir au principe (avant réforme) de « droit commun ».

Loi de simplification? On peut en douter... Si l'accord d'entreprise peut se soustraire à l'effet impératif de la convention de branche, il se voit reconnaître une primauté tempérée puisqu'il peut à son tour céder devant un accord d'établissement ou de groupe, voire, un accord interentreprises. La lisibilité d'ensemble du mouvement vers la primauté de l'accord d'entreprise n'en est-elle pas considérablement brouillée?

B. - Un réordonnement des espaces de négociation

La diversité des sources conventionnelles des règles mobilisées en droit du travail est un de ses traits essentiels et l'une de ses principales richesses. Si leur articulation est soumise depuis longtemps à des règles spécifiques, telles la règle de faveur ou la supplétivité, elle exprime également certaines représentations de leur ordonnancement²². Les accords collectifs ont vocation à déterminer le statut collectif des salariés compris dans leur champ d'application. Tout réaménagement des modes d'articulation a nécessairement pour corollaire un déplacement des rapports de force et l'identification d'espaces de négociation pertinents. Ce sont ces espaces ou niveaux de négociation²³ qui sont également au cœur de la loi. D'abord, avec une réaffirmation ambiguë de l'importance des branches. Ensuite, avec l'évocation ou le renforcement d'autres espaces de négociation.

1. - Affaiblissement ou renforcement de la négociation de branche?

Le volet « temps de travail » marque une étape nouvelle dans la transformation des modes d'articulation de l'accord d'entreprise et de la convention de branche avec la généralisation de la supplétivité de la seconde au regard du premier²⁴. Mais plus largement, la réforme semble exercer une « action corrosive »²⁵ sur les prérogatives de la branche. Ces deux propositions invitent à nous interroger sur la distinction du rôle de l'accord ou convention collective de branche, et sur celui de la branche comme collectivité de travail, périmètre de l'application de la

convention. Car comme l'a finement souligné Sophie Nadal²⁶, « lorsqu'elles sont ramassées dans une même formule, à savoir celle de « branche professionnelle », « profession » et « branche » sont ensemble rapportées au champ d'application des conventions collectives. Ainsi donc, la notion de « branche professionnelle » est-elle aujourd'hui communément comprise en tant qu'elle est le champ d'application d'une règle conventionnelle ».

a. - La réaffirmation de l'importance de la branche

L'étude d'impact de la loi évoque l'objectif de « réaffirmer le rôle essentiel de la branche dans l'élaboration du droit du travail et de donner aux branches beaucoup plus de visibilité et une plus grande responsabilité ». À cette fin, le projet de loi proposait un nouvel article L. 2232-5-1 aux termes duquel « La négociation de branche définit des garanties s'appliquant aux salariés employés par les entreprises d'un même secteur, d'un même métier ou d'une même forme d'activité et à réguler la concurrence entre les entreprises de la branche ». C'est une définition de la branche qui nous était proposée, et le fait était déjà notable.

Finalement, et face aux inquiétudes, la loi va plus loin. L'article L. 2232-5-1 du Code du travail définit trois missions de la branche: « définir, par la négociation, les garanties applicables aux salariés employés par les entreprises relevant de son champ d'application, notamment en matière de salaires minimaux, de classifications, de garanties collectives complémentaires [...], de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, de prévention de la pénibilité [...] et d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », « définir, par la négociation, les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords conclus au niveau de la branche, à l'exclusion des thèmes pour lesquels la loi prévoit la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise » et enfin « réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application ». On se gardera d'y voir la résurgence des « verrous » de la loi du 4 mai 2004. Aucune primauté de la négociation de branche n'est explicitement consacrée même dans les domaines énumérés, aucun moyen n'est spécifiquement attribué à la mission de régulation de la concurrence, et surtout, si la convention de branche peut limiter la dérogation dans un sens moins favorable par accord d'entreprise, ce n'est que lorsque la primauté de l'accord d'entreprise n'est pas consacrée par la loi – ce qui, appliqué à la durée du travail, réduit d'ores et déjà à (presque) néant la portée de cette disposition.

L'effort a également porté sur l'objectivation des branches pour une meilleure identification. Ce mouvement est de deux ordres.

(22) J. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », RDT 2009. 83.

(23) Le terme de niveau implique néanmoins une certaine idée de hiérarchie qui ne paraît plus pertinente.

(24) M.-A. Souriac, 2009, préc.

(25) *Ibid.*

(26) S. Nadal, « La restructuration des branches professionnelles: réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016. 110.

Parce que la branche serait le lieu d'une multiplicité d'instances (commission d'interprétation et de conciliation, commission paritaire nationale de l'emploi, observatoire de la négociation collective), elle manquerait de visibilité, en particulier pour les PME. La loi institue donc des commissions permanentes qui auront pour mission de se réunir régulièrement et de définir l'agenda des négociations. Elles établiront un rapport annuel, qui sera transmis à la commission nationale de la négociation collective. Elles pourront exercer les missions de l'observatoire de branche existant et exerceront un rôle de veille sur les conditions de travail et d'emploi. Le non-respect de ce dispositif sera un motif de fusion de la branche avec une autre.

Parce qu'il faudrait renforcer la légitimité de la branche comme espace de négociation, le processus de restructurations des branches professionnelles doit être accéléré. Il consiste à « forger de vastes ensembles conventionnels, ensembles que formeront – précisément – les futures « branches professionnelles ». Ainsi est-ce à une forme de rationalisation du tissu conventionnel qu'il s'agit finalement, par l'effet d'opérations successives de restructuration, de procéder »²⁷. Le projet est, pour reprendre l'étude d'impact, de redonner à la branche sa finalité première qui est de constituer un cadre adapté et dynamique de l'emploi et de l'organisation du travail dans le secteur concerné. On y verra une intéressante réécriture de l'histoire²⁸.

b. - Les rôles de la branche : affaiblissement ou redéfinition ?

Un auteur²⁹ le soulignait déjà en 2008 : les signes d'affaiblissement de la branche se multiplient³⁰. La loi nouvelle ne fait qu'accentuer ce mouvement. Quels sont ces signes et comment se traduisent ces reculs ?

Une redéfinition du rôle des branches professionnelles

C'est en premier lieu la législation sur le temps de travail qui confirme le recul de l'exigence d'une branche « étendue » puisque l'accord de branche, supplétif de l'accord d'entreprise, n'est pas nécessairement un accord étendu. Le contrôle de légalité *a priori* cesse d'être un passage obligé³¹. La différence entre accord de branche ordinaire et accord de branche étendu s'estompe encore davantage avec l'accroissement du champ ouvert à la négociation d'entreprise, au point que l'on peut parfois douter du sens de l'extension. C'est pourtant celle-ci qui, tradi-

tionnellement, faisait de la convention de branche la loi de la profession, délimitant une collectivité professionnelle porteuse de revendications propres et évitant les chevauchements entre secteurs d'activités différents. Cette mission traditionnelle n'est plus sollicitée que de façon résiduelle³².

Mais c'est encore le primat accordé à l'accord d'entreprise qui devient la référence normative – le droit commun – et est perçu comme supérieur³³. Il entraîne corrélativement un déplacement du rapport de force de la branche vers l'entreprise. Malgré la définition légale de la branche, il est porteur d'une concurrence avivée entre entreprises qui pourront se différencier par leurs conditions de travail et d'emploi, variables de compétitivité, au prix d'une « atomisation du droit »³⁴, d'une inégalité entre salariés et entreprises d'un même secteur, mais au nom de la compétitivité, d'une meilleure adaptation aux « réalités de terrain » et de la souplesse des instruments offerts à l'entreprise. C'est la fonction réglemantaire de la convention de branche qui est par là même atteinte³⁵.

En définitive, un autre rôle est assigné à la branche professionnelle au prix d'une redéfinition de celui-ci ou d'une métamorphose³⁶ : une mission d'organisation et de gestion des relations professionnelles et un rôle de soutien aux entreprises du secteur.

Des moyens d'action adaptés en conséquence

D'abord, la loi valorise l'accord de méthode. L'accord national interprofessionnel signé le 31 octobre 1995 reconnaissait un certain rôle d'encadrement de la négociation d'entreprise par la négociation de branche, rôle toutefois largement estompé en 2008. La loi du 8 août 2016 généralise la possibilité de conclure des accords de méthode à tous les niveaux et, surtout, le nouvel article L. 2222-3-2 du Code du travail précise qu'un accord de branche pourra définir la méthode applicable au niveau de la négociation d'entreprise. Néanmoins, l'impérativité de cet accord doit être relativisée car il sera écarté si l'entreprise a déjà conclu un accord de méthode (C. trav., art. L. 2222-3-1) dont la primauté est alors consacrée, et également parce que le non-respect de l'accord de méthode de branche ne sera pas sanctionné par la nullité des accords conclus en méconnaissance de ses dispositions « dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties ». C'est donc une forme d'encadrement très contenue qui est retenue.

(27) S. Nadal, préc.

(28) S. Nadal, préc. : « Peu à peu, c'est finalement une autre conception du système français des relations professionnelles qui se laisse à voir, système dans lequel la fonction normative exercée par les groupements professionnels à l'égard des entreprises s'entend sur un mode minimaliste et cela au bénéfice d'une conception gestionnaire de leurs missions ».

(29) M.-A. Souriac, 2008, préc.

(30) V. égal. J.-M. Pernot « Démocratie sociale ou nouveau corporatisme ? », in F. Lerais et al., *La démocratie sociale à l'épreuve de la crise. Un essai de comparaison internationale*, Rapport de l'IRES, 2013, qui fait état d'une grande fragilisation du niveau de la branche professionnelle comme source de régulation qui serait « siphonnée par les deux bouts ».

(31) M.-A. Souriac, 2009, préc.

(32) S. Nadal, préc.

(33) J. Frossard, 2009, préc.

(34) M.-A. Souriac, 2009, préc.

(35) V. déjà S. Nadal, « Le destin de la négociation de branche », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, préc., p. 59 s., spéc. p. 69 s.

(36) *Ibid.*

Ensuite, c'est la figure de « l'accord type » qui est inscrite dans le Code du travail, et c'est assurément une des figures intéressantes de la réforme. Le nouvel article L. 2232-10-1, prévoit qu'un accord de branche étendu pourra comporter des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de 50 salariés, sous la forme d'accord type indiquant les différents choix laissés à l'employeur. La figure de l'accord type, très « contractualiste », n'est pas inconnue: notamment la loi du 3 décembre 2008 sur l'intéressement a invité les branches à conclure des accords d'intéressement « type » qui devaient être déclinés dans les entreprises par accord d'entreprise, par accord avec le comité d'entreprise ou par ratification par référendum d'entreprise (à une majorité des deux tiers) d'un projet d'accord élaboré par l'employeur. L'accord type se présente en ce cas comme un modèle d'accord devant être adapté prioritairement par accord d'entreprise et à défaut par une autre formule. En revanche, dans la loi Travail, et parce que la mesure concerne les TPE, l'accord type concernera « l'ensemble des négociations prévues par le Code du travail » et sera appliqué par l'employeur « au moyen d'un document unilatéral indiquant les choix qu'il a retenus après en avoir informé les salariés par tous moyens ». Les branches auraient alors « un rôle de prestataire de services auprès des entreprises, de facilitateur du dialogue social et surtout de pourvoyeur d'accords collectifs spécialement adaptés à la situation des TPE »³⁷.

Enfin, rappelons le rapport Combrexelle qui élabore une nouvelle architecture des normes en droit du travail accordant certes, la primauté à l'accord d'entreprise, mais prévoyant également la détermination d'un ordre public conventionnel de branche. Cet ordre public conventionnel n'apparaît pas dans la loi, probablement parce qu'il n'est pas utile dans le domaine du temps de travail. La notion d'ordre public pourrait être profondément révisée. On pourrait y voir un domaine réservé au niveau de la branche, sans dérogation possible par accord d'entreprise³⁸ ou bien l'entendre au sens du droit international privé, l'ordre public ayant pour effet de permettre de rejeter toute règle qui entraînerait la naissance d'une situation contraire aux principes fondamentaux (du droit national). Cette question sera centrale: selon l'importance qu'on lui accordera, la primauté de l'accord d'entreprise sera plus ou moins prégnante. On peut ainsi se demander s'il n'y a pas là pour les branches un nouveau verrou possible à l'autonomie de l'accord d'entreprise... À moins qu'il ne faille y voir une forme de « retenue des effets de la négociation de branche »³⁹, une limite à l'autonomie de l'accord d'entreprise, à tout le moins ce serait un facteur de complexité supplémentaire.

2. - La multiplication des lieux de négociation: entreprise, branche, établissement, groupe, réseau de franchise...

Si l'entreprise et la branche apparaissent comme les principaux espaces de négociation, la loi en fait apparaître d'autres, pas nécessairement connectés à une instance de représentation.

Certains sont connus mais voient leur place précisée dans l'ordonnancement des accords. Il en va ainsi du groupe, la valeur juridique de l'accord de groupe étant renforcée. Comme il a déjà été précisé, la négociation de groupe pourrait se substituer à la négociation obligatoire d'entreprise et l'accord de groupe pourrait « s'auto-reconnaître » une primauté sur les accords d'entreprise, antérieurs ou postérieurs. Il primera également sur l'accord de branche sans que celui-ci doive l'y autoriser expressément, par la suppression de l'article L. 2232-35 du Code du travail. Mais c'est aussi l'établissement qui est valorisé: l'articulation de l'accord d'établissement avec l'accord d'entreprise obéira aux mêmes règles que celles exposées pour l'accord de groupe. C'est à un alignement que procède la loi.

D'autres espaces de négociation attirent l'attention⁴⁰. Ainsi, selon le nouvel article L. 2232-36 du Code du travail, « un accord peut être négocié et conclu au niveau de plusieurs entreprises entre, d'une part, les employeurs et, d'autre part, les organisations syndicales représentatives à l'échelle de l'ensemble des entreprises concernées ». La portée de cet accord « interentreprises » ne doit pas être négligée, d'autant qu'à l'instar de l'accord de groupe ou de l'accord d'établissement, il pourra primer d'autres accords s'il en dispose ainsi. Aux termes de l'article L. 2253-7, « Lorsqu'un accord conclu au niveau de plusieurs entreprises le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord ». Mais quel est cet espace interentreprises? Il ne peut être assimilé ni au groupe ni à l'unité économique et sociale. Son champ d'application sera en fait déterminé par les employeurs désireux de conclure un accord à ce niveau. On peut y voir une déclinaison de l'accord de site. Mais ce peut aussi être, par exemple, un instrument favorisant la mobilité professionnelle inter-entreprises.

Continuité et rupture... La manière d'ordonner les rapports entre accords collectifs conclus à différents niveaux exprime la représentation que l'on se fait de l'ordonnancement des normes, de la teneur du dialogue social et de du rôle des interlocuteurs sociaux. Le changement de perspective semble profond.

(37) « La promotion du "dialogue social" dans l'entreprise. Loi Rebsamen et rapport Combrexelle », Entretien avec S. Lailom et C. Nicod, *Nouv. Rev. Trav.*, 8-2016.

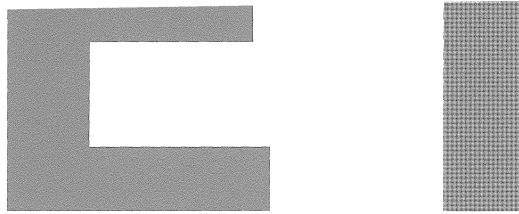
(38) *V. C. trav.*, art. L. 2232-5-1, 1°.

(39) G. Bélier, « Quelle architecture normative dans le rapport Combrexelle? », *RDT* 2015. 653.

(40) Le projet de loi prévoyait la possibilité d'accord collectif au sein des réseaux de franchise, disposition non retenue finalement.

Troisième partie :

L'accord collectif et le contrat de travail



ÉTUDES

228

I De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail

Par Antoine Jeammaud

Ancien professeur à l'Université de Saint-Etienne et à l'Université Lumière Lyon 2

Membre et ancien directeur du Centre de recherches critiques sur le droit (UMR CNRS 5137)

L'articulation entre le contrat de travail et les accords collectifs attire de nouveau l'attention et suscite controverses. Ce sujet grave a été discuté lors des journées de l'AFDT qui se sont tenues à Metz les 25 et 26 septembre 2015. Cet article reprend et prolonge les analyses et réflexions que P. Ancel y a présentées.

Un article du Code du travail fait prévaloir les « stipulations » du contrat de travail plus favorables au salarié sur les « clauses » de la convention ou de l'accord collectif applicable. La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle avec constance qu'un accord de ce type « ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié ». Voilà deux éléments majeurs d'une « articulation » de ces deux actes juridiques¹, dont le régime, cependant, ne se réduit pas à ces deux normes² (I).

L'exclusion de toute modification, par l'instrument « collectivement négocié », d'une condition d'emploi ou de travail résultant du contrat de travail répond aujourd'hui à une inquiétude avivée par l'admission progressive, en législation, de la possibilité de conclure des accords collectifs dits « dérogatoires ». C'est-à-dire des accords dérogeant aux normes du droit étatique du travail ou à celles d'un accord de niveau plus élevé dans un sens qui n'est pas nécessairement plus favorable aux

salariés. Facteur de stabilité de la situation du salarié, instrument de résistance de celui-ci³ à des changements péjoratifs éventuellement consentis par les « agents de la négociation collective », elle est jugée fâcheuse par certains. Par ceux qui souhaitent une évolution vers une plus grande flexibilité des conditions juridiques d'usage de la main-d'œuvre et voudraient, en particulier, voir l'accord d'entreprise s'affirmer comme « outil de gestion » auquel le contrat de travail cesserait de résister. Par ceux qui plaident pour plus de cohérence avec la volonté constante de développer la négociation collective⁴. Les uns et les autres prônent une manière de systématique « primauté du collectif sur l'individuel ». À l'occasion de la discussion du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 (« loi Macron »), la majorité sénatoriale avait fait bon accueil à cette aspiration en adoptant un amendement qui instituait une « commission chargée

{1} G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvrier* 1997. 514. Pour un tableau plus récent, v. F. Géa et M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC*, n° 768, 1^{er} oct. 2012, p. 40; v. aussi M.-L. Morin et P. Rémy, « Dialogue sur l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail. Le droit français à la lumière du droit allemand », in T. Sachs (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 245.

{2} Il importe de distinguer *texte* (ou *disposition*) et *norme*, c'est-à-dire le signifiant et le signifié. Les énoncés du *discours législatif*, entendu comme l'ensemble des textes du « bloc de constitutionnalité », des codes et des lois ou règlements non codifiés en vigueur, qu'ont composé et que modifient sans cesse des *actes de législation* (lois constitutionnelles, organiques, ordinaires, ordonnances, décrets, etc.), ont pour significations divers types de « contenus de pensée ». Dans leur immense majorité, elles signifient des *normes*, c'est-à-dire des *références pour déterminer ce que des choses (les plus diverses, et pas seulement des conduites, des actions) doivent être*. Normes juridiques qui sont de deux espèces : les *principes* et les (simples) *règles* (v. notre art., « Des principes du droit du travail ? », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1703, p. 8). Mais les normes du droit de la République française ne sont pas toutes des significations de dispositions du discours législatif : nombre d'entre elles (des principes en particulier) sont traitées comme normes valides, par les professionnels du droit et au-delà même de ce milieu, parce qu'elles ont été consacrées par des décisions de juridictions suprêmes, alors qu'aucune disposition de ce même discours n'habilite ces organes à édicter des normes.

{3} G. Borenfreund, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.* 1990. 626; P. Lokiec, « Refuser », in *La volonté du salarié*, préc., p. 103.

{4} M. Morand et E. Dockès, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », *RDT* 2007. 144 (v. le point de vue du premier de ces auteurs); J. Barthélémy, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2009. 907; J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, Doc. fr., 2011, spéc., p. 147 s.; F. Favennec, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1643, p. 5; B. Serizay, « Une reconsidération du droit applicable aux relations entre l'entreprise et le salarié », *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1644, p. 4.

de la réforme et de la simplification du Code du travail », avec mission de proposer un code « simplifié » et de retenir, notamment, « le principe selon lequel, sauf exceptions, un accord collectif est applicable nonobstant les dispositions contraires d'un contrat de travail ». Un amendement d'ailleurs accepté par le Gouvernement⁵, mais supprimé par l'Assemblée nationale avec... l'approbation du ministre⁶. Mais ce bouleversement des rapports entre accord collectif et contrat de travail serait-il aisé dans l'état présent l'ordre juridique de ce pays (II) ?

I. - L'état du droit positif⁷

Le rôle du droit commun des contrats est premier (A). Mais sa portée est affectée par la présence, dans le segment « droit du travail » du discours législatif, d'une part d'un article L. 2254-1 du Code du travail, illustratif du « particularisme » de cette branche de l'ordre juridique et de sa faveur pour le salarié (B), d'autre part de dispositions spéciales plus récentes significatives d'un affaiblissement de cette tendance (C).

A. - Le jeu du droit commun des contrats.

Dans sa version en vigueur depuis mai 2008, le Code du travail accueille à l'article L. 1121-1 une disposition héritée d'une loi de 1891 : « Le contrat de travail est

soumis aux règles du droit commun ». C'est de la règle portée par cet énoncé⁸ que découle l'application, à ce contrat spécial, du *principe de la force obligatoire des conventions*, qui est lui-même la signification de l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil⁹.

L'immutabilité du contrat sauf nouvel accord des contractants exclut toute modification de sa teneur par acte unilatéral d'une des parties, mais aussi toute modification par des actes de tiers, à l'exception de la loi si celle-ci revêt un caractère d'ordre public fondant son application immédiate aux situations contractuelles en cours (selon l'interprétation acquise de l'article 2 du Code civil). C'est au visa, notamment, de l'article 1134 que la chambre sociale de la Cour de cassation a censuré un arrêt de cour d'appel, au motif qu'« un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié »¹⁰, usant ainsi d'une formule que l'on retrouve dans d'autres décisions¹¹. L'expression de cette doctrine paraît discutable¹², et elle a été rectifiée : « une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié », lit-on dans une toute récente décision¹³. On a là, en tout cas, le produit d'une déduction du principe de l'article 1134, car c'est bien à la force obligatoire du contrat, distinguée de son contenu obligationnel¹⁴, que se heurte la prétention de modifier le « champ contractuel » du rapport juridique entre le salarié et son employeur¹⁵.

(5) P. Lokiec, « Les idéologues de la simplification », Sem. soc. Lamy 2015, n° 1677, p. 4.

(6) Au motif qu'étaient en cours les travaux de la Commission sur la place de la négociation collective.

(7) Pour une autre présentation du régime actuel et les arguments visant à convaincre de son « inadéquation », v. F. Favennec, préc.

(8) Il convient d'entendre par « règles » les normes au sens de la théorie du droit (v. note 2).

(9) Elle sera celle de l'art. 1103 nouv. du Code (« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »), complété par un nouvel art. 1193 (« Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ») à compter du 1^{er} oct. prochain, date d'entrée en vigueur de l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 (v. l'étude de P. Ancel, ce numéro, p. 240). Peut-on dire que le droit du travail a longtemps été réticent à accueillir le principe de la force obligatoire du contrat au motif que, pour la Cour de cassation, la modification du contrat refusée par le salarié avait pour effet de mettre fin au contrat et qu'elle l'assimilait ainsi à un licenciement (F. Géa et M.-F. Mazars, préc., n° 6, p. 43) ? Nous ne le croyons pas. Sous l'empire de la jurisprudence abandonnée par l'arrêt *Raquin* de 1987, si la modification concernait un contrat à durée déterminée, l'employeur ne pouvait ni l'imposer au salarié ni tirer motif de son refus pour se libérer du lien contractuel : l'article 1134 jouait donc à fond. C'est cette même norme qui empêchait l'employeur d'imposer la modification du contrat à durée indéterminée et lui rendait imputable la rupture s'il n'entendait pas poursuivre l'exécution du contrat après le refus du salarié, de sorte qu'il ne pouvait s'évader du lien contractuel qu'en assumant les obligations (préavis, indemnités légales) attachées à la qualification de licenciement et en s'exposant à voir cette rupture jugée abusive, puis (à partir de 1973) dépourvue de cause réelle et sérieuse.

(10) Soc. 25 févr. 2003, n° 01-40.588, Bull. civ. V, n° 64.

(11) V. Soc. 13 nov. 2001, n° 99-42.978, Bull. civ. V, n° 340, et n° 99-42.979 ; 7 févr. 2006, n° 04-43.196 ; 21 févr. 2007, n° 05-42.731 ; rapp. 25 févr. 1998, n° 95-45.171, Bull. civ. V, n° 104 ; D. 1999. 105, obs. Y. Serra. La modification du contrat de travail en application de l'accord collectif requiert « l'accord exprès » du salarié (v. Soc. 22 févr. 2008, n° 06-43.349, Bull. civ. V, n° 43 ; D. 2008. 789 ; RDT 2008. 230, obs. G. Auzero) ou son « adhésion » à cet accord collectif, laisse entendre l'arrêt du 25 févr. 2003. La convention collective peut mettre à la charge des salariés des obligations de mobilité, de non-concurrence, de non-démarchage, etc., dont la loi ne souffle mot (ce que n'exclut en rien, au contraire de ce qui est parfois soutenu, l'art. L. 2251-1, C. trav.) qui s'imposent aux salariés embauchés sous l'empire de cette convention et même en l'absence de mention dans leur contrat, dès lors qu'ils ont été informés de l'existence de cet instrument et mis en mesure d'en prendre connaissance (v. Soc. 8 janv. 1997, n° 93-44.009, Bull. civ. V, n° 8 ; D. 1997. 332, note M. Crionnet ; *ibid.* 240, obs. Y. Serra ; Dr. soc. 1997. 323, obs. G. Couturier ; 27 févr. 2002, n° 00-42.646, Bull. civ. V, n° 222 ; D. 2002. 3115, et les obs., obs. M.-C. Amauger-Lattes). Mais ces dispositions, ou leur entrée en vigueur dans une entreprise, ne sauraient affecter les contrats de travail en cours d'exécution (v. Soc. 27 janv. 1999, n° 96-43.342, Bull. civ. V, n° 43 ; Dr. soc. 1999. 308, obs. C. Radé ; 17 oct. 2000, n° 98-42.018, D. 2001. 2061, note J. Mouly ; Dr. soc. 2000. 1147, obs. J. Savatier ; 13 nov. 2001, préc. ; 27 juin 2002, n° 00-42.646, préc.).

(12) Parce que la convention collective ne s'incorpore pas aux contrats de travail (*infra*, B, 1), il est peu rigoureux d'envisager l'effet d'un accord collectif sur ce contrat en termes de « modification » de celui-ci par celui-là (G. Couturier, « L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective », Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534, p. 7). Il faut comprendre que, selon la règle consacrée par la Cour de cassation, un accord collectif « ne peut porter atteinte à un élément du contrat de travail du salarié, et, en ce sens, qu'il ne peut l'altérer – sans qu'il soit question, à proprement parler, d'une modification de ce contrat » (F. Géa et M.-F. Mazars, préc., n° 23, p. 56).

(13) Soc. 10 févr. 2016, n° 14-26.147, D. 2016. Actu. 431.

(14) P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999. 771.

(15) Ces conditions d'emploi ou de travail sont déterminées par la loi, les stipulations du contrat de travail, les actes normatifs patronaux (à commencer par le règlement intérieur) et autres actes d'exercice du pouvoir de l'employeur (ordres, décisions), les dispositions (« clauses ») des conventions et accords collectifs applicables au rapport de travail, les usages. Tous ces actes et pratiques sont générateurs d'obligations composant le « contenu obligationnel » du contrat de travail, ou sources d'autres variables qui appartiennent au « champ contractuel » du rapport juridique entre le salarié et son employeur (notamment parce qu'elles découlent de ou sont régies par des règles posées par le contrat), ou bien demeurent extérieures à ce champ et relèvent alors du pouvoir de l'employeur. V. J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^e éd., 2008, n° 579 s.

Cette règle jurisprudentielle de droit du travail dérivée du principe de l'article 1134 du Code civil fait surgir la question classique de savoir si le changement de telle condition d'emploi ou de travail d'un salarié constitue ou non une modification de son contrat. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle eu l'occasion de juger que « l'instauration d'une modulation du temps de travail en application d'un accord de modulation constituait une modification du contrat de travail requérant l'accord exprès du salarié », dans des décisions¹⁶ qui, sans reprendre l'énoncé de l'arrêt de 2003, présupposent adhésion à sa doctrine.

B. - L'article L. 2254-1 du Code du travail

On connaît la rédaction de cet article logé dans le livre que le Code du travail reconfiguré consacre à la négociation collective : « 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* ». Cet énoncé est celui que le texte antérieur du Code accueillait à l'article L. 135-2, dans un corps de dispositions introduites par la loi du 13 novembre 1982. Loi qui, elle-même, avait substitué cet article aux alinéas 2 et 3 d'un article L. 132-10 du Code du travail de 1973, qui avait repris les alinéas 2 et 3 de l'article 31^e du livre I^{er} du premier code, tel que l'avait rédigé la loi du 11 février 1950 et que n'avait pas touché la loi du 13 juillet 1971.

L'importance de cette disposition dépend du tracé du cercle des employeurs liés par l'instrument négocié. Il résulte des articles L. 2262-1 et suivants qu'un employeur est « lié par les clauses » d'une convention ou d'un accord collectif lorsqu'il est membre d'une organisation ou d'un groupement signataire de l'instrument (ou en a démissionné après la signature de ce dernier), ou d'une organisation qui a adhéré à la convention ou l'accord, ou lorsqu'il a personnellement adhéré à celle ou celui-ci, ou encore lorsque son activité le situe dans le champ professionnel et géographique auquel l'instrument a été rendu applicable par un arrêté d'extension ou d'élargissement.

De plus, tout employeur est évidemment « lié » par toute convention ou tout accord collectif conclu par lui pour son entreprise ou l'un de ses établissements.

De la règle successivement signifiée par l'article L. 135-2 puis par l'article L. 2254-1 du Code du travail, les juristes dogmaticiens décrivant le droit positif du travail écrivent volontiers qu'elle dote l'instrument d'un « effet impératif » et d'un « effet immédiat »¹⁷, d'un « effet automatique »¹⁸, ou encore d'un « effet direct » recouvrant « effet impératif » et « effet automatique »¹⁹.

1. Les dispositions de la convention ou de l'accord collectif – qui n'est pas un « contrat collectif de travail » – « s'appliquent » aux contrats. C'est dire qu'elles saisissent et régissent, à la manière de dispositions légales, les contrats de travail qui s'exécutent ou se concluront dans son champ d'application, en se substituant le cas échéant – mais seulement pour le temps de son applicabilité à ces contrats – aux clauses de ces derniers, à l'exception de celles s'avérant plus favorables aux salariés. Les règles conventionnelles, pas plus que les normes privées non conventionnelles – celles posées par le règlement intérieur ou tout autre acte normateur patronal, celles imputées à l'usage – ne s'incorporent aux contrats individuels pour être dorénavant traitées comme des stipulations de ces contrats et remplacer certaines de leurs clauses²⁰. Ce qui est lourd de conséquences lorsque l'instrument négocié perd sa validité, cesse d'être applicable ou est révisé : « il n'en résulte aucune modification des contrats de travail en vigueur »²¹. Cette norme de non-incorporation nous semble d'ailleurs constituer l'un des quelques véritables principes du droit du travail français²².

2. La règle de l'article L. 2254-1 contribue doublement à fixer le champ d'application des « clauses » d'une convention ou d'un accord collectif :

1^o en soumettant à ces dispositions tous les contrats de travail conclus, entre son entrée en vigueur et le terme de sa durée de validité, avec un employeur « lié » par cet instrument conventionnel, sans consi-

(16) Soc. 28 sept. 2010, n° 08-43.161, Bull. civ. V, n° 197 ; D. 2011. 219, obs. C. Dechristé, note S. Frossard ; *ibid.* 1246, obs. G. Borenfreund, E. Dockès, O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, T. Pasquier, I. Odoul Asorey et M. Sweeney ; Dr. soc. 2011. 151, note J. Barthélémy ; *ibid.* 2014. 71, étude J. Mouly ; RDT 2010. 725, obs. F. Canut ; Sem. soc. Lamy, n° 1472, rapp. P. Florès ; 25 sept. 2013, n° 12-17.776, Bull. civ. V, n° 217 ; D. 2013. 2277 ; Dr. soc. 2014. 11, chron. S. Tournaux ; *ibid.* 71, étude J. Mouly ; *ibid.* 90, obs. P. Chaumette ; RDT 2013. 771, obs. F. Canut.

(17) G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, 29^e éd., Dalloz, 2015, n° 1317 s.

(18) E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, 9^e éd., Dalloz, coll. « Hypercours », 2015, n° 880.

(19) M.-L. Morin, préc., p. 253 ; F. Géa et M.-F. Mazars, préc., n°s 10, 11 et 17.

(20) Il y a là, avec la réserve des stipulations plus favorables du contrat individuel, une caractéristique du modèle français de convention ou accord collectif (v. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc., n° 76 ; M.-L. Morin et P. Rémy, préc., p. 246-247, p. 253). Sur la « substitution », v. aussi F. Géa et M.-F. Mazars, préc., n°s 17, 20 s.

(21) V. Soc. 17 mars 1993, n° 91-45.184, Dr. soc. 1993. 464 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *GADT*, 4^e éd., Dalloz, 2008, n° 164. Toutefois : 1^o la règle ne fait pas obstacle à une éventuelle contractualisation d'un avantage résultant d'une règle conventionnelle, ce qui le consolide face à l'éventualité d'une mise en cause de l'accord ; 2^o la Cour de cassation considère que les avantages résultant de la convention collective et individuellement acquis par un salarié, conservés en vertu de l'article L. 2261-13 lorsque celle-ci cesse de produire effet, s'incorporent alors au contrat de travail de l'intéressé (Soc. 6 nov. 1991, n° 87-44.507, Bull. civ. V, n° 479 ; D. 1992. 294, obs. M.-A. Rotschild-Souriac ; 13 mars 2001, n° 99-45.651, Bull. civ. V, n° 90 ; D. 2001. 1215 ; Dr. soc. 2001. 571, obs. C. Radé ; RDS 2001. 574, note S. Hennion-Moreau).

(22) « Des principes du droit du travail ? », préc., 3.1. Cette norme ne figure pas au nombre des « principes essentiels » (c'est-à-dire de « véritables principes » ?) du droit du travail en vigueur par le comité Badinter chargé de les identifier (*Rapport au Premier ministre*, janv. 2016). D'autres ont été retenues qui ne nous paraissent pas correspondre au concept de « principes » selon la théorie du droit... mais qui acquerraient cette qualité si le législateur les accueillait délibérément comme tels. D'ailleurs, le projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs », qui devrait être discuté lors de la session parlementaire de ce printemps, envisageait d'accueillir, sans retouche, ces « principes essentiels ».

dération d'appartenance ou d'absence d'appartenance syndicale des salariés;

2° en rendant l'instrument applicable, dès son entrée en vigueur, aux contrats de travail en cours d'exécution avec un employeur « assujetti ».

Dans sa première dimension, elle présente l'utilité – sinon la singularité – de soumettre des relations juridiques, *a priori* régies par le seul droit étatique, à des règles qui n'appartiennent pas à cet ordre mais procèdent d'un acte privé et demeurent des normes juridiques privées, relevantes pour le droit de l'État qui se borne à les reconnaître sans les incorporer, y compris lorsqu'il en a stimulé ou imposé la production (et même si la convention ou l'accord collectif a fait l'objet d'un arrêté d'extension ou d'élargissement)²³.

Dans sa seconde dimension, la règle fait figure de *norme spéciale*, mais aussi d'*exception*²⁴, dans son rapport à une norme majeure du droit étatique, qui est elle-même le produit d'une généralisation de la teneur de celle de l'article 2 du Code civil (« La loi ne dispose que pour l'avenir [...] »), dont la positivité paraît acquise bien qu'elle n'ait jamais été consacrée explicitement par l'une des juridictions suprêmes: le principe de non-rétroactivité de la norme étatique (ou relevante pour l'ordre juridique étatique) nouvelle. Alors qu'en vertu de ce principe les effets à venir des situations contractuelles en cours à la date d'entrée en vigueur d'une norme nouvelle échappent à celle-ci, l'article L. 2254-1 impose une application immédiate de normes conventionnelles nouvelles aux effets futurs de rapports nés de contrats de travail en cours.

3. La règle de l'article L. 2254-1 réserve, face aux dispositions conventionnelles d'emblée applicables aux contrats de travail, le bénéfice des « stipulations » de ces contrats qui s'avèrent « plus favorables » au salarié. Comprendons que seules les dispositions plus favorables de l'accord collectif se substituent aux clauses contractuelles, ainsi que l'a précisé la chambre sociale²⁵.

L'interprétation de la règle signifiée par cet article, en contemplation de la place qu'elle fait à un critère de faveur, fonde la Cour de cassation à affirmer avec

constance, d'une part que « les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, pendant toute la durée du contrat, déroger par un accord particulier, sauf dispositions plus favorables pour le salarié, aux stipulations de la convention collective dont elles relèvent »²⁶, d'autre part que « le salarié ne peut valablement renoncer, pendant la période d'exécution du contrat de travail, aux droits qu'il tient d'une convention ou d'un accord collectif de travail »²⁷.

Cette réserve des stipulations contractuelles plus favorables est un autre élément remarquable de la norme de l'article L. 2254-1²⁸. À la différence des règles conventionnelles, en effet, celles du droit étatique applicables à un contrat, soit ne peuvent être écartées, remplacées ou aménagées par des règles convenues entre les parties (cas des normes dites « impératives », dont certaines sont même « d'ordre public »), soit peuvent souffrir l'un ou l'autre de ces traitements au gré des contractants et quelle que soit la partie favorisée par cet arrangement (cas des normes « supplétives »).

C. - Des règles spéciales et d'exception

Significations de dispositions assez récentes, elles agissent de deux manières différentes face à la norme générale l'exclusion de toute modification du contrat de travail par l'effet d'un accord collectif, mais réduisent en tout cas la portée de cette exclusion.

1. Certaines agissent sur la qualification du changement découlant de l'application de l'accord collectif. Introduit par la loi du 19 janvier 2000 (« loi Aubry II ») afin de faciliter la réalisation du « passage aux 35 heures », le texte qu'on lit désormais à l'article L. 1222-7 du Code du travail énonce que « 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* ». De quelque ampleur qu'elle soit, cette diminution propulsée par un accord collectif constitue seulement ce que la Cour de cassation appelle un « changement des conditions de travail », auquel le salarié doit se soumettre sauf à s'exposer à un licenciement pour faute²⁹.

(23) Cette compréhension des relations entre l'ordre juridique de l'État et les normes logées dans les conventions ou accords collectifs, ou naissant d'actes unilatéraux d'employeurs ou d'organisations patronales, suppose que l'on admette la thèse du *pluralisme juridique*, c'est-à-dire l'idée qu'il existe du droit ne procédant pas d'un État et appartenant à ce genre « droit » indépendamment de sa « relevance » pour le droit étatique (A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations du travail », D. 1998. 359, n° 5; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc., n° 43).

(24) Nous rencontrons ici d'autres distinctions parmi les normes juridiques. Celle des *normes générales* et des *normes spéciales*: est spéciale la norme dont l'objet est une espèce ou une partie de l'objet d'une autre, qui fait dès lors figure de norme générale. Celle des *normes de principe* et des *normes d'exception*: est (règle) d'exception la norme spéciale dont la teneur est différente de ce qui résulterait de l'application, à son objet, de la norme générale (les deux normes entretiennent une relation de *contrariété*), cette dernière apparaissant alors comme norme de principe, d'un authentique « principe d'irrenonçabilité au sens précédemment indiqué: si tout principe est bien entendu une norme de principe, toute norme de principe n'a pas statut de principe).

(25) Soc. 13 nov. 2001, n° 99-42.978, préc.

(26) Soc. 3 mars 1988, n° 85-44.816, Bull. civ. V, n° 161; GADT, préc., n° 161; 6 juill. 1994, n° 90-45.206, Bull. civ. V, n° 226.

(27) A. Jeammaud, « La renonciation du salarié », Dr. ouvrier 1997. 535, n° 9; J. Mouly, « Renoncer », in *La volonté du salarié*, préc., p. 113. V. sur ce point et sur la nullité de dérogations conventionnelles *in pejus* aux dispositions conventionnelles, les arrêts plus récents cités par F. Géa et M.-F. Mazars, préc. La fermeté de cette position de la chambre sociale autorise-t-elle à constater la positivité, en droit français, d'un authentique « principe d'irrenonçabilité du salarié à ses droits »? On peut en douter (v. art. préc.; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc., n° 34).

(28) L'expression « principe de faveur » connaît une grande vogue, mais « prospère dans l'équivoque » et il serait opportun de l'abandonner (J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc., n° 82 s.; G. Auzero et E. Dockès, préc., n° 69 s.).

(29) F. Favennec-Héry, « L'article 45 de la loi Warsmann: solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond? », Sem. soc. Lamy 2012, n° 1574, p. 4. Sur le caractère « inapproprié » de ce choix législatif de promettre un licenciement disciplinaire au salarié récalcitrant, v. P.-H. Antonmattéi, « Accord collectif et contrat de travail: réponse du berger à la bergère », Dr. soc. 2012. 672.

Aux termes de l'article L. 3122-6 du Code du travail, « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif *ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». Cette disposition a été introduite par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (dite « loi Warsmann ») pour faire échec à la doctrine de la Cour de cassation considérant que « l'instauration d'une modulation du temps de travail en application d'un accord de modulation constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié »³⁰.

Les normes signifiées par ces dispositions sont-elles des règles d'exception, soumises – en vertu d'une autre norme de notre système, positive assurément quoique non légiférée – à interprétation stricte³¹? Elles n'ont pas cette qualité face à la règle, générale et de principe à la fois, consacrée en 2010 par la Cour de cassation, puisqu'elles se bornent à soustraire certaines situations de l'extension de la qualification « modification du contrat de travail ». Par contre, et dans la mesure où elles visent des changements qui constitueraient en leur absence des modifications du contrat, elles font figure de règles d'exception dans leur rapport à cette autre norme jurisprudentielle gouvernant de manière générale cette qualification. Règle particulière certes, puisque propre au contrat de travail, mais également générale³² – elle concerne *a priori* toute qualification de modification du contrat de travail – et de principe. Sans doute la Cour de cassation n'a-t-elle jamais décrit méthodiquement la teneur de cette règle de qualification qu'elle a consacrée en l'appliquant, ce qui ne saurait surprendre compte tenu de la culture de motivation sommaire ou elliptique qui est la sienne. Cependant, un large accord se manifeste dans la dogmatique spécialisée, vouée à rendre compte de ses décisions et à identifier les raisons ou le sens de ses choix, sur les contours du champ contractuel du rapport juridique entre salarié et employeur (nature du contrat, qualification du salarié, rémunération, lieu et temps de travail, etc. dans une certaine mesure), donc sur les changements constitutifs de modifications du contrat. Ainsi est-il possible de proposer une description de la règle jurisprudentielle implicite qui apparaît comme la raison des choix de qualification de la cour régulatrice. Ainsi les règles ici évoquées ont-elles bel et bien statut de règles d'exception et sont-elles justiciables d'une interprétation stricte.

2. D'autres règles particulières atténuent les conséquences que devrait entraîner la norme de principe. Elles sont règles spéciales par rapport au principe de l'article 1134 du Code civil, norme générale à l'égard de diverses questions concernant l'effet d'un contrat, mais aussi au regard de la règle de l'article L. 2254-1 du Code du travail. Sont-elles aussi règles d'exception face à chacune de ces deux normes? Dans leur rapport à la première, on observera qu'elles n'imposent pas au salarié de subir, par l'effet de l'accord collectif, une modification de ses conditions d'emploi et de travail résultant de son contrat, mais qu'elles allègent, pour l'employeur, les modalités et risques du licenciement consécutif à son éventuel refus. Il reste qu'en ouvrant la voie à ce licenciement et en assurant sa justification, elles soustraient l'employeur à une part des conséquences de l'intangibilité du contrat de travail découlant de l'article 1134 du Code civil. Confrontées à l'article L. 2254-1, elles ne fondent pas le salarié à conserver son emploi avec maintien de ses conditions contractuelles plus favorables que celles résultant de l'accord collectif. Ainsi ces différentes règles spéciales sont-elles aussi règles d'exception.

a. Aux termes de l'article L. 1222-8 du Code du travail, issu de la « loi Aubry II » de 1990, lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail – il ne doit pas s'agir d'une pure réduction de la durée du travail et elle doit s'accompagner d'un autre changement (modification de la répartition de l'horaire, diminution de la rémunération mensuelle, etc.) – « leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique » et « il est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel ». Si plusieurs salariés refusent de subir une réduction de leur temps de travail accompagnée de changements dans la répartition de ce temps et (ou) d'une réduction de leur salaire, l'employeur est ainsi dispensé d'engager une procédure de licenciement collectif pour motif économique: il procédera à une série de licenciements individuels pour le même motif de type personnel. Si la notification du licenciement comporte bien l'indication de l'accord collectif dont le salarié n'entend pas subir l'effet, et, si le motif de la rupture est discuté en justice à l'initiative du salarié, cette discussion suivra les règles du droit commun du licenciement et ce motif aura les meilleures chances d'être jugé réel et sérieux³³.

(30) Soc. 28 sept. 2010, préc. Pour réitérer la qualification retenue en 2010, l'arrêt de 25 sept. 2013 (préc.) et une décision du 3 déc. 2014 (n° 13-18.378) observent que, « modifiant l'état du droit », l'article de la loi de 2012 qui a créé l'article L. 3122-6, « n'a ni caractère interprétatif ni effet rétroactif » et n'est donc applicable qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail prises après publication de cette loi.

(31) Pour G. Couturier (préc.).

(32) Il est courant qu'une norme fasse figure de norme spéciale par rapport à une deuxième et de norme générale face à une troisième. Celle-ci en question est seulement « particulière » (au contrat de travail) et non « spéciale », puisque l'ordre juridique auquel elle appartient ne compte aucune norme gouvernant la qualification de modification du contrat en général.

(33) La Cour de cassation a estimé que les juges devaient apprécier ce caractère « au regard des seules dispositions de l'accord » en cause, c'est-à-dire se borner à vérifier que celui-ci était bien à l'origine de la rupture, sans s'occuper des raisons qui ont pu conduire la partie patronale à proposer de nouvelles conditions d'emploi ou de travail à ses interlocuteurs syndicaux, v. Soc. 15 mars 2006, n° 04-41.935, Bull. civ. V, n° 107; D. 2006. 946; *ibid.* 2002, obs. J. Pélissier, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès; RDT 2006. 96, obs. M. Véricel. Puis elle a affirmé que le refus du salarié d'accepter la modification de son contrat « constitue, en application [de la disposition qui nous occupe], une cause réelle et sérieuse de licenciement », Soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.712, Bull. civ. V, n° 201; Dalloz actualité, 14 oct. 2009, obs. J. Cortot; RJS 2009. 825, n° 944; Dr. ouvrier 2010. 57, obs. M.-P. Iturrioz.

b. L'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 a « contraint » le Gouvernement à projeter et le Parlement à décider d'inscrire dans le Code du travail des dispositions nouvelles régissant, d'une part une négociation et des accords d'entreprise sur la mobilité interne (articles L. 2242-21 à L. 2242-23 nouveaux), d'autre part des accords de maintien de l'emploi (articles L. 5125-1 et suivants nouveaux). Les règles ainsi introduites attachent au refus de salariés de subir l'application de ces accords des conséquences différentes de celles retenues par l'article L. 1222-8³⁴.

Selon l'article L. 2242-23, les stipulations de l'accord de mobilité interne (imposition à des salariés d'une mobilité professionnelle ou géographique qui constituerait, selon le droit commun du contrat de travail, une modification de celui-ci) « sont applicables au contrat de travail » de chacun des salariés concernés et « les clauses (de ce contrat) contraires à l'accord sont suspendues » (alinéa 2). Chaque salarié a néanmoins la faculté de refuser ce changement, le fait de ne pas exprimer de refus valant acceptation³⁵. Mais « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne [...] leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord [...] » (alinéa 4).

Ouvrant la voie à la conclusion d'accords de maintien de l'emploi, l'article L. 5125-1 admet qu'en cas de graves difficultés économiques, un accord d'entreprise aménage la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition et même la rémunération des salariés occupant certains emplois, en contrepartie de l'engagement de l'employeur de maintenir ces emplois

pendant la durée de validité de l'accord. Une durée ne pouvant excéder deux ans selon le texte introduit en 2013, et cinq ans pour les accords conclus à compter du 7 août 2015 en conséquence de la modification de ce texte par l'article 287 de la loi n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 (« loi Macron »)³⁶. Comme pour les accords de mobilité interne, et à la différence de ce qui a lieu pour l'accord de modulation du temps de travail, chaque salarié a la faculté de refuser une mesure de l'importance d'une modification de son contrat³⁷. Cet article L. 5125-2 précise que « pour les salariés qui l'acceptent », les stipulations d'un accord sont applicables à leur contrat, dont les clauses contraires se trouvent suspendues pendant la durée d'application de cet accord. Il ajoute, dans sa version de 2013 valant encore pour les accords conclus avant le 7 août 2015, que, si un ou plusieurs salariés refusent que leur contrat soit ainsi affecté, « leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord »³⁸. On s'était naturellement demandé si cette règle impliquait la justification du licenciement prononcé dans ces conditions et excluait donc tout contrôle judiciaire utile de sa cause³⁹. Depuis la loi du 6 août 2015, l'article L. 5125-2 dispose, pour les accords conclus à compter du 7 août, que le licenciement des récalcitrants « repose sur une cause réelle et sérieuse », avec cette précision que l'employeur est dispensé de la recherche préalable d'adaptation ou de reclassement qui conditionne, en règle générale, la justification du licenciement pour motif économique, mais que le salarié bénéficie, selon la taille de l'entreprise ou de l'établissement, du congé de reclassement ou du contrat de sécurisation professionnelle⁴⁰.

(34) Un commentateur a parlé de « décontractualisation » par « écrasement du contrat de travail » (F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1569, p. 4). V. aussi H. Cavat, « Les contorsions à l'œuvre dans les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne », in G. Borenfreund et E. Peskine (dir.), *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, 2015, p. 61.

(35) L'accord est porté à la connaissance de chacun des salariés concernés et, lorsque l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par ses dispositions, il doit recueillir l'accord de l'intéressé selon la procédure prévue par l'art. L. 1222-6, C. trav., pour la modification du contrat de travail pour motif économique (art. L. 2242-23). Le salarié dispose donc, pour faire connaître son refus, d'un délai d'un mois à compter de la lettre par laquelle l'employeur lui notifie son intention et, à défaut de réponse dans ce délai, il « est réputé avoir accepté » le changement en cause.

(36) Les dispositions modifiées ou nouvelles de l'art. L. 5125-1 et 2 sont, en vertu du III de l'art. 287, applicables aux accords « conclus après la promulgation de la présente loi ». V. G. Loiseau et M.-L. Dufresne-Castets, « Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ? », *RDT* 2015. 499.

(37) Un alinéa créé par la loi du 6 août 2015 fixe une procédure imitée de celle prévue pour les accords de mobilité interne : le salarié dispose d'un mois à compter de la réception de l'information que l'employeur doit lui adresser pour faire connaître son refus ; faute de réaction dans ce délai, il « est réputé avoir accepté l'application de l'accord à son contrat de travail » (art. L. 5125-2, al. 1^{er}).

(38) Pour G. Borenfreund, cette disposition et celle de l'art. L. 2242-23 relative au licenciement consécutif au refus d'un salarié procèdent de l'idée que le refus du salarié est simple exercice de sa liberté personnelle en tant que « droit fondamental », plutôt que d'une faculté inhérente à sa qualité de contractant (« Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne. De l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi », *RDT* 2013. 316, spéc. I.).

(39) G. Borenfreund (préc., III) a fustigé « l'absence totale d'égard des partenaires sociaux » parties à l'ANI de janvier 2013 pour les textes internationaux exigeant une justification du licenciement comme pour les textes européens. On se reportera également aux analyses de N. Moizard, F. Favennec-Héry, P. Lokiec, M. Grévy et P. Henriot, auxquelles renvoie l'auteur. V. aussi D. 2013. Pan. 2599 (spéc., p. 2609), obs. P. Lokiec et J. Porta ; H. Cavat, préc. ; et P. Henriot, « Le contentieux des accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne : le juge asservi à la politique de l'emploi », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, préc., p. 77.

(40) L'art. L. 2242-23 n'ayant pas été touché par cette loi, pourra-t-on raisonner par analogie à partir de l'article L. 5125-2 modifié pour soutenir que le licenciement du salarié refusant une mesure de mobilité fondée sur un tel accord « repose » *ipso jure* sur une cause réelle et sérieuse ? La règle du second texte étant norme d'exception, semblable raisonnement, extensif, est banni par la prescription d'interprétation stricte. Objectera-t-on que la formule « il repose sur une cause réelle et sérieuse » ne signifie pas que sa justification résulte de la loi elle-même (M.-L. Dufresne-Castets, préc.) ? Interprétation difficile à soutenir, mais dont l'expérience interdit d'exclure qu'elle s'impose.

Certains souhaitent que l'orientation illustrée par ces règles récentes gagne du terrain. D'autres souhaitent au contraire le retour au règne sans partage de l'article L. 2254-1 du Code du travail et de la règle jurisprudentielle excluant qu'un accord collectif impose à des salariés une modification de leurs conditions d'emploi et de travail équivalant à une modification de leur contrat. D'ailleurs, un affaiblissement plus net et systématique du contrat de travail face à l'instrument né de la négociation collective n'est-elle pas d'emblée problématique dans un ordre juridique français inchangé dans ses « fondamentaux » ?

II. - Les perspectives de changement normatif

Avant d'envisager la faisabilité « juridique », dans le cadre constitutionnel actuel⁴¹, d'une réforme législative qui viserait notamment l'article L. 2254-1 (B), on doit se demander si la Cour de cassation pourrait, à discours législatif constant, abandonner sa doctrine excluant qu'un accord collectif impose à un salarié une « modification de son contrat » (A).

A. - Du côté de la jurisprudence.

1. Signe des temps, la négociation collective gagne en prestige auprès de la chambre sociale. On le constate à la manière dont cette dernière a naguère amendé sa compréhension de ce principe d'égalité de traitement des salariés d'un même employeur qui lui doit tout. Un principe, dégagé par une manière d'extension de la « règle "à travail égal, salaire égal" » découverte par un retentissant arrêt de 1996 et bien vite promue « principe "à travail égal, salaire égal" »⁴², on hésite encore à dire s'il est simple manifestation du principe constitutionnel

d'égalité ou norme de rang simplement législatif dont la positivité est présumée par une disposition du Code du travail en vigueur depuis mai 2008⁴³, ou encore « principe général du droit du travail » sans fondement textuel particulier⁴⁴. La difficulté majeure reste pourtant de cerner la teneur exacte de la norme ainsi dénommée. Mais, si la chambre sociale ne l'a jamais décrite, il ressort d'arrêts rendus en assez grand nombre qu'elle exclut les différences entre salariés (dans les conditions d'emploi et de travail ou les décisions qui les affectent) ne reposant pas sur « des raisons objectives » – dont le juge doit contrôler « la réalité et la pertinence » – telles que les intéressés ne se trouvent pas dans des conditions identiques ou comparables. Qu'un accord collectif soit la source de la différence en cause ne suffisait pas, naguère, à justifier la situation ou la décision dénoncée par le ou les salariés invoquant le principe.

Or cet état du droit jurisprudentiel a changé avec six arrêts du 27 janvier 2015⁴⁵, dont il ressort que « les différences (de traitement) entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ». Cet attendu présent dans les six arrêts, ceux de rejet comme ceux prononçant une cassation au visa conjoint du huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946⁴⁶, du principe d'égalité de traitement et de la convention collective invoquée par la partie patronale⁴⁷, valorise remarquablement l'accord collectif⁴⁸. Il a été repris par d'autres arrêts prononçant une cassation au même visa⁴⁹.

(41) N'est pas examinée ici l'incidence d'instruments supranationaux, notamment de la Convention n° 158 de l'OIT.

(42) A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004. 694; GADT, préc., n°s 71 s. V. l'utile et impertinent propos de V. Roulet, « Pourquoi l'égalité? », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1662, p. 10.

(43) L'art. L. 2271-1, 8°, ne présume-t-il pas la positivité du principe « à travail égal, salaire égal » et du principe d'égalité de traitement entre les salariés ?

(44) La première interprétation (A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « Suprématie de la Constitution et droit social », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, T. 3, Dalloz, 2012, p. 665 s., spéc. p. 674) nous paraît préférable. La chambre sociale parlait naguère du « principe d'égalité, de valeur constitutionnelle » pour affirmer son applicabilité par le juge des rapports entre employeurs et représentants du personnel ou syndicats.

(45) Six arrêts, dont deux rendus sur des pourvois joints en raison de leur connexité; trois arrêts de cassation (dont deux sur un moyen relevé d'office) et trois de rejet; quatre publiés au Bulletin; avec communiqué de presse de la Cour relatif à l'arrêt rejetant le pourvoi n° 13-22.179, *Bull. civ. V*, n°s 8 à 10; D. 2015. 270, obs. C. C. cass.; *ibid.* 829, obs. J. Porta et P. Lokiec; *ibid.* 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta; *Dr. soc.* 2015. 237, étude A. Fabre; *ibid.* 351, étude P.-H. Antonmattei; RDT 2015. 339, obs. E. Peskine; *ibid.* 472, obs. G. Pignarre. V. aussi L. Pécaut-Rivollier, « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence "égalité de traitement" », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1663, p. 7; v. Benaud, « La participation saisie par le droit constitutionnel », *Dr. soc.* 2015. 960; et I. Odoul-Asorey, « La négociation collective confortée par le principe de participation », *Dr. soc.* 2015. 987; v. Lopez-Rivoire, « Quand le droit négocié fait présumer l'égalité de traitement... », IR n° 88, déc. 2014- févr. 2015, p. 12.

(46) « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Le Conseil constitutionnel a choisi de voir dans cette disposition la signification d'une norme du plus haut rang, le « principe de participation », avec les importants effets découlant de cette reconnaissance (A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, préc., p. 693). Cet alinéa est aussi au nombre des dispositions du bloc de constitutionnalité auxquelles la Cour de cassation n'hésite pas à se référer, confirmant l'applicabilité des normes constitutionnelles dans les relations privées (préc., p. 673).

(47) Deux arrêts de cassation au visa du seul principe d'égalité de traitement ont également été rendus le 27 janvier 2015 sur des pourvois de salariés concernant les suites d'une opération d'absorption mais ne soulevant aucune question d'incidence d'un accord collectif.

(48) V. les commentaires de F. Champeaux (« Intouchable », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1662, p. 2), A. Lyon-Caen (« Autorité syndicale », RDT 2015. 77) et d'E. Peskine (préc.). La portée de cette compréhension amendée du principe va dépendre des conditions dans lesquelles on admettra que la présomption de justification d'un avantage catégoriel est renversée.

(49) Soc. 18 juin 2015, n°s 13-22.972 et 13-23.870; 17 sept. 2015, n° 13-20.629; 5 nov. 2015, n° 14-22.328 (et 18 autres pourvois).

On s'accorde à voir dans cette évolution une conséquence, à la fois, du poids acquis par les considérations de majorité parmi les conditions de validité des conventions et accords collectifs, et de celui attribué par la loi du 20 août 2008 aux résultats électoraux obtenus par les organisations syndicales dans la reconnaissance de la représentativité. La représentation collective des salariés était naguère celle d'intérêts plutôt que de sujets (c'est-à-dire de ces personnes elles-mêmes, à la manière de la représentation légale d'un incapable ou d'une personne morale, ou de celle résultant d'un mandat), donc une représentation fondant moins à engager autrui ou le rendre créancier qu'à agir dans son intérêt et faire valoir ses points de vue⁵⁰. La motivation des arrêts du 27 janvier tendrait à faire des syndicats négociant et signant un accord collectif des « mandataires des salariés ».

À ce jour, toutefois, l'évolution de cette « représentation de la représentation » n'a inspiré qu'un changement dans la condition des dispositions des conventions et accords collectifs porteuses de différences d'avantages ou obligations entre catégories professionnelles : à l'heure d'apprécier, dans l'application du principe d'égalité de traitement, leur valeur au regard de l'exigence portée par cette norme, ces différences sont « présumées justifiées ». Un pas autrement important serait franchi si l'on déduisait de ce surcroît de légitimité des « agents de la négociation » que les clauses de toute convention ou tout accord collectif remplissant les conditions légales de validité s'imposent à tous les salariés situés dans son champ d'application en prévalant sur toutes les stipulations de leurs contrats auxquelles ces dispositions conventionnelles s'avèreraient contrares⁵¹. Un pas historique dont on imagine difficilement que la Cour de cassation s'aventure à le franchir en l'article L. 2254-1 en particulier.

2. Nous croyons que la théorie réaliste de l'interprétation⁵² rend assez exactement compte de la pratique d'attribution de signification aux dispositions du discours législatif et de détermination de la portée des normes signifiées par les juridictions suprêmes françaises. Elle soutient que ces opérations sont affaires de volonté, de choix, de l'interprète – notamment de l'« interprète authentique » qu'est une juridiction suprême – plutôt que de connaissance, c'est-à-dire de recherche d'une

vérité, d'un « déjà là » par la volonté d'un législateur. Disons plutôt que l'interprétation est davantage fonction de volonté, de choix, que de connaissance, car la démarche de connaissance n'est pas toujours absente de cette opération de « lecture »⁵³. Pour avérée qu'elle soit, la liberté factuelle de l'interprète qu'est la Cour de cassation subit un certain nombre de contraintes que la théorie réaliste prend en compte et s'attache même à identifier⁵⁴ parce que « l'observation du droit positif montre que, malgré cette liberté, les acteurs juridiques [...] s'orientent vers un nombre restreint de solutions ».

Il ressort de cette investigation que le « resserrement » de l'éventail des solutions possibles n'est dû « ni à des obligations juridiques au sens classique de ce terme » – on pense aux règles d'interprétation stricte de la loi pénale ou des dispositions d'exception – « ni à une simple volonté d'auto-limitation d'un pouvoir discrétionnaire », mais résulte de « contraintes pesant sur l'acteur juridique ». Si ces contraintes consistent toujours en situation de fait, certaines d'entre elles paraissent « spécifiquement juridiques », en ce sens qu'elles tiennent à la « configuration du système juridique » que « l'acteur du droit » (président de la République, Parlement, juridictions suprêmes, etc.) met en place ou dans lequel il opère⁵⁵. Pour les auteurs de l'analyse ici évoquée, « les structures linguistiques des textes » (légaux) n'appartiennent pas à cette catégorie des contraintes juridiques. Mais ils admettent évidemment que s'exercent aussi des contraintes – des « causes ou facteurs » de choix interprétatifs – d'autres types, notamment « les sensibilités politiques, religieuses ou morales des acteurs ». Au nombre de ces données idéologiques figurent à coup sûr, dans le cas des juges, leurs représentations de leur office dans son rapport avec les dispositions du discours législatif. Si cette représentation est conviction des bienfaits du « légalisme » et de la nécessité de sauvegarder la primauté de la loi et de la « volonté du législateur », elle constitue un puissant facteur d'inclination pour une interprétation attachée à la lettre des textes ou rationnellement compatible avec elle.

Face à ce qui pourrait être la thèse d'une indétermination radicale du texte légal, on doit se demander si l'énoncé du discours législatif n'exerce pas une certaine contrainte (extra-juridique) sur l'interprète. Notre convic-

(50) J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, préc., n° 779; G. Auzero et E. Dockès, préc., n° 66 et 989.

(51) Ainsi que l'observe G. Auzero, « dans la mesure où les salariés habilent les syndicats afin qu'ils négocient pour leur compte, ne faut-il pas [...] remettre en discussion la capacité de résistance du contrat de travail à l'encontre des conventions et accords collectifs de travail? ». Mais l'auteur souligne qu'une habilitation n'est pas un mandat, et que le sens de la nouvelle position de la Cour est surtout de refuser que des salariés se soustraient trop aisément au jeu d'un accord négocié et conclu par des personnes qu'ils ont contribué à habiliter à agir pour leur compte (« Les syndicats, mandataires des salariés? », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1666, p. 10).

(52) Théorie descriptive, prétendant rendre compte de ce qui se fait, et non doctrine prescrivant une manière de procéder. V. not. M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit. Le droit, l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 69 s.; v° *Interprétation*, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, coll. « Quadrige », 2003; « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 28 s. Théorie largement rejointe par F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ/Fondation Varenne, coll. « Thèses », 2008.

(53) Comp. F. Géa, préc., n° 427 s., n° 452 s.

(54) M. Troper, v. Champel-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2005; F. Géa, préc., n° 300, qui relève l'existence d'autres « limites interprétatives ».

(55) V. Champel-Desplats et M. Troper, « Propositions pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, préc., p. 11 s.

tion, réalisme oblige, est que la plupart des dispositions possèdent un « noyau dur » de signification⁵⁶. Ainsi la chambre sociale Cour de cassation pourrait difficilement faire comme si l'article L. 2254-1 du Code du travail ne contenait pas cette ultime proposition: « sauf stipulations (des contrats de travail) plus favorables ». Si, allant plus loin dans la valorisation de la négociation collective, elle choisissait d'oublier ces quatre mots pour faire comme si chacun des salariés dont le contrat est en cours d'exécution lorsque la convention ou l'accord collectif devient applicable au rapport avec son employeur avait été représenté par les agents de la négociation signataires, nul doute qu'on lui ferait à nouveau grief de « refaire » ou « réécrire la loi ». À ce détail près que les dénonciations ne s'élèveraient pas des milieux et courants de pensée les plus habitués à protester contre les « audaces interprétatives » de cette formation de la Cour⁵⁷.

Il y aurait moindre audace à considérer que l'article L. 2254-1 ne constitue pas une disposition d'ordre public au sens de l'article L. 2251-1, excluant que conventions et accords collectifs dérogent aux dispositions légales « qui revêtent un caractère d'ordre public ». Dès lors, serait valide la clause d'un instrument collectif autorisant employeurs et salariés à convenir, dans leur contrat initial ou par un avenant, que les stipulations du contrat de travail qui se révéleraient plus favorables que ses propres dispositions céderont devant ces dernières. Serait valide, aussi, la renonciation d'un salarié à bénéficier des clauses plus favorables de son contrat. Rupture avec deux positions constantes de la Cour de cassation (*supra* I, B, 3), mais peu envisageable dans le contexte textuel.

B. - En législation

Imaginons qu'un projet ou une proposition de loi voté par le Parlement abroge purement et simplement la dernière proposition de l'article L. 2254-1 du Code du travail, ou substitue à cet article une disposition faisant prévaloir les « clauses » d'un accord collectif sur toutes les stipulations contraires des contrats de travail (hypothèse n° 1). On peut aussi concevoir qu'une loi se borne à autoriser l'insertion, dans tout accord collectif, d'une clause imposant la substitution de ses dispositions à toutes les stipulations des contrats de travail contraires,

sans considération de leur caractère plus ou moins favorable aux salariés (hypothèse n° 2). Il est possible, enfin, que soit retenue la proposition n° 42 du rapport remis en septembre dernier au premier ministre par M. Jean-Denis Combrexelle⁵⁸ (hypothèse n° 3)⁵⁹. Le texte adopté résisterait-il à la contestation de sa constitutionnalité par une saisine au titre de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution lui reprochant de méconnaître la force obligatoire des contrats? Promulgué sans avoir été contesté sur ce point, surmonterait-il l'épreuve d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par un plaideur soutenant que la disposition en cause porte atteinte à l'un des « droits et libertés que la Constitution garantit » (article 61-1)?

1. Il faut se demander si la force obligatoire des contrats se trouve aujourd'hui garantie par une norme signifiée par une disposition du bloc de constitutionnalité ou « constitutionnalisée » par l'un des énoncés performatifs du premier alinéa du préambule de la Constitution de 1946 – « le peuple français [...] réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

On songe au principe de la liberté contractuelle⁶⁰, qui a lui-même tardé à rejoindre la cohorte des normes suprêmes de l'ordre juridique national. On sait que, si aucune disposition du discours législatif ne l'énonce, la positivité de cette norme découle de l'article 6 du Code civil – « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » – soit qu'on l'en dégage par raisonnement *a contrario*⁶¹, soit qu'elle apparaisse comme un présupposé de cette disposition⁶² ou un implicite commun des articles 6 et 1134, alinéa 1^{er}⁶³. On pourrait dès lors soutenir que ce rattachement au Code civil initial fonde à la traiter comme « principe fondamental reconnu par les lois de la République » au sens de l'alinéa 1^{er} du préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie celui de la Constitution en vigueur, puisque ce Code a été adopté sous forme de lois promulguées puis regroupées en un instrument unique sous le Consulat, donc sous un régime républicain. Mais la question de

(56) Comp. F. Géa, préc., n°s 252 s.

(57) Pour un rappel détaillé de cet épisode, v. F. Géa, préc., n°s 78 s.

(58) *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, sept. 2015. V. Sem. soc. Lamy, 2015, n° 1691.

(59) La question de l'articulation de l'accord collectif et du contrat de travail est abordée par deux autres rapports publiés au cours de l'été 2015: ceux de l'Institut Montaigne et de Terra Nova. Le premier prône la réforme correspondant à notre hypothèse n° 1. Le second propose une solution plus complexe, rompant moins brutalement avec celle de l'art. L. 2254-1, et variant avec l'importance de l'élément de la condition du salarié affectée par l'accord collectif. V. F. Champeaux, « Tir groupé » et « Créer une dynamique de la négociation collective », Sem. soc. Lamy 2015, n° 1689, p. 2.

(60) Dans son exposé des « principes fondateurs du droit des contrats », M. Fabre-Magnan traite distinctement de la liberté contractuelle (qui recouvrirait la liberté de contracter, le libre choix du contractant, la libre détermination du contenu du contrat) et de la force obligatoire du contrat, sans préciser le lien entre ces deux normes (*Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 2004, n°s 27 s.).

(61) Au terme du raisonnement suivant: si la teneur de certaines « lois » (au sens matériel) ne peut être expressément méconnue par l'accord des parties, c'est que celui-ci peut au contraire régler leurs rapports autrement que ne le font les autres normes étatiques.

(62) L'extraction de cet implicite (un présupposé) s'opère comme suit: si un accord ne peut déroger à certaines « lois », c'est qu'il lui est *a priori* loisible de régler un rapport autrement que le font les autres dispositions légales.

(63) Ce principe sera, à compter du 1^{er} oct. prochain, expressément signifié par le nouvel art. 1102 C. civ., dont un alinéa 2 précisera qu'il « ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». Mais l'art. 6 demeurera.

l'autorité de ce principe n'a jamais été examinée en ces termes par le Conseil constitutionnel.

À la fin du siècle passé, ce Conseil a accepté d'apprécier des dispositions déferées à son contrôle au regard de la protection de « l'économie des conventions et contrats légalement conclus », en se référant à l'article 4 de la Déclaration de 1789⁶⁴. Puis, dans une décision du 19 décembre 2000, il s'est prononcé sur des dispositions d'une loi de financement de la sécurité sociale au regard de « la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », avant de solliciter également l'article 16 de cet acte et même l'alinéa 8 du préambule de 1946⁶⁵. Mais, puisqu'il traite le respect de l'économie des conventions et contrats légalement conclus comme un aspect de cette liberté contractuelle garantie par une norme constitutionnelle, on doit considérer que, pour le juge constitutionnel, cette liberté recouvre et cette garantie protège la force obligatoire des contrats⁶⁶. Relativement aux dispositions législatives de droit du travail en particulier⁶⁷.

Pourtant, qu'un acte de législation ou les dispositions qu'il a insérées dans le discours législatif méconnaissent ou affaiblissent la force obligatoire des contrats de travail, et apparaissent ainsi contraires au principe de la liberté contractuelle, les vouerait-il à une déclaration d'inconstitutionnalité? Rien n'est moins sûr. C'est que le Conseil constitutionnel pratique une interprétation très « constructive » des énoncés du bloc de constitutionnalité. En particulier de ceux dans lesquels on peut lire, ou dont on peut déduire, la consécration d'une liberté ou d'un droit: il y voit la reconnaissance et la garantie à tous de la prérogative évoquée par leurs termes (ou ses « déclinaisons », telles la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle pour la liberté « définie » par l'article 4 de la Déclaration), sans exclure que le législateur porte à ce droit ou cette liberté une atteinte, ou lui apporte des restrictions, justifiées par d'autres exigences constitutionnelles ou par un motif d'intérêt général suffisant. Une disposition législative affectant une liberté ou un droit garanti par une norme constitutionnelle n'est donc pas nécessairement « contraire à la Constitution ».

Maintes décisions illustrent cette doctrine à propos de la liberté contractuelle. À commencer par celle du

13 janvier 2003 (n° 2002-465 DC)⁶⁸, qui a inauguré la formule « 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 [...] ». On retrouve cette évocation de la teneur complexe de la norme dans la décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, à propos d'articles du Code du travail protégeant l'emploi des salariés investis de fonctions représentatives⁶⁹, puis dans la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 concernant les dispositions de la loi relative à la sécurisation de l'emploi tendant à la généralisation de la couverture complémentaire santé⁷⁰, mais dans une expression enrichie par une autre proposition qui aligne les conditions de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre. On y lit, en effet, qu'il est loisible au législateur d'apporter à ces deux libertés qui « découlent » de l'article 4 de la Déclaration de 1789 « des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »⁷¹.

Les « contrats » en question dans plusieurs de ces décisions relatives à des textes de droit du travail étaient des accords collectifs. Cependant, la décision n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009 avait dû se prononcer sur une disposition légale « transférant » à Pôle Emploi certains salariés de l'Association pour la formation professionnelle des adultes, pour conclure qu'elle n'avait pas porté une atteinte excessive aux « contrats légalement conclus » par ces salariés⁷². Surtout, le recours de députés de l'opposition de gauche à l'origine de la décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012 sur la loi adoptée à l'initiative du député Warsmann (v. *supra* I, C, 1), soutenait, qu'« en permettant à une entreprise de moduler la répartition du temps de travail sur l'année sans devoir obtenir l'accord préalable du salarié », ce qui allait devenir l'article L. 3122-6 du Code du travail heurtait la liberté contractuelle. Mais, mettant en œuvre la formule apparue dans sa décision n° 2002-465 DC (« le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit pas justifiée [...] »), le Conseil a observé qu'il ressortait des travaux prépara-

(64) V. par ex., à propos de la « loi Aubry I », Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, Rec. Cons. const., p. 268 (consid. 29); AJDA 1998. 540; *ibid.* 495, note J.-E. Schoettl; D. 2000. 60, obs. L. Favoreu; RTD civ. 1998. 796, obs. N. Molfessis; *ibid.* 1999. 78, obs. J. Mestre.

(65) Cons. const., 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC (Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi), D. 2003. 642; *ibid.* 638, chron. B. Mathieu; *ibid.* 2004. 1280, obs. V. Ogier-Bernaud; Dr. soc. 2003. 260, note X. Prétot. Pour des références plus récentes de « décisions QPC » à la liberté contractuelle « découlant » de l'article 4 de la Déclaration, v. Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC, D. 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta; Dr. soc. 2012. 796, note J. Bonnet; Constitutions 2012. 459, chron. C. de Radé; RSC 2012. 871, obs. A. Cerf-Hollender; 29 mai 2015, n° 2015-470 QPC, AJDA 2015. 1070; *ibid.* 1704, note C. Nivard; D. 2015. 1159; AJCT 2015. 542, obs. N. Josselin; RDSS 2015. 1097, étude F. Lérique.

(66) Sur l'ensemble de la question, v. P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2006; « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Nouv. Cah. Cons. const. n° 31, 2011, p. 51 s. V. l'étude de P. Ancel, ce numéro, p. 240.

(67) A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, préc., p. 699-700.

(68) Préc., note 65.

(69) Préc., note 65.

(70) Rec. Cons. const. p. 817; D. 2014. 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano; Dr. soc. 2013. 673, étude J. Barthélémy; *ibid.* 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud; *ibid.* 2014. 464, chron. S. Hennion, M. Del Sol, P. Pierre et M. Hallopeau; *ibid.* 1057, étude J. Barthélémy; Constitutions 2013. 400, chron. A.-L. Cassard-Valembos; RTD civ. 2013. 832, obs. H. Barbier.

(71) On retrouve cette formule à propos de la liberté contractuelle dans la décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, relative à la « loi Macron » (consid. 22).

(72) N° 2009-592 DC, Rec. Cons. const. p. 193; D. 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay; Dr. soc. 2010. 236, obs. V. Bernaud.

toires de la loi déferée que « le législateur (avait) entendu conforter les accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise », avant de souligner, d'une part, que le changement dans la répartition du temps de travail sans l'accord préalable de chaque salarié était ainsi subordonné à l'existence d'un accord collectif, d'autre part, que cette faculté de modulation en exécution d'un accord collectif ne concernait pas les salariés à temps incomplet (dont l'organisation des temps de travail et de vie personnelle pourrait être particulièrement bouleversée). Il en a conclu que les dispositions critiquées étaient « fondées sur un motif d'intérêt général suffisant » et « ne (portaient) pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution ». Faisant ainsi prévaloir, a-t-on observé, la liberté contractuelle appliquée à l'accord collectif sur la liberté contractuelle (et sa composante qu'est la force obligatoire du contrat) protectrice des contrats individuels ⁷³.

2. Les dispositions législatives nouvelles imaginées plus haut seraient-elles pareillement jugées compatibles ⁷⁴ avec « la Constitution » ?

Rappelons qu'il s'agirait, dans l'hypothèse n° 1, d'une loi ou d'une ordonnance amputant l'article L. 2254-1 du Code du travail de sa dernière proposition (« sauf stipulations plus favorables ») ou remplaçant cet article par une disposition faisant prévaloir les « clauses » de la convention ou de l'accord collectif sur toutes les stipulations contraires des contrats de travail, ou encore de cette disposition nouvelle elle-même dans le cas d'une question prioritaire de constitutionnalité. L'hypothèse n° 2 serait celle d'une loi autorisant l'insertion, dans un accord collectif, d'une clause prescrivant la substitution de ses dispositions à toutes les stipulations des contrats de travail contraires, favorables ou non aux salariés. Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, l'atteinte portée à la force obligatoire des contrats de travail, donc à la liberté contractuelle constitutionnellement garantie, serait autrement importante que dans le cas de la loi du 22 mars 2012. Les contrats de tous les salariés relevant du champ d'application de l'accord, et les conditions d'emploi et de travail les plus diverses parmi celles que ces contrats fixeraient ou contribueraient à fixer, pourraient être affectés par les dispositions conventionnelles nouvelles (par application de la règle légale nouvelle, dans l'hypothèse n° 1) ou en vertu d'une clause dont la présence dans une convention ou un accord collectif serait admise (par le nouveau texte légal dans l'hypothèse

n° 2). Manifeste, l'atteinte à la force obligatoire, et même à « l'économie » de contrats de travail « légalement conclus », serait aussi, nous semble-t-il, excessive. D'autant plus que le refus du salarié de subir la modification de ses conditions d'emploi ou de travail entraînée par l'application de l'accord constituerait logiquement une faute qui, même sans mériter la qualification de « faute grave », justifierait son licenciement, et que sa décision de suspendre l'exécution de son contrat s'analyserait sans doute comme une démission. Une telle conséquence aggraverait l'atteinte à l'immutabilité des contrats.

Le risque d'inconstitutionnalité serait-il moindre pour une disposition qui, tout en prescrivant l'application uniforme des clauses de la convention ou de l'accord collectif à tous les rapports de travail avec un employeur « lié » par cet instrument et sans réserve des « stipulations plus favorables » des contrats individuels, reconnaîtrait à chaque salarié la faculté de refuser cette application intégrale des dispositions conventionnelles et, à l'employeur, celle de prononcer le licenciement du salarié qui exprimerait un tel refus ? Que le texte nouveau n'en dise pas davantage, ou que, suivant l'exemple de ce qui est désormais le régime des accords de maintien de l'emploi (C. trav., art. L. 5125-2), il précise que ce licenciement « repose sur une cause réelle et sérieuse », ne modifierait guère les termes du problème car, même sans cette précision et bien que le refus de l'intéressé ne soit pas fautif, la rupture admise par la loi serait sûrement jugée justifiée. On comprend que la relative stabilité de son emploi assurée au salarié par le support contractuel de son rapport de travail et la force obligatoire de ce contrat pour l'employeur seraient significativement affaiblies pour un nombre important de personnes et dans des circonstances qui n'auraient plus rien d'exceptionnel. Raison supplémentaire de diagnostiquer une atteinte excessive à la liberté contractuelle garantie par la Constitution !

Dans l'hypothèse n° 3, que retient le rapport Combrexelle, serait introduite, non une règle unique pour les relations entre la convention ou l'accord collectif et les contrats des salariés en cours à la date d'entrée en vigueur de l'instrument négocié, mais une simple exception à l'article L. 2254-1, afin de faire prévaloir « les accords collectifs préservant l'emploi » ⁷⁵. L'idée du président de la section sociale du Conseil d'État est d'éviter toute « guerre de religion » entre « les tenants de l'accord collectif et ceux du contrat de travail » en préférant une « démarche pragmatique » qui commanderait deux solutions du conflit entre accord collectif et contrat individuel différentes selon les objectifs du

(73) J.-F. Akandji-Kombé, préc. ; F. Géa et M.-F. Mazars, préc., n° 27. Contrairement à ce qui a pu être écrit, ce n'est pas face à un grief d'atteinte à la liberté contractuelle (inspiré par une certaine représentation de l'intérêt des salariés) que le Conseil constitutionnel a donné sa « bénédiction » au régime des accords de mobilité interne. Les députés (de droite) requérants soutenaient qu'en qualifiant de « licenciement économique » celui du salarié ayant refusé l'application à son contrat des stipulations d'un tel accord, les dispositions en cause portaient atteinte à la liberté d'entreprendre. À quoi le Conseil a sobrement répondu que ce législateur « n'avait méconnu aucune exigence constitutionnelle » (consid. 20-21).

(74) Le rapport internormatif ici en jeu est de compatibilité et non de conformité (A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, préc., p. 686, note 32).

(75) V. les commentaires, opposés mais également critiques, d'E. Peskine (« Le droit du travail à la croisée des chemins ») et de B. Serizay (« De l'audace, encore de l'audace ! ») dans le numéro spécial de la Sem. soc. Lamy, préc. note 59.

premier. « Lorsque l'emploi est en cause, écrit-il, et que l'accord vise à le protéger, le maintenir, le préserver et le développer, l'accord et l'intérêt collectif qu'il incarne priment sur l'intérêt individuel concrétisé par le contrat de travail », et cette solution concernerait les accords de mobilité, de maintien de l'emploi, mais aussi les accords de gestion prévisionnelle de l'emploi (C. trav., art. L. 2241-4 et L. 2242-15 s.). Avec cette importante précision que le salarié refusant cette incidence de l'accord collectif sur sa situation contractuelle devrait « pouvoir être licencié pour un motif économique tenant à la situation de l'entreprise, la cause réelle et sérieuse étant présumée », avec un « régime indemnitaire [...] moins attractif que celui prévu par le droit commun en cas de licenciement pour motif économique », ce « coût » en forme de perte indemnitaire semblant avoir un caractère punitif autant qu'incitatif⁷⁶.

Que l'innovation se borne à étendre une solution qui resterait exceptionnelle face à la règle de principe de l'article L. 2254-1 maintenue, limiterait d'emblée la portée du grief d'atteinte à la force obligatoire des contrats de travail⁷⁷. Encore faudrait-il que la catégorie d'accords collectifs dotés de cette portée exceptionnelle soit clairement circonscrite. Ce qu'assurerait le procédé de l'énumération suggérée par l'auteur du rapport de septembre dernier : accords de mobilité, accords de maintien de l'emploi, ainsi dénommés par le Code, et accords résultant d'une négociation sur la GPEC au sens de ce même Code. Alors qu'une simple mention des « accords préservant l'emploi » serait imprécise⁷⁸, au point de consommer un manquement du législateur aux exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi que le Conseil constitutionnel feint de voir « découler » de l'article 34 de la Constitution de 1958 et des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789⁷⁹, et qui peut fonder une censure dans le cadre du contrôle de la loi votée et non encore promulguée de l'article 61, à défaut d'être retenue, sur QPC, comme atteinte à un

droit ou une liberté constitutionnellement garanti. Sur le fond, il est fort probable, au vu de la décision n° 2012-649 DC⁸⁰, que le Conseil estimerait les nouvelles dispositions justifiées par un « motif d'intérêt général » suffisant. Sans doute même retiendrait-il qu'elles sont requises par l'exigence constitutionnelle découlant de l'alinéa 5 du préambule de 1946 (« Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »), c'est-à-dire par une norme constitutionnelle que ne méconnaîtrait pas la précision qu'est « présumée » – simplement présumée, donc discutable en justice – la cause (économique) réelle et sérieuse du licenciement du salarié refusant de subir les conséquences de l'accord collectif sur sa condition contractuelle. Alors surtout que l'accord en cause serait un « accord majoritaire », puisque le même rapport Combrexelle cette nouvelle exigence de validité de tout accord ou convention collectif « à compter de 2017 »⁸¹.

* * *

La possibilité d'une réforme radicale des rapports entre l'accord collectif et les contrats de travail, l'achèvement du processus de domination de ceux-ci par celui-là, se jouera dans l'ordre des représentations. Des représentations, parmi les acteurs sociaux, les juristes et les juges, des mérites respectifs de ces types d'actes et figures juridiques, et des intérêts qu'ils peuvent promouvoir et protéger. Jusqu'au point – idéal pour certains – où l'on considérerait que l'essentiel est qu'il y ait du contrat dans la détermination des conditions d'emploi et de travail, un maximum de contrat, indifféremment « collectif » ou interindividuel. Un point où l'on changerait véritablement de système de droit du travail, sans la moindre certitude d'amélioration de la situation de l'emploi, alors que celle-ci est devenue le principal critère d'évaluation de ce système et de ses changements.

(76) Rapp. préc., p. 101-103. Le projet de loi que la ministre du travail devrait prochainement défendre introduirait, après l'art. L. 2254-1, un L. 2254-2 ainsi rédigé : « 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 ». Mais il serait précisé que cet accord – accord majoritaire ou « accord à 30 % » approuvé par la majorité des suffrages exprimés dans une consultation des salariés – « ne peut avoir pour effet de modifier la rémunération mensuelle du salarié », que ce dernier peut refuser (par écrit) cette modification, en s'exposant ainsi à un licenciement « qui ne constitue pas un licenciement pour motif économique », « repose sur une cause réelle et sérieuse », et « est soumis aux dispositions relatives à la rupture [...] pour motif personnel ».

(77) Le comité Badinter a proposé de retenir, parmi les « principes essentiels » du droit du travail, l'art. 57 ainsi rédigé : « Les clauses d'une convention ou d'un accord collectif s'appliquent aux contrats de travail. Les stipulations plus favorables du contrat de travail prévalent si la loi n'en dispose pas autrement » (art. 57). Qu'une telle disposition soit logée dans un « préambule » du Code du travail, ainsi qu'il est prévu par le projet de loi déjà évoqué, n'assurerait évidemment pas le constitutionnalité des dispositions légales envisagées au texte.

(78) Là encore se rejoignent deux commentaires d'inspiration opposée : « Tout accord ayant pour contrepartie plus ou moins affichée, fût-ce dans un préambule, l'emploi, ne serait-il pas susceptible d'être qualifié d'accord préservant l'emploi ? » (E. Peskine, préc., p. 15) ; « Dès lors que son objet ne se limite pas à établir un catalogue d'avantages sociaux mais concourt à définir les règles d'organisation de l'entreprise adaptées à sa situation, l'accord favorise par nature le développement économique de l'entreprise et par conséquent celui de l'emploi » (B. Serizay, préc., p. 19).

(79) L. Favoreu, L. Philip *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd., Dalloz, 2009, spéc., n° 40.

(80) V. *supra* II, B, 1.

(81) Rapport préc., p. 103-104. V. l'art. 12, déjà évoqué (*supra* note 76), du projet de « loi El Khomri ».

ÉTUDES

240

I L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat

Par Pascal Ancel
Senior professor à l'Université du Luxembourg
Ancien directeur du CERCRID
Université Jean Monnet de Saint-Étienne

L'articulation entre le contrat de travail et les accords collectifs attire de nouveau l'attention et suscite controverses. Ce sujet grave a été discuté lors des journées de l'AFDT qui se sont tenues à Metz les 25 et 26 septembre 2015. Cet article reprend et prolonge les analyses et réflexions que A. Jeammaud y a présentées.

1. La question de l'articulation entre le contrat de travail et les accords collectifs, et plus précisément du jeu de la force obligatoire du contrat de travail face aux accords collectifs, suscite depuis longtemps de nombreux débats dans la doctrine travailliste, et ces débats ont pris un tour plus aigu dans la période récente, avec la multiplication d'interventions législatives ponctuelles relatives à cette articulation, et dans la perspective – qui semble aujourd'hui très proche – d'une réforme d'ensemble du Code du travail qui pourrait remettre en cause les conceptions traditionnelles en la matière¹. Alors que, dans l'état du droit positif, l'article L. 2254-1 du Code du travail prévoit que les clauses des conventions ou des accords collectifs ne s'appliquent aux contrats de travail en cours que sous réserve de stipulations plus favorables aux salariés, il est aujourd'hui envisagé de lever cette importante réserve, et de faire prévaloir de manière plus générale certains accords collectifs sur les contrats de travail sans distinguer selon le caractère plus ou moins favorable aux salariés des normes que ces accords contiennent. La question ici posée – et sur laquelle j'ai été invité à porter le regard d'un civiliste – est de savoir dans quelle mesure une telle évolution est compatible avec le principe de la force obligatoire du contrat.

2. Curieusement, alors que cette question semble être au cœur de la problématique générale du droit des contrats, elle ne semble avoir, jusque-là, que fort peu intéressé les civilistes. D'une manière générale, lorsque les conventions collectives sont évoquées dans les ouvrages de droit des obligations – et elles ne le sont pas toujours – c'est principalement dans le cadre des développements consacrés à l'effet relatif des contrats : ce qui est souligné, c'est que les normes édictées par la convention collective s'appliquent à des employeurs qui n'ont pas personnellement signé la convention, et à tous leurs salariés, sans distinguer selon que ceux-ci sont ou non membres du syndicat ou des syndicats signataires ; qu'elles peuvent même s'appliquer plus largement si la convention collective a fait l'objet d'un arrêté d'extension ou d'élargissement². Ce n'est donc pas tant la relation entre l'accord collectif et le contrat de travail qui est au cœur de ces développements, que l'extension du champ d'application personnel de l'accord à des personnes qui n'ont été ni présentes ni représentées. Il est vrai qu'en soi, cet effet *erga omnes* apparaît profondément dérogatoire à l'article 1165 du Code civil. Le souci de cohérence du système qui semble être la caractéristique première de la démarche

(1) V. A. Jeammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », ce numéro, p. 228.

(2) V. par ex. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Armand Colin, 2014, n° 509 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5^e éd., Lextenso, 2011, n° 824 ; J. Carbonnier, *Droit civil. 4. Les obligations*, 19^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2000, n° 52 ; v. cependant, évoquant rapidement la question de l'application des conventions collectives aux contrats en cours, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2007, p. 185 ; F. Zenati et T. Revet, *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale. Quasi-contrats*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2014, n° 154.

civiliste amène alors les auteurs à chercher à réduire la portée de cette exception. Ils le font généralement de deux manières. D'une part, ils observent que, du moins pour les conventions non étendues ni élargies, la règle de l'article L. 2262-1 « ne porte qu'une atteinte relativement limitée au principe classique selon lequel un individu ne peut être lié que par sa volonté »³, dès lors que la convention est inapplicable aux employeurs qui ne l'ont pas signée et qui sont étrangers au groupement signataire. Les employeurs qui n'ont pas consenti ne sont liés que s'ils ont adhéré au groupement signataire, et « on peut considérer que, ce faisant, ils ont accepté d'être représentés par celui-ci »⁴. Du côté des salariés – qui, eux, n'ont pas nécessairement adhéré à un syndicat signataire –, cette fiction de représentation est plus difficile à admettre, mais elle peut trouver un appui dans l'exigence de représentativité des syndicats signataires. D'autre part, pour que l'effet *erga omnes* des accords collectifs ne fasse pas trop « tâche » dans le système d'ensemble des effets des contrats à l'égard des tiers, les auteurs civilistes soulignent volontiers le caractère hybride, mi-contractuel, mi-réglementaire des conventions collectives⁵, ce second caractère l'emportant naturellement lorsqu'on est en présence d'une convention étendue ou élargie, applicable même aux employeurs qui n'appartiennent pas à l'organisation patronale signataire – ce qui exclut alors l'explication fondée sur la représentation. Une telle extension porte alors « une atteinte directe et profonde au principe de la relativité des conventions »⁶, et cela ne peut s'expliquer, d'un point de vue civiliste, que parce que la convention collective n'est pas vraiment, ou n'est pas seulement une convention – mais plutôt un acte réglementaire d'origine contractuelle. Dans toutes ces analyses, cependant, les auteurs ne font pas la différence selon que l'accord collectif s'applique à des salariés futurs ou qu'il régit des relations de travail préexistantes, relevant de contrats de travail en cours. Or, dans ce second cas, qui est le cadre de la présente étude, l'extension du champ d'application de la convention collective à des personnes qui n'y ont été ni parties ni représentées n'est pas seulement dérogoire au principe de l'effet relatif des contrats, elle touche plus directement, et en regardant cette fois les choses du côté des contrats de travail affectés par cette extension, au principe même de la force obligatoire de ces contrats.

3. Commençons par rappeler brièvement en quoi consiste cette force obligatoire. Ce principe, qui constitue un des piliers de la plupart des droits des contrats modernes, est posé en droit français, pour quelques mois encore, par l'article 1134 du Code civil, qui, comme chacun le sait, reproduit presque mot pour mot une formule de Domat. À compter du 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats⁷, il se retrouvera à l'article 1103 du Code, avec une légère différence de formulation qui n'en altérera pas le sens⁸, mais surtout à une autre place que dans le Code actuel, qui souligne mieux son caractère fondamental : le texte migre en effet du chapitre relatif aux effets du contrat vers celui des dispositions générales relatives au contrat. Au-delà de la création par le contrat d'obligations pour les parties, à laquelle on l'a trop souvent ramené, ce principe signifie, comme la lettre de l'article 1134 (1103 nouv.) l'indique clairement, que le contrat crée une véritable norme, dont le contenu peut être très divers, et qui s'impose aux parties, tenues de s'y conformer, comme au juge, tenu de l'appliquer comme il appliquerait la loi⁹. L'une des conséquences immédiates de cette force obligatoire – celle qui nous intéresse ici – est l'immutabilité ou l'intangibilité du contrat, tant pour les parties que pour le juge : le contrat, une fois passé, ne peut être modifié que par la volonté concordante de toutes ses parties¹⁰. Il ne peut pas l'être, en principe, par la volonté unilatérale de l'un des contractants, ni par l'effet d'accords qui seraient passés entre ce contractant et un tiers, ni par une décision du juge. En conséquence, le contractant à qui l'autre prétendrait imposer une modification non consentie doit pouvoir s'y soustraire, et ne saurait être sanctionné pour l'avoir refusée. De manière tout à fait remarquable, cette immutabilité du contrat s'impose même, dans une certaine mesure, au législateur lui-même. En principe, on le sait, en matière contractuelle, non seulement les lois nouvelles ne peuvent pas remettre en cause la validité des contrats ou des clauses des contrats passés avant leur entrée en vigueur, ni les effets qu'ils ont antérieurement produits – ce qui n'est qu'une application du principe de non-rétroactivité inscrit à l'article 2 du Code civil – mais, bien plus, les effets à venir de ces contrats continuent à être régis par la loi ancienne. Ce principe de la survie de la loi ancienne, dérogoire à l'application immédiate des lois

(3) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, préc., n° 509.

(4) *Ibid.*

(5) V. déjà G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 280 : « Pour sauver quelque chose de la conception ancienne, les juristes ont été réduits à admettre le dualisme de la convention collective ».

(6) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, préc.

(7) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr.

(8) Le nouveau texte parle désormais des « contrats légalement conclus » et non plus des « conventions ». La modification s'explique par un élargissement de la définition du contrat qui n'est plus seulement un accord destiné à créer des obligations, mais aussi à les modifier, les transmettre ou les éteindre (art. 1101 nouv.), ce qui conduit pratiquement à une assimilation de la notion de contrat et de celle de convention.

(9) Pour l'exposé détaillé de cette conception de la force obligatoire V. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999. 771.

(10) Dans le texte issu de la réforme, cette immutabilité est expressément prévue par l'art. 1193, selon lequel « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise » – alors que l'actuel art. 113, al. 2, ne visait que l'interdiction de la révocation unilatérale.

nouvelles¹¹, est lié à l'idée – sous-jacente au principe de la force obligatoire – qu'il faut assurer la prévisibilité contractuelle, protéger les anticipations que les parties ont faites pour l'avenir¹². Certes, ce principe n'est pas absolu, dans la mesure où une loi peut se déclarer explicitement applicable aux effets à venir des contrats, et où, même en l'absence d'une telle disposition, la jurisprudence, interprétant la loi nouvelle, considère parfois qu'il y a des considérations d'ordre public « particulièrement impératives »¹³ ou « particulièrement impérieuses » imposant son application immédiate¹⁴. Mais on sait que le Conseil constitutionnel a limité la liberté pour le législateur de déclarer les lois nouvelles immédiatement applicables aux contrats en cours ou de permettre qu'ils soient modifiés, en posant 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 [...] »¹⁵. Même si la formule laisse ouverte la possibilité d'exceptions, cela revient à donner à la force obligatoire, et en particulier à l'immutabilité du contrat qui en est la conséquence directe, une valeur constitutionnelle.

4. Par rapport à ces principes, l'articulation, dans le droit actuel, de la convention collective et du contrat de travail peut déjà apparaître dérogatoire. Certes, la Cour de cassation affirme clairement, au visa de l'article 1134 du Code civil, qu'« un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié »¹⁶, mais, même si elle est posée sous réserve des dispositions plus favorables du contrat de travail, on peut considérer que la règle posée par l'article L. 2254-1 du Code du travail¹⁷, de l'application des conventions et accords collectifs aux contrats de travail en cours, constitue, en elle-même, une atteinte à la force obligatoire de ces contrats. De prime abord, en effet, les normes résultant de la négociation collective ont ainsi sur les contrats en cours un effet plus fort que les lois nouvelles, dès lors que, à la différence

de celles-ci, leur application est posée comme une règle générale, sans qu'il y ait à distinguer au cas par cas si ces conventions relèvent de motifs d'ordre public particulièrement impérieux. Et il ne faut pas s'arrêter au fait que, contrairement à ce qu'une formulation courante pourrait laisser croire, cette application immédiate n'est pas susceptible de modifier à proprement parler le contrat de travail¹⁸, en raison du principe de non-incorporation de la convention collective au contrat, qui manifeste l'autonomie des deux sources normatives. Certes le contrat, en lui-même, n'est pas modifié – pas plus d'ailleurs qu'il ne le serait par l'effet d'une loi nouvelle d'application immédiate – et il retrouvera sa pleine vigueur si la convention collective cesse d'avoir effet, mais son application (ou du moins l'application des clauses contraires aux dispositions de la convention collective) est écartée, suspendue, neutralisée¹⁹ du fait de l'application en ses lieux et place des clauses contraires de la convention collective, et cela, en soi, va bien à l'encontre de la force obligatoire de ce contrat. En d'autres termes, pour reprendre une distinction qui m'est chère²⁰, on peut dire que le contenu obligationnel du contrat est inchangé (en raison de la non-incorporation), mais que sa force obligatoire est atteinte (en raison de la non-application de ses clauses au profit de celles de l'accord collectif). Et, contrairement à ce qu'on pourrait penser, cette atteinte à la force obligatoire se manifeste non seulement du côté de l'employeur – qui va être tenu d'accorder à son salarié des avantages supérieurs à ceux qui étaient prévus par le contrat – mais aussi du côté du salarié qui, alors même qu'il penserait y trouver son intérêt, ne pourrait pas valablement renoncer à ces avantages et prétendre s'en tenir aux stipulations initiales.

5. Dans le droit actuel, cependant, le fait que l'application immédiate des conventions et accords collectifs ne peut conduire à écarter le jeu des dispositions du contrat de travail plus favorables au salarié vient considérablement tempérer la portée de cette atteinte

(11) Pour une application récente de ce principe V. not. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, n° 98-18.411, D. 2002. 646, et les obs. ; RTD civ. 2002. 507, obs. J. Mestre et B. Fages. Non inscrit explicitement dans l'art. 2, C. civ., ce principe d'application immédiate a été dégagé par P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2^e éd., 1960, rééd. Dalloz, 2008 ; ex. simple : si une loi nouvelle prévoit que les enfants nés hors mariage auront les mêmes droits successoraux que les enfants nés d'un couple marié, cette loi va s'appliquer aussi bien aux enfants nés avant son entrée en vigueur qu'à ceux qui sont nés après.

(12) V. par ex. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 463 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 290. L'argument se retrouve dans une décision de la cour d'appel du Luxembourg, qu'il ne me paraît pas sans intérêt de citer ici « Il ne serait pas juste de modifier l'aménagement des contrats que les parties ont volontairement choisi en leur faisant application des lois nouvelles » (CA 5 avr. 2000, Pas 32, p. 331).

(13) Civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, préc.

(14) Com. 3 mars 2009, n° 07-16.527, D. 2009. 725, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 2888, obs. D. Ferrier ; CCC 2009. 156, note L. Leveneur (à propos d'une loi de 2001 prévoyant que les pénalités de retard pour non-paiement des factures sont dues de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats).

(15) Cons. const., 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC (Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi), D. 2003. 642 ; *ibid.* 638, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 2004. 1280, obs. V. Ogier-Bernaud ; Dr. soc. 2003. 260, note X. Prétot ; 18 mars 2009, n° 2009-578 DC, AJDA 2009. 509 ; D. 2009. 799, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; Constitutions 2010. 109, obs. A. Barilari.

(16) Soc. 25 févr. 2003, n° 01-40.588, Bull. civ. V, n° 64 ; RJS 5/2003, n° 567.

(17) On trouve l'équivalent exact de cette disposition dans l'article 2077 du Codice civile italien. Pour un regard italien sur les évolutions françaises en cours V. L. Ratti, « Verso una nuova articolazione dei rapporti fra contratto collettivo », à paraître.

(18) Sur l'inexactitude de cette expression, pourtant utilisée par la Cour de cassation V. en particulier G. Couturier, « L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective », Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534, p. 7.

(19) P. Lokiec, *Droit du travail/Relations collectives*, PUF, coll. « Thémis », 2011, n° 270.

(20) P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, préc.

à la force obligatoire. Cette solution, présentée comme une manifestation du « principe de faveur »²¹, n'est peut-être pas aussi spécifique au droit du travail qu'on pourrait le penser: en droit commun, on connaît de nombreux exemples, dans la loi étatique, de normes d'ordre public qui opèrent à sens unique, en ce qu'elles interdisent des arrangements qui seraient défavorables à un contractant tout en permettant ceux qui lui seraient favorables. Cela vaut dans des branches ou des segments du droit qui sont dominés par la logique de protection d'un contractant faible (comme le droit de la consommation, le droit des baux), mais on en rencontre aussi dans le droit commun des contrats (ainsi des règles relatives à la responsabilité contractuelle auxquelles, dans de nombreux cas, on ne peut pas déroger par des clauses qui écarteraient ou limiteraient la responsabilité du débiteur, alors que les clauses qui aggraveraient cette responsabilité seraient, elles, parfaitement valables). Quoi qu'il en soit, il est clair que c'est ce jeu à sens unique de la convention collective qui, s'inscrivant dans la logique de l'ordre public social, rend non seulement admissible, mais souhaitable, l'application de cette convention même à l'encontre des contrats de travail antérieurement passés. Du coup, l'article L. 2254-1 peut être réinscrit dans le cadre du principe général selon lequel les lois nouvelles s'appliquent aux contrats en cours lorsque cette application est justifiée par des motifs d'ordre public particulièrement impérieux.

6. Il est clair que l'atteinte à la force obligatoire est plus nettement caractérisée si on admet que les accords collectifs s'appliquent aux contrats de travail en cours indépendamment de leur caractère plus ou moins favorable au salarié. On sait que le législateur s'est déjà engagé dans cette voie par le biais d'un certain nombre de textes spéciaux – soit en posant que certaines dispositions d'accords collectifs « ne constituent pas des modifications du contrat de travail », soit en assortissant d'un licenciement (soumis à des règles plus ou moins spécifiques) le refus par le salarié de consentir à son changement de situation²². Mais il existe aujourd'hui tout un courant qui incite le pouvoir politique à aller plus loin, au nom de la nécessaire flexibilité du droit du travail dans un contexte de crise, pour éviter que les contrats de travail ne compromettent l'application d'accords collectifs visant à assurer la compétitivité des entreprises²³. Dans cette conception, il devrait donc être possible, dans certains cas au moins, d'imposer aux

salariés titulaires d'un contrat de travail des augmentations du temps de travail et/ou des diminutions de rémunération dès lors qu'elles seraient prévues par un accord collectif applicable à ces salariés. Et c'est, pour autant qu'on puisse en juger à ce stade, l'option prise par le gouvernement dans le cadre de la très libérale réforme du Code du travail en cours d'élaboration, en permettant à des accords majoritaires d'entreprise destinés non seulement à maintenir, mais aussi à développer l'emploi, de moduler le temps de travail et la rémunération des salariés avec primauté sur les contrats de travail en cours²⁴. Il n'est évidemment pas étonnant que d'autres auteurs, attachés au maintien d'un droit du travail fondé sur la protection des salariés, s'élèvent contre cette tendance, et qu'ils le fassent notamment en se fondant sur le principe fondamental de la force obligatoire du contrat²⁵.

7. Sans vouloir remettre en cause, sur le fond, cette volonté d'asseoir la capacité de résistance du contrat de travail face aux accords collectifs, il me semble – et c'est ce que je voudrais montrer dans la présente contribution – que l'argument de la force obligatoire ne doit pas, sur cette question, être manié de manière trop abstraite et dogmatique: envisagé ainsi, ce principe peut révéler très vite ses limites (I). Il ne peut retrouver sa force que si on en adopte une conception socialement contextualisée, c'est-à-dire plus pragmatique et plus centrée sur les conflits d'intérêts spécifiques au droit du travail (II).

I. - Les limites d'un principe abstrait

8. Il est tout à fait clair que la force obligatoire constitue un principe essentiel du droit des contrats, et on pourrait d'une certaine manière y voir un élément de définition du contrat: un contrat, c'est un accord qui lie les parties. À quoi servirait-il, en effet, de s'engager, si chaque partie pouvait, à tout moment et sans raison particulière, remettre en cause ce qui a été convenu? Aussi bien peut-on comprendre que ce soit au nom de la liberté contractuelle, sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme, que le Conseil constitutionnel interdit en principe au législateur de porter atteinte aux contrats légalement conclus²⁶. Cette intégration de la – jamais nommée – force obligatoire au sein de la liberté contractuelle, est *a priori* dérou-

(21) Sur l'ambiguïté de l'expression V. A. Jeammaud, ce numéro, p. 228, note 28.

(22) V. l'inventaire de ces textes par A. Jeammaud, ce numéro, p. 228, I, C.

(23) J. Barthélémy, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », Dr. soc. 2009. 907; F. Favennec, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Sem. soc. Lamy 2014, n° 1643, p. 5; B. Serizay, « Une reconsidération du droit applicable aux relations entre l'entreprise et le salarié », Sem. soc. Lamy 2014, n° 1644, p. 4.

(24) L'avant-projet prévoit d'insérer dans le Code du travail un art. L. 2254-2 en ce sens.

(25) V. not. F. Géa et M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives » (à partir d'interventions croisées aux Rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation 2012), BICC, n° 768, 1^{er} oct. 2012, p. 40; P. Lokiec, « Refuser », in *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 103.

(26) Cons. const., 13 janv. 2003, préc.

tante pour un civiliste, qui a l'habitude de clairement distinguer les deux principes, le premier jouant au stade de la formation du contrat et impliquant en particulier la liberté pour les parties de déterminer le contenu « obligationnel » de celui-ci, le second (la force obligatoire), jouant au stade de l'exécution du contrat, et interdisant en particulier toute modification du contrat par la décision unilatérale d'une partie, par des tiers, ou même par le juge²⁷. La distinction entre les deux principes se retrouve d'ailleurs dans le nouveau texte issu de la réforme de 2016, où liberté contractuelle et force obligatoire, bien que désormais juxtaposées, font l'objet de deux articles distincts. Cependant, si l'assimilation réalisée par le Conseil peut s'expliquer par l'absence d'un support constitutionnel plus adapté que l'article 4, elle peut aussi parfaitement se comprendre sur le fond : il ne sert à rien de reconnaître aux parties la liberté de déterminer le contenu de leur contrat si, par ailleurs, on admet d'une manière générale que ce contenu peut être modifié par une partie ou par des agents extérieurs sans que soit recueilli l'accord préalable des parties. Si on permet de telles modifications, on atteint, indirectement, la liberté contractuelle dès lors que la maîtrise que les parties ont pu se voir reconnaître au stade de la formation de leur contrat sur la détermination de leurs droits et obligations n'est plus qu'une maîtrise apparente, illusoire. Au-delà, on atteint la notion même de contrat.

Ceci étant dit, rien n'impose de faire de la force obligatoire un principe absolu, et, dans le droit moderne, le principe supporte de multiples exceptions qui en relativisent la portée (A). Par ailleurs, il faut avoir conscience que, en droit commun des contrats, la force obligatoire est un principe à géométrie variable, qui n'a pas la même portée pour tous les types de contrats, ce qui incite à regarder sous un jour particulier la manière dont il est conçu pour le contrat de travail (B).

A. - Une force obligatoire relative

9. Il est extrêmement banal d'affirmer que la force obligatoire – pas plus que la liberté contractuelle dont elle est complémentaire – n'est plus aujourd'hui le principe absolu que la Cour de cassation avait voulu sanctuariser dans le célèbre arrêt du canal de Craponne²⁸.

Pour la plupart des civilistes aujourd'hui, la force obligatoire a cessé d'être un dogme incontournable, une sorte de vérité qui commanderait de manière inéluctable

le maintien en toutes circonstances des stipulations du contrat légalement conclu. Dans le droit contemporain des contrats, elle est plutôt conçue comme un moyen, un instrument en vue d'atteindre un certain équilibre social qui suppose d'assurer aux contractants un minimum de sécurité et de prévisibilité de leurs engagements²⁹. Mais il existe des cas où, à l'inverse, cet équilibre ne peut être atteint que par une remise en cause de ce que les parties ont voulu. Et le Conseil constitutionnel ne dit pas autre chose : s'il contrôle aujourd'hui les atteintes que le législateur porte aux « contrats légalement conclus », il ne les censure que si elles ne sont « pas justifiées par un motif d'intérêt général suffisant »³⁰. Même si cette jurisprudence rehausse considérablement la valeur du principe de la force obligatoire dans l'ordre juridique français, celui-ci n'en reste pas moins un principe relatif. Aussi bien, dans le droit civil contemporain, il existe de très nombreux cas où le législateur écarte ou limite la force obligatoire, en permettant aux parties, dans telle ou telle circonstance, de s'en affranchir ou en confiant au juge le soin d'en modifier les stipulations. Que l'on songe ainsi aux droits de rétractation accordés aux consommateurs dans de multiples contrats (et souvent imposés par le droit européen), à la révision judiciaire des clauses pénales excessives ou dérisoires, aux réformes successives du droit des entreprises en difficulté et au développement d'un droit du surendettement des particuliers qui permettent dans de nombreux cas de limiter, voire de supprimer les charges financières des débiteurs en difficulté en violant ouvertement la force obligatoire des contrats qui ont fait naître ces charges, ou encore – *last but not least* – au nouvel article 1195 du Code civil, qui, renversant une solution jurisprudentielle vieille de presque 150 ans, permet désormais au juge de réviser, même contre la volonté d'une partie, un contrat devenu déséquilibré par suite d'un changement de circonstances. Bien entendu, l'existence de ces multiples exceptions – dont le bien-fondé est du reste discuté par une partie de la doctrine civiliste – ne dit rien de la légitimité d'autres atteintes que le législateur voudrait porter à la force obligatoire, notamment en droit du travail. Mais on peut penser que, face à cet affaiblissement considérable de la force obligatoire en droit commun, le « donjon »³¹ qu'une partie de la doctrine travailliste veut dresser, en s'appuyant sur ce principe, pour défendre les acquis du contrat de travail contre les accords collectifs, peut paraître bien fragile.

(27) V. A. Jeammaud, préc., ce numéro, p. 228, note 60 citant à cet égard l'exemple du manuel de M. Fabre-Magnan. Mais cette présentation se retrouve dans tous les manuels de droit des obligations.

(28) Civ. 6 mars 1876, GAJC, 12^e éd. n° 165 posant que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

(29) V. P. Ancel, « La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? » in C. Jamin et D. Mazeaud (dir), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 163.

(30) Cons. const., 13 janv. 2003, préc.

(31) J.-E. Ray, *Droit du travail. Droit vivant*, 22^e éd. 2013/2014 n° 1179, qui raille « le brave petit contrat individuel, que la jurisprudence a érigé en donjon ».

10. Il est vrai que dans tous les cas cités, les atteintes à la force obligatoire sont destinées à protéger un contractant en situation de faiblesse, soit qu'il l'ait été au moment de la formation du contrat (cas du consommateur), soit qu'il le soit devenu ensuite par suite de difficultés personnelles ou d'un changement de la situation économique générale. Aussi bien, dans tous ces cas, ce sont les civilistes appartenant à un courant « social » – notamment le courant solidariste – qui se font les chantres du bien-fondé de ces atteintes à la force obligatoire – dont une conception trop rigide est volontiers présentée comme un instrument d'oppression des faibles. À l'inverse, ces dispositifs sont vilipendés par les juristes le plus libéraux, au nom précisément de la force obligatoire garante de la sécurité juridique³². Or, de manière tout à fait remarquable, dans le débat actuel sur les rapports entre le contrat individuel et la convention collective, les positions sont complètement inversées : ce sont les travaillistes libéraux, ou les plus engagés aux côtés du patronat, qui prônent, au nom de la flexibilité que permet d'introduire la négociation collective, la possibilité de porter atteinte aux stipulations du contrat de travail, dont la rigidité leur paraît insupportable, tandis que la force obligatoire de ce contrat est brandie par ceux qui cherchent à défendre les droits du salarié, donc du contractant faible, alors même que naguère ce même courant vantait les mérites de la négociation collective face au contrat individuel considéré comme un instrument d'oppression. Ce « singulier chassé-croisé »³³ rappelle opportunément aux civilistes, qui ont peut-être tendance à l'oublier, que la sécurité offerte par le contrat n'est pas seulement la sécurité des forts, mais qu'elle peut aussi offrir un refuge aux contractants faibles face aux évolutions économiques et sociales. Mais ils montrent aussi qu'on ne peut pas invoquer la force obligatoire du contrat de manière abstraite, sans considération des intérêts que le principe peut servir. L'article L. 2254-1, qui ne fait jouer la force obligatoire que dans un sens favorable aux salariés, en est à lui seul l'éclatante démonstration. On peut sans doute, si on veut relativiser la portée des multiples atteintes apportées au fil du temps au principe de la force obligatoire, et redonner à ce principe toute sa vigueur argumentative sur la question de l'articulation du contrat de travail et de l'accord collectif, soutenir que les atteintes à ce principe sont plus faciles à justifier lorsqu'elles vont dans le sens de la protection

du contractant faible que lorsque, à l'inverse, elles aboutiraient à affaiblir sa position. Mais, raisonner ainsi, c'est glisser du terrain de la force obligatoire en tant que règle technique vers celui de sa signification politique et de la pesée des intérêts que ce principe peut servir ou desservir. Cela impose de situer très concrètement le principe de la force obligatoire dans le contexte particulier des relations de travail. Et cela l'impose d'autant plus que, techniquement, si on voulait appliquer au contrat de travail le principe tel qu'il joue en droit commun, il n'aurait sans doute pas la portée que lui accorde une partie de la doctrine travailliste.

B. - Une force obligatoire à géométrie variable

11. On ne remarque peut-être pas suffisamment – y compris chez les civilistes – que le principe de la force obligatoire n'a pas la même portée selon les types de contrats. Ici s'impose une distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive³⁴ – catégorie dans laquelle entre le contrat de travail – et, au sein de ceux-ci, entre les contrats à durée déterminée et ceux conclus sans limitation de durée. Il est clair que dans le premier cas, le principe de la force obligatoire (sous réserve des exceptions qui peuvent lui être apportées) interdit toute modification du contrat après sa conclusion contre le gré d'un des contractants – qu'il s'agisse d'une modification décidée unilatéralement par l'autre ou d'une modification résultant d'un accord avec des tiers que l'un des contractants prétendrait imposer à l'autre. Et la même solution vaut pour les contrats à exécution successive et à durée déterminée, qui font la loi des parties jusqu'à l'arrivée du terme prévu. Aussi bien, dès avant l'arrêt Raquin³⁵, à l'époque où elle permettait à l'employeur (dans une certaine mesure) d'imposer au salarié une modification de son contrat de travail, la Cour de cassation faisait exception pour les contrats à durée déterminée, tirant ici la pleine conséquence du principe de la force obligatoire³⁶. Pour les contrats à durée indéterminée, en revanche, en droit commun, la force obligatoire n'a pas en règle générale les mêmes effets. Le principe – auquel le Conseil constitutionnel a donné une valeur constitutionnelle dans sa décision de 1999 relative au PACS³⁷, et que le Code civil affirme aujourd'hui explicitement dans le nouvel article 1211³⁸ – est que chaque partie a un droit de résiliation unilatérale qui la protège contre des engagements perpétuels. À partir de là, dans ces

(32) On ne peut là-dessus que renvoyer aux débats multiples auxquels a donné lieu la récente réforme du droit des contrats.

(33) J.-E. Ray, préc., n° 1179.

(34) Difficile d'application car reposant sur un critère assez incertain, la distinction est aujourd'hui parfois contestée. Elle a cependant été maintenue par l'ord. de 2016 qui l'introduit expressément dans le Code civil (art. 1111-1). Elle reste très opérationnelle lorsqu'on examine la portée de la force obligatoire du contrat.

(35) Soc. 8 oct. 1987, D. 1988. 57, note Y. Saint-Jours ; Dr. soc. 1988. 140, note J. Savatier ; GADT 4^e éd., n° 49.

(36) Dans ce sens, v. A. Jeammaud, ce numéro, p. 228, note 9.

(37) Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, D. 2000. 424, obs. S. Garneri ; RTD civ. 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 870, obs. T. Revet ; JCP 2000. I. 280, obs. G. Viney.

(38) « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu, ou, à défaut, un délai raisonnable ».

contrats, en droit commun, lorsque le droit de résiliation unilatérale ne fait pas l'objet d'un encadrement législatif spécial, la possibilité pour chaque contractant de mettre fin au contrat lui permet, en fait, d'exiger de l'autre qu'il consente à des modifications sauf à ce que le contrat soit résilié s'il n'y consent pas, ou en le laissant libre d'y mettre fin lui-même. Si on veut voir ce que signifient, pour ce type de contrats, la force obligatoire et l'immutabilité, on peut prendre l'exemple – presque caricatural – d'un arrêt rendu il y a quelques années par la première chambre civile au sujet d'un contrat de location de chambre forte dans un établissement bancaire³⁹ : la banque avait averti sa cliente que, pour l'année suivante, elle entendait augmenter le prix de la location dans des proportions considérables, ce à quoi la cliente s'était opposée en invoquant l'abus de la banque dans la fixation du prix ; la Cour de cassation répond que « la banque était libre de fixer le prix qu'elle entendait pratiquer » et que la cour d'appel avait relevé que la cliente « disposait du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la banque en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre ». Et on sait bien que de même, dans le même type de relations, une banque qui a consenti une ouverture de crédit à durée indéterminée à un client peut, à tout moment, décider d'en modifier les conditions pour l'avenir, sauf à résilier le contrat si le client n'y consent pas. En droit commun, la seule limite à ce type de comportement – acceptez la modification ou je résilie/acceptez la modification ou sortez du contrat – est la limite générale de l'abus de droit, mais, comme le montre l'arrêt précité (qui a pu du reste être critiqué sur ce point), cette notion ne permet pas au contractant d'échapper systématiquement à la modification décidée par l'autre. Ces solutions, directement liées au droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, ne doivent pas être pour autant considérées comme contraires au principe de la force obligatoire, dans la mesure où ce type de contrat ne fixe pas pour les parties une loi éternelle et immuable et où les modifications qu'un contractant peut prétendre imposer à l'autre ne peuvent de toute façon valoir que pour l'avenir : les parties sont bien engagées l'une envers l'autre, le contrat leur tient bien lieu de loi, mais seulement pour le temps où elles restent d'accord sur le principe et sur les conditions de leur relation.

12. Tout change bien entendu lorsque la loi encadre, plus ou moins strictement, la résiliation unilatérale de ce type de contrats, notamment en subordonnant la

légitimité de la rupture à certains motifs – ce qui est précisément le cas en droit du travail. La question se pose alors de savoir si le refus par l'une des parties d'accepter des modifications de la relation contractuelle souhaitées par l'autre constitue – ou peut constituer, selon les raisons qui justifient cette modification – un motif légitime de rupture du contrat. C'était, il faut le rappeler, ce qu'estimait la Cour de cassation avant l'arrêt Raquin⁴⁰. D'excellents auteurs considèrent que, à cette période, le droit du travail français se montrait « rétif à accueillir en son sein le principe de la force obligatoire du contrat »⁴¹. Cette vision m'apparaît contestable. En réalité, à l'époque, la jurisprudence ne faisait qu'appliquer au contrat de travail le principe de la force obligatoire « ordinaire », tel qu'il est habituellement conçu pour les contrats à exécution successive et à durée indéterminée, susceptibles de prendre fin, et donc d'être modifiés par la volonté unilatérale d'une partie au cours de leur vie. On était même, déjà à cette époque, au-delà de la force habituelle de ce type de contrats, dans la mesure où, comme le relève exactement Antoine Jeammaud, si l'employeur n'entendait pas poursuivre l'exécution du contrat après le refus du salarié de consentir à la rupture, cette rupture lui était imputable « de sorte qu'il ne pouvait s'évader du lien contractuel qu'en assumant les obligations (préavis, indemnités légales) attachées à la qualification de licenciement et en s'exposant à voir cette rupture jugée abusive puis (à partir de 1975) dépourvue de cause réelle et sérieuse »⁴². C'était déjà donner au lien contractuel une stabilité plus grande que celle que l'article 1134 postule normalement pour les contrats à durée indéterminée. Ce qui est ressorti de l'arrêt Raquin, et plus encore de la jurisprudence postérieure ayant par principe interdit à l'employeur toute modification unilatérale du contrat de travail (sans distinguer entre les modifications essentielles et les autres), ce n'est donc pas une reconnaissance (tardive) de la force obligatoire du contrat de travail, c'est son renforcement considérable par rapport au droit commun. En réalité, par le jeu de la réglementation du licenciement, et de l'interprétation qu'en a donnée la chambre sociale, le contrat de travail se trouve aujourd'hui doté d'une « super-force obligatoire » au sein de la catégorie des contrats à exécution successive et à durée indéterminée. Du coup, il me paraît quelque peu excessif d'affirmer que les évolutions en cours, aboutissant à considérer que le refus du salarié de consentir à une modification de la durée du travail et de sa rémunération prévue par un accord collectif justifierait la rupture du contrat, qui constituent un retour à la jurisprudence ancienne, feraient à nouveau du contrat de travail un « simple

(39) Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, Bull. civ. I, n° 190 ; D. 2005. 1828, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2004. 2150, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2006. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; RTD civ. 2004. 749, obs. P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2005. 126, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2004. 800, obs. D. Legeais ; RDC 2005. 275, obs. P. Stoffel-Munck.

(40) Soc. 8 oct. 1987, préc.

(41) F. Géa et M.-F. Mazars, préc. n° 6 p. 43.

(42) V. A. Jeammaud, ce numéro, p. 228, note 9.

chiffon de papier »⁴³, alors qu'ils ne feraient, au fond, que ramener le contrat de travail à une force obligatoire plus « ordinaire ».

13. Qu'on ne se méprenne surtout pas. En observant cela, je n'entends évidemment pas critiquer, au nom d'un dogme civiliste, une jurisprudence presque trentenaire de la chambre sociale, et prôner le retour aux solutions antérieures. Je n'entends pas davantage chercher une justification technique aux diverses atteintes que les lois récentes ont apportées à l'intangibilité du contrat de travail face aux conventions collectives ou à celle, plus générale, qui semble se préparer. J'entends seulement souligner que, pour critiquer ces atteintes, et pour défendre la capacité de résistance du contrat individuel face aux accords collectifs, l'argument de l'article 1134/1103, et du principe de la force obligatoire abstraitement considéré, est peut-être un peu court. Dès lors que la force obligatoire du contrat de travail est actuellement, si on y regarde bien, une force obligatoire plus grande, plus forte que celle des contrats de droit commun, qui permet au contrat de travail de résister aux modifications imposées par l'employeur ou par des tiers (les parties à l'accord collectif), là où un contrat de droit commun n'y résisterait pas nécessairement, il ne suffit peut-être pas de prononcer la formule magique « force obligatoire » pour justifier la pérennité des solutions actuelles. Le principe ne peut retrouver sa force argumentative, à mon avis, que s'il est spécialement rapporté au contexte des relations de travail.

II. - La force d'un principe socialement contextualisé

14. Ce n'est pas bien sûr parce qu'un principe est assorti de multiples exceptions qu'il cesse d'être un principe, et la manière dont le Conseil constitutionnel formule, au nom de la liberté contractuelle, l'interdiction de porter atteinte aux contrats légalement conclus sauf justification d'un intérêt général suffisant le montre bien⁴⁴. C'est dire que, lorsqu'on s'interroge sur une disposition légale qui porte atteinte à la force obligatoire du contrat, il faut considérer que cette atteinte est *a priori* anormale, dérogatoire, et qu'il ne faut l'admettre que si elle obéit à des justifications particulières. C'est peut-être en ce sens que, quelle que soit la relativité qui l'affecte aujourd'hui, on peut considérer la force obligatoire comme un « principe directeur »⁴⁵, qui doit guider

l'auteur ou l'interprète de la norme dans la résolution des conflits d'intérêts auxquels il est confronté. Mais, dans cette démarche, à laquelle invite la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel, il faut se garder de tout dogmatisme. C'est dire, d'abord, qu'il convient de considérer avec attention les différents éléments de nature à justifier l'atteinte à la force obligatoire du contrat de travail par le biais d'une application plus étendue des accords collectifs aux contrats en cours (A). Mais c'est dire ensuite qu'il faut, sur l'autre plateau de la balance, faire peser, non pas la formule abstraite « force obligatoire du contrat », mais les intérêts concrets que ce principe permet de servir (B).

A. - Les éléments pouvant justifier la supériorité des accords collectifs

15. Conformément à sa démarche habituelle, on peut s'attendre à ce que, dans une éventuelle décision appelée à juger de l'admissibilité d'une réforme permettant de faire prévaloir plus largement l'accord collectif sur le contrat individuel, le Conseil mette en balance de multiples éléments, tenant principalement à l'importance des atteintes apportées à la force obligatoire du contrat de travail, aux fins que ces atteintes prétendent satisfaire, et à leur source. Sur les deux premiers points, je n'insisterai pas beaucoup, me contentant pour l'essentiel de renvoyer à l'analyse très fine d'Antoine Jeammaud et aux distinctions qu'il opère selon le contenu exact de la norme qui serait finalement retenue et soumise à l'appréciation du Conseil⁴⁶, et je ne me hasarderai surtout pas ici à faire une quelconque prévision sur la position que celui-ci prendra sur une disposition dont on ne connaît pas encore le contenu exact. S'agissant de l'importance de l'atteinte, la question est de savoir si le Conseil constitutionnel serait sensible à la distinction entre les atteintes directes – le texte légal faisant prévaloir directement sur le contrat de travail les accords collectifs, qui s'imposeraient au salarié même s'ils lui étaient défavorables – et les atteintes indirectes – soumettant l'application de ces accords au consentement préalable du salarié, mais faisant du refus de celui-ci une cause réelle et sérieuse de licenciement. D'un côté, on peut penser que la distinction est très formelle, puisque dans les deux cas le salarié qui refuse l'application de l'accord collectif s'expose à la perte de son emploi, mais d'un autre côté ce ne serait pas avec les mêmes conséquences financières. Le fait que, dans le projet actuellement connu, le refus du salarié soit considéré comme exposant celui-ci à un licenciement pour motif personnel

(43) Préc. n° 26.

(44) V. l'intervention de M. Dutheil de Lamotte dans le débat sur la communication de F. Géa et M.-C. Mazars, préc., BICC, n° 768, 1^{er} oct. 2012, p. 73, qui remarque que le Conseil constitutionnel « aurait pu prendre comme considérant de principe l'atteinte à la liberté contractuelle et il aurait pu dire que le législateur peut porter atteinte à des contrats légalement conclus à condition qu'il y ait un intérêt général suffisant ».

(45) C'était ainsi que le premier projet de réforme du droit des contrats diffusé par la Chancellerie en 2008, présentait la force obligatoire. Le texte finalement adopté se contente, tout en mettant la force obligatoire en préalable aux dispositions de détail, de la ranger (de même que la liberté contractuelle et la bonne foi) parmi les « dispositions générales » ; v. M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015. 816.

(46) A. Jeammaud, ce numéro, p. 228, II, B.

reposant sur une cause réelle et sérieuse pourrait évidemment avoir une incidence sur la solution. Mais l'importance de l'atteinte tient évidemment aussi au champ d'application plus ou moins étendu de la solution : à cet égard, il y a lieu d'observer, avec A. Jeammaud, qu'un texte affirmant, d'une manière générale, directement ou indirectement, la primauté de tout accord collectif sur les contrats en cours porterait une atteinte autrement plus importante que dans le cas de la loi du 22 mars 2012 qui ne vise que les accords relatifs à la modulation du temps de travail. Mais cette question du champ d'application de la disposition peut elle-même être difficilement dissociée des fins poursuivies par la disposition législative en cause. On sait bien que la justification habituellement avancée pour justifier tout le mouvement actuel de « rabaissement » du contrat de travail est l'objectif de maintien de l'emploi que les accords collectifs sont censés favoriser. Aussi bien c'est sur ce motif que s'appuyait J.-D. Combrexelle dans son récent rapport pour prôner, d'une manière générale, la primauté sur le contrat de travail des accords collectifs préservant l'emploi – et seulement de ceux-ci, l'article L. 2254-1 restant inchangée pour les autres accords⁴⁷. Mais l'avant-projet gouvernemental semble aller plus loin, incluant les accords dits « offensifs » visant, non pas seulement à préserver un emploi menacé, mais encore à développer l'emploi – ce qui, *a priori*, introduit une justification plus floue, et un champ d'application plus étendu à la remise en cause des contrats individuels, et donc, le rend sans doute plus susceptible d'être censuré.

16. J'insisterai davantage, parce que cela touche directement à la problématique générale du droit des contrats, sur la question de la source des atteintes à la force obligatoire du contrat de travail qu'une probable réforme pourrait vouloir légaliser. De ce point de vue, il faut souligner que, contrairement à toutes les atteintes à la force obligatoire auxquelles s'intéressent habituellement les civilistes, celle dont il est question ici ne procéderait ni de la volonté unilatérale d'un contractant (ce qui, incontestablement, est le plus directement contraire à l'article 1134), ni d'un pouvoir plus ou moins discrétionnaire laissé au juge du contrat, ni même d'une immixtion directe du législateur dans les contrats en cours, mais d'un accord collectif. La limitation de la force de l'accord individuel viendrait

alors d'une autre liberté contractuelle – celle des partenaires sociaux –, d'une autre force obligatoire – celle de l'accord collectif –, dont les travailleurs les plus soucieux de la protection des salariés ont longtemps vanté les mérites face au contrat de travail. À partir de là, la question aujourd'hui débattue a pu être présentée comme celle du rapport entre les deux faces – collective et individuelle – de la liberté contractuelle⁴⁸. La décision de 2012 rendue sur la loi Warsmann a montré que le Conseil constitutionnel était particulièrement sensible à cette origine conventionnelle de l'atteinte portée aux contrats individuels, lorsqu'il a souligné que « la possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif, applicable à l'entreprise, qui permet une telle modulation »⁴⁹. Aussi bien, là où certains voient dans les évolutions actuelles la fin du contractualisme⁵⁰, d'autres peuvent vanter la contractualisation croissante des rapports sociaux. Là encore, cependant, il ne suffit peut-être pas d'invoquer comme une formule magique les mots de « contrat », de « volonté » et de « liberté contractuelle » pour légitimer les atteintes portées aux contrats individuels, en tenant nécessairement pour vrai, au niveau collectif, le « qui dit contractuel dit juste » de Fouillée, formule dont le simplisme (du moins dans la manière dont elle est habituellement comprise⁵¹) a depuis longtemps été dénoncé (en tout premier lieu par les travailleurs). L'expérience montre que, dans un contexte de crise, le risque d'accords collectifs déséquilibrés est bien réel et que les engagements de maintien de l'emploi qui sont contenus dans ces accords peuvent s'avérer illusoire, contrairement aux sacrifices bien réels qui sont consentis par les salariés. Même des auteurs plutôt favorables à une évolution des solutions actuelles reconnaissent que « la négociation collective est souvent une négociation de concession... et non une négociation d'amélioration » et que « dans ce cadre, le contrat de travail apparaît comme une garantie pour le salarié »⁵². À tout le moins faudrait-il distinguer, lorsqu'on cherche à justifier par l'autonomie collective les atteintes portées à la liberté individuelle, les conditions dans lesquelles l'accord est obtenu⁵³ et surtout le niveau auquel il a été négocié. Et, puisqu'on veut regarder du côté du droit commun, il faut souligner que la réforme du droit des contrats, si elle met en avant le principe de liberté contractuelle (qui

(47) La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au premier ministre, France Stratégie, sept. 2015, p. 100 « Le maintien dans l'emploi doit impérativement être regardé par l'ensemble des juges comme un motif d'intérêt général et peut, en conséquence, justifier une règle dérogatoire à l'article L. 2254-1 ».

(48) J.-F. Akandji-Kombé, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534; *adde* J.-E. Ray, préc. n° 1185.

(49) Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, AJDA 2012. 574; RFDA 2012. 528, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau; Constitutions 2012. 267, chron. J. Benetti.

(50) J.-M. Béraud, *Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise*, Études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 55.

(51) La formule, sortie de son contexte, n'avait sans doute pas pour l'auteur la signification qu'on lui donne aujourd'hui, comme une des bases du libéralisme. V. L. Rolland, « Qui dit contractuel dit juste » (Fouillée)... en trois petits bonds, à reculons, 2006, 51 McGill L.J. 765.

(52) F. Favennec, préc., p. 9.

(53) On peut à cet égard s'interroger sur la pertinence du recours au référendum, envisagé par l'avant-projet gouvernemental, pour tourner l'impossibilité d'obtenir un accord syndical majoritaire.

n'était jusque-là qu'implicite dans l'article 6 du Code civil), en tempère en même temps les excès en posant la nullité des contrats conclus sous l'emprise de ce qu'il est convenu d'appeler la « violence économique » : selon le nouvel article 1143 du Code civil, il y a violence « lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Même si ce texte ne peut sans doute pas s'appliquer directement aux accords collectifs, son contenu invite au moins à tempérer l'argument de la volonté individuelle et de la liberté contractuelle appliqué à certains de ces accords.

B. - Les intérêts justifiant la force obligatoire renforcée du contrat de travail

17. Les arguments précédents doivent être d'autant plus relativisés qu'il convient de les mettre en balance avec les intérêts spécifiques qui justifient la force obligatoire du contrat de travail. Cette force obligatoire, j'ai essayé de le montrer, n'est pas la force obligatoire ordinaire qu'ont, en droit commun, les contrats ayant la même structure. C'est, dans le droit actuel, une force obligatoire renforcée qui met normalement le salarié à l'abri des modifications de sa situation qui lui seraient défavorables, même par le jeu d'accords collectifs liant son employeur. Plutôt que de présenter la solution comme la conséquence inéluctable du jeu normal de l'article 1134 (devenu 1103) du Code civil, il me semble nécessaire de mettre en évidence les raisons particulières qui justifient ce renforcement, en insistant sur le fait que, s'il est d'abord un contrat, le contrat de travail n'est pas un contrat comme un autre. Qu'on ne peut pas le mettre sur le même plan qu'un contrat de location de coffre-fort où la banque peut imposer à son client une augmentation considérable du tarif, parce que, selon la Cour de cassation, celui-ci peut toujours « s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il (n'est pas) contraint de se soumettre aux conditions de la banque en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre »⁵⁴. Ce n'est évidemment pas aux spécialistes de droit du travail que je montrerai la différence, mais il me semble qu'il faut davantage la souligner lorsqu'on met en avant le principe fondamental de la force obligatoire du contrat de travail, plutôt que de s'abriter derrière ce que représente ce principe dans le droit commun des contrats (« du » contrat?). S'il apparaît aujourd'hui

normal – ou plutôt s'il apparaissait jusque-là normal, après 30 ans de solutions jurisprudentielles – qu'on ne puisse imposer à un salarié une augmentation de son temps de travail ou une diminution de sa rémunération y compris par le jeu d'accords collectifs, ce n'est pas parce que l'article 1134 l'imposerait, c'est à cause des intérêts concrets que cette force obligatoire vise à garantir dans le contrat de travail, compte tenu de l'importance que présente ce contrat dans les aspects les plus fondamentaux de la vie du salarié. Pour être très concret (et trivial à la fois), on sait bien que le fait que l'employeur ne puisse imposer au salarié de travailler plus longtemps que ce qui est prévu au contrat peut commander de multiples choix de la vie privée et familiale, de même que sur le niveau de rémunération le salarié doit pouvoir compter parce que c'est prévu dans son contrat. La prévisibilité, la sécurité que doit garantir le contrat, finalités premières de la force obligatoire, présentent donc une importance particulière pour ce type de contrat – même si on comprend bien qu'il faut la concilier avec une certaine flexibilité pour l'entreprise. Ce type de considérations n'est du reste pas propre au contrat de travail, et on doit souligner que, en dehors même du contexte particulier du droit du travail, la solution de droit commun – qui permet à un contractant, dans les contrats à durée indéterminée, d'imposer à l'autre une modification du contrat – a de moins en moins l'occasion de s'appliquer, d'une part en raison de la multiplication des textes qui encadrent la résiliation unilatérale dans des contrats inégalitaires (baux, ouvertures de crédit, agence commerciale, etc.), d'autre part, même en l'absence d'un tel encadrement législatif, en raison d'un contrôle judiciaire de plus en plus fin de l'abus du droit de résiliation unilatérale qui réduit aujourd'hui la possibilité d'imposer à un contractant des modifications sous la menace d'une résiliation du contrat. Cette jurisprudence connaît un développement particulier dans le cadre des contrats que certains ont appelés « de situation »⁵⁵, pour lesquels le maintien du contrat et de ses conditions initiales présente un intérêt essentiel pour le contractant dépendant. On songe spécialement aux contrats de distribution, dans lesquels un contrôle renforcé de l'abus du droit de résiliation unilatérale, qui flirte parfois avec l'exigence de motifs légitimes de la rupture⁵⁶, limite considérablement la possibilité pour le contractant en position de force d'exiger de son partenaire des modifications non justifiées⁵⁷. Pour aller plus loin dans cette direction, des

(54) Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, préc.

(55) D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 177.

(56) Sur cette jurisprudence et ses limites, v. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004, n° 413 s.

(57) V. ainsi dans des contrats de concession Com. 25 oct. 1994, n° 93-12.617, D. 1997. 52, obs. D. Ferrier, qui sanctionne le concédant pour avoir résilié après avoir « exigé, sans motifs légitimes, des garanties supplémentaires de son concessionnaire, dans le but non avoué de le déstabiliser financièrement afin de l'inciter à se rapprocher d'un autre concessionnaire » ; Com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, D. 2002. 1974, note P. Stoffel-Munck ; *ibid.* 2841, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2002. II. 10157, note Jamin, qui sanctionne l'abus du contractant qui, dans une conjoncture économique difficile avait « pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de

éléments précieux de réflexion pourraient être trouvés dans les récents écrits doctrinaux relatifs aux « contrats d'existence » (*life time contracts*)⁵⁸, qui tendent à la recherche d'un régime juridique commun à tous les contrats qui, comme le contrat de travail, organisent « des relations sociales à long terme par lesquelles les individus se fournissent des biens ou des services, accèdent à un travail ou à une source de revenus » et qui sont « essentiels à la réalisation et l'insertion de l'individu dans la vie sociale »⁵⁹.

18. Rien ne garantit, bien sûr, que cette contextualisation du principe de l'article 1134 suffira à faire échec aux évolutions en cours, dans un contexte économique

qui, aux yeux de beaucoup, semble imposer, au nom de l'intérêt collectif, de renforcer la flexibilité au nom de la sécurité, donc de sacrifier les intérêts individuels normalement garantis par le contrat de travail. Certains pourront même penser que cette vision plus pragmatique de la force obligatoire, parce qu'elle introduit davantage de relativité, de flexibilité dans les solutions, est de nature à légitimer davantage de concessions que la référence au dogme civiliste. Il me semble cependant que, dans la balance des intérêts, ces considérations concrètes devraient peser plus lourd qu'un principe abstrait à la consistance parfois évanescence, et qu'elles permettraient de trouver un meilleur équilibre entre les accords de volonté individuels et les accords collectifs.

mettre en péril la poursuite de leur activité » alors que « le concédant ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires ».

(58) L. Nogler et U. Reifner (eds), « Life time contracts, Social Long-term Contracts », in *Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven, 2014; v. un compte-rendu de l'ouvrage par D. Hiez, « À propos de Life time contracts », RTD civ. 2014. 817.

(59) « Life time contracts », préc.

