

La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité ?

Françoise Favennec, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Le titre 1^{er} de la loi du 8 août 2016 est ambitieux. Il a pour finalité de « *refonder le droit du travail et de donner plus de poids à la négociation collective* ». L'opération est menée en deux temps : un objectif à moyen terme intitulé « *Vers une refondation du code du travail* », un projet plus immédiat consistant, en matière de durée du travail et de congés, à adopter rapidement une nouvelle architecture des règles¹.

L'essentiel est là et c'est sur ce point qu'a enflé la polémique. La loi opérerait une inversion de la hiérarchie des normes et provoquerait dans notre système juridique, une véritable révolution. Pour continuer dans la métaphore architecturale, le texte entraînerait un renversement de la pyramide des normes.

Empruntant faussement à la pensée Kelsénienne, l'articulation des normes reposerait, à l'heure actuelle, sur une organisation hiérarchique avec au sommet les sources internationales et européennes, la Constitution, puis de façon centrale, la loi, archétype de l'intervention de l'État. À la périphérie, interviendraient les conventions collectives dont le but serait l'amélioration du sort des travailleurs avec une prédominance de l'accord ou de la convention de branche sur les accords décentralisés. Le contrat de travail aurait pour fonction l'entrée dans le paysage normatif.

Ce schéma, depuis longtemps inexact, serait remis en cause, par le renversement d'une pyramide qui, la tête en bas, se transformerait en toupie, le sommet devenant la base et *vice versa*.

Lecture évidemment déformée, et du grand auteur autrichien fondateur de l'école de Vienne, et de l'articulation des normes dans les relations du travail en France : celle-ci fait l'objet d'un maillage horizontal entre normes plus que d'une hiérarchie verticale digne d'un système militaire.

En réalité, la loi du 8 août 2016, loin d'opérer une rupture dans l'évolution historique des sources du droit du travail, ne fait que parachever un mouvement en marche depuis trente-cinq ans : recomposition de l'articulation entre source légale et source conventionnelle avec l'appel depuis 1982, 2004, 2008 aux notions de dérogation, de délégation, de supplétivité ici fortement présentes. Transformation de l'articulation des accords collectifs de niveaux différents avec une tendance très nette, à une décentralisation de la source conventionnelle vers l'entreprise. Processus en cours mais inachevé d'une nouvelle articulation de la convention collective et du contrat de travail.

Bref, la loi du 8 août 2016 s'inscrit dans la continuité ; elle accélère un mouvement plus qu'elle n'opère une rupture.

Mais si les articles 1^{er} et 8 de la loi n'ont pas le caractère novateur et révolutionnaire que les commentateurs leur prêtent, ils proposent cependant un programme ambitieux pour les mois et les années à venir : opérer une réécriture du Code du travail en son entier en l'expérimentant préalablement dans le domaine phare de la durée du travail. Le projet est de grande ampleur,

la présentation formellement lumineuse. Mais, à l'expérience, sa mise en œuvre révèle une fausse simplicité. Les concepts utilisés sont flous. La répartition du domaine de la loi et du droit conventionnel relève davantage d'une présentation formelle que d'un changement en profondeur, du moins pour l'instant. La suprématie de l'accord d'entreprise pourrait se trouver largement contenue par la progression d'un ordre public conventionnel de branche. Enfin la question brûlante de l'articulation entre accord collectif et contrat de travail ne donne lieu, une fois de plus, qu'à une solution ponctuelle sans construction d'ensemble.

LOI-ACCORD COLLECTIF : UNE CLARIFICATION FORMELLE

L'intention est claire. Il s'agit de répondre aux différents rapports, commissions, comités, de tous horizons dressant un constat réel mais sombre du rôle de la loi dans les relations du travail au XXI^e siècle : trop de lois, trop complexes, trop changeantes, illisibles, peu adaptées aux exigences de l'entreprise. À l'inverse, certains professionnels et auteurs vantent les mérites d'un droit conventionnel paré de toutes les vertus : mieux adapté aux réalités de l'entreprise, plus novateur, mieux appliqué que le droit légal, fruit d'un compromis entre des acteurs, eux-mêmes dotés désormais d'une certaine légitimité. Aussi la loi du 8 août 2016 tente d'initier un processus de conventionnalisation du droit du travail, en fixant une méthode qui, si elle

1. L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art 1^{er}.

2. L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 8.

est une tentative de clarification, comporte cependant des zones d'ombre.

■ Clarification

D'abord l'article 1^{er} paraît suivre les préconisations d'une partie de la doctrine suggérant un resserrement du droit étatique sur l'édiction de principes fondamentaux, le reste étant renvoyé à la négociation collective. Tel va être l'objet de la commission³ créé par l'article 1^{er} de la loi, dont le rôle sera la refondation de la partie législative du Code du travail, dans l'optique d'attribuer une place centrale au droit conventionnel par un élargissement de son champ et de ses compétences. La mission dévolue à cette commission n'est pas simple : il s'agit, tout en donnant la place d'honneur à la source conventionnelle, de respecter l'article 34 de la Constitution et d'éviter l'écueil de l'incompétence négative que ne manquerait pas de relever le Conseil constitutionnel.

Il s'agit également de préciser la notion de loi supplétive applicable en l'absence d'accord collectif. Les deux ans donnés à la Commission paraissent courts pour un travail aussi considérable.

Ensuite l'article 8, suivant les préconisations du rapport Combexelle⁴, expérimente la méthode dans le domaine de la durée du travail, de la répartition et de l'aménagement des horaires : « *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* »⁵. Telle est la feuille de route. La méthode est celle de la répartition : la loi a un domaine réservé dénommé sans doute abusivement « règle d'ordre public ». Le droit conventionnel a son champ propre, élargi, où il bénéficie d'une réelle autonomie sans se préoccuper de son caractère favorable ou défavorable par rapport au droit antérieur. La loi supplétive n'intervient que secondairement, à défaut d'accord collectif. Et c'est le législateur qui, cas par cas, opère une telle répartition.

■ Opacité

L'enthousiasme retombe cependant dès lors que les concepts proposés sont confrontés aux réalités. Il en est ainsi de la notion d'ordre public, dont la loi

use et abuse. C'est également le cas du domaine du droit conventionnel.

L'ordre public

La notion d'ordre public a toujours été entourée d'un halo de brume. Il était cependant admis que l'ordre public absolu se distinguait de l'ordre public social, ouvrant, lui, le champ à la dérogation *in melius*. C'était même le rôle primordial du droit conventionnel que de mettre en œuvre ce fameux ordre public social.

Qu'en est-il de la notion d'ordre public à laquelle le texte de 2016 fait référence comme un leitmotiv dans le domaine d'expérimentation qu'elle a choisi : le droit de la durée du travail ? La mise en œuvre de la distinction laisse perplexé : il aurait pu être envisagé, dans la nouvelle configuration, que l'ordre public renvoie à un noyau dur de normes indérogables tels que les principes généraux du droit, les principes fondamentaux, voire les principes essentiels du Comité Badinter si vite enterrés... Le reste étant laissé au droit conventionnel.

Pas du tout : la loi énumère effectivement une série de règles dont l'impérativité est très variable ; que l'exigence d'une pause, les durées maximales quotidienne et hebdomadaire de travail, le principe de la majoration des heures supplémentaires, le repos quotidien et hebdomadaire, les congés payés, soient ainsi dénommés d'ordre public. Certes, ils touchent à la santé du salarié. Mais la même appellation est employée pour le principe d'un délai de prévenance en cas de changement dans la répartition du travail des salariés, le contenu de l'accord instaurant le forfait jours ou heures, la liste des jours fériés, la durée minimale hebdomadaire du travail à temps partiel.

Cette énumération laisse perplexé. C'est la reprise, à quelques petites évolutions près, du Code du travail précédent. Aucune ligne, aucun indice ne permet de dégager ce qui serait véritablement un texte teinté d'impérativité et ce qui serait susceptible d'amélioration ou de dérogation.

La technique même de l'énumération conforte paradoxalement la place du lé-

gislateur : c'est la loi qui fixe les domaines respectifs de la loi et de l'accord et l'on perçoit mal l'impact de la dénomination d'ordre public. Cela signifie-t-il que ces règles légales sont indérogables, y compris dans un sens amélioratif ? Tel ne semble pas le cas puisque, quelques lignes plus loin, le législateur organise de telles dérogations.

Le champ du droit conventionnel

En réalité, le bel ordonnancement proposé par Mme El Khomri facilite la lecture de la répartition des rôles entre la loi et la négociation collective. Mais il change peu la fonction de l'accord collectif. Le rôle de la loi n'a pas fondamentalement subi de mutations : l'ordre public social est toujours présent, le concept de dérogation à la loi est largement usité, celui de délégation est en légère progression.

• Des accords amélioratifs

C'est le jeu même de l'ordre public social qui persiste. La loi y fait notamment référence pour l'amélioration par voie conventionnelle du régime des pauses et temps de restauration pour l'adoption d'une limite inférieure à 1 607 heures annuels dans le décompte des heures supplémentaires. Dans ces hypothèses, l'accord est facultatif⁶. Mais cela nécessitait-il l'adoption d'un texte pour le dire ?

• Des accords dérogatoires

La loi Travail renvoie à des accords collectifs prévoyant des garanties ou des régimes différents de ceux retenus par la loi. Les exemples sont légion : dépassement des durées maximales du travail, répartition du travail sur une période supérieure à la semaine, conventions de forfait, travail de nuit, travail dominical, dérogations à la durée minimale de travail des salariés à temps partiel et au repos journalier et hebdomadaire... Ce mécanisme suppose un texte prévoyant la dérogation. Il est classique dans le domaine de la durée du travail. La loi du 8 août 2016 n'apporte rien de bien neuf sur ce point.

• Une délégation de la loi à l'accord

Ici, le législateur ouvre un champ au droit conventionnel et laisse aux partenaires sociaux le soin d'en aménager le régime : astreintes, mise en œuvre ●●●

3. Commission d'experts et de praticiens du droit social.

4. Qui avait prôné une démarche en deux temps : une expérimentation dans un domaine circonscrit (ACTES) puis une généralisation de la nouvelle architecture à l'ensemble du code.

5. C. trav., art L. 3111-3.

6. Une durée équivalente au travail, un temps de pause supérieur à la durée normale une convention ou un accord peut mettre en place les astreintes.

●●● des contreparties aux temps d'habillage et de déplacement, majorations des heures supplémentaires et contingent d'heures, travail intermittent constituent des délégations du législateur aux organisations syndicales. Mais la loi de 2016 ne fait ici qu'élargir une voie déjà ouverte par la loi de 2008. La délégation de la loi à l'accord rend celui-ci tantôt obligatoire⁷, tantôt facultatif⁸. Le constat est assez décevant : l'articulation entre loi et accord collectif dans ce domaine spécifique est peu novateur. Souhaitons qu'il le soit davantage dans le Code du travail en son entier !

ACCORD D'ENTREPRISE – ACCORD DE BRANCHE : UNE PRÉVALENCE CIRCONSCRITE

S'agissant du droit de la durée du travail, le législateur précise point par point la prévalence de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche. Il le fait par l'adoption de la formule, déjà usitée en 2008, « *une convention ou un accord d'entreprise ou, à défaut, une convention ou un accord de branche...* ». Ceci ne signifie pas entreprise **ou** branche. Ceci indique une **priorité** pour l'accord d'entreprise. La règle devient quasi générale dans le droit de la durée du travail. Mais ceci ne préjuge pas des autres domaines.

► Généralisation dans le droit de la durée du travail

De marginale, la règle devient habituelle : majoration des heures supplémentaires, dérogation à la durée minimale de repos ou aux durées maximales de travail, temps de pause, mise en place du temps partiel ou du travail intermittent, travail de nuit, forfait jours... relèvent prioritairement de la négociation d'entreprise. Subsistent juste quelques exceptions, certaines d'importance comme la dérogation par accord de branche étendu à la durée minimale hebdomadaire du temps partiel.

Mais cette priorité, sans doute applicable depuis l'entrée en vigueur de la loi⁹, ne s'applique pas à un terrain vierge. Elle intervient dans un domaine

jonché d'accords de branche, ou d'accords professionnels antérieurs.

Peut-on considérer que tout accord d'entreprise nouveau pourra s'abstraire des dispositions incluses dans les accords de branche ou le scénario joué déjà en 2004, consistant à introduire à ce niveau, des clauses de verrouillage interdisant toute indépendance à l'accord d'entreprise pourra-t-il se rejouer ?

Notons tout d'abord, pour le passé, que l'article 45 de la loi de 2004 disposant que l'accord collectif conclu postérieurement à la loi « *ne peut déroger défavorablement à une convention collective de niveau supérieur conclue antérieurement* » est écarté par le nouvel article 8 XIV. Exit donc les dispositions des accords de branche antérieurs à 2004 si l'accord d'entreprise les contredit.

S'agissant des clauses de verrouillage contenues dans les accords de branche conclues depuis 2004, la loi du 20 août 2008 en avait écarté l'application ponctuellement¹⁰. Cette mise à l'écart est généralisée par l'article L. 2232-5-1 du Code du travail. Si celui-ci permet à l'accord de branche de 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, c'est « *à l'exclusion des thèmes pour lesquels la loi prévoit la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise* ». Le droit de la durée du travail en fait partie.

► Interrogation dans les autres domaines

Pour le reste en revanche, c'est l'inconnu.

D'une part, la loi Travail confère à la branche une mission d'intérêt général. Outre les domaines sanctuarisés non dérogeables par accord d'entreprise¹¹, la branche se voit reconnaître un rôle central par l'article L. 2232-5-1 du Code du travail : définir, par la négociation, « *les thèmes sur lesquels les conventions et accord d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords conclus au niveau de la branche...* ». La

loi permet aux branches de fixer des clauses de verrouillage. L'article L. 2232-9 du Code du travail précise de plus, que les organisations syndicales et professionnelles représentatives dans les branches professionnelles « *engagent dans un délai de deux ans [...] une négociation portant sur la définition de l'ordre public conventionnel applicable dans leur branche* ». La branche peut donc fermer la porte à l'accord d'entreprise.

D'autre part, la future commission chargée de la refondation du Code du travail doit remettre ses travaux dans un délai de deux ans. C'est à elle de définir ce qui relève du droit légal, ce qui ressortit au droit conventionnel et lequel. Il risque donc d'y avoir, chronologiquement, un certain télescopage et un conflit de priorités.

Certes, c'est le législateur qui déterminera ce qui relève de son champ législatif et précisera ce qui est prioritairement du domaine de l'accord d'entreprise. Mais ne devra-t-il pas tenir compte de l'ordre public conventionnel fixé par la branche, si celui-ci est antérieur ? La question sera de savoir qui « *dégaine* » le premier.

ACCORD COLLECTIF – CONTRAT DE TRAVAIL : UNE SOLUTION PONCTUELLE

Reste le dernier étage de la fusée : l'articulation accord collectif – contrat de travail qui a donné lieu à amples discussions.

La combinaison accord collectif – contrat de travail répond à l'article L. 2254-1 du Code 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* ». Mais l'on sait quelles difficultés cette autonomie du contrat de travail a posé en présence d'accords collectifs relatifs à l'organisation du temps de travail. Les interventions légales ont jusqu'alors été ponctuelles¹².

La loi du 8 août 2016 ne déroge pas sur ce point. Elle est de la même veine dans le domaine précis des accords col-

7. C. trav., art. L. 3121-7 pour le temps d'habillage et de déshabillage et le temps de déplacement « la convention ou l'accord collectif... prévoit le taux de majoration des heures supplémentaires et définit le contingent annuel ».

8. La convention ou l'accord peut prévoir « qu'une contrepartie sous forme de repos est accordée au titre du contingent annuel applicable dans l'entreprise ».

9. Alors qu'en ce domaine, l'exigence d'un accord majoritaire n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 2017.

10. Notamment pour la fixation des contingents d'heures supplémentaires ou la répartition du temps de travail sur une période supérieure à la semaine.

11. Salaires minimaux, classifications, garanties collectives complémentaires de mutualisation des fonds de la formation complémentaire et, depuis 2016, prévention de la pénibilité et égalité professionnelle entre femmes et hommes.

12. Loi Aubry, loi Warsman qui dénie à l'application de l'accord collectif la qualification de modification du contrat de travail ; accord de mobilité et accord de maintien de l'emploi qui entraînent la suspension des clauses contraires du contrat de travail.

lectifs de préservation ou de développement de l'emploi. Les stipulations de ces accords « 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 »¹³. Le législateur affirme donc la primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail, probablement durablement¹⁴, sachant cependant que les

dispositions conventionnelles ne peuvent avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié. En cas de refus du salarié le régime du licenciement est aménagé¹⁵.

Bref, la loi El Khomri organise dans cette hypothèse aux contours assez flous¹⁶ une prévalence de la source conventionnelle sur la source contractuelle.

Cette succession de règles ponctuelles finira-t-elle un jour par se nover en règle générale ?

Finalement, dans la loi El Khomri, il n'y a pour l'instant ni révolution, ni renversement de la hiérarchie des normes mais la poursuite d'un long processus qui cherche à rendre centrale et effective la place du droit conventionnel, sous le regard du législateur. ■

13. C. trav., art. L. 2254-2-1.

14. Il s'agit d'une substitution aux clauses contractuelles et non d'une suspension des clauses contraires du contrat de travail.

15. C. trav., art. L. 2254-2, si le salarié refuse une telle modification, le licenciement est fondé sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. Enfin, la procédure est celle du licenciement individuel pour motif économique et le salarié bénéficie d'un dispositif d'accompagnement.

16. Qu'est-ce qu'un accord de préservation et de développement de l'emploi ?

Une négociation (collective) plus souple et plus loyale ?

Patrice Adam, Professeur à l'Université de Lorraine

« Favoriser une culture du dialogue et de la négociation. »
Tel est l'intitulé – et l'ambition – du titre II de la loi Travail n° 2016-1088 du 8 août 2016. L'expression renvoie ici à un bloc normatif se donnant pour objet de créer les conditions permettant l'émergence ou le renforcement, chez certains acteurs sociaux désignés, d'un ensemble de représentations, de manières de penser, d'agir, de se comporter, tout entier fondé sur l'idée que le dialogue et la négociation sont les voies privilégiées – préférable à une démarche conflictuelle (qu'elle emprunte ou non forme juridictionnelle) –, pour régler les « oppositions d'intérêts et/ou de points de vue » entre ces acteurs, intérêts propres ou intérêts dont ils sont investis par voie de représentation. Pour le dire autrement, et en revenir au sens « naturel » du terme culture, il s'agit pour le législateur de 2016 d'améliorer le mi-

lieu, le sol, législatif pour obtenir un meilleur rendement des divers processus de dialogue et de négociation, encadrer – institutionnaliser – par le droit, et en stimuler la croissance. C'est que ses fruits, nous enseignent les « jurisculteurs » d'aujourd'hui (en 2015, rapports Combrexelle, Terra Nova, Institut Montaigne...) – Jean Auroux avait planté la première graine au début des années 1980¹ –, sont bien moins aigres que ceux qui poussent sur les arbres de la discorde.

Ce titre II forme un ensemble disparate – comme l'est la notion même de dialogue social – composé de trois chapitres (supportant de multiples obligations, pour le gouvernement, de rédiger des rapports sur différents sujets²). Le chapitre II (art. 21 à 26) vise à renforcer la légitimité des accords collectifs et contient quelques-unes des mesures les plus « médiatiques » de ce titre (dispositions relatives au seuil électoral de

validation des accords collectifs ou aux accords de développement et de préservation de l'emploi). Le chapitre III (art. 27 à 38) a pour objet le renforcement des acteurs du dialogue social et contient des dispositions hétérogènes (des locaux mis à la disposition des organisations syndicales par les collectivités territoriales jusqu'à la désignation des conseillers prud'hommes, en passant par la contestation de l'expertise CHSCT). De ces différents aspects, nous ne soufflerons mot, pour nous concentrer sur le processus de négociation collective, strictement entendu (même s'il va de soi que certaines de ces évolutions, comme celles relatives à la généralisation des accords collectifs majoritaires ou à la (quasi) disparition des avantages individuels acquis en cas de dénonciation/mise en cause³, peuvent avoir forte influence sur le cours de la négociation en y modifiant « les jeux de force » et les « stratégies ●●●

1. J. Auroux, Les droits des travailleurs, Rapport au président de la République et au Premier ministre, sept. 1981, La documentation française, p. 24 et s. : « La politique contractuelle doit devenir la pratique privilégiée du progrès social [...] ; la négociation doit devenir le mode normal de fonctionnement des relations sociales. »

2. Par ex., le gouvernement présentera, au plus tard le 31 décembre 2016, un rapport sur les voies de valorisation et de promotion du dialogue social [...] (L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 15).

3. C. trav., art. L. 2261-13 et L. 2261-14 (reste le maintien de la rémunération perçue).