



HAL
open science

L'articulation des niveaux de négociation collective

Hélène Guizien

► **To cite this version:**

Hélène Guizien. L'articulation des niveaux de négociation collective. Sciences de l'Homme et Société. 2018. dumas-01903867

HAL Id: dumas-01903867

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01903867>

Submitted on 24 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille.

Aix-Marseille Université.

Master II Mention Droit des affaires – Spécialité Droit social.

L'ARTICULATION DES NIVEAUX DE NÉGOCIATION COLLECTIVE.

Mémoire de Hélène GUIZIEN.

Sous la direction de M. le Professeur Alexis BUGADA.

Année universitaire 2017 – 2018.



**L'ARTICULATION DES NIVEAUX DE
NÉGOCIATION COLLECTIVE.**

REMERCIEMENTS.

Je remercie M. Alexis Bugada, pour m'avoir conseillée et aidée à retravailler mon plan afin que mes idées soient mieux organisées et mieux formulées ; ainsi que pour le temps qu'il a pu accorder à mes questions.

SOMMAIRE

PARTIE 1. LA CONSECRATION D'UNE PRIMAUTE RELATIVE DE LA CONVENTION D'ENTREPRISE.

Titre 1. Des rapports renouvelés entre la branche et l'entreprise.

Chapitre 1. La branche détrônée au profit de l'entreprise.

Chapitre 2. L'exclusion partielle de la règle de faveur au profit d'une règle d'équivalence.

Titre 2. La primauté relative de la convention d'entreprise.

Chapitre 1. Le renversement partiel du principe : des domaines de primauté de la branche.

Chapitre 2. Le renforcement de la primauté d'entreprise par sa faculté d'aménagement.

PARTIE 2. LA PROMOTION D'UNE POLITIQUE CONTRACTUELLE INNOVANTE POUR LES DEUX NIVEAUX DE NEGOCIATION.

Titre 1. La recherche d'une plus grande adaptabilité de la norme sociale.

Chapitre 1. L'adaptabilité de la négociation collective issue du nouvel ordonnancement.

Chapitre 2. Les accords de performance collective : un exemple de la contractualisation collective des conditions de travail.

Titre 2. Une contractualisation à concilier avec les intérêts salariés.

Chapitre 1. Une adaptabilité de la norme sociale redoutée.

Chapitre 2. Les garanties nécessaires aux intérêts salariés.

LISTE DES ABREVIATIONS

Abréviation	Libellé
Al.	Alinéa
AME	Accords de maintien de l'emploi
AMI	Accords de mobilité interne
APC	Accords de performance collective
APDE	Accords de préservation et de développement de l'emploi
Art.	Article
ass. plen.	Assemblée plénière
Cass.	Cour de cassation
CDD	Contrat(s) à durée déterminée
CE.	Conseil d'Etat
Chap.	Chapitre
C. civ.	Code civil
CFDT	Confédération française démocratique du travail
Ch.	Chambre
Circ.	Circulaire
CJCE/ CJUE	Cour de justice de la communauté européenne / de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Cons. cont.	Conseil constitutionnel

CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CSE	Conseil social et économique
C. trav.	Code du travail
CTT	Contrat(s) à temps partiel
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DIRECCTE	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
DP	Délégation du personnel
Dr. soc.	Revue Droit social
éd.	Edition
Ex.	exemple
Gr. ch.	Grande chambre
INSEE	Institut nationale de sondage et des études économiques
JDI	Journal du droit international
JCP S	La revue juridique sociale
L.	Loi
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
OSR	Organisation(s) syndicale(s) représentative(s)
Ord.	Ordonnance

PME	Petites et moyennes entreprises
Pt.	Point
Rapp.	Rapport
RDE	Répertoire du droit européen
RDT	Revue de droit du travail
Rép. trav.	Répertoire Dalloz du droit du travail
RLC	Revue Lamy de la concurrence
Soc.	Chambre sociale
SSL	Semaine sociale Lamy
TPE	Très petites entreprises
TFUE	Traité du fonctionnement de l'Union européenne
UIMM	Union des industries et métiers de la métallurgie

INTRODUCTION

Selon le gouvernement, l'ordonnance n°2017-1385¹ « s'inscrit dans le projet global de transformation du code du travail, destiné à libérer les énergies et offrir de véritables protections aux salariés, par la négociation avec les salariés et leurs représentants et la sécurité juridique attendue. /Ce projet doit contribuer à favoriser le progrès social et économique pour la France et les Français, dans la droite ligne de notre héritage social, en conciliant fidélité au passé et adaptation aux enjeux de notre temps »² ; l'ambition est haute, voire risquée dans la mesure où est « fait ainsi le pari de la confiance et de l'intelligence collective des entreprises, des salariés et de leurs représentants, au premier rang desquels les organisations syndicales »³.

L'articulation des niveaux de négociation collective a fait l'objet de diverses réformes, depuis l'instauration, au début du XXe siècle, d'un encadrement légal des conventions collectives de travail. Une convention collective est traditionnellement définie comme un « accord conclu entre, d'une part, un employeur ou un groupement d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés possédant un caractère représentatif dans le champ de la convention, en vue de déterminer l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail des salariés, et leurs garanties sociales »⁴ ; elle se différencie ainsi de l'accord collectif en cela que ce dernier « ne traite que de points particuliers »⁵. Néanmoins, dans les textes législatifs et réglementaires, depuis l'ordonnance n°2017-1385⁶, il ressort des articles L. 2232-5 et L. 2232-11 du Code du travail, relatifs respectivement aux conventions de branche et aux conventions d'entreprise, que le terme de convention désigne de manière indifférenciée une convention stricto sensu ou un accord. C'est pourquoi le terme de convention sera, au fil des développements, préféré, sauf indication inverse.

¹ Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

² Rapp. au président de la République relatif à l'ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 28.

³ *Ibidem*.

⁴ DEBARD, T. et GUINCHARD, S. *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Lexiques, 25e éd., Dalloz, juin 2017, p. 314.

⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁶ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

Il s'agira de démontrer que cette définition traditionnelle de convention collective n'est plus tout à fait précise, et ce depuis la loi n°96-985⁷, dans la mesure où plusieurs dispositifs visant l'existence d'une norme collective de travail au niveau de l'entreprise et, consistant en une alternative aux délégués syndicaux ont été mis en place. Cela constitue un premier indice d'une évolution de la négociation collective, dont l'une des manifestations les plus frappantes est la place croissante de la convention d'entreprise consacrée par l'ordonnance n°2017-1385⁸ qui instaure un principe de primauté de la convention d'entreprise ; non seulement de la convention d'entreprise stricto sensu mais également de « *toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, [...] soit au niveau de l'établissement* »⁹, au regard du nouvel article L. 2232-11 du Code du travail. Aussi, tout le long de ces développements, le terme de convention d'entreprise désignera, sauf indication inverse, l'ensemble des normes conventionnelles envisagées par l'article susvisé.

Cette imprécision de définition peut également être relevée à l'égard de celle de la négociation collective, donnée traditionnellement par la doctrine. En effet, celle-ci est habituellement définie comme « *l'ensemble des discussions entre les représentants des employeurs ou des organisations professionnelles d'une part, et des syndicats représentatifs de salariés d'autre part, en vue de conclure une convention collective* »¹⁰. Cela rejoint la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle le sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « *confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »¹¹, mais ne prend pas en compte que, dans le même temps, celui-ci énonce qu'il n'existe pas « *pour autant un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* »¹² en faveur desdites organisations. La classe politique, elle, s'en est tant inspirée que l'ordonnance n°2017-1385 a offert la possibilité d'un « *accord* »¹³ ratifié par les salariés sans qu'aucune discussion préalable avec ces derniers, ou leurs représentants, ne soit exigée. Or, dans le langage commun comme juridique, le terme de négociation désigne un

⁷ L. n° 96-985, 12 novembre 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, JORF n°264 du 13 novembre 1996, p. 16527.

⁸ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁹ Art. L. 2232-11 du C. trav.

¹⁰ DEBARD, T. et GUINCHARD, S. *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Lexiques, 25e éd., Dalloz, juin 2017, p. 753.

¹¹ Cons. constit., 6 novembre 1996, 96-383 DC, cons. 8, JORF du 13 novembre 1996, p. 16531.

¹² *Ibidem*.

¹³ Art. L. 2232-21 à L. 2232-23 du C. trav.

processus de discussion visant à trouver une entente¹⁴. Un deuxième indice de l'évolution de la négociation collective se profile donc.

Néanmoins, il convient, avant tout, de revenir rapidement sur la prise en charge légale de la négociation collective ; et ce afin de mieux en appréhender les enjeux issus des dernières réformes¹⁵.

Après avoir été empêchée par le délit de coalition¹⁶, la constitution de syndicats professionnels est autorisée par la loi Waldeck-Rousseau le 21 mars 1884¹⁷. Pourtant, le législateur ne prévoit un cadre légal à ces dernières que par la loi du 25 mars 1919¹⁸. La loi Waldeck-Rousseau constitue, toutefois, déjà une première avancée puisqu'elle reconnaît l'existence d'intérêts communs aux travailleurs ; existence niée par la loi Le Chapelier qui créa le délit de coalition précisément en vue d'enrayer toute formation d'une association professionnelle. En effet, celle-ci est promulguée à la suite du décret d'Allarde¹⁹ qui abolit les corporations, jugées incompatibles par les révolutionnaires avec la liberté d'entreprendre, instaurée à cette occasion. Or, toute dimension collective du travail est réfutée par cette loi Le Chapelier, et ce autant du côté patronal qu'ouvrier, dans la mesure où elle interdit aux « *citoyens d'un même état ou profession [...] [de] tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs* »²⁰. En reconnaissant des intérêts communs aux travailleurs, et la possibilité de se regrouper sous la forme de syndicats, elle a reconnu aux travailleurs la possibilité de contracter de manière collective. Avant même l'instauration d'un cadre légal, des conventions collectives sont conclues par les syndicats ; on passe de 34 conventions signées en 1893 à 252 en 1910²¹.

Toutefois, ces conventions collectives ne sont que de simples contrats²² et, peinent alors à se développer. En effet, sans cadre légal propre à imposer des prévisions collectives, la liberté individuelle reste présente et forte dans ce cadre qui se veut collectif puisque la convention

¹⁴ Site Larousse - < <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/négociation/54081> >

¹⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.– Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁶ L. Le Chapelier, 14 juin 1791.

¹⁷ L. Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884.

¹⁸ L., 25 mars 1919, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 28 mars 1919, p. 3181.

¹⁹ L., 17 mars 1791, portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

²⁰ Art. 2 de la L. Le Chapelier, 14 juin 1791.

²¹ FOURNIER, P., « Evolution des textes concernant les conventions collectives, le salaire minimum et les conflits collectifs », Cahiers du Chatefp n°2-3, janvier 2000.

²² DEVAUX, E., *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, Préface B. TEYSSIE, coll. Planète Social, LexisNexis, 2016, p. 81.

collective est soumise au principe de relativité des conventions : il faut pour bénéficier de ses prévisions être adhérent à l'un des syndicats signataires et donc, a contrario, il est possible de s'en défaire en quittant ledit syndicat. Par ailleurs, il n'est pas encore prévu que les prévisions conventionnelles prévalent sur celles du contrat de travail.

Un premier pas vers l'efficacité de la convention collective est donc effectué avec la loi du 25 mars 1919 qui envisage le rapport entre les stipulations conventionnelles et le contrat de travail en affirmant que « *lorsqu'un contrat intervient entre un employé et un employeur qui doivent, [...] être considérés comme soumis l'un et l'autre aux obligations résultant de la convention collective* »²³ mais aussi « *lorsqu'une seule des parties au contrat de travail doit être considéré comme liée à par les clauses de la convention collective [...] à défaut de stipulation contraire* »²⁴. Cela n'amointrit que peu la nature contractuelle des conventions collectives puisque l'applicabilité de celles-ci aux travailleurs est toujours subordonnée à leur adhésion personnelle au syndicat.

La nature duale de la convention collective émerge avec la loi du 24 mars 1936²⁵ qui introduit la procédure d'extension permettant de rendre obligatoires, par arrêté du Ministre du travail, les prévisions de la convention collective « *pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention* »²⁶. Point alors la dimension réglementaire de la convention collective qui ne s'applique plus nécessairement aux seuls adhérents des syndicats signataires ; elle sera renforcée par la loi du 11 février 1950²⁷ qui dispose que la convention collective est applicable à tous les salariés liés par un contrat de travail à un employeur, lui-même, lié par ladite convention : peu importe donc que le salarié soit adhérent ou non à une organisation syndicale.

La convention de branche était la figure de proue de la négociation collective, et l'est restée, en réalité, jusqu'à l'ordonnance n°2017-1385²⁸ qui a abrogé l'article 45 de la loi n°2004-391²⁹ qui avait fortement limité le mouvement initié par cette dernière. En effet, si l'entreprise avait été activée antérieurement par le législateur en tant que niveau de négociation collective à part

²³ Art. 31q du C. trav. issu de la L., 25 mars 1919, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 28 mars 1919, p. 3181.

²⁴ Art. 31r du C. trav. issu de *ibidem*.

²⁵ L., 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre M du livre Ier du Code du travail « De la convention collective de travail », JORF du 26 juin 1936, p. 6699.

²⁶ Article 31vd du C. trav. issu de *ibidem*.

²⁷ Loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 12 février 1950, p. 1688.

²⁸ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

²⁹ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n°1.

entière³⁰, et même reconnu une primauté de l'accord collectif d'entreprise concernant la réduction du temps de travail³¹, ce n'est qu'avec ladite loi de 2004 que l'essor de celle-ci est réellement initié puisqu'elle dispose d'une faculté dérogatoire quasi générale de la convention d'entreprise vis-à-vis de la convention de branche, sous réserve de l'absence d'une prévision contraire de cette dernière³². Or, l'article 45 susvisé maintenait la valeur hiérarchique vis-à-vis des conventions de niveau inférieur concernant les conventions conclues antérieurement à ladite loi. Au regard de comment l'articulation des niveaux de négociation collective a évolué jusqu'à la consécration d'un principe de primauté de la convention d'entreprise, on peut aujourd'hui considérer que la loi n°2004-391 est symbolique en cela qu'elle apparaît alors comme à mi-chemin entre la négociation collective initiale et celle qui est prônée aujourd'hui.

S'intéresser à l'articulation des niveaux de négociation collective, c'est s'intéresser à la manière dont sont envisagées entre elles les normes conventionnelles conclues au niveau des différents échelons de la négociation collective, mais aussi comment sont appréhendés ces derniers dans la mesure où la négociation collective désigne aussi bien le processus de conclusion d'une convention collective, que la convention collective elle-même. Le système conventionnel français comporte différents niveaux : l'interprofession, la branche, l'interbranche, le niveau professionnel, le groupe, l'interentreprises, l'entreprise et l'établissement. Il est à noter que les niveaux de négociation collective sont, non seulement professionnels, mais également géographiques concernant les conventions de branches et accords professionnels puisque le champ d'application de ces derniers peut être national, régional ou local³³. Le terme de « *niveau* » est défini comme étant un « *échelon d'un ensemble organisé* [ici, le système français de négociation collective], *une position dans une hiérarchie* »³⁴. Le fait qu'il soit au pluriel rejoint le terme d'articulation et invite, ainsi, à une étude systémique de l'organisation de la négociation collective en France. Néanmoins le choix a été fait ici de se concentrer principalement sur le niveau de l'entreprise et de la branche en tant que niveaux de négociation collective ; ainsi, bien que les termes de convention de branche et convention d'entreprise désignent des normes conventionnelles conclues à des niveaux autres que ceux de la branche ou de l'entreprise, il s'agit de préciser que, concernant les acteurs, les

³⁰ L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

³¹ L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF n°136 du 14 juin 1998, texte n° 100.

³² L., 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre M du livre Ier du Code du travail « De la convention collective de travail », JORF du 26 juin 1936, p. 6699.

³³ Art. L. 2232-5, al. 1^{er} du C. trav.

³⁴ Site Larousse - < <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/niveau/54687> >

raisonnements énoncés ici seront principalement axés sur les deux niveaux constitués par la branche et l'entreprise stricto sensu.

Cela implique également de s'intéresser à des éléments connexes à cette articulation et touchant la négociation collective de manière plus générale, et notamment aux acteurs de la négociation collective, leur légitimité, celle de la convention collective, les rapports entre la négociation collective et les autres sources du droit du travail telles que la loi ou le contrat de travail, ou encore la réalité effective de la négociation, etc.

Or, du fait notamment des deux dernières réformes³⁵, ladite articulation a été repensée, autant du point de vue du produit de la négociation collective que du contexte de celui-ci ; en attestent, par exemple, les missions assignées à la nouvelle Commission paritaire permanente de la négociation collective (ci-après CPPNI) ou encore, avec les accords de méthode, la recherche d'une mise en place de règles relatives aux pratiques de négociation. Plusieurs enjeux concernant la négociation collective se dégagent ainsi desdites réformes, et des modifications qu'elles apportent notamment à la question de l'articulation des différentes conventions collectives. On peut relever, en premier lieu, une transformation de l'objet de la négociation collective qui ne semble plus consister en un simple rôle d'amélioration des conditions de travail, et dont la manifestation la plus frappante est celle de la réduction considérable de du traditionnel principe de faveur qui se voit concurrencé par une règle nouvelle d'équivalence. En découle, la question des rôles assignés à chacun des niveaux de négociation collective, et avant tout ceux de la branche et de l'entreprise et, donc, incidemment celle de la supposée « *mort de la branche* »³⁶ affirmée par certains auteurs. Il sera, enfin, nécessaire de s'interroger sur les raisons d'une telle évolution, le but qui est recherché par celle-ci et, de confronter celui-ci aux intérêts salariés afin d'étudier la prise en considération de ces derniers.

Il s'agira alors de démontrer comment la nouvelle primauté de la convention d'entreprise tend à l'instauration d'une politique contractuelle innovante pour les deux niveaux de négociation collective que constituent la branche et l'entreprise. Pour cela, il sera d'abord nécessaire de revenir sur la consécration du principe primauté de la convention d'entreprise qui est à relativiser (Partie I), et donc d'en expliciter sa teneur avant d'envisager la promotion d'une nouvelle politique contractuelle pour les deux niveaux (Partie II) susvisés.

³⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3. – Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

³⁶ Crainte par exemple rapportée par ANTONMATTEI, P.-H., « Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2009, p.883, pt. 2.

PARTIE I. LA CONSECRATION D'UNE PRIMAUTE RELATIVE DE LA CONVENTION D'ENTREPRISE.

L'ordonnance n°2017-1385³⁷ vient renouveler les rapports entre la branche et l'entreprise par la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise (Titre 1), toutefois, celui-ci reste à relativiser (Titre 2).

Titre 1. Des rapports renouvelés entre la branche et l'entreprise.

Si la primauté de la convention d'entreprise avait déjà pu être observée auparavant, sa consécration en tant que principe est venue remplacer la supériorité de la branche (Chap. 1). Celle-ci devient alors supplétive, ce qui signifie une exclusion du principe de faveur, au profit d'une nouvelle règle d'équivalence (Chap. 2).

³⁷ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

Chapitre 1. La branche détrônée au profit de l'entreprise.

La branche a longtemps été incontournable dans l'élaboration de la norme conventionnelle de travail et, s'est ainsi imposée en tant que norme conventionnelle supérieure (Section 1). Cette supériorité s'est prolongée jusqu'à récemment avec consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise (Section 2) malgré de nombreuses exceptions.

Section 1. Une primauté longtemps réservée à la branche.

La branche constitue le lieu traditionnel de la négociation collective (I). En effet, celle-ci longtemps été présentée par le législateur comme la figure de proue de la négociation collective ; et ce même lorsque il a entendu concurrencer sa supériorité hiérarchique (II) en permettant à la convention d'entreprise de lui déroger défavorablement, cette faculté étant laissée à son appréciation.

I. La branche, lieu traditionnel de la négociation collective.

Lorsque les conventions collectives ont commencé à disposer d'un encadrement légal, le système de négociation collective a été centré autour de la notion de « *branche d'activité* »³⁸ qui fût, dans un premier temps, le lieu d'élaboration unique de la négociation collective (A). La négociation collective d'entreprise est consacrée assez tardivement avec la loi n°71- ; toutefois, la branche reste le niveau privilégié (B).

A. Un lieu d'élaboration unique.

Malgré l'adoption de différentes lois relatives aux conventions collectives, les textes ne font état, dans un premier temps, que d'une « *convention collective* » ; les différents niveaux professionnels ne sont pas encore envisagés, ni même le terme de « *branche* ».

En effet, la loi du 25 mars 1919³⁹ ne mentionne que la possibilité pour une convention collective d'être « *valable, soit en tous lieux, soit dans une région déterminée, soit dans une localité ou seulement pour un ou plusieurs établissements spécifiés* »⁴⁰. Bien que la loi du 24 juin 1936 fasse référence au concept de « *branche d'industrie ou de commerce déterminée* »⁴¹ on en reste à la dénomination de « *convention collective* », et ce également avec la Charte du travail⁴² alors qu'il est fait état de « *famille professionnelle* »⁴³ qu'a vocation à représenter le

³⁸ Art. 31f du C. trav., issu de L. n°50-205, 11 février 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 12 février 1950, p. 1688.

³⁹ L., 25 mars 1919, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 28 mars 1919, p. 3181.

⁴⁰ Art. 31d du C. trav., issu de *ibidem*.

⁴¹ Art. 31va du C. trav., issu de L., 24 juin 1936, modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre M du livre Ier du Code du travail « De la convention collective de travail », JORF du 26 juin 1936, p. 6699.

⁴² L., 4 octobre 1941, relative à l'organisation sociale des professions, JORF du 26 octobre 1941, p. 4650.

⁴³ Par exemple art. 27, 30 de la Charte du travail.

comité social⁴⁴, créé au sein de chacune d'elle et à « *chacun des échelons local, régional et national* »⁴⁵. Comme a pu le souligner M. Gérard Vachet, c'est la première fois qu'est instaurée une hiérarchie entre les conventions collectives dans la mesure où les « *conventions régionales ou locales doivent seulement adapter à la région ou à la localité la règle posée par le comité national ou régional* »⁴⁶ ; cette hiérarchie est envisagée sous l'angle géographique et non professionnel.

Il en est de même avec la loi du 23 décembre 1946⁴⁷ qui fait état de « *conventions collectives nationales* » et d'« *avenants régionaux ou locaux* » qui ne peuvent être conclus que « *lorsque les rapports entre employeurs et travailleurs auront fait l'objet d'une convention collective nationale* » dans « *une branche d'activité déterminée* »⁴⁸. Néanmoins on remarque que l'élaboration des conventions collectives est expressément tournée vers le concept de branche d'activité pour laquelle la réglementation conventionnelle doit être prévue « *pour l'ensemble du territoire* »⁴⁹ avant que des « *avenants régionaux ou locaux* » puissent être conclus, toujours par des organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs constituées au niveau de la branche d'activité, « *en vue d'adapter la convention collective nationale [...] aux conditions particulières de travail dans la région ou la localité* »⁵⁰. Bien que cela ne soit donc pas expressément présenté tel quel, il s'agit bel et bien de conventions de branche. Ces conventions viennent fixer les limites dans lesquelles des « *avenants d'établissement* »⁵¹ vont pouvoir être conclus, en vue de régler les conditions de travail dans l'entreprise. Si une réglementation conventionnelle peut alors intervenir au sein de l'entreprise, il ne s'agit pas encore d'une convention collective à part entière mais de simples avenants aux conventions collectives.

Toutefois la loi du 11 février 1950⁵² vient abroger les prévisions de 1946 et donc la hiérarchie instaurée antérieurement entre la convention collective nationale et ses éventuels avenants régionaux ou locaux. À cette occasion la formule d'« *avenants* » régionaux ou locaux est abandonnée : les conventions collectives sont appelées à déterminer leur champ d'application

⁴⁴ Art. 35 de la Charte du travail.

⁴⁵ Art. 27 de la Charte du travail.

⁴⁶ VACHET, G., « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Droit social 2009, p. 896, introduction.

⁴⁷ L. n°46-2924, 23 décembre 1946, relative aux conventions collectives de travail, JORF du 25 décembre 1946, p. 10932.

⁴⁸ Art. 31M du C. trav., issu de *ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Art. 31M du C. trav., issu de L. n°46-2924, 23 décembre 1946, relative aux conventions collectives de travail, JORF du 25 décembre 1946, p. 10932.

⁵¹ Art. 31Q du C. trav., issu de *ibidem*.

⁵² L. n°50-205, 11 février 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 12 février 1950, p. 1688.

qui peut être « *national, régional ou local* »⁵³. Est abrogée également la référence à la possibilité de conclure des « *avenants d'établissement* » sans que le concept ne soit repris sous une nouvelle forme. On en revient donc à un paysage conventionnel exclusivement tourné autour de la « *branche d'activité* »⁵⁴ du point de vue du droit.

Si l'entreprise a donc pu être envisagée par le législateur, soit comme lieu d'application de la norme conventionnelle⁵⁵, soit comme lieu d'élaboration d'une réglementation conventionnelle adaptée⁵⁶, l'acte qui y est conclu n'a jamais été, jusqu'ici, considéré comme une convention collective de travail à proprement parler. Le concept de « *convention collective* » est donc pour l'instant réduit au contexte de « *branche d'activité* ».

B. Un lieu d'élaboration privilégié.

En 1971, les « *conventions d'entreprise ou d'établissement* »⁵⁷ sont consacrées par le législateur⁵⁸ : il ne s'agit plus d'avenants aux conventions collectives nationales, régionales ou locales conclues au niveau de la branche d'activité. La conclusion d'un acte conventionnel au niveau de l'entreprise n'est donc plus subordonnée à l'existence d'une convention collective nationale.

Pourtant si l'entreprise est ainsi consacrée comme niveau de négociation collective, c'est encore la branche qui est privilégiée⁵⁹ par le biais des conventions collectives nationales, régionales ou locales. En effet, les conventions d'entreprise sont appréhendées comme des adaptations auxdites conventions. Ainsi, si en l'absence de telles conventions il est possible de conclure au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, la convention ainsi conclue devra répondre aux exigences d'une convention collective nationale et donc contenir certaines dispositions obligatoires. À ce propos, on peut souligner le fait qu'on envisage l'absence de convention collective nationale, régionale ou locale vis-à-vis des conventions d'entreprise alors que cela n'est pas le cas entre ces différents niveaux géographiques, alors même que lesdites dispositions obligatoires – devant figurer dans une convention d'entreprise conclues en

⁵³ Art. 31a du C. trav., issu de *ibidem*.

⁵⁴ Art. 31f du C. trav., issu de *ibidem*.

⁵⁵ Art. 31d du C. trav., issu de L., 25 mars 1919, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 28 mars 1919, p. 3181.

⁵⁶ Art. 31Q du C. trav., issu de L. n°46-2924, 23 décembre 1946, relative aux conventions collectives de travail, JORF du 25 décembre 1946, p. 10932.

⁵⁷ Art. 31ab du C. trav., issu de la L. n° 71-561, 13 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre Ier du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 modifiée, relatives à la procédure de conciliation, JORF du 14 juillet 1971, p. 6939.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ RODIÈRE, P., « Pour une autorité mesurée de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise », SSL, N° 1084, 16 juillet 2002, pt. 20.

l'absence d'une convention de champ supérieur – le sont uniquement pour les conventions collectives nationales⁶⁰. On ressent ici le privilège de la branche en termes de hiérarchie : une convention régionale ou locale, en tant que convention conclue au niveau de la branche d'activité, ne nécessite pas de telles dispositions car elles se suffisent à elles-mêmes et sont, à partir de 1950, indépendantes des conventions conclues au niveau national, alors que la convention d'entreprise est encore considérée comme un outil permettant d'adapter les prévisions de branche.

Par ailleurs, lorsqu'il existe une convention collective de branche – qu'elle soit nationale, régionale ou locale –, la convention d'entreprise, conclue antérieurement ou postérieurement, n'a que la possibilité d'adapter les dispositions de branche aux conditions particulières de l'entreprise⁶¹, voire l'obligation d' « *adapter ses dispositions moins favorables à celles de la convention nationale, régionale ou locale* »⁶² lorsque cette dernière intervient postérieurement la conclusion d'une convention d'entreprise. Or, comme l'a affirmé M. Pierre Rodière, « *un strict assujettissement de la convention collective d'entreprise à ne jouer qu'un rôle d'addition d'un plus favorable ne peut aller de pair avec la reconnaissance de l'entreprise comme niveau de négociation à part entière* »⁶³.

Le statut hiérarchique de la branche a perduré dans le temps jusqu'aux récentes réformes de 2016⁶⁴ et de 2017⁶⁵. En effet, jusqu'à ces réformes, on appréhende la norme conventionnelle d'entreprise comme un outil d'adaptation : elle est donc soumise comme telle aux prévisions de branche, et ce malgré un certain fléchissement de la puissance hiérarchique de la branche. En effet, la loi du 13 novembre 1982⁶⁶ abroge, d'une part, l'obligation pour la convention d'entreprise, en l'absence de convention de branche, de comporter les dispositions obligatoires de celle-ci alors que celles-ci existent toujours, bien que largement réduites par la loi en

⁶⁰ Art. 31g du C. trav., issu de la L. n°50-205, 11 février 1950, JORF du 12 février 1950, p. 1688, inchangé sur ce point par la L. n° 71-561, 13 juillet 197, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre Ier du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 modifiée, relatives à la procédure de conciliation, JORF du 14 juillet 1971, p. 6939.

⁶¹ Art. 31ab du C. trav., issu de *ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ RODIERE, P., « Pour une autorité mesurée de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise », SSL, N° 1084, 16 juillet 2002, pt. 9.

⁶⁴ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

⁶⁵ Ord. n°2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29 – L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

⁶⁶ L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

question⁶⁷. D'autre part, ladite loi de 1982 instaure la possibilité pour « [l]a convention ou les accords [...] [d'entreprise de] comporter des dispositions nouvelles »⁶⁸. Ainsi la convention d'entreprise ne constitue plus nécessairement que la version adaptée à l'entreprise de la convention de branche : elle peut s'en défaire et envisager des points qui ne l'ont pas été au niveau supérieur. Toutefois, l'articulation branche/entreprise, axée sur la fonction d'adaptation de la convention d'entreprise, reste la même : elle ne peut aller que dans un sens plus favorable que la convention de branche dont elle peut adapter les stipulations aux conditions particulières de l'entreprise⁶⁹.

À l'occasion de la loi du 4 mai 2004⁷⁰ la même logique d'adaptation est maintenue⁷¹, bien que l'articulation entre les conventions de branche et d'entreprise soit significativement modifiée puisqu'il est désormais possible à la convention d'entreprise, en dehors de certains domaines, de déroger à la convention de branche dans la mesure où celle-ci n'en dispose pas autrement⁷². Malgré cela, la branche conserve son rang hiérarchique supérieur : cette possibilité est laissée à l'appréciation de la branche qui peut la retirer, en tout ou partie aux conventions d'entreprise. Par ailleurs, a été conservée l'obligation pour les conventions d'entreprise d'adapter ses prévisions à l'occasion de l'intervention d'une convention de branche, postérieure à sa conclusion⁷³.

La branche a donc longtemps été présentée comme le lieu privilégié de l'élaboration de la norme conventionnelle ; pour autant une certaine concurrence a été instaurée à son égard par le biais de la convention d'entreprise, et ce dès 2004.

II. La branche, un niveau hiérarchique supérieur concurrencé.

À partir du moment où la négociation collective d'entreprise est consacrée par le législateur, ce dernier en fait assez rapidement une concurrente vis-à-vis de la branche. En effet, il s'applique à initier une culture de la négociation collective à ce niveau (A), notamment en introduisant des thèmes de négociations annuelles obligatoires. Il lui offre, ensuite, une faculté de déroger dans un sens moins favorable, et même des domaines de primauté (B).

⁶⁷ Art. L. 132-17 du C. trav., issu de *ibidem*.

⁶⁸ Art. L. 132-23 du C. trav., issu de *ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n°1.

⁷¹ Art. L. 132-23 du C. trav., issu *ibidem*.

⁷² Al. 4 de l'art. L. 132-23 du C. trav., issu de *ibidem*.

⁷³ Art. L. 132-23, al. 2 du C. trav., issu de L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004.

A. L'activation de l'entreprise comme niveau de négociation collective.

Bien que la consécration de l'entreprise en tant que niveau de négociation collective date de 1971⁷⁴, ce n'est, en réalité, qu'en 1982 que l'entreprise est réellement présentée, par le législateur, comme un lieu d'élaboration de la norme conventionnelle à investir.

En effet, d'une part, la loi du 13 novembre 1982⁷⁵ prévoit une section consacrée spécifiquement aux conventions d'entreprise⁷⁶, détachant ainsi celles-ci des conventions de branche alors qu'elles étaient encore présentées en 1971⁷⁷ comme une norme conventionnelle de branche adaptée. D'autre part, ladite loi introduit des thèmes de négociations annuelles obligatoires au niveau de l'entreprise : « *les salaires effectifs, la durée effective, et l'organisation du temps de travail* »⁷⁸. Elle a introduit une obligation de négocier similaire au niveau de la branche puisqu'elle a, d'une part, prévu que doit s'y dérouler chaque année une négociation portant sur les salaires et, d'autre part, une négociation quinquennale portant sur les classifications⁷⁹. On observe donc que le législateur a cru légitime d'insérer, à l'occasion de la même loi, des domaines de négociation collective au sein de deux niveaux distincts, non seulement par leur nature mais, également, eu égard à la manière qu'il avait de les appréhender jusqu'ici. En outre, les domaines insérés au niveau de l'entreprise sont des thèmes clef à la fois du point de vue du droit du travail et de celui de l'entreprise en tant qu'entité économique. En effet, les trois domaines en question constituent des thématiques essentielles pour le salarié – dont la subsistance, le niveau de vie et l'organisation de la vie privée et familiale en dépendent – mais aussi pour l'entreprise dont l'efficacité économique découle notamment de sa manière d'organiser la production, et donc le temps de travail. L'intention de faire de l'entreprise un niveau de négociation collective, non seulement à part entière, mais aussi d'une pertinence égale à celle de la branche, est alors clairement affichée.

Cette volonté est à nouveau affichée à l'occasion de la loi Aubry I⁸⁰ qui vise à réduire le temps de travail à trente-cinq heures. En effet, la priorité est donnée à l'accord d'entreprise ou d'établissement⁸¹, tandis que la convention de branche n'est envisagée que dans des

⁷⁴ L. n°71-561, 13 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre Ier du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 modifiée, relatives à la procédure de conciliation, art. 3, JORF du 14 juillet 1971, p. 6939.

⁷⁵ L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

⁷⁶ Art. L. 132-18 et suivants, issus de *Ibidem*.

⁷⁷ Art. 31ab du C. trav., *ibidem*.

⁷⁸ Art. L. 132-27 du C. trav., *ibidem*.

⁷⁹ Art. L. 132-12 du C. trav., *ibidem*.

⁸⁰ L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF n°136 du 14 juin 1998, texte n° 100.

⁸¹ *Ibidem*, art. 3.

conditions limitatives. Tout d'abord ces dernières ne peuvent organiser la réduction du temps de travail qu'à condition d'être « étendu[e]s ou agréé[e]s en application de l'article 16 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales »⁸² ; ainsi, seule une catégorie réduite de conventions de branche, répondant à des conditions de négociation, de rédaction et de procédure particulières, peut intervenir. D'autre part, l'organisation de la réduction du temps de travail par lesdites conventions de branche n'est possible que, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, « sous réserve d'un accord complémentaire d'entreprise »⁸³ : cela sous-entend l'insuffisante pertinence de la branche pour organiser le temps de travail, et marque, par là même, l'intérêt d'une négociation d'entreprise. Cela rejoint d'ailleurs l'idée véhiculée par les domaines de négociations obligatoires relatifs au temps de travail qui ont été instaurés au niveau de l'entreprise en 1982 : l'entreprise est le niveau le plus approprié quant à l'organisation du temps de travail car il s'agit d'une question dépendant éminemment du contexte de l'entreprise, de sa taille, de son activité, etc. On peut remarquer, à ce propos, que lorsque le législateur a décidé en 2016⁸⁴ de préparer le renversement de l'articulation conventionnelle, il a décidé d'expérimenter la primauté de la convention d'entreprise dans le domaine du temps de travail ; réservant l'élargissement ultérieur de celle-ci aux autres domaines.

C'est donc à partir de la loi n° n°82-957⁸⁵ que la convention d'entreprise commence à être réellement mise en avant, que sa capacité à concurrencer la branche est en train de poindre.

B. D'une faculté dérogatoire conditionnée à l'instauration de domaines de primauté.

Comme cela a été souligné, l'instauration de négociations obligatoires au niveau de l'entreprise constitue un tournant quant à l'articulation des niveaux de négociation collective : en attribuant à l'entreprise des domaines de négociations obligatoires distincts de celles de la branche, on sous-entend sa plus grande faculté à régler certaines problématiques comparativement à celle-ci ; Mme Marie-Armelle Souriac a même parlé de « *promotion spectaculaire en droit sous l'influence de la loi du 13 novembre 1982* »⁸⁶. Il y a déjà là une certaine forme de concurrence puisque la convention d'entreprise était jusqu'ici présentée

⁸² L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF n°136 du 14 juin 1998, texte n° 100.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

⁸⁵ L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

⁸⁶ SOURIAC, M.-A., « L'articulation des accords de branche et d'entreprise : une question de principe(s) », S.S. Lamy 2004 n° 1084, p. 9.

comme la continuité des conventions de branche, qui avait alors vocation à traiter de l'ensemble des sujets relatifs aux conditions de travail des salariés de façon prioritaire.

Avec la loi Aubry⁸⁷, la convention de branche a connu la concurrence de la convention d'entreprise de façon plus significative puisqu'elle a été mise au second rang concernant l'organisation de la réduction du temps de travail. Il ne s'agissait néanmoins que d'un dispositif temporaire visant le passage aux trente-cinq heures. En dehors de celui-ci, c'est bien la convention de branche qui prévalait sur la convention d'entreprise qui ne pouvait prévoir que dans un sens plus favorable par rapport à la branche.

C'est avec l'adoption de la loi de 2004⁸⁸ que la branche commence à pouvoir être réellement concurrencée par la convention d'entreprise. En effet cette loi prévoit qu'il sera possible à la convention d'entreprise de déroger à la convention de branche dans un sens moins favorable, et ce dès lors que la convention de branche n'en dispose pas autrement⁸⁹. Toutefois dès lors qu'on annonce cette nouvelle possibilité, et donc cette brèche concurrentielle, on remarque que la concurrence que peut faire subir l'entreprise à la branche reste à la maîtrise de celle-ci qui peut décider que tel ou tel domaine ne pourra faire l'objet de prévisions moins favorables que les siennes. De plus, la loi a réservé quatre domaines dans lesquels la convention d'entreprise ne pouvait jamais déroger à la convention de branche : « *salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent code* »⁹⁰.

Toutefois, comme a pu le relever Mme Souriac⁹¹, l'article 43 de cette loi de 2004 prévoit que dans certains domaines la convention d'entreprise peut, à égalité avec la convention de branche, déroger à la loi : il en est ainsi, par exemple, avec l'indemnité de précarité due en fin de CDD⁹² ou les conditions dans lesquelles les périodes passées par les salariés temporaires des entreprises de travail temporaire pour des actions en lien avec leur activité professionnelle sont assimilées à des missions⁹³. Si le projet de ladite loi prévoyait une « *mise en égalité des accords de branche et d'entreprise pareillement autorisés à déroger à la loi hormis une poignée d'exceptions* »⁹⁴,

⁸⁷ L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF n°136 du 14 juin 1998, texte n° 100.

⁸⁸ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

⁸⁹ *Ibidem*, art. 42.

⁹⁰ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 42, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

⁹¹ SOURIAC, M.-A., « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. soc. 2004, p. 579, II A).

⁹² L. 122-3-4 du C. trav., issu de la L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (1).

⁹³ L. 124-21-1 du C. trav., *Ibidem*.

⁹⁴ SOURIAC, M.-A., *op. cit.* n°91, II A 2 a).

le texte finalement adopté, bien que réduisant cette possibilité à quelques domaines, la maintient dans des domaines importants : les contrats de travail précaires et le temps de travail. Cela conduit à une « *confrontation directe de l'accord d'entreprise et de la loi [...] plus fréquente. Et si d'aventure, sur les thèmes ouverts aux deux niveaux, l'accord de branche et l'accord d'entreprise interviennent l'un et l'autre, ce dernier l'emportera par application de la règle specialia generalibus derogant sauf si l'accord de branche en dispose autrement* »⁹⁵. Cela agrandit donc la brèche concurrentielle déjà ouverte à la convention d'entreprise : non seulement celle-ci va pouvoir stipuler dans un sens moins favorable que la convention de branche – sauf disposition contraire de la convention de branche – mais, en outre, ce domaine de concurrence est élargi sur certains thèmes puisque la convention d'entreprise ne sera pas non plus limitée par la loi.

La concurrence accrue de la convention d'entreprise vis-à-vis de la convention de branche passe également par l'instauration de domaines de primauté au profit de l'entreprise : la convention d'entreprise étant alors totalement libérée de la convention de branche, tant dans son élaboration que dans son application. Or, dès 1982⁹⁶, le législateur prévoit un domaine de primauté ; il poursuit cette attribution avec la loi du 20 août 2008⁹⁷ et la loi du 8 août 2016⁹⁸. Sans encore s'intéresser au contenu des domaines de primauté ainsi attribués à la convention d'entreprise, il s'agit de relever que cela contribue non seulement à concurrencer la branche, qui voit ainsi sa normativité réduite, mais plus encore à renverser la hiérarchie jusqu'ici traditionnelle, et donc, à « *détrôner* » la convention de branche.

On assiste donc à la croissance progressive de l'importance prise par l'acte conventionnel d'entreprise qui s'est parachevée par la récente consécration du principe de primauté.

Section 2. La consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise.

La consécration d'un principe de primauté de la convention d'entreprise a été progressive (A) ; elle a, également, été construite différemment de celle de la branche (B).

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

⁹⁷ L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

⁹⁸ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

I. D'une primauté d'exception à l'institution d'un principe.

La convention d'entreprise a pu, exceptionnellement, se voir attribuer des domaines de primauté (A) avant que cela consiste en un principe général (B).

A. L'extension progressive du domaine de primauté de la convention d'entreprise.

Comme cela a été relevé⁹⁹, les domaines de primauté de la convention d'entreprise ont été attribués par différentes lois.

Ainsi, en 1982¹⁰⁰, sous certaines conditions, « *les clauses salariales des conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement peuvent prévoir des modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise* »¹⁰¹.

De nouveaux domaines de primauté, plus nombreux, sont attribués à la convention d'entreprise par la loi du 20 août 2008¹⁰² : la fixation du contingent des heures supplémentaires¹⁰³, le remplacement du paiement d'heures supplémentaires par un repos compensateur¹⁰⁴, la période de mise en place des conventions de forfait¹⁰⁵, la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année¹⁰⁶, la mise en place d'un compte épargne temps¹⁰⁷. Tous ces domaines attribués par la loi de 2008 concernent donc le temps de travail. Le mouvement de primauté de la convention d'entreprise dans le domaine du temps de travail a été prolongé par la loi du 8 août 2016¹⁰⁸ qui l'a généralisée à l'ensemble dudit domaine¹⁰⁹.

Cette loi fait suite à la rédaction de plusieurs rapports dont celui de l'Institut Montaigne¹¹⁰ et du rapport Combrexelle¹¹¹, qui proposaient notamment, d'une part, « *de faire de l'accord d'entreprise la norme de droit commun de fixation des règles générales de travail dans le*

⁹⁹ Cf « B. D'une faculté dérogatoire conditionnée à l'instauration de domaines de primauté », p ??

¹⁰⁰ L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

¹⁰¹ L. 132-24 du C. trav., issu de L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

¹⁰² L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32..

¹⁰³ L. 3121-11 du C. trav., issu de la L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 18.

¹⁰⁴ L. 3121-24 du C. trav., *ibidem*.

¹⁰⁵ L. 3121-39 du C. trav., *ibidem*, art 19.

¹⁰⁶ L. 3122-2 du C. trav., *ibidem*, art. 20.

¹⁰⁷ L. 3152-1 du C. trav., *ibidem*, art. 25.

¹⁰⁸ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹⁰⁹ *Ibidem*, art. 8.

¹¹⁰ CETTE, G. & MOREL, F., « Sauver le dialogue social, priorité à la négociation d'entreprise », Institut Montaigne, septembre 2015.

¹¹¹ COMBREXELLE, J.-D., « La négociation collective, le travail et l'emploi », France Stratégie, septembre 2015.

respect de l'OP social absolu»¹¹² et, d'autre part, d'expérimenter la nouvelle architecture du Code du travail¹¹³, avant d'effectuer une rénovation générale ; et ce dans le domaine des « *accords sur les conditions et temps de travail, l'emploi et les salaires* » dans lequel la priorité serait donnée à la convention d'entreprise¹¹⁴. Ces propositions ont donc été reprises par la loi du 8 août 2016¹¹⁵ qui a choisi le domaine du temps de travail pour expérimenter, à la fois, la nouvelle architecture proposée et la priorité d'application de la convention d'entreprise.

Ainsi le domaine de primauté de ladite convention s'en est retrouvé considérablement élargi. Il est toutefois intéressant de s'arrêter sur le choix sémantique du législateur quant à la présentation de cette primauté. Comme le rédigeait M. Jean-Denis Combrexelle dans son rapport en utilisant le terme de « *priorité* »¹¹⁶, la rédaction utilisée par le législateur dans les paragraphes consacrés à la détermination du champ de la négociation collective, au sein des dispositions relatives au temps de travail¹¹⁷, ne présente pas ce nouveau domaine de primauté expressément comme tel. En effet, la convention de branche est présentée comme s'appliquant « *à défaut* » d'une convention d'entreprise ; il n'est donc pas explicitement énoncé que les stipulations d'entreprise prévalent sur les celles de branche ayant le même objet. Cela emporte la même conséquence : la supplétivité de la convention de branche vis-à-vis de la convention d'entreprise dans le domaine du temps de travail. Néanmoins, le fait que le législateur n'ait pas simplement énoncé une règle générale de primauté de la norme conventionnelle d'entreprise au domaine du temps de travail est révélateur d'une certaine prudence ; le fait qu'il ait parfois prévu une exclusivité de la convention de branche¹¹⁸ dans ce domaine où il a voulu instituer la priorité de l'accord d'entreprise rejoint cette observation.

La primauté de l'entreprise, en tant que niveau de négociation collective, a donc été grandement élargie ; d'autant plus si l'on repense qu'elle était initialement conçue comme une simple adaptation de la convention de branche. Toutefois, il ne s'agissait, pour l'instant, que de l'accumulation de dispositions spécifiques, limitées à certains domaines. Comme l'affirme M.

¹¹² CETTE, G. & MOREL, F., « Sauver le dialogue social, priorité à la négociation d'entreprise », Institut Montaigne, septembre 2015, p. 31.

¹¹³ COMBREXELLE, J.-D., *op. cit.* n°111, p. 80. L'auteur propose un triptyque « *principes fondamentaux du droit du travail* » / « *champs ouverts à la négociation collective* » / « *dispositions [...] supplétives* ».

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 95.

¹¹⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹¹⁶ COMBREXELLE, J.-D., *op. cit.* n°111.

¹¹⁷ Partie III, Livre Ier, Titre II, Chapitre Ier du C. trav., issu de L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹¹⁸ Par ex. L. 3121-68, L. 3122-16, L. 3123-18 du C. trav., issus de L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

Pascal Lokiec, cette extension de l'importance de l'entreprise faisait de l'exception que constituait la primauté de la convention d'entreprise, une exception relativement large ; annonçant le principe de primauté de cette dernière¹¹⁹.

B. La consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise.

La loi de 2016¹²⁰ constitue les prémices d'un principe de primauté de la convention d'entreprise. Sans énoncer un tel principe général, elle prévoit, pour nombres de dispositions relatives à la détermination du champ de la négociation collective que la convention d'entreprise est prioritaire vis-à-vis de la convention de branche. La règle est donc encore loin d'être générale puisque qu'elle ne s'applique que dans le domaine du temps de travail et, qu'au sein de ce domaine, le législateur s'est gardé de l'énoncer par le biais d'une seule disposition applicable à l'ensemble dudit domaine : il a préféré faire l'effort de le prévoir à chaque disposition relative à la détermination du champ de la négociation collective de chaque sous-section. Il a, d'ailleurs, parfois dérogé à la primauté de la convention d'entreprise en prévoyant que seule une convention de branche étendue pouvait régler telle ou telle question.

Par ailleurs, si les dispositions en question réglaient la question de l'articulation entre la convention d'entreprise et celle de branche dans le domaine du temps de travail, la convention d'entreprise ne restait alors prioritaire que vis-à-vis de la convention de branche stricto sensu. En effet, il n'était pas procédé, dans la loi de 2016, à un rattachement sémantique au terme « *convention de branche* » des accords professionnels et interbranches. Cela ne posait néanmoins pas de problème dans la mesure où le législateur avait semblé ouvrir ce thème de temps de travail uniquement à la négociation d'entreprise ou de branche dans la mesure où la disposition type utilisée était ainsi formulée : « *Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut prévoir* »¹²¹, « [...] *prévoit* »¹²², « [...] *mettre en place* »¹²³; laissant donc entendre, en l'absence dudit rattachement sémantique, que seules la convention d'entreprise ou de branche pouvaient déterminer telles questions.

¹¹⁹ LOKIEC, P., « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », (interview, propos recueillis par Françoise Champeaux), SSL n° 1781, 11 septembre 2017.

¹²⁰ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹²¹ Par ex. L. 3121-6, L. 3121-19 du C. trav. ; issus de L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹²² L. 3121-7 du C. trav., issu de *ibidem*.

¹²³ L. 3121-11 du C. trav., issu de *ibidem*.

Il se trouve que l'ordonnance n° 2017-1385¹²⁴, ratifiée par une loi du 29 mars 2018¹²⁵, a procédé à un tel rattachement sémantique en venant préciser que « *sauf disposition contraire, les termes “ convention de branche ” désignent la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches* »¹²⁶. Cela a justement été fait dans l'objectif d'instaurer un principe de primauté de la convention d'entreprise, poursuivi par ladite ordonnance, et, donc, de consacrer ainsi le « *déplacement de la force centrifuge de la négociation collective* »¹²⁷.

L'article 1^{er} de ladite ordonnance vient remplacer les articles L. 2253-1 à L. 2253-3 du Code du travail par des dispositions répartissant les domaines ouverts à la négociation collective en trois blocs : les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 donnent la primauté à la convention de branche dans des domaines qui y sont listés tandis que l'article L. 2253-3 dispose que « *dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche s'applique* ». Il est ainsi énoncé un principe : dans tous les cas autres que ceux prévus par la loi, la convention d'entreprise prévaudra sur la convention de branche. Il ne s'agit donc plus de réduire le champ de la primauté d'entreprise à un seul domaine mais d'en faire une règle générale d'articulation des niveaux de négociation collective.

Or, il ressort de la combinaison desdits articles et du rattachement sémantique mentionné que la convention d'entreprise prime face à une convention de branche mais également interbranche ou professionnelle. Il ressort donc de cela que l'ordonnance n° 2017-1385 ne reprend pas simplement le changement d'articulation opéré par la loi du 8 août 2016 dans le domaine du temps de travail pour le généraliser.

Il est intéressant de relever qu'à l'occasion de l'instauration du principe de primauté de la convention d'entreprise, n'a été visé que le concours entre « *stipulations [...] ayant le même objet* »¹²⁸, tandis que la jurisprudence interdisant le cumul d'avantages en cas de concours de

¹²⁴ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹²⁵ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

¹²⁶ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹²⁷ MARTINON, A., « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1047, pt. 2.

¹²⁸ L. 2253-3 du C. trav., *Ibidem*.

conventions collectives visait, non seulement, la notion d'objet mais également de cause¹²⁹. Cela est-il la répercussion de la disparition de la notion de cause en droit des obligations¹³⁰ ? Dans la mesure où, bien que la convention collective comme le contrat constituent un engagement entre plusieurs parties privées, l'ancien article 1108 du Code civil exigeait une cause licite pour la validité d'un contrat, on voit mal en quoi cela est similaire à la détermination de la norme applicable : quelle que soit la norme conventionnelle désignée comme applicable, ce n'est pas la validité desdites conventions qui est recherchée ici. Quelle que soit la raison de cette éviction de la cause dans la détermination de stipulation conventionnelle applicable, force est de constater que cela peut réduire en théorie les cas de concours : la jurisprudence désignant alternativement l'objet et la cause, on peut affirmer que deux stipulations pouvaient avoir la même cause sans avoir le même objet et, donc, entrer en conflit plus facilement.

Si l'ordonnance a bouleversé la logique traditionnelle d'articulation entre les niveaux de négociation collective, il s'agit de relever que la primauté de la convention d'entreprise, sur certains points, diffère de celle reconnue précédemment à la branche.

II. Une primauté différente de la branche.

Il est nécessaire de souligner que, si la primauté de la convention d'entreprise fait suite à celle de la branche, elle s'appréhende différemment : d'une part, elle subit l'emprise législative et réglementaire d'une façon moindre que la branche (A) et, d'autre part, le corolaire que la supplétivité de la branche constitue à son égard, écarte l'existence d'un rapport hiérarchique (B).

A. La convention d'entreprise libérée des prévisions légales.

Il ressort de la combinaison entre la nouvelle architecture des règles en matière de temps de travail, instaurée par la loi du 8 août 2016¹³¹, et la nouvelle articulation des niveaux de négociation collective, instaurée par l'ordonnance n° 2017-1385 et confirmée par la loi n°2018-217¹³², que la convention d'entreprise n'est pas subordonnée aux prévisions légales autant que pouvait l'être la convention de branche.

¹²⁹ Cass., ass. plén., 18 mars 1988, n° 88-40.083.

¹³⁰ Ord. n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 2, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

¹³¹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹³² L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

En effet, la loi du 24 mars 1936¹³³ introduit dans le Code du travail une disposition prévoyant que « *les conventions collectives ne doivent pas contenir de dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur, mais peuvent stipuler des dispositions plus favorables* »¹³⁴. La règle est reprise par les lois suivantes et figure toujours à l'article L. 2251-1 du Code du travail ; sachant que loi n° 71-561¹³⁵ est venue apporter une précision, elle aussi maintenue par les lois successives : la convention collective ne peut déroger dans un sens plus favorable aux dispositions d'ordre public des lois et règlements¹³⁶.

Ainsi, deux articulations conventions collectives/prévisions légales sont possibles : d'une part, vis-à-vis d'une disposition législative ou réglementaire d'ordre public, et, d'autre part, vis-à-vis d'une disposition qui n'est pas d'ordre public. Lorsqu'une telle disposition existe, aucune dérogation n'est tolérée, même dans un sens plus favorable ; dans le cas inverse il est possible aux conventions collectives de stipuler dans un sens plus favorable.

Bien que cette règle soit toujours en vigueur¹³⁷, celle-ci doit être relativisée quant à son étendue puisque la loi n° 2016-1088 a instauré une nouvelle architecture du Code du travail en matière de temps de travail¹³⁸, et a, dans le même temps, institué « *une commission d'experts et de praticiens des relations sociales [...] afin de proposer au Gouvernement une refondation de la partie législative du code du travail* »¹³⁹, cette refondation devant « *attribue[r] une place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétence et son champ d'action, dans le respect du domaine de la loi fixé par l'article 34 de la Constitution* »¹⁴⁰. À l'issue de ladite loi, la nouvelle architecture du Code du travail selon le triptyque – ordre public, champ de la négociation collective et dispositions supplétives – n'était donc consacrée que pour le domaine du temps de travail. Or, ni l'une des ordonnances du 22 septembre 2017 ni la loi n° 2018-217¹⁴¹ n'ont généralisé à l'ensemble du Code du travail cette nouvelle architecture. En revanche, certaines ordonnances du 22 septembre 2017 ont parfois repris cette architecture. À

¹³³ L. du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre M du livre Ier du Code du travail « De la convention collective de travail », JORF du 26 juin 1936, p. 6699.

¹³⁴ *Ibidem*, art. 1^{er}.

¹³⁵ L. n° 71-561, 13 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre Ier du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 modifiée, relatives à la procédure de conciliation, JORF du 14 juillet 1971, p. 6939.

¹³⁶ *Ibidem*, art. 2.

¹³⁷ L. 2251-1 du C. trav.

¹³⁸ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹³⁹ *Ibidem*, art 1^{er}.

¹⁴⁰ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 1^{er}, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹⁴¹ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

titre d'exemple l'ordonnance n° 2017-1385 l'a reprise lorsqu'elle a procédé à la réécriture des dispositions relatives à la négociation de branche et professionnelle¹⁴², ainsi que celle des dispositions relatives à la négociation obligatoire en entreprise¹⁴³. L'ordonnance n° 2017-1386¹⁴⁴ l'a, quant à elle, repris, par exemple, s'agissant des consultations et informations récurrentes du comité social et économique (ci-après CSE) dans les entreprises d'au moins cinquante salariés¹⁴⁵, mais aussi pour les consultations et informations ponctuelles dudit comité¹⁴⁶.

L'étendue de la règle prévue à l'article L. 2251-1 du Code travail est donc plus réduite pour la convention d'entreprise qu'elle ne l'était pour la convention de branche. En effet, le volume législatif à respecter est réduit : les prévisions légales se divisent entre celles qui sont d'ordre public, celles qui déterminent le champ de la négociation collective et celles qui sont supplétives et, donc, ne s'appliquent qu'à défaut de convention collective. Les prévisions légales supplétives ne s'appliquant qu'à défaut de convention, elles n'ont pas vocation à imposer un quelconque contenu aux conventions collectives ; il en ressort donc qu'il sera interdit de déroger uniquement aux dispositions qui sont d'ordre public. En effet, concernant les dispositions déterminant le champ de la négociation collectives, on ne peut dire que celles-ci ont vocation à imposer quelque chose aux conventions collectives : les partenaires sociaux n'ont pas l'obligation de conclure une convention en application de ces dispositions ; les dispositions supplétives étant précisément prévues aux fins de palier l'absence d'une telle convention. Elles n'influent pas non plus sur le contenu substantiel des conventions collectives puisque ces règles substantielles sont déterminées par les dispositions d'ordre public.

Cela a pour conséquence que la convention d'entreprise va pouvoir, en dehors des prévisions légales visées comme d'ordre public, stipuler dans un sens défavorable à la loi, ce qui n'était pas possible pour la convention de branche. En effet, comme cela vient d'être souligné, les dispositions supplétives n'ont pas un effet contraignant à l'égard des conventions collectives : puisqu'elles ne s'appliquent qu'à défaut de convention les conventions peuvent stipuler dans un sens plus défavorable que les prévisions desdites dispositions supplétives.

¹⁴² Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 6, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁴³ *Ibidem*, art. 7.

¹⁴⁴ Ord. n°2017-1386, 22 septembre 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 31.

¹⁴⁵ Partie I, Livre III, Titre Ier, Chapitre II, Section 3, Sous-section 3 du C. trav.

¹⁴⁶ *Ibidem*, Sous-section 4 du C. trav.

Si cette réduction du volume légal et réglementaire à respecter par les conventions n'est pas applicable qu'à celles conclues au niveau de l'entreprise, mais également à celles conclues au niveau de la branche, c'est désormais la convention d'entreprise qui prime en cas de concours : elle bénéficie donc d'autant mieux de cette réduction du volume légal à respecter. En effet, qu'elle prévoit des dispositions plus ou moins favorables par rapport à la convention de branche, elle prime face à celle-ci : elle pourra donc imposer ses choix, ce que ne pouvait pas faire la branche qui, dès lors qu'une stipulation d'une convention d'entreprise était plus favorable, voyait son application exclue au profit de celle de ladite convention d'entreprise.

Ainsi la substance de la convention d'entreprise se retrouve moins limitée par la loi que ne l'était celle de la branche qui ne pouvait jamais stipuler dans un sens moins favorable que la loi et devait stipuler dans un sens plus favorable que la convention d'entreprise pour s'appliquer.

B. La convention d'entreprise libérée de la hiérarchie de branche.

Avant que l'ordonnance n°2017-1385¹⁴⁷ vienne consacrer le principe de primauté de la convention d'entreprise, cette dernière se trouvait dans un rapport hiérarchique avec la branche.

En effet, dans un premier temps, et comme cela a déjà pu être souligné, la norme conventionnelle d'entreprise n'est consacrée, en droit, qu'en 1971¹⁴⁸ et, n'est alors conçue que comme la continuité des conventions de branche. C'est en 1982¹⁴⁹ qu'on lui reconnaît la possibilité de comporter des dispositions nouvelles vis-à-vis de la branche ; elle ne peut toutefois toujours que disposer dans un sens plus favorable que cette dernière. Cet acte conventionnel d'entreprise est donc subordonné, dans son contenu, aux prévisions existant au niveau de la branche.

Bien qu'avec la loi n° 2004-391¹⁵⁰, le législateur ait permis à la convention d'entreprise de déroger, en dehors de quatre domaines expressément prévus, dans un sens défavorable aux conventions de branche, cette liberté est conditionnée à l'absence de stipulation expresse au niveau de la branche interdisant cela.¹⁵¹ L'autonomie de l'acte conventionnel d'entreprise, quant à son contenu, est donc encore subordonnée, dans une moindre mesure, aux prévisions

¹⁴⁷ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁴⁸ L. n° 71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre Ier du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 modifiée, relatives à la procédure de conciliation, JORF du 14 juillet 1971, p. 6939.

¹⁴⁹ L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

¹⁵⁰ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

¹⁵¹*Ibidem*, art. 42.

de la branche qui, en tant que norme conventionnelle hiérarchiquement supérieure, peut décider de l'opportunité de retirer à l'accord d'entreprise la faculté de stipuler dans un sens moins favorable dans un domaine, qui ne lui était pourtant pas fermé par la loi.

Avec la loi n° 2008-789¹⁵², prévoyant la primauté de l'accord d'entreprise dans plusieurs domaines relatifs au temps de travail¹⁵³, la valeur hiérarchique de la branche a quelque peu été mise à mal. En effet, cette primauté signifie, à la fois, que la convention de branche ne s'applique qu'à défaut d'une convention d'entreprise, mais également que cette dernière est prioritaire dans l'élaboration de tel thème, comme celui, par exemple de la fixation du contingent annuel des heures supplémentaires. La conséquence directe de l'instauration de cette primauté de la convention d'entreprise est, donc, de rendre autonome, dans les domaines de primauté instaurés, le contenu prévu par ledit acte conventionnel : qu'importe que ses stipulations soient, pour les domaines visés, plus ou moins favorables que celles d'une convention de branche puisque celle-ci n'a vocation à s'appliquer qu'en l'absence d'une convention d'entreprise sans qu'il y ait besoin de comparer les stipulations, d'une part, d'entreprise et, d'autre part de branche.

Il en est de même avec l'instauration, par l'ordonnance n°2017-1385¹⁵⁴, d'un principe de primauté de la convention d'entreprise¹⁵⁵ qui a donc généralisé la primauté de la convention conclue audit niveau à l'ensemble des domaines ouverts à la négociation collective, à l'exclusion de dix-sept d'entre eux¹⁵⁶. Or, cette primauté ne s'est pas accompagnée d'une subordination matérielle de la convention de branche qui peut stipuler dans un sens plus ou moins favorable à la convention d'entreprise. En effet, la primauté de celle-ci conduit à une simple subordination d'application – dite « supplétivité » – de la convention de branche vis-à-vis de la convention d'entreprise ; ainsi, comme cela a pu être soulevé par M. Alexis Bugada « *cette primauté concerne l'application ; elle n'instaure pas, par principe, un rapport de validité hiérarchique, ni dans un sens ni dans l'autre. [...] la concurrence va se manifester [...] surtout sur le terrain de la conclusion de l'accord ; occuper le terrain sera le prix de la course* »¹⁵⁷. Imaginer l'inverse serait d'ailleurs incohérent : si la convention de branche ne s'applique qu'à défaut de l'existence d'une convention d'entreprise, elle ne peut alors pas prévoir des

¹⁵² L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. ?, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

¹⁵³ *Ibidem*, art. 18.

¹⁵⁴ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective., JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁵⁵ *Ibidem*, art. 1^{er}.

¹⁵⁶ L. 2252-1, L. 2253-2 du C. trav.

¹⁵⁷ BUGADA, A. « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 3.

dispositions qui seraient plus favorables que celles d'un acte conventionnel qui, donc, n'existe pas.

CONCLUSION CHAPITRE 1.

La consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise était attendue ; elle est le prolongement notamment des lois n°2004-391 et n°2016-1088. À la différence de l'ancienne supériorité de la branche, elle constitue une priorité d'application de la norme conventionnelle d'entreprise, mais n'impose aucun contenu aux conventions de branche ; celles-ci deviennent, en effet, supplétives et, donc, ne s'appliquent qu'en l'absence de prévisions au niveau de l'entreprise : aucune comparaison favorable ou défavorable ne peut, par définition, s'effectuer. Dans la mesure où un système de primauté d'une norme conventionnelle signifie l'application prioritaire et indérogeable d'un niveau, indépendamment de tout examen du contenu de l'accord, le principe de faveur est nécessairement amené à disparaître.

Chapitre 2. L'exclusion partielle de la règle de faveur au profit d'une règle d'équivalence

Le principe de faveur n'était pas inscrit expressément dans la législation, bien que transcrit par le biais de l'article L. 2254-1 du Code du travail. Il a été reconnu par la jurisprudence¹⁵⁸ comme un « *principe général du droit du travail* », y compris par le Conseil constitutionnel¹⁵⁹ qui l'a désigné comme un « *principe fondamental* ». Depuis l'ordonnance n°2017-1385, la condition de faveur est exclue dans le domaine de primauté de l'entreprise (Section 1) où il est désormais question d'une règle d'équivalence (Section 2).

Section 1. La condition de faveur exclue dans le domaine de primauté de l'entreprise.

La consécration du principe de primauté de la conventionnelle, conçue, à rebours, comme la supplétivité de la branche a pour conséquence l'exclusion de la condition de faveur (I) ; toutefois, celle-ci conserve une utilité (II), sans qu'il ne puisse cependant être toujours question d'un principe de faveur.

I. L'exclusion de la condition de faveur.

L'exclusion de la condition de faveur, et donc du déclin du principe de faveur, a été, en réalité, amorcée par la faculté dérogatoire de la convention d'entreprise vis-à-vis de la branche ; ladite exclusion a donc été progressive (A) et aboutit, depuis l'ordonnance n°2017-1385¹⁶⁰, à une exclusion générale de la condition de faveur dans les rapports entre les conventions de branche et d'entreprise.

A. Une exclusion progressive.

L'article 42 de la loi n°2004-391¹⁶¹ dispose, pour la première fois, qu'il est possible à la convention d'entreprise de « *comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* ». Toutefois, cette faculté est en réalité laissée à la maîtrise de la branche qui peut prévoir que ses stipulations conventionnelles ne peuvent souffrir de prévisions moins favorables.

Or, si l'on admet que la convention d'entreprise peut déroger de manière défavorable à la convention de branche, ce n'est pas pour appliquer le principe de faveur afin de déterminer quelle norme conventionnelle s'applique, mais pour favoriser l'autonomie de la convention

¹⁵⁸ CE, avis, 22 mars 1973, Dr. ouvrier 1973, p. 190 – Cass. soc., 17 juillet 1996, 95-41.313.

¹⁵⁹ Cons. constit., 89-257 DC du 25 juillet 1989, cons. 11, JORF du 28 juillet 1989, p. 9503 – Cons. constit, n° 2004-494 DC, 29 avril 2004, cons. 9, JORF du 5 mai 2004, p. 7998.

¹⁶⁰ Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁶¹ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

d'entreprise qui s'appliquera suivant la règle « *specialia generalibus derogant* »¹⁶². Il apparaîtrait, en effet, inopérant qu'on maintienne le principe de faveur quant à la désignation de la norme conventionnelle applicable, lorsqu'en parallèle, on permet à la convention d'entreprise de stipuler dans un sens moins favorable que la convention de branche : cela aurait, en fait, pour conséquence d'écarter la négociation collective d'entreprise puisque celle-ci, en outre de ne pas s'appliquer en tant que norme la moins favorable, ne dispose d'aucun ascendant hiérarchique sur la branche lui permettant d'influencer le contenu de ses conventions.

Toutefois, en pratique, l'article 45 de ladite loi n°2004-391, a largement freiné l'exclusion de la condition de faveur dans la détermination de la norme conventionnelle applicable. Celui-ci dispose que « *la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs* » et instaure, donc, une distinction entre les conventions conclues antérieurement ou postérieurement à la loi en question. Dans l'hypothèse d'une convention conclue antérieurement à celle-ci, même en l'absence de stipulation de la convention de branche interdisant à la convention d'entreprise de lui déroger dans un sens moins favorable, il ne sera que possible à cette dernière de stipuler dans un sens plus favorable.

Comme le souligne M. Bernard Teyssié, cela a pour conséquence que « *l'une des pièces majeures de la loi du 4 mai 2004 est, en pratique, frappée de paralysie* »¹⁶³, empêchant, donc, « *le renouveau de la négociation d'entreprise* »¹⁶⁴. En effet, comme l'explique l'auteur, « *la paralysie [...] subsiste tant que les signataires des conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de ce texte ne modifient pas la valeur hiérarchique qu'ils leur avaient naguère accordée ou, faute d'une telle modification, jusqu'à leur disparition* »¹⁶⁵. On pourrait opposer que cela ne paralyse pas plus la faculté dérogatoire de la convention d'entreprise, ouverte par la loi n° 2004-391, que ce que la convention de branche peut décider à l'issue de la même loi : si les branches ont la volonté d'ouvrir à l'entreprise des domaines dérogatoires, elles feront l'effort de réviser les stipulations des conventions antérieures à ladite loi de façon à ce que ces dérogations soient possibles et, pourront expressément stipuler l'interdiction de déroger dans les domaines où elles jugent utile de maintenir leur valeur hiérarchique. Toutefois, en pratique, il est plus difficile de négocier et obtenir une stipulation prévoyant expressément

¹⁶² P. Rodière, « Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle : négociation indépendante, subordonnée, articulée » Dr. soc. 1982, p. 711.

¹⁶³ TEYSSIE, B., « Le maintien de la « valeur hiérarchique » des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004 », SSL 2004, n° 1175, pt. 1.

¹⁶⁴ BUGADA, A. « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 5.

¹⁶⁵ TEYSSIE, B., « Le maintien de la « valeur hiérarchique » des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004 », SSL 2004, n° 1175, pt. 5.

l'interdiction de déroger, que de se contenter de maintenir la valeur hiérarchique de la branche, quand bien même, en tant que partenaire social, on considère que certains domaines auraient pu être ouverts à la dérogation.

Par ailleurs, comme le relèvent MM. Gilbert Cette et Jacques Barthélémy, il existe un « *culte du principe de faveur qui conduit certains syndicats à exiger - au mépris de l'engagement de leur confédération dans l'ANI du 31 octobre 1995 et dans la déclaration commune de 2001 - l'interdiction de déroger par accord d'entreprise dans tout domaine* »¹⁶⁶.

Ainsi, dès lors qu'il est reconnu à la convention d'entreprise la faculté de déroger défavorablement à la convention de branche, le principe de faveur se trouve inopérant.

B. Une exclusion générale depuis l'ordonnance n°2017-1385.

Si le législateur a entendu laisser une large marge de manœuvre aux branches quant à leur articulation avec la convention d'entreprise, il a, néanmoins, jugé nécessaire d'octroyer à l'entreprise des domaines de primauté. Ainsi, avec la loi n°2008-789¹⁶⁷, plusieurs domaines de primauté de la convention d'entreprise sont instaurés dans le domaine du temps de travail¹⁶⁸. Ce mouvement est poursuivi avec la loi n°2016-1088¹⁶⁹ qui instaure la priorité de la convention d'entreprise dans la quasi-totalité du domaine du temps de travail¹⁷⁰. L'ordonnance n°2017-1385 a dernièrement consacré le principe de primauté de la convention d'entreprise¹⁷¹.

Or, comme cela a déjà pu être relevé, la primauté instaurée au profit de l'entreprise signifie une priorité d'application vis-à-vis de la branche. Qu'importe donc qu'une stipulation conventionnelle d'entreprise, ayant la même cause et le même objet qu'une stipulation conventionnelle de branche, soit moins favorable que cette dernière : seule l'existence d'une norme conventionnelle d'entreprise suffit pour que celle-ci s'applique. Il ne s'agit plus de simplement permettre une dérogation ; or, comme l'explique Mme. Marie-Armelle Souriac, « *les mécanismes de la dérogation et de la supplétivité sont différents au moins en ce sens que dans le premier cas la règle à laquelle il est dérogé conserve sa valeur de référence. Elle*

¹⁶⁶ CETTE, G. et BARTHELEMY, J., « Réformer le droit social », Dr. soc. 2016, p. 400, III.

¹⁶⁷ L. n°2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

¹⁶⁸ *Ibidem*, art. 18 (contingent annuel d'heures supplémentaires), art. 19 (mise en place des conventions forfaits), art. 20 (répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année), art. 25 (compte épargne temps), art. 27 (assurance et garantie des droits issus du dispositif du compte épargne temps).

¹⁶⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹⁷⁰ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 8 et 9, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹⁷¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223, 23 septembre 2017, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

demeure la règle de sorte que la dérogation est d'interprétation stricte. Tandis que la règle supplétive s'efface complètement devant l'accord collectif différent »¹⁷².

L'exclusion de la faveur est donc, dans ces domaines de priorité instaurés par la loi, la règle : la branche se trouve impuissante à imposer un degré quelconque de garanties. Or, la question de l'application ou, au contraire, de la mise à l'écart d'une condition de faveur est en lien direct avec la philosophie conventionnelle retenue : considère-t-on que la négociation collective a une fonction améliorative ? ou celle-ci doit-elle viser la productivité de l'entreprise ? En effet, alors que la primauté signifie l'application inconditionnée de telle norme, la valeur hiérarchique supérieure ne prohibe pas que telle norme, désignée comme inférieure, s'applique : elle vise à apporter un certain nombre de garanties aux salariés en faisant de la norme hiérarchiquement supérieure la norme référence à laquelle il ne peut être stipulé que dans un sens plus favorable pour lesdits salariés. En affirmant la primauté de la convention d'entreprise, on ne cherche pas à assurer un seuil minimal de garanties, mais à rendre systématique son application, et donc une certaine souplesse de la réglementation sociale.

Par ailleurs, l'ordonnance n°2017-1385, en outre de consacrer un principe de primauté de la convention d'entreprise, a, également, abrogé l'article 45¹⁷³ de la loi n°2004-391¹⁷⁴. Il est intéressant, à ce propos, de relever que l'article 45 ne prévoyait pas une simple transition, il instaure un principe intemporel selon lequel la valeur hiérarchique des conventions de branche conclues antérieurement à la loi n°2004-391 demeure opposable. On aurait pu, en effet, envisager que l'article 45 soit énoncé de la même manière mais, en fixant une date butoir au-delà de laquelle la faculté dérogatoire de la convention d'entreprise agirait de manière générale en l'absence de stipulations de branche interdisant la dérogation. Ainsi, la liberté contractuelle et le droit au maintien des contrats légalement conclus n'auraient pas connu d'atteinte mais la primauté de la convention d'entreprise, insufflée par l'article 42 de la même loi, aurait été davantage encouragée. Il est possible de déduire de l'abrogation dudit article 45 de la loi n°2004-391 la volonté du législateur de réellement privilégier la convention d'entreprise, vis-à-vis de la convention de branche. En effet, la faveur n'est alors plus à la disponibilité de cette dernière, qui ne peut plus se prévaloir d'une valeur hiérarchique sur la convention d'entreprise.

L'exclusion du principe de faveur devient donc systématique, avec la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise, dans les rapports branche/entreprise. Cela

¹⁷² SOURIAC, M.-A., « L'articulation des niveaux de négociation », Droit social 2004, p. 579, I A 2 a).

¹⁷³ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223, 23 septembre 2017, art. 16, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁷⁴ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

est de nature à interroger l'existence effective d'un principe de faveur qui apparaît ainsi grandement affaibli.

Toutefois, malgré les profondes modifications quant à l'articulation des niveaux de négociation collective, la faveur conserve une certaine utilité.

II. L'utilité de la règle de faveur.

La faveur conserve son utilité dans les rapports entre conventions de branche, au sens de l'article L 2232-5 du Code du travail ; son application est toutefois dépendante de leurs prévisions conventionnelles (A). Malgré l'avènement de la règle d'équivalence dans les domaines de primauté de la branche, il est permis d'envisager une éventuelle utilité en présence d'une nouvelle convention d'entreprise (B).

A. Une utilité entre les conventions de branche à la discrétion des partenaires sociaux.

Concernant l'articulation entre les conventions de branche, les accords professionnels ou interprofessionnels et conventions ou accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, celle-ci est inchangée depuis la précision apportée par la loi n° 2004-391¹⁷⁵. En effet, jusqu'à ladite loi, il était prévu, depuis la loi n°82-957¹⁷⁶, qu' « *une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* ». Avec la loi n°2004-391¹⁷⁷, on offre entre ces niveaux, une faculté dérogatoire défavorable : en effet, celle-ci est ouverte dès lors que les signataires n'ont pas « *expressément stipulé qu'il ne pourrait y être dérogé en tout ou en partie* ». Ainsi, à l'image de l'articulation branche/entreprise, l'articulation entre les conventions de branche et celles couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, et donc leur application, va dépendre de ce que prévoient les conventions audit champ plus large. Lorsque ces dernières stipulent l'interdiction de leur déroger défavorablement, la condition de faveur a toujours lieu de s'appliquer : la convention dont le champ géographique et professionnel est moins large ne pourra s'appliquer qu'à condition d'être plus favorable pour le salarié que ce que prévoit la convention dont le champ est plus large.

La situation est donc celle d'une disponibilité de la faveur, au profit des conventions et accords couvrant un champ géographique et professionnel plus larges que d'autres. Néanmoins,

¹⁷⁵ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 41, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

¹⁷⁶ L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, art. 4, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

¹⁷⁷ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

comme cela a été souligné, l'ordonnance n°2017-1385 a supprimé l'article 45 de la loi n°2004-391¹⁷⁸ qui prévoyait le maintien de la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de ladite loi : en l'absence de précisions, cela s'applique également dans les rapports entre les conventions de branche, et accords professionnels ou interprofessionnels plus ou moins larges.

Il en ressort qu'un effort de réécriture va parfois être nécessaire pour que la dérogation moins favorable, issue d'un champ inférieur, soit interdite et donc pour que le principe de faveur puisse s'appliquer. Il est toutefois nécessaire de rappeler que la consécration de la primauté de la convention d'entreprise s'applique à l'égard des « *conventions de branche* », définies par l'article L. 2232-5 du Code du travail, tel que modifié par l'ordonnance n° 2017-1385¹⁷⁹, comme désignant, à la fois, « *la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches* ». Ainsi, quand bien même l'effort serait fait de stipuler expressément une interdiction de dérogation moins favorable, les prévisions d'une convention de branche dont le champ géographique ou professionnel plus ou moins large restent supplétives et ne s'appliquent qu'en l'absence d'une convention d'entreprise. La sollicitation de la faveur, afin de régler un conflit entre normes conventionnelles de branche, est donc, en théorie, très limitée : pour cela sont nécessaires, d'une part, la carence d'une convention d'entreprise et, d'autre part, que l'interdiction expresse d'une dérogation défavorable – la valeur hiérarchique du champ le plus large ne jouant plus.

En revanche, ce raisonnement n'est pas applicable lorsque le législateur a reconnu des domaines de primauté de branche¹⁸⁰. En effet, dès lors qu'on admet que la convention de branche s'applique prioritairement à la convention d'entreprise « *sauf garanties au moins équivalentes* »¹⁸¹, la faveur a vocation à s'appliquer directement pour déterminer quelle norme de branche, au sens du second alinéa de l'article L. 2232-5 du Code du travail, est applicable. Dans la mesure où la branche dispose de treize domaines de primauté et quatre domaines « *de préférence* »¹⁸², et que ces domaines constituent des thèmes phares en droit du travail, la faveur a donc encore, dans ces domaines, une large part. Toutefois, dans la mesure où ledit principe ne trouve, a priori, à s'appliquer effectivement qu'entre branche et accords de champ plus large ou entre accords et dispositions réglementaires spécifiques, Mme. Cécile Nicod s'interroge le

¹⁷⁸ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223, 23 septembre 2017, art. 16, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁷⁹ *Ibidem*, art. 1^{er}.

¹⁸⁰ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223, 23 septembre 2017, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁸¹ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

¹⁸²BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 6.

fait de savoir s'il est encore possible de « *principe* » ; selon elle, « *il ne demeure sans doute plus qu'une règle de faveur, de mise en œuvre ponctuelle* »¹⁸³.

Si l'utilité de la faveur semble réduite notamment eu égard aux rapports entre conventions de branche plus ou moins larges, il est permis d'imaginer une autre utilité dans le cadre de la primauté de la convention d'entreprise.

B. Une utilité interrogée en présence d'une nouvelle convention d'entreprise.

Dans les domaines de primauté dévolus à la branche¹⁸⁴, c'est en principe logiquement la convention de branche qui est amenée à s'appliquer ; toutefois la convention d'entreprise va pouvoir s'appliquer en cas de « *garanties au moins équivalentes* »¹⁸⁵.

Une utilité de la faveur est envisageable en cas d'indépendance entre celle-ci et la règle d'équivalence: dès lors que l'équivalence n'est pas constatée, cela interdit-il un examen des prévisions respectives, de branche et d'entreprise, au regard d'une condition de faveur ? Il convient de souligner, en effet, que la méthode d'appréciation de l'équivalence, d'une part, et, d'autre part, du sens plus favorable est, a priori, différente. Concernant tout d'abord l'équivalence, celle-ci devrait faire l'objet d'une appréciation globale : après qu'un rapport au Président de la République prescrit une analyse de l'équivalence « *domaine par domaine* »¹⁸⁶, la loi n°2018-217¹⁸⁷ dispose que celle-ci « *s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière* ». Concernant la faveur, une stipulation est désignée comme plus favorable au regard d'un examen avantage par avantage ; toutefois, comme le souligne M. Alexis Bugada, « *la jurisprudence a toujours été itérative et imprécise dans l'application de la règle de faveur [...] [:] elle use tantôt de la méthode analytique, favorisant le dépeçage et confortant l'idée d'une hiérarchie, tantôt l'approche collective et globale, davantage susceptible de faire prévaloir les accords transactionnels ou des blocs d'avantages (méthode plutôt favorable à l'accord d'entreprise)* »¹⁸⁸.

Il est permis d'envisager, qu'au terme de ces évaluations différentes, on puisse se retrouver dans des situations où la règle d'équivalence ne sera pas considérée comme respectée alors

¹⁸³ NICOD, C., « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », RDT 2017, p. 657, II B).

¹⁸⁴ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Rapp. au président de la République relatif à l'ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 28.

¹⁸⁷ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 2, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

¹⁸⁸ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 8.

qu'au regard du seul avantage en question celui prévu par l'accord d'entreprise puisse être considéré comme plus favorable au salarié que la prévision de la branche.

Deux hypothèses se dessinent : soit on considère que, dès lors que le critère d'équivalence n'est pas respecté par la convention d'entreprise, celle-ci n'a pas à prévaloir sur la convention de branche même concernant un avantage pris isolément qui serait plus favorable, soit on considère que la règle de faveur s'applique indépendamment de la logique d'équivalence et l'avantage isolé plus avantageux, issu de la convention d'entreprise, s'applique. La solution dépendra évidemment de la manière dont les juges vont s'emparer de la règle d'équivalence, comment ils vont l'apprécier et comment ils vont analyser son rapport avec l'ancienne condition.

Toutefois, dans la mesure où cela peut s'imaginer dans le cadre des domaines de primauté de la branche, et qu'il est énoncé que la primauté de branche ne laisse place à la convention d'entreprise qu'en présence d'une équivalence de ses prévisions avec celle de branche, il est légitime de penser que, dès lors que le juge ne considérera pas comme satisfaite la condition d'équivalence, ce dernier refusera de faire prévaloir la convention d'entreprise, quand bien même la faveur aurait pu être retenue à l'issue d'une comparaison « avantage par avantage » entre les deux niveaux.

Il s'agit alors de s'intéresser davantage à la règle d'équivalence qui a remplacé le principe de faveur dans les rapports branche/entreprise, lorsque la branche est désignée comme primant sur la convention d'entreprise.

Section 2. L'avènement de la règle d'équivalence.

Le fait que le principe de faveur, désigné par le Conseil constitutionnel comme « *un principe fondamental du droit du travail* »¹⁸⁹, laisse place à une règle d'équivalence (I) ne constitue pas une modification anodine. Dans la mesure où « *l'équivalence est pratiquée dans bien d'autres disciplines et contentieux* »¹⁹⁰, il est pertinent de s'attarder sur le recours qui y est fait dans d'autres disciplines (B).

I. La substitution de l'équivalence à la faveur.

La règle d'équivalence est introduite dans les domaines de primauté de la branche (A) qui n'emporte pas, à l'inverse de la primauté de la convention d'entreprise, la supplétivité du niveau

¹⁸⁹ Cons. constit., 89-257 DC du 25 juillet 1989, cons. 11, JORF du 28 juillet 1989, p. 9503 – Cons. constit, n° 2004-494 DC, 29 avril 2004, cons. 9, JORF du 5 mai 2004, p. 7998.

¹⁹⁰ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 9.

concurrent. Cette substitution de l'équivalence à la faveur témoigne de la déclinaison de la fonction méliorative de la négociation collective (B).

A. Une substitution limitée aux domaines de primauté de la branche

Auparavant les rapports entre branche et entreprise étaient organisés autour de la valeur hiérarchique des conventions de branche auxquelles il n'était possible de déroger, depuis la loi n°2004-391, qu'en l'absence de stipulation expresse l'interdisant. Dans l'hypothèse d'une telle stipulation, et en cas d'identité de cause et d'objet, on appliquait le principe de faveur pour déterminer quel niveau s'appliquait. L'idée était donc qu'en principe, du fait de sa valeur hiérarchique, la stipulation de branche s'appliquait, mais on admettait qu'une disposition plus favorable puisse s'y substituer : en stipulant plus favorablement, la convention d'entreprise respectait la supériorité de la convention de branche, et donc son esprit.

Ce raisonnement a été balayé par l'ordonnance n°2017-1385¹⁹¹ qui a consacré un principe de primauté de la convention d'entreprise sans donner à cette dernière une valeur hiérarchique vis-à-vis des conventions dont le champ, géographique ou professionnel, est plus large. Toutefois, des domaines réservés¹⁹² et, d'autres, verrouillables¹⁹³, ont été attribués à la branche ; il s'agit d'observer alors que l'objet étant de faire primer les prévisions de branche, l'application de la convention d'entreprise n'est pas totalement exclue. En effet, en cas de « *garanties au moins équivalentes* » c'est cette dernière qui s'applique ; ce mécanisme d'équivalence n'est pas sans rappeler l'articulation branche/entreprise guidée par le principe de faveur : la convention de branche prime dans les domaines visés, mais laisse la place à la convention d'entreprise qui prévoit un niveau de protection semblable.

Dans la mesure où, à l'occasion de la consécration de sa primauté, la convention d'entreprise ne s'est pas vue dotée d'une valeur hiérarchique vis-à-vis de la branche qui devient simplement supplétive, un tel mécanisme d'équivalence n'est pas avancé quant à la primauté de la convention d'entreprise.

Le fait que l'équivalence soit prévue dans le domaine de primauté de la branche, et donc concernant l'exception au principe de primauté de l'entreprise, est révélateur : les domaines ainsi attribués à la branche sont des domaines où le législateur a entendu, dans une certaine mesure, avantager le salarié qui pourra se prévaloir des stipulations d'entreprise considérées comme au moins équivalentes, donc éventuellement plus favorables. En effet, d'une part, de

¹⁹¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223, 23 septembre 2017, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

¹⁹² Art. L. 2253-1 du C. trav.

¹⁹³ Art. L. 2253-2 du C. trav.

manière objective les prévisions d'entreprise pourront être sans conteste plus favorables, mais, en outre, on peut imaginer que des stipulations d'entreprise considérées comme simplement équivalentes par le juge pourrait être considérées comme plus favorable du point de vue d'un salarié.

Néanmoins, le fait que l'équivalence, remplaçant la faveur, n'ait vocation à se développer que dans les domaines de primauté de la branche, participe au fléchissement de la fonction améliorative de la négociation collective.

B. Une substitution témoin du déclin de la fonction améliorative de la négociation collective.

Comme l'affirme M. Pascal Lokiec, «*à protection identique, le niveau de l'entreprise prévaut, ce qui constitue un premier infléchissement par rapport au principe de faveur* »¹⁹⁴. En effet, le principe de faveur impliquait que la stipulation d'entreprise présentant une identité de cause et d'objet avec celle de branche, ne pouvait prévaloir sur cette dernière que dans l'hypothèse où elle présentait des prévisions plus favorables. Ainsi, en admettant, désormais, que la stipulation d'entreprise peut prendre le pas sur la stipulation de branche dès lors qu'elle est considérée comme une garantie au moins équivalente, cela signifie qu'on exige simplement des garanties comparables. Si cela n'exclut pas des prévisions plus favorables, cela ne l'impose pas. C'est ce qu'a pu souligner M. Jean-François Cesaro: «*le principe de faveur lui, supposait un traitement préférentiel donc supérieur. On passe du nécessairement supérieur au supérieur ou égal* »¹⁹⁵.

Il est ainsi incontestable que le remplacement du principe de faveur par la règle d'équivalence induit une transformation de la négociation collective : le principe de faveur faisait de la norme conventionnelle, notamment d'entreprise, une norme améliorative ; celle-ci avait, en effet, vocation à améliorer les conditions de travail des salariés. La substitution du principe de faveur par la règle d'équivalence participe à faire de la norme conventionnelle un outil de compétitivité, la norme sociale en tant que telle. En effet, comme ont pu l'affirmer MM. Gilbert Cette et Jacques Barthélémy, «*le principe de faveur, [est] considéré comme le symbole de la fonction protectrice* »¹⁹⁶ ; l'écarter c'est donc dénier la fonction protectrice du droit conventionnel. Ainsi, MM. Bertrand Martinot et Franck Morel affirment que «*la négociation*

¹⁹⁴ LOKIEC, P., « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », (interview, propos recueillis par Françoise Champeaux), SSL n° 1781, 11 septembre 2017.

¹⁹⁵ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 8.

¹⁹⁶ CETTE, G. et BARTHELEMY, J., « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Droit social 2013, p. 17, I.

collective a changé de nature. Il ne s'agit plus seulement d'accorder des garanties sociales supplémentaires mais de trouver l'équilibre optimal entre les nécessités d'un fonctionnement réactif et souple de l'entreprise et la protection des salariés »¹⁹⁷ ; M. Etienne Devaux a quant à lui soutenu que « de protectrice, elle [la négociation collective] est devenue un outil utilisé de diverses façons en fonction de l'environnement dans lequel évolue la communauté de travail »¹⁹⁸.

Néanmoins, dans le même temps, il est possible d'imaginer que le législateur, s'il avait voulu complètement abandonner la fonction méliorative de la négociation collective, aurait pu faire le choix de supprimer la faveur dans le cadre de la primauté de la branche, voire, puisque le principe est désormais celui de la primauté de la convention d'entreprise, ne même pas attribuer de domaines de primauté de branche. Cela n'est pas le cas et signifie, donc, qu'il a jugé à propos que, dans certains domaines, la branche continue d'avoir un rôle de prescriptions minimales : si ce ne sont plus des stipulations plus favorables qui permettent à la convention d'entreprise de s'appliquer en lieu et place de la convention de branche, cela est toutefois possible désormais qu'en cas de « *garanties au moins équivalentes* », ce qui implique que le niveau de garanties proposé par l'entreprise soit similaire et donc que l'esprit de protection ressortissant des stipulations de branche soit respecté. Par ailleurs, il est possible de considérer qu'à l'issue de l'ordonnance n°2017-1385, en théorie et si l'on met de côté l'article 45 de la loi n° 2004-391¹⁹⁹, la branche a un plus grand rôle de protection qu'à l'issue de ladite loi de 2004. En effet, celle-ci ne prévoyait que quatre domaines verrouillés au profit de la branche ; pour le reste, en théorie, l'entreprise pouvait y déroger dans un sens défavorable. A priori, l'entreprise avait donc une plus grande marge de manœuvre qu'aujourd'hui.

Néanmoins le fait que l'équivalence ne puisse jouer que dans les domaines de primauté de la branche participe également au déclin de la fonction méliorative de la négociation collective : auparavant, la valeur hiérarchique de la branche – encore très forte avec ledit article 45 de la loi du 4 mai 2004 – permettait de maintenir cette fonction méliorative dans le champ très large de la négociation collective, en dehors des quelques domaines de primauté concédés à l'entreprise. Aujourd'hui la valeur hiérarchique de la branche est expressément limitée aux dix-sept domaines attribués à la branche.

¹⁹⁷ MARTINOT B., MOREL F., *Un autre droit du travail est possible – Libérer, organiser, protéger*, Fayard, DL 2016, p. 282.

¹⁹⁸ DEVAUX, E., *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, Préface B. TEYSSIE, coll. Planète Social, LexisNexis, 2016, p. 85.

¹⁹⁹ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

Si le principe de faveur a donc été remplacé par la règle d'équivalence, reste encore à connaître ce que recouvre cette dernière notion.

II. Une équivalence relativement comparable à d'autres domaines.

La « *reformulation inattendue du principe de faveur qui devient, dans le bloc I, un principe d'équivalence* »²⁰⁰, amène à s'interroger sur le contenu de celle-ci qui était, jusqu'ici inconnue en droit social interne. Il est intéressant de se référer à son utilisation dans les autres disciplines afin d'observer que l'équivalence est conçue comme un outil de protection des droits (A), et qu'en droit du travail, contrairement à d'autres utilisations, elle est constitutive d'un outil de détermination de la norme conventionnelle de travail (B).

A. L'équivalence, un outil de protection des droits.

Il y a, tout d'abord, lieu de préciser que l'équivalence est une méthode utilisée notamment par les juges européens, et ce aussi bien au sein du Conseil de l'Europe que de l'Union européenne. Selon M. Jean-Sylvestre Bergé, cela est une conséquence de « *l'émergence d'un droit matériel européen uniforme* »²⁰¹. Or, puisque l'élaboration d'un droit matériel uniforme est recherchée, l'idée de protection n'est pas loin. S'agissant d'abord du Conseil de l'Europe, cette protection est au cœur même de l'institution qui a vocation à promouvoir le respect des droits de l'homme sur le territoire européen. Concernant ensuite l'Union européenne, si l'objet de celle-ci est avant tout la mise en place d'un marché commun, et de l'efficacité économique des Etats membres, cela a dû s'accompagner d'une certaine uniformisation des conditions de travail afin qu'une concurrence déloyale ne soit pas la conséquence de la libre circulation des personnes et marchandises.

Comme le relève M. Bergé, l'une des illustrations de l'émergence d'un droit matériel européenne uniforme « *porte sur l'équivalence des protections juridictionnelles accordées aux plaideurs dans les différents États membres de l'Union européenne* »²⁰². Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme « *a avalisé le dispositif sur le terrain d'une équivalence présumée des protections dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil* »²⁰³ ²⁰⁴ : cela conduit à « *l'application des mécanismes procéduraux prévus par le pays d'origine de la décision*

²⁰⁰ LOKIEC, P., « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », (interview, propos recueillis par Françoise Champeaux), SSL n° 1781, 11 septembre 2017.

²⁰¹ BERGE, J.-S., « Méthodes du droit européen appliquées au droit international privé », avril 2017, RDE, n° 40-44.

²⁰² BERGE, J.-S., « Méthodes du droit européen appliquées au droit international privé », avril 2017, RDE, n° 40-44.

²⁰³ CrEDH, gr. ch., 23 mai 2016, Req. N° 17502/07, Avotins c/ Lettonie.

²⁰⁴ BERGE, J.-S., « Méthodes du droit européen appliquées au droit international privé », avril 2017, RDE, n° 40-44.

rendue, et ce au détriment des mécanismes concurrents du pays requis »²⁰⁵ parce que les garanties procédurales, issues des deux législations nationales différentes, sont considérées comme équivalentes. Cela est révélateur de « *l'émergence d'un standard de protection du droit à un procès équitable en Europe* »²⁰⁶ ; or, la notion de standard implique une certaine similarité, équivalence, et celle-ci, est utilisée par ladite Cour pour garantir, au sein du Conseil de l'Europe, un droit au procès équitable. On pourrait opposer, néanmoins, qu'en procédant à une présomption d'équivalence, la Cour en question a quelque peu réduit la protection issue de l'équivalence ; toujours est-il que « *lorsque les juridictions des États qui sont à la fois partie à la Convention et membres de l'Union européenne sont appelées à appliquer un mécanisme de reconnaissance mutuelle établi par le droit de l'Union, c'est en l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet. En revanche, s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention et que le droit de l'Union européenne ne permet pas de remédier à cette insuffisance elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union* »²⁰⁷. L'objet de l'équivalence dans le raisonnement de cette Cour est donc bien le respect de garanties minimales.

La Cour de justice de l'Union européenne a également recours au concept d'équivalence afin, par exemple, d'« *assurer, [...], la continuité du niveau élevé de [la] protection en cas de transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers* »²⁰⁸ ; faisant donc de l'équivalence également un outil d'assurance de garanties minimales. Il est ainsi arrivé que la Cour s'en serve pour limiter l'autonomie des Etats membres concernant les modalités de mise en œuvre des motifs d'opposition admis dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire et des pouvoirs conférés au juge du fond²⁰⁹.

Parfois, le Conseil constitutionnel a également recours à cette équivalence, cela pour identifier une éventuelle atteinte à un droit, tel que le « *respect des droits de la défense et [...] l'équilibre des droits des parties* »²¹⁰.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ BERGE, J.-S., « Méthodes du droit européen appliquées au droit international privé », avril 2017, RDE, n° 40-44..

²⁰⁷ CrEDH, gr. ch., 23 mai 2016, Req. N° 17502/07, Avotins c/ Lettonie, pt. 116.

²⁰⁸ CJUE, gde ch., 6 oct. 2015, C-362/14, Schrems, cons. 72.

²⁰⁹ CJUE, 1er ch., 14 mars 2013, C-415/11 – CJUE 10 septembre 2014, C-34/13.

²¹⁰ Cons. const., n° 2017-623 QPC, 7 avril 2017.

L'équivalence, telle qu'elle est envisagée par l'ordonnance n° 2017-1385²¹¹, induit également une certaine dimension protectrice. En effet, si cela a vocation à permettre l'application de prévisions d'entreprise dans des domaines de primauté de la branche, ce n'est qu'à condition qu'elles respectent les garanties prévues au niveau de la branche : une stipulation d'entreprise défavorable au salarié dans les dix-sept domaines de prévalence de la branche ne s'appliquera jamais au dépit d'une stipulation de branche. Par ailleurs, cela témoigne d'une volonté du législateur de conserver un certain ordre conventionnel, propre à réguler l'adaptabilité issue de la primauté de la convention d'entreprise.

Si l'équivalence introduite en droit du travail semble poursuivre un objectif de protection similaire à ce qui est observable dans d'autres disciplines, elle présente toutefois une différence notable.

B. L'équivalence : un outil de détermination de la norme conventionnelle de travail applicable.

Il ressort de l'équivalence telle qu'issue des autres disciplines que « *l'équivalence est généralement comprise comme une notion instrumentale qui a essentiellement pour but de neutraliser certains conflits de normes (en cas d'équivalence) ou d'en exacerber d'autres (en cas de non-équivalence). Dire, par exemple, d'une règle de droit qu'elle est équivalente à une autre, c'est rendre leur application interchangeable* »²¹². Ainsi, cela ne mène pas, en principe, à préférer l'application d'une norme comparativement à une autre, mais au contraire d'admettre l'application indifférente de l'une ou l'autre.

Or, l'équivalence, telle qu'elle ressort des articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, conduit à préférer l'application de la convention d'entreprise : dès lors que la convention d'entreprise comporte des « *garanties au moins équivalentes* » à la convention de branche dans l'un des dix-sept domaines de prévalence de celle-ci, c'est cette norme conventionnelle d'entreprise qui doit être appliquée. En effet, cela ressort de l'utilisation de la préposition « *sauf* », introduisant l'équivalence après que le principe de prévalence²¹³ ou de valeur hiérarchique²¹⁴ de la convention de branche ont été énoncés.

On pourrait opposer que si l'équivalence conduit à l'application de la convention d'entreprise alors qu'on est dans le cadre de la primauté de branche, cela rejoint l'esprit d'interchangeabilité

²¹¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

²¹² TOUZÉ S. et BERGÉ, J.-S., « La question de l'équivalence du droit international et du droit européen », JDI n°3, juillet 2016, chron. 6.

²¹³ Art. L. 2253-1 du C. trav.

²¹⁴ Art. L. 2253-2 du C. trav.

découlant de la notion dans les autres disciplines. Toutefois, la formulation utilisée par le législateur mettant en avant la supériorité de la branche avant de l'écartier, par la préposition « *sauf* », au profit de la convention d'entreprise instaure bel et bien une hiérarchie en présence de « *garantie au moins équivalentes* ». Si l'interchangeabilité avait été réelle elle aurait conduit à une alternative, laissée par exemple au salarié ; néanmoins cela aurait constitué une sorte de faveur : si l'alternative avait été ouverte dès lors qu'il y avait garanties au moins équivalentes entre la convention de branche ou d'entreprise, le salarié aurait choisi ce qui était le plus avantageux pour lui : les garanties peuvent être équivalentes mais différentes. On serait ainsi allé plus loin que le principe de faveur dans l'appréciation puisque la Cour de cassation avait opté pour une appréciation objective²¹⁵.

Dans la mesure où l'introduction de l'équivalence en droit français s'est faite au moment de la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise, il apparaît cohérent qu'elle ne débouche pas sur une application indifférenciée des deux normes : la nouvelle philosophie portée par cette nouvelle primauté de la convention d'entreprise est celle de l'adaptabilité de la norme sociale afin d'encourager la compétitivité des entreprises, il semble donc cohérent de privilégier la convention d'entreprise à un niveau de garanties au moins équivalent.

Cela est révélateur et vient limiter la dimension protectrice portée par l'équivalence : si on cherche à assurer des garanties minimales par le respect du degré de protection posé par les stipulations de branche, c'est toutefois la convention d'entreprise qui est ainsi encouragée à s'appliquer. Or, l'équivalence doit être analysée « *par groupe d'avantages se rapportant à la même matière* »²¹⁶, ce qui n'exclut pas des prévisions en réalité différentes de celles de la branche, tant que le degré de protection reste quantitativement le même. On permet ainsi à la convention d'entreprise de s'imposer de manière plus large, sans que soit respecté les prescriptions exactes de branche.

CONCLUSION CHAPITRE 2.

Alors que le principe de faveur était considéré comme « *l'âme du droit du travail* »²¹⁷, son utilité est désormais très limitée du fait de la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise : en privilégiant le niveau de l'entreprise, on recherche l'adaptabilité de la norme conventionnelle ce qui implique une certaine autonomie entre les différents niveaux de négociation collective. Il semble même que ce principe de faveur ne subsiste que

²¹⁵ Cass. soc., 11 janv. 1962, 60-40.224 – Cass. soc. 11 juillet 2007, 05-46.048.

²¹⁶ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

²¹⁷ CHALARON Y., « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail*, Études offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 243.

sous la forme d'une simple règle, tant son utilité est réduite. Un nouvel outil de comparaison entre ces niveaux, dans le cadre des domaines de prévalence de la branche, fait son apparition avec l'introduction en droit du travail de la règle d'équivalence, permettant à la convention d'entreprise de déroger à la convention de branche tant que des « *garanties au moins équivalentes* » sont apportées.

CONCLUSION TITRE 1.

Si la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise constitue une modification profonde dans les rapports entre les différents niveaux de négociation collective, celle-ci ne constitue pas un bouleversement inattendu : elle « *achève de consacrer un mouvement initié depuis la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 qui permet à l'accord d'entreprise de déterminer, par préférence à la branche, la situation collective des salariés* »²¹⁸. C'est, en réalité, l'abrogation de l'article 45 de cette loi, ainsi que la substitution du principe de faveur à la règle d'équivalence qui apportent le plus de modifications en matière de négociation collective : d'une part, ladite abrogation permet la généralisation de la nouvelle articulation des niveaux de négociation collective et, d'autre part, l'avènement de la règle d'équivalence vient affirmer la nouvelle logique d'adaptabilité de la négociation collective.

²¹⁸ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 1.

Titre 2. La primauté relative de la convention d'entreprise.

La primauté de la convention d'entreprise, entendue au sens de L. 2232-11 du Code du travail, est à relativiser, d'une part parce que si celle-ci constitue désormais le principe dans les rapports qu'elle entretient avec la branche, elle connaît une première exception avec un certain nombre de domaines de primauté attribués à la branche (Chap. 1). D'autre part, il ressort des règles d'articulation conventionnelle groupe/entreprise/établissement, issues de la loi n°2016-1088²¹⁹, que la primauté de la convention d'entreprise, entendue au sens strict, est aménageable ; ce qui finalement participe au renforcement de la convention d'entreprise (Chap. 2), entendue au sens de l'article L. 2232-11 du Code du travail.

²¹⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

Chapitre 1. Le renversement partiel du principe : des domaines de primauté de la branche.

Il ressort des articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, fraîchement modifiés par l'ordonnance n°2017-1385²²⁰, que la branche garde à sa disposition des domaines de primauté nuancés (Section 1) et s'appliquant en l'absence de « *garanties au moins équivalentes* »²²¹ (Section 2).

Section 1. Des domaines de primauté nuancés.

Les domaines de primauté octroyés à la branche sont dans l'ensemble des domaines traditionnels en droit du travail (I). Il s'agira de relativiser ladite primauté (B).

I. Des domaines de primauté traditionnels.

Dix-sept domaines sont attribués à la branche par l'ordonnance n° 2017-1385²²² ; toutefois tous n'ont pas la même impérativité. En effet, comme cela a pu être souligné, par exemple, par M. Jean-François Cesaro²²³, certains sont imposés (A) par le législateur, tandis que d'autres peuvent être abandonnés par la branche (B).

A. Une primauté imposée.

L'article L. 2253-1 du Code du travail, tel qu'issu de l'ordonnance n°2017-1385²²⁴, établit la liste de treize thèmes dans lesquels il est indiqué, au dernier alinéa dudit article, que les stipulations de la convention de branche « *prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur* ». L'emploi du présent de l'indicatif et l'absence de condition ou de restriction témoignent du fait que la prévalence de la branche s'applique dans ces treize domaines de manière impérative. La précision que cette prévalence s'applique « *Dans les matières énumérées au 1° à 13°* » vient amorcer l'annonce ultérieure du principe d'articulation entre les différents niveaux de la négociation collective, c'est-à-dire la primauté de la convention d'entreprise. Cette prévalence de la branche est donc ainsi présentée comme une exception.

²²⁰ Ordonnance n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

²²¹ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

²²² Ordonnance n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

²²³ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 6 : fait état d'une « *prévalence légale* » (§1, A, 2°, a) et d'une « *prévalence conventionnelle* » (§1, A, 2°, b). Voir aussi par ex. BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, p. ? : « *domaine privilégié* » et « *domaine de préférence* ».

²²⁴ Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

Il est intéressant de noter qu'avant d'effectuer la liste desdits thèmes, et donc avant même d'énoncer la prévalence des stipulations de branche sur la convention d'entreprise, le premier alinéa dispose : « [e]lle [la convention de branche] peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans les matières suivantes ». Cette précision vise-t-elle à appuyer implicitement le rôle normatif de la branche dans lesdites matières ? En effet, le législateur aurait pu se contenter d'énoncer la règle de prévalence de la branche, puis, lister ces domaines. Or, ladite précision fait suite à l'allocution selon laquelle « [l]a convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés », donc de l'énoncé de la mission conventionnelle de la branche. Celle-ci est extrêmement générale, et pourrait en réalité s'appliquer à l'ensemble de la négociation collective, toujours est-il que le législateur a pris soin de le préciser pour la branche alors que cela n'est pas le cas pour la convention d'entreprise²²⁵.

Il est remarquable que, si l'on compare la rédaction de l'article L. 2253-1 du Code du travail avec la rédaction de l'article consacré à la primauté de la convention d'entreprise²²⁶, le second précise, lui, que cette primauté à l'égard de la branche s'effectue à l'égard des stipulations « ayant le même objet » tandis que le premier ne précise pas dans quelle situation s'effectue cette prévalence de la branche. Cela constitue-t-il un oubli ? est-ce la faculté pour le juge de recourir à la notion de cause en plus de celle d'objet ? Pourtant, avec l'avènement de la règle d'équivalence dans les domaines de prévalence de la branche sur l'entreprise, on pourrait penser que la notion de cause, s'intéressant au contexte d'une norme, doit aussi être écartée. En effet, l'équivalence constitue une analyse globale²²⁷ qui selon le contexte et le contenu général de la convention peut permettre une déviation par rapport aux prévisions supérieures.

Il est affirmé que la prévalence dans ces thèmes s'effectue vis-à-vis des conventions d'entreprise « conclue[s] antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur ». Cette précision vient conforter la prévalence de la branche dans les treize domaines visés. En effet, rappelons que depuis la loi n°2004-391²²⁸ une faculté dérogatoire était reconnue à la convention d'entreprise dès lors que la convention de branche n'en dispose pas autrement²²⁹ ; celle-ci n'était fermée que dans quatre domaines. Ainsi, les domaines verrouillés au profit de la branche sont, à l'issue de l'ordonnance n°2017-1385, plus nombreux qu'ils ne

²²⁵ Art. L. 2253-1 du C. trav.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Art. L. 2253-1 du C. trav. : « Cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière ».

²²⁸ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

²²⁹ *Ibidem*, art. 42.

l'étaient auparavant : des conventions d'entreprise ont donc pu prévoir des prévisions moins favorables que ce qui était prévu ou ne le sera au niveau de la branche. Il s'agit donc de rendre effective la prévalence de la convention de branche à l'égard de l'ensemble des normes conventionnelles d'entreprise, y compris celles conclues sous l'empire du droit antérieur.

En parallèle de ces treize domaines de prévalence indérogeable de la branche, quatre autres sont prévus pour lesquels la prévalence de la convention de branche est laissée à leur discrétion.

B. Une primauté disponible.

À l'inverse des treize domaines imposés de prévalence, l'article L. 2253-2 du Code du travail énonce quatre matières après que la règle d'articulation avec la convention d'entreprise est énoncée. Il est, tout d'abord, nécessaire de préciser que la rédaction de cet article L. 2253-2 du Code du travail ne présente pas la prévalence de la branche de la même manière qu'elle l'est dans les treize autres matières listés à l'article L. 2253-1 du même Code. En effet, alors que dans ce dernier article la primauté de branche est présentée comme une priorité d'application vis-à-vis de la convention d'entreprise, hormis le cas de « *garanties au moins équivalentes* », il s'agit avec les quatre domaines visés audit article L. 2253-2 d'une faculté pour la branche de bloquer une négociation défavorable au niveau de l'entreprise qui ne peut contenir des stipulations différentes de la branche dans ces domaines qu'à condition qu'elles soient « *au moins équivalentes* ». Dans les faits cela aboutit, néanmoins, à la même conséquence : la mise à l'écart de la convention d'entreprise en l'absence d'un degré équivalent de garanties.

Il est remarquable que la formulation soit similaire à celle utilisée pour présenter la faculté dérogatoire de la convention d'entreprise ouverte par la loi n°2004-391 : la valeur hiérarchique de la branche dans les quatre domaines en question doit être affirmée expressément par celle-ci afin d'empêcher la dérogation de la convention d'entreprise, comme cela était le cas jusqu'ici dans l'ensemble des domaines ouverts à la négociation collective.

Par ailleurs, au contraire de l'article imposant treize matières de prévalence de la convention de branche²³⁰, l'article L. 2253-2 du Code du travail, précise que cette éventuelle prévalence s'effectue uniquement à l'égard « *la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention [de branche]* ». Il est, par ailleurs, intéressant de souligner que l'article 16 de l'ordonnance n° 2017-1385²³¹ a prévu un dispositif spécifique à l'expression de la volonté de bloquer la dérogation à la convention d'entreprise : dans ces quatre matières « *les clauses des conventions [...] de branche, [...] conclues sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L.*

²³⁰ L. 2253-1 du C. trav.

²³¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

2253-3 du même code dans sa rédaction antérieure à la présente ordonnance faisant obstacle à des clauses dérogatoires de conventions [...] d'entreprise [...] continuent de produire effet si un avenant confirme, avant le 1er janvier 2019, la portée de ces clauses au regard de la convention [...] d'entreprise [...]. Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux accords étendus ». Le même article 16 prévoit également la faculté pour la branche de rédiger un avenant, avant le 1^{er} janvier 2019 à leurs conventions afin que « les clauses des conventions [...] de branche, [...] mentionnées par l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 [...] continuent de produire effet » concernant les quatre domaines visés.

Si la branche se trouve dotée, malgré le principe de primauté de la convention d'entreprise, de domaines de prévalence, il s'agit de s'interroger sur l'effectivité de la primauté de la convention de branche qui lui est conférée dans certains domaines.

II. Une primauté à relativiser.

Il s'agit, d'abord, de revenir sur la nature de la primauté de la convention de branche eu égard à la manière dont elle est formulée (A), avant d'observer que selon les matières visées, il est envisageable, parfois, de remettre en question son effectivité du fait de son articulation avec les dispositions auxquelles il est renvoyé (B) dans les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail.

A. La nature hiérarchique de la primauté de branche.

Dans la mesure où la convention d'entreprise est amenée à prendre le pas sur la convention de branche en cas de « *garanties au moins équivalentes* », n'aurait-il pas été plus approprié de prévoir simplement la valeur hiérarchique de la branche dans ces domaines, obligeant ainsi à la convention d'entreprise de comporter des stipulations équivalentes à celles de branche, plutôt que de prévoir l'exception d'équivalence à ces domaines réservés ? En effet, le législateur a pris le soin, concernant les domaines réservés de la branche, de disposer que « *les stipulations de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur* »²³². On peut ainsi noter que, si le mécanisme ainsi mis en place dans les domaines réservés de la branche est similaire à celui mis en place dans le cadre des domaines verrouillables, en ce qu'il prévoit l'application de la convention d'entreprise en présence de « *garanties au moins équivalentes* » à la convention de branche, la rédaction de l'article L. 2253-2 du Code du travail n'a pas suivi la même formulation : « *lorsque la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large*

²³² Art. L. 2253-1 du C. trav.

le stipule expressément, la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ou à cet accord ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention ou de cet accord »²³³.

Ainsi, M. Alexis Bugada, en soulignant, s'agissant de l'article L.2253-2, l'ambiguïté de la rédaction dont « *la formule est maladroite car elle s'articule mal avec la prévalence de l'accord d'entreprise comportant des garanties équivalentes qu'elle consacre ensuite* »²³⁴, formule l'interrogation suivant laquelle il s'agirait davantage d'une « *condition de validité* »²³⁵.

Si l'on compare ces deux types de prévalence de la convention de branche à la primauté de la convention d'entreprise, on réalise qu'elle n'est pas de la même teneur. Tandis que la convention d'entreprise a vocation à s'appliquer, à chaque fois qu'elle existe, dans toutes les matières autres que les dix-sept visées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, la branche bénéficie sur celles-ci d'une faculté de mettre en place une « *norme sociale plancher* ». Cela n'écarte donc pas l'application de la convention d'entreprise du fait de la simple existence d'une convention de branche.

Si la nature hiérarchique de la branche constitue bien une certaine forme de primauté, l'effectivité de cette dernière peut être mise en doute lorsqu'on s'intéresse aux nombreux renvois effectués pour lister les matières dans lesquelles a vocation à prévaloir la convention de branche.

B. L'effectivité parfois interrogée de la primauté.

Si l'on observe l'article L. 2253-1 du Code du travail, il est frappant que pour un grand nombre des matières qui y sont énumérées, un renvoi à d'autres dispositions est effectué : pour neuf²³⁶ d'entre elles exactement. On observe alors que, parfois, il ne s'agit pas réellement d'une matière en tant que telle qui constitue un domaine de primauté de la branche, mais de certaines de ces modalités. Il en va par exemple ainsi concernant le domaine du temps de travail²³⁷ ou de celui des contrats de travail à durée déterminée (ci-après CDD) et temporaires²³⁸ (ci-après CTT).

Si parfois ces renvois n'ont aucune incidence sur l'effectivité ; d'autres posent de sérieuses questions. En effet, certaines de ces dispositions auxquelles il est renvoyé posent l'exigence

²³³ Art. L. 2253-2 du C. trav.

²³⁴ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 9.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ Art. L. 2253-1, 5° au 13° du C. trav.

²³⁷ *Ibidem*, 6° du C. trav.

²³⁸ *Ibidem*, 7°.

d'une convention de branche étendue. Dans la mesure où les dispositions auxquelles il a été renvoyé disposent qu'une convention de branche étendue fixe telle ou telle modalité, cela implique, a priori, que seule une convention de branche étendue a vocation à s'appliquer concernant la modalité en question, qu'elle constitue la seule voie conventionnelle ouverte. Bien que cela signifie, alors, qu'aucune convention d'entreprise ne peut de toute façon investir le champ conventionnel en question, cela signifie aussi que sans l'aval du gouvernement, constitué par l'arrêté d'extension du Ministre du Travail, la convention de branche ne peut investir le terrain et, donc, se trouve encadrée par l'Etat dans sa primauté : l'extension pourra être refusée par le Ministre « *pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l'emploi, l'extension d'un accord collectif* »²³⁹. Cela concerne tout de même dix-sept dispositions auxquelles il est fait référence.

Sur ce point M. Jean-François Cesaro affirme qu'« *on pourrait donc penser que dans ces domaines la prévalence de l'accord de branche ne présente aucune utilité puisque seul un accord de branche peut régir la question* »²⁴⁰ et donc, que « *paradoxalement, le nouvel article L. 2253-1 du Code du travail transforme en simple supériorité ce qui aurait pu être considéré comme un monopole* »²⁴¹. Il soulève, de surcroît, une réelle interrogation : « *cette interprétation suggère [...] que les articles qui ne figurent pas dans cette liste, mais qui confient tel ou tel rôle à la branche ne supportent aucune dérogation, même plus favorable* »²⁴².

Par ailleurs, parmi les treize matières dans lesquelles la convention de branche a vocation à prévaloir, l'une d'elle constitue une hypothèse particulière. En effet, le 6° du premier alinéa de l'article L. 2253-1 du Code du travail, renvoie au 1° de l'article L. 3121-44 du même Code qui prévoit que la branche doit autoriser la période de référence concernant la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine à dépasser le seuil d'un an, pour aller jusqu'à trois ans. Toutefois, concernant le reste des modalités propres à ce dispositif c'est la convention d'entreprise qui s'applique prioritairement ; surtout, c'est elle qui fixe la période de référence : la branche ne peut que permettre d'aller jusqu'à trois ans.

²³⁹ Art. L. 2261-25 du C. trav, rédaction issue de L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

²⁴⁰ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 9.

²⁴¹ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 9.

²⁴² *Ibidem*.

S'il n'est pas étonnant que la primauté, de la convention de branche comme d'entreprise, soit un minimum encadrée, notamment eu égard aux domaines où elles s'appliquent et par des dispositions d'ordre public, l'emprise étatique dans le domaine de la primauté de la branche est important au point que plus de la moitié des stipulations de branche amenées à prévaloir sur celles d'entreprise dépendent de l'aval du Ministre du Travail.

Section 2. Une primauté limitée par la règle d'équivalence.

Bien que la règle d'équivalence, applicable dans les domaines de prévalence²⁴³ de la branche, permette le respect d'un ordre conventionnel de branche (I), il apparaît néanmoins également comme un moyen pour la convention d'entreprise de concurrencer les prévisions conventionnelles de branche (II).

I. Le respect d'un ordre conventionnel de branche.

La règle d'équivalence induit l'exigence d'un sens au moins aussi favorable (A), qui conduit à l'établissement d'un ordre conventionnel de branche (B).

A. L'exigence d'un sens au moins aussi favorable.

Les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail listent des matières dans lesquelles, par exception au principe de primauté de la convention d'entreprise, la convention de branche s'applique prioritairement ; néanmoins, ils limitent cette application prioritaire, comme en témoigne le recours à la préposition d'exclusion « *sauf* », aux seules hypothèses où la convention d'entreprise ne présente pas, sur telle matière, de « *garanties au moins équivalentes* ».

M. Cesaro Jean-François définit « *ce qui est équivalent [...] [comme] ce qui a une même valeur, d'un point de vue quantitatif ou qualitatif* »²⁴⁴. Dans la mesure où l'équivalence signifie une certaine similitude, correspondance entre deux objets, on pourrait s'interroger sur l'utilité de permettre à la convention d'entreprise de s'appliquer au dépit d'une convention de branche. Toutefois, la similitude, l'équivalence n'implique pas nécessairement une identité : c'est ce qu'a pu affirmer la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'affaire Schrems, afin de vérifier le niveau de protection des données ayant cours aux Etats-Unis, où les données allaient être transférées, vis-à-vis de l'Union européenne : « *les moyens auxquels ce pays tiers a recours, à cet égard, pour assurer un tel niveau de protection peuvent être différents de ceux mis en œuvre au sein de l'Union afin de garantir le respect des exigences découlant de cette*

²⁴³ Art. L. 2253-1 et L.2253-2 du C. trav.

²⁴⁴ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 8.

directive »²⁴⁵. Il ne s'agit donc pas de la volonté de voir s'aligner le contenu de la convention d'entreprise avec celle de branche ; cela n'aurait pas d'intérêt et équivaldrait à n'admettre aucune exception à la prévalence de la branche dans les dix-sept matières listées.

En revanche, par la formulation utilisée dans lesdits articles, il apparaît plutôt que la volonté exprimée est celle de garantir, comme cela est le cas au sein de l'Union européenne lorsqu'il est fait recours à la notion d'équivalence, une « *protection substantiellement équivalente* »²⁴⁶. Ainsi, ne serait donc pas exigée une stricte similitude obligeant la prévision de garanties formellement similaires mais qu'en pratique les prévisions d'entreprise aboutissent à un niveau de garanties comparable à celui que la branche a entendu mettre en place.

Il s'agit donc plutôt de respecter un esprit induit par la branche plutôt que des stipulations en elles-mêmes. Sans que le terme de faveur ne soit repris dans la rédaction de ces dispositions, l'idée qui est sous-tendue par la règle d'équivalence est que la convention d'entreprise n'aille jamais dans un sens défavorable aux salariés par rapport à ce qui était prévu au niveau de la branche, soit à un niveau plus général que celui de l'entreprise. On cherche donc à limiter l'autonomie de la convention d'entreprise en lui imposant certains principes afin que ses prévisions ne soient pas pensées uniquement dans le contexte réduit et isolé d'une entreprise, mais, également en intégrant un contexte plus large.

Cela fait ressortir que davantage qu'une primauté laissée à la branche dans certaines matières, en réalité il s'agit plutôt d'un ordre conventionnel de branche

B. Un ordre conventionnel de branche plancher.

Comme cela a pu être souligné, la primauté de la convention de branche, dans les domaines visés aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, n'exclue pas l'application de la convention d'entreprise alors, qu'au contraire, lorsque la convention d'entreprise prime cela ne laisse aucune place à la convention de branche, même lorsque celle-ci serait plus favorable. Il est possible de déduire de cela que ce n'est pas tellement la primauté de branche qui est recherchée, mais la limitation de l'autonomie et de l'adaptabilité de la convention de branche : on impose une discipline à la convention d'entreprise alors qu'on vient de reconnaître sa primauté en tant que principe.

En admettant que la convention d'entreprise s'applique, malgré la présence de stipulations de branche dans ses domaines de primauté, lorsqu'elle comporte des « *garanties au moins équivalentes* », cela s'assimile avec l'ancien système d'articulation des niveaux de négociation

²⁴⁵ CJUE, gde ch., 6 oct. 2015, C-362/14, Schrems, cons. 71.

²⁴⁶ *Ibidem*.

collective qui prévoyait l'application de la norme conventionnelle de branche à moins qu'une stipulation d'entreprise soit plus favorable. Autrement dit, on insiste non pas sur le niveau d'application de la norme mais sur son contenu, sa qualité. Toutefois, il est nécessaire de préciser que si ce n'est pas le niveau d'application de la norme qui est crucial, c'est parce que le contenu de ladite norme conventionnelle a été négocié au niveau de la branche, considéré comme plus objectif, et, donc, synonyme d'une meilleure protection pour les salariés, en comparaison de la convention d'entreprise. Cela rejoint le rôle traditionnel qui était assigné à la branche, celui de « *loi de la profession* », mais ayant vocation à s'exprimer dans des domaines limités. Cette qualité du contenu des conventions de branche vient du fait qu'on considère la branche comme un niveau de négociation collective plus impartial que l'entreprise dans laquelle l'enjeu économique est directement identifié, et surtout dans lequel la partie salariée n'est pas réellement libre puisqu'en négociation avec le détenteur de l'autorité vis-à-vis duquel il se trouve dans un rapport habituel de subordination. En effet, comme MM. Gilbert Cette et Jacques Barthélémy l'ont écrit : « *l'équilibre [contractuel] est plus effectif dans la branche que dans l'entreprise* »²⁴⁷.

M. Arnaud Martinon s'est interrogé sur le sens du « *choix du terme « garantie », et non du mot « avantage* »²⁴⁸ en soulignant l'enjeu que cela pouvait soulever : « *soit l'on retient une acception large du terme garantie ; les primes, associées aux salaires minima de l'entreprise, sont des garanties au moins équivalentes. Soit, au contraire, on adopte une définition étroite des garanties [...] [:] les « garanties » sont [alors] des montants minima, des durées minimales, des planchers ou des plafonds. Les garanties ne sont [dans ce cas] pas des avantages* »²⁴⁹. Selon l'auteur se positionne, afin de rendre efficace la faculté dérogatoire qui semble être offerte à la convention d'entreprise par le biais du concept de « *garanties au moins équivalentes* », « *il convient [...] de promouvoir une conception large de la notion de garantie* »²⁵⁰ : cela permettrait, par ailleurs, de confirmer la recherche d'une certaine exigence qualitative quant aux dix-sept domaines concernés par la nouvelle règle d'équivalence.

Néanmoins, bien que l'on puisse considérer que par ces domaines de primauté de la branche, un ordre conventionnel de branche est établi, similaire à celui existant de par la loi et les règlements auquel il ne peut être dérogé que dans un sens plus favorable²⁵¹, il est nécessaire de

²⁴⁷ BARTHELEMY, J. et CETTE, G., « Réformer le droit social », Droit social 2016, p. 400, II.

²⁴⁸ MARTINON, A., « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1047, pt. 14.

²⁴⁹ MARTINON, A., « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1047, pt. 14.

²⁵⁰ *Ibidem*, pt. 15.

²⁵¹ Art. L. 2254-1 du C. trav.

souligner que celui-ci n'est pas de la teneur que proposait la loi n°2016-1088²⁵² qui prévoyait à son article 24, que « *les organisations syndicales et professionnelles représentatives dans les branches professionnelles engagent, dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi, une négociation portant sur la définition de l'ordre public conventionnel applicable dans leur branche* ». En effet, l'ordonnance a supprimé le 2° de l'article L. 2232-5-1 du Code du travail²⁵³ et a finalement fixé elle-même les matières dans lesquelles l'autorité des stipulations de branche devait être respectée : s'il s'agit d'un ordre conventionnel, celui-ci n'a vocation à exister que dans les limites légales ; la branche ne pourra revendiquer d'autres matières.

L'équivalence peut donc être appréhendée comme vectrice d'une certaine protection de la primauté de branche, pourtant elle constitue également un outil de concurrence.

II. Un moyen de concurrence pour la convention d'entreprise.

L'équivalence offre la faculté à la convention d'entreprise de concurrencer la convention de branche (B) du fait notamment que l'équivalence constitue une notion d'interprétation *in concreto*, interprétation dont la méthode reste incertaine (A).

A. L'interprétation incertaine de l'équivalence.

Si la notion d'équivalence, dans son principe, semble facilement accessible, il est en réalité assez compliqué de l'expliquer expressément sans utiliser des termes synonymes, ou antonymes, et, finalement, aboutir sur une définition tautologique. En effet, il semble évident qu'elle ne signifie pas l'identité, qu'elle n'est pas non plus la stricte faveur mais comment exprimer le degré et la nature de la similitude qu'elle implique ?

Or, il ressort de l'ordonnance n°2017-1385, et de la loi la ratifiant²⁵⁴, qu'elle ne fait l'objet d'aucune tentative de définition. L'intelligibilité de la notion de « *garanties au moins équivalentes* »²⁵⁵ a, d'ailleurs, été contestée devant Conseil constitutionnel, mais cela en vain²⁵⁶. En effet, après avoir rappelé en quoi consistait l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi²⁵⁷, le Conseil affirme que celui-ci « *n'impose pas au*

²⁵² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016

²⁵³ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

²⁵⁴ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

²⁵⁵ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

²⁵⁶ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 22, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

²⁵⁷ *Ibidem*, cons. 20 : « impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou

législateur, lorsqu'il établit des règles définissant la façon dont s'articulent différentes normes, de prévoir, dans le même temps, un dispositif d'information destiné à préciser, pour chaque norme en cause, quelles dispositions prévalent compte tenu des autres normes applicables »²⁵⁸. Bien que la notion soit, certainement volontairement, très contextuelle et laisse une large marge de manœuvre quant à sa mise en application on pouvait, toutefois, espérer plus de précision quant à sa signification qui peut, comme souligné par M. Arnaud Martinon, faire référence autant à une « *identité* »²⁵⁹ qu'à une « *valeur* »²⁶⁰. Ainsi, l'équivalence signifie-t-il un degré de protection identique admettant simplement des modalités différentes ? ou l'équivalence présente-t-elle davantage un « *caractère quantitatif* »²⁶¹ et permet ainsi de compenser un « *désavantage* » – comparativement à ce qui était prévu au niveau de la branche – par l'existence d'une garantie supplémentaire ou améliorée en parallèle ? Cette dernière hypothèse est envisageable dans la mesure où, comme l'a souligné M. Jean-François Cesaro, l'équivalence peut induire une identité de valeur quantitative, et non nécessairement qualitative²⁶². Néanmoins, M. Martinon relève le fait que « *dans certains domaines, il paraît impossible d'identifier des garanties équivalentes : il est difficile de concevoir, dans nombre de situations, des garanties dérogatoires qui ne soient pas strictement identiques à celles de l'accord de branche : par exemple, quelle peut être une garantie équivalente à un salaire minimum sinon un même salaire minimum ?* »²⁶³

Le Conseil constitutionnel semble satisfait de la précision apportée par la loi n°2018-217, qu'elle avance comme un argument à son rejet du grief, selon laquelle l'équivalence s'apprécie par l'« *ensemble de garanties se rapportant à la même matière* »²⁶⁴. On peut relever que si cette précision remplace celle d'une appréciation « *domaine par domaine* », non contraignante, exprimée dans le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385,

contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

²⁵⁸ *Ibidem*, cons. 22.

²⁵⁹ MARTINON, A., « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1047, pt. 8.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ MARTINON, A., « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1047, pt. 11.

²⁶² CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306, pt. 8.

²⁶³ MARTINON, A., « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1047, pt. 15.

²⁶⁴ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

elle sous-tend également, comme le relevait M. Alexis Bugada s'agissant de la précision de la loi de 2018, «*une approche globale de ces thèmes ou des sujets traités en leur sein* »²⁶⁵.

Si cela renseigne sur le champ de la comparaison à opérer pour apprécier la condition d'équivalence, cela n'explicite pas le degré et la nature de l'équivalence qui doit être respectée. Ainsi, comme l'a affirmé Mme Cécile Nicod, «*l'appréciation du plus ou moins favorable pouvait dans certains cas s'avérer délicate, celle de l'équivalence le sera davantage encore* »²⁶⁶. Cette dernière souligne, par ailleurs, qu'alors que «*jusqu'à présent, le cumul des avantages conventionnels était exclu s'agissant des « avantages ayant la même cause ou le même objet »* le nouveau critère d'équivalence «*englobe des ensembles bien plus vastes que les catégories antérieures ; [...] ce qui conduit à exclure de fait la possibilité d'une comparaison fine des avantages en question et limite les hypothèses de cumul* »²⁶⁷. Toutefois, selon M. Alexis Bugada «*on peut douter que soit ainsi exclu du périmètre de la comparaison, l'examen des mobiles ou des raisons ayant conduit à la conclusion de tel ou tel accord* »²⁶⁸.

Non seulement l'interprétation de l'équivalence est incertaine du fait de sa toute récente intégration dans le domaine de l'articulation branche/entreprise, mais également parce que, par essence, le terme d' «*équivalence* » est un terme large recouvrant presque autant d'alternatives qu'il y a de concours entre les normes.

B. L'éventuelle concurrence de la convention d'entreprise.

Comme cela a été relevé, l'équivalence nécessite, certes, une protection substantiellement équivalente, mais implique également que l'entreprise puisse déroger à la convention de branche dans une certaine mesure, qui est appréciée à partir des stipulations de branche.

C'est l'appréciation de cette mesure qui est délicate : comme cela a été souligné plus haut²⁶⁹, aucun élément ne permet de savoir, pour l'instant, si l'équivalence permet des prévisions substantiellement différentes à celles de la branche tant que cela est compensé par d'autres prévisions permettant de respecter l'esprit de garantie fixé par la convention de branche dans une des matières où elle a vocation à prévaloir, ou, si cela ne permet que des modifications à la marge comme des modalités plus adaptées au sein de l'entreprise mais respectant les garanties de la branche dans leur contenu ? En effet, selon M. Jean-François Cesaro, «*les notions de «*

²⁶⁵ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, p ?

²⁶⁶ NICOD, C., « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », RDT. 2017, p. 657, I B).

²⁶⁷ *Ibidem*, II A).

²⁶⁸ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 8.

²⁶⁹ Partie I, Titre 2, Chap. 1, Section 1, II, A.

garanties » d'une part, et « d'équivalence », d'autre part, suggèrent qu'il puisse être donné « autre chose » que l'avantage convenu au niveau supérieur. La notion de garantie équivalente pourrait ainsi permettre une compensation plus globale des avantages entre la branche et l'entreprise »²⁷⁰.

Selon Mme Cécile Nicod, l'équivalence conduit à une *« pesée entre éléments différents, qui ne sont pas nécessairement comparables. On peut craindre alors, emporté par cette faveur, ferveur même, pour l'accord d'entreprise, que s'instaure une forme de présomption d'équivalence, laquelle pourrait en outre s'appuyer sur les termes du préambule de l'accord »*²⁷¹. Sans aller aussi loin que l'instauration d'une présomption d'équivalence, on peut estimer que cette nouvelle règle permette à la convention d'entreprise de défaire l'équilibre voulu par la branche dans les matières où sa prévalence a été retenue. En effet, si on considère que l'équivalence autorise la convention d'entreprise à contenir, dans lesdites matières, une stipulation moins avantageuse que la convention de branche du moment où ce désavantage est compensé, la marge de normativité de la convention d'entreprise existe alors réellement dans ces domaines alors qu'ils sont en principe réservés à la branche. Pour reprendre la formulation utilisée par M. Cesaro, bien qu'il la considère vraie en cas d'admission de la méthode globale, cela *« reviendrait à accentuer le caractère subsidiaire de la branche en facilitant les dérogations au niveau de l'entreprise »*²⁷². Ainsi, si *« certains insistent sur la complémentarité de ces deux niveaux de négociation et sur l'enrichissement de la politique contractuelle qui devrait en résulter, d'autres ne les pensent qu'en termes de concurrence. Pour ces derniers, la chose est entendue : « Les deux niveaux de négociation sont en effet trop proches l'un de l'autre pour coexister. [...] l'essor de la négociation d'entreprise conduirait inéluctablement à son dépérissement. Le destin de la branche, classique niveau d'harmonisation des politiques sociales et salariales et des politiques industrielles et technologiques ne pourrait être que tragique »*²⁷³.

Toutefois, selon M. Alexis Bugada, si *« l'équivalence n'empêche pas les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise de tenter la différence. [...] l'incertitude de l'effet utile d'une différence pourrait freiner l'innovation si tout devait être remis en question devant le juge »*²⁷⁴ ;

²⁷⁰ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 8.

²⁷¹ NICOD, C., « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », RDT 2017, p. 657, II A).

²⁷² CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 8.

²⁷³ ADAM, P., « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1039.

²⁷⁴ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 9.

en effet, « *faute de garanties au moins équivalentes, la disposition différente ne prévaut pas* »²⁷⁵ et l'entreprise perd ainsi le moyen de subir dans une moindre mesure les prévisions de branche. C'est pourquoi M. Arnaud Martinon avance l'idée selon laquelle « *pour que la volonté des partenaires sociaux soit la seule mesure de l'équivalence, il faut que de telles garanties soient parfaitement identifiées dans l'accord d'entreprise ; à défaut, le juge devrait recenser les garanties pour décider de l'équivalence* »²⁷⁶.

CONCLUSION CHAPITRE 1.

La convention d'entreprise, entendue au sens de l'article L. 2232-11 du Code du travail, est présentée comme le « *véritable pivot du dialogue social* »²⁷⁷ par le biais de la consécration du principe de sa primauté. Toutefois, la branche se voit confier des domaines de primauté dans lesquels la convention d'entreprise ne peut que prévoir des « *garanties au moins équivalentes* »²⁷⁸ : cela est révélateur d'une dimension toujours hiérarchique de la branche qui, à l'image de sa faculté ancienne d'empêcher des stipulations moins favorables, agit comme une norme conventionnelle plancher à l'égard de la convention d'entreprise dans les domaines de primauté qui lui sont reconnus. Néanmoins, il est frappant de voir que cette hiérarchie n'empêche plus qu'une stipulation d'entreprise présentant un niveau de garantie équivalent, et n'impose plus des garanties plus favorables.

²⁷⁵ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 9.

²⁷⁶ MARTINON, A. « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1047, pt. 13.

²⁷⁷ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 1.

²⁷⁸ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

Chapitre 2. Le renforcement de la primauté d'entreprise par sa faculté d'aménagement.

Les conventions de groupe et d'établissement bénéficient d'une primauté particulière (Section 1) car s'exerçant à l'égard de la convention d'entreprise, entendue dans son sens strict donc négociée et conclue au niveau de l'entreprise. Ce sens sera celui retenu, sauf indication contraire, tout le long de ce chapitre. Cette articulation interne aux conventions d'entreprises, entendues au sens de l'article L. 2232-11 du Code du travail, permet la complémentarité de ces différents niveaux de négociation collective d'entreprise (Section 2).

Section 1. La primauté particulière des accords de groupe et d'établissement.

Il s'agit d'envisager, dans un premier temps, la primauté de la convention de groupe vis-à-vis de la norme conventionnelle d'entreprise (I), avant de revenir sur celle attribuée à la convention d'établissement (II).

I. La primauté des accords de groupe sur la convention d'entreprise.

La primauté de la norme conventionnelle de groupe vis-à-vis de celle négociée au niveau de l'entreprise est à la discrétion des négociateurs de cette dernière (A), et permet ainsi l'effectivité pleine de la fonction coordinatrice du groupe (B).

A. Une primauté facultative ouverte au groupe.

L'article L. 2253-5 du Code du travail, créé par la loi n°2016-1088²⁷⁹, dispose que « *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* ».

À propos de l'ancien article L. 132-19-1 du Code du travail, devenu L. 2232-33 et modifié à l'occasion de la loi n°2016-1088²⁸⁰, M. Paul-Henri Antonmattéi affirmait que « *reconnaître la convention, c'est admettre l'application « directe » et automatique de ces derniers dans les entreprises concernées et donc aux contrats de travail des salariés de ces entreprises. Inutile d'assurer un « relais conventionnel d'entreprise* »²⁸¹. En effet, cet article prévoyait que « *la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise* » et n'exigeait donc pas d'habilitation. On peut imaginer qu'obtenir une telle

²⁷⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 23, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ ANTONMATTEI, P.-H., « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », Dr. soc. 2004, p. 601, §5.

habilitation, reconnaissance par une convention d'entreprise aurait freiné la négociation collective de groupe, ou du moins empêché l'effectivité de cette dernière.

Cette reconnaissance d'autonomie de la convention de groupe vis-à-vis de la convention d'entreprise, et ce dès sa consécration légale, a donc constitué le premier pas vers son effectivité. Toutefois, avant la loi n°2016-1088²⁸², sa primauté à l'égard du niveau de l'entreprise n'était pas reconnue : le conflit éventuel entre ces deux niveaux se réglait par l'application du principe de faveur. Cela était également de nature à freiner l'effectivité de la négociation collective de groupe. Il est, en effet, légitime de penser que les stipulations fixées au niveau de groupe n'aient pas vocation à être spécialement plus favorables que celles d'entreprise dans la mesure où le groupe est souvent perçu comme un lieu de négociation essentiellement tourné vers les intérêts économiques du groupe, vers des objectifs de compétitivité.

Désormais, non seulement la convention de groupe peut primer sur celle d'entreprise mais, en outre, cette faculté de primauté est laissée à sa discrétion dans la mesure où la prévalence du groupe sur l'entreprise s'appliquera en cas de prévision expresse au niveau du groupe. Il revient donc au groupe de décider de l'opportunité de la primauté du groupe sur l'entreprise, aussi bien concernant son principe que son champ d'application personnel ; en effet, relativement à ce dernier point, la primauté peut être décidée pour « *tout ou partie* »²⁸³ du groupe.

Un détail sémantique interpelle dans la rédaction de l'article L. 2253-5 du Code du travail : il n'est fait mention que de « *l'accord conclu dans tout ou partie d'un groupe* », semblant donc exclure la norme conventionnelle de groupe constituée par une convention conclue à ce niveau. On aurait pu estimer que cela relevait d'une inattention de rédaction mais, d'une part, celle-ci, au vu des dernières réformes, aurait eu l'occasion d'être rectifiée et, d'autre part, cela semble être en cohérence avec le fait que la disposition ne permet, en revanche, pas à l'accord de groupe de ne stipuler sa primauté que pour une partie dudit accord. L'accord collectif de travail, à la différence de la convention, n'a vocation qu'à traiter d'un sujet en particulier ; ainsi la limitation de la primauté vis-à-vis de la convention d'entreprise du seul accord de groupe semble induire une primauté thématique. Toutefois, il est à noter qu'aucune limitation n'est énoncée quant aux champs ouverts à la primauté de l'accord de groupe ; au contraire, si l'on se réfère à l'alinéa premier de l'article L. 2232-33 du Code du travail, « *l'ensemble des négociations prévues par*

²⁸² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 23, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

²⁸³ Art. L. 2253-5 du C. trav.

le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve des adaptations prévues à la présente section ».

Cette primauté facultative ouverte au groupe est un outil à la fonction coordinatrice de ce dernier.

B. Une primauté coordinatrice.

La dimension coordinatrice du groupe est à l'origine de sa consécration pratique, jurisprudentielle puis législative en tant que niveau de négociation collective à part entière. Cela ressort de l'arrêt Axa²⁸⁴ qui fait état de l'existence de « *sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe* » ; cela induit que les différentes entreprises constituant un groupe, bien que pouvant être distinctes, aussi bien dans leur secteur d'activité que dans leur organisation, partagent des problématiques communes, ou qui peuvent l'être dans la volonté d'améliorer la compétitivité du groupe économique.

Selon M. Pierre Rodière, « *la constitution d'une unité de négociation n'a [...] de sens que si un intérêt commun existe entre les travailleurs concernés, justifiant son règlement unitaire par voie d'accord avec un interlocuteur patronal. [...]* »²⁸⁵, or, « *l'appartenance à un même groupe suffit à caractériser un intérêt commun, en matière d'emploi notamment* »²⁸⁶. Une première dimension du groupe, économique, émane notamment du fait que le négociateur patronal soit visé, par l'article L. 2232-31 du Code du travail, comme étant naturellement²⁸⁷ « *l'employeur de l'entreprise dominante* », cette référence capitalistique sous-entendant des intérêts communs économiques.

Le fait que la primauté du groupe s'applique aussi bien à l'égard des conventions d'entreprise conclues postérieurement qu'antérieurement à la norme conventionnelle de groupe²⁸⁸ participe à l'effectivité de la fonction coordinatrice du groupe ; et ce aux dépens de l'équilibre conventionnel établi au niveau de l'entreprise lorsque celle-ci est antérieure. Rappelons en effet que cette dernière prévaut sur la convention de branche et est désormais libérée de l'autorité de cette dernière : elle a vocation à stipuler dans un sens moins favorable et ne correspond, ainsi, plus nécessairement à la fonction méliorative de la négociation collective. Les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise peuvent donc prévoir des règles

²⁸⁴ Cass. soc. 30 avril 2003, 01-10.027.

²⁸⁵ RODIERE, P., « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », SSL 2003, N°1125, p. 6, §6.2.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Cf art. L 2232-31 du C. trav indiquant que les représentants des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord doivent être spécialement mandatés afin de négocier et conclure au nom du groupe.

²⁸⁸ Art. L. 2253-5 du C. trav.

défavorables aux salariés, compensées par des stipulations qui vont pouvoir être substituées par celles au niveau du groupe.

Il est enfin pertinent de relever que le groupe peut décider de sa primauté aussi bien à l'égard des stipulations conventionnelles d'entreprise que d'établissement, et ce éventuellement de manière alternative : en effet, l'utilisation de la conjonction de coordination « *ou* » implique que l'accord de groupe peut décider que ses stipulations primeront à l'égard des conventions d'entreprise, mais pas vis-à-vis des accords d'établissement ; et inversement.

La nécessité d'une coordination entre les différentes entreprises formant un groupe, a pris le pas sur l'équilibre conventionnel fixé par l'entreprise ; elle est à articuler avec la primauté, à part entière, reconnue à la norme conventionnelle d'établissement.

II. La primauté de l'accord d'établissement.

Si l'établissement se voit reconnaître une primauté de principe sur la convention d'entreprise (A), celle-ci est fragile (B).

A. Une primauté de principe sur la convention d'entreprise.

L'article L. 2253-6 du Code du travail dispose 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* ». Il a été créé, comme l'article consacrant la primauté du groupe sur l'entreprise, à l'occasion de la loi n°2016-1088²⁸⁹.

Il s'agit de relever immédiatement que la remarque sémantique relative à la rédaction de l'article L. 2253-5 du Code du travail, concernant la primauté du groupe, est applicable audit article L. 2253-6 : celui-ci ne prévoit la primauté de l'établissement sur l'entreprise que lorsqu'un « *accord conclu au niveau de l'entreprise le prévoit* ».

Il s'agit, ensuite, de remarquer que la primauté reconnue à la convention d'établissement n'est pas de la même teneur que celle reconnue à l'accord de groupe. En effet, alors que cette dernière procédait de la volonté expresse des signataires de l'accord de groupe, donc interne au niveau de négociation collective concerné, la primauté des stipulations négociées au niveau de l'établissement procède de la volonté externe des partenaires sociaux au niveau de l'entreprise. Il est à noter qu'en réalité l'expression de la volonté des partenaires sociaux au niveau de l'entreprise porte sur la volonté de faire primer les prévisions d'entreprise : par principe, les

²⁸⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 23, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

prévisions d'établissement sont donc celles qui s'appliquent à défaut d'indication contraire. Cela témoigne de la volonté étatique de la grande adaptabilité de la négociation collective dans la mesure où la loi a donc fait du niveau le plus réduit le niveau conventionnel par principe applicable.

Il est toutefois intéressant de souligner qu'afin d'exprimer ce principe de primauté de la convention d'établissement, le législateur a préféré avoir recours au concept de substitution, plutôt que de prévalence. Si cela conduit à la même conséquence, à savoir, l'application d'une norme conventionnelle d'un certain niveau en lieu et place d'une autre norme issue d'un niveau différent semble avoir vocation à s'exercer même en l'absence de conflit de normes. Néanmoins le fait que cette substitution soit énoncée uniquement à l'égard des « *stipulations ayant le même objet* » ne permet pas de valider cette interprétation. Le même raisonnement est applicable s'agissant des accords de groupe dont seules les stipulations ayant le même objet se substituent à celles négociées au niveau de l'entreprise.

Si la convention d'établissement bénéficie, en principe, d'une primauté à l'égard de la convention d'entreprise, celle-ci est quelque peu fragile.

B. Une primauté fragile.

La primauté de la convention d'établissement à l'égard de l'accord d'entreprise a pour conséquence de faire de ladite convention la norme conventionnelle par principe applicable au sein de l'ensemble du système conventionnel. En effet, il ressort de la combinaison des articles L. 2253-3 et L. 2253-6 du Code du travail que, dès lors que l'accord d'entreprise n'aura pas prévu que ses stipulations se substituent à celles ayant le même objet au niveau de l'établissement, la convention d'établissement primera donc sur celle-ci, en outre de prévaloir sur la convention de branche.

La convention d'établissement semble ainsi, désormais, constituer le nerf de la négociation collective. Mme Marie-Armelle Souriac relève déjà ce phénomène à l'issue de l'adoption de la loi n°2004-391²⁹⁰, et indique ainsi que le « *centre de gravité de la négociation est nettement déplacé vers l'entreprise, voire l'établissement* »²⁹¹.

Pour autant cette primauté est quelque peu précaire. D'une part, ce n'est qu'en l'absence de prévision contraire de l'accord d'entreprise que la norme conventionnelle d'établissement s'applique prioritairement à celle de l'entreprise ; laissant, ainsi, la primauté de la convention

²⁹⁰ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

²⁹¹ SOURIAC, M.-A., « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. soc. 2004, p. 579, I A 2 a).

d'établissement à la discrétion des partenaires sociaux de l'entreprise. Toutefois, il est intéressant de rappeler que le législateur a entendu, en subordonnant la primauté de l'accord d'entreprise sur l'établissement à l'expression de cette volonté par l'entreprise, faire de la primauté de la convention d'établissement le principe. Cela n'est pas sans faire écho à la faculté dérogatoire de la convention d'entreprise qu'avait instauré le législateur à l'occasion de la loi n° 2004-391²⁹². En effet, cette faculté pouvait être niée par une stipulation conventionnelle de branche mais il n'en restait pas moins, qu'en principe, celle-ci était ouverte. À ce propos, Mme Souriac indiquait qu'« *on aurait pu songer [...] à une émancipation plus tempérée. L'accord d'entreprise n'aurait été admis à déroger à la convention de branche que dans les cas et aux conditions que celle-ci aurait expressément prévus* »²⁹³. Il est donc légitime d'estimer que, bien que dépendante de la volonté exprimée au niveau de l'entreprise, la primauté de la convention d'établissement est réellement mise en avant. Cela est en cohérence avec l'expression d'une volonté de promouvoir une négociation collective dite « *de terrain* », c'est-à-dire proche des conditions réelles de travail et de production.

D'autre part, même dans la mesure où l'accord d'entreprise ne stipulerait pas en faveur de sa primauté à l'égard de la convention d'établissement, l'éventualité que le groupe ait stipulé en faveur de sa primauté vis-à-vis de l'établissement n'en est pas, pour autant, écartée.

Il ressort de l'examen de ces règles d'articulation conventionnelle interne aux conventions d'entreprises, entendues au sens l'article L. 2232-11 du Code du travail, une grande flexibilité de ces dernières, favorable à l'adaptabilité de la négociation d'entreprise prônée par les dernières réformes.

Section 2. La complémentarité de l'articulation interne aux conventions d'entreprise.

L'attribution d'une primauté aménageable aux différents niveaux que recouvre le terme de « *convention d'entreprise* »²⁹⁴ témoigne du fait que le groupe et l'établissement constituent des entreprises particulières (I), et participe ainsi à la reconnaissance, en droit du travail, de la diversité des sociétés (II).

I. Le groupe et l'établissement, des entreprises particulières.

Tandis que le groupe constitue une communauté de travail économique et managériale (A), l'établissement se présente avant tout comme une communauté de travail sociale (B).

²⁹² L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 42, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

²⁹³ SOURIAC, M.-A., « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. soc. 2004, p. 579, I A 2 a).

²⁹⁴ Art. L. 2232-11 du C. trav.

A. Le groupe : une communauté de travail économique et managériale.

Le « *groupe* » est une notion éminemment économique. Il s'agit, en effet, selon l'INSEE d'« *une entité économique formée par un ensemble de sociétés qui sont soit des sociétés contrôlées par une même société, soit cette société contrôlante* »²⁹⁵. Le lexique Dalloz, quant à lui, définit ainsi le groupe de sociétés : un « *ensemble de sociétés juridiquement indépendantes, mais formant une même unité économique en raison de liens financiers étroits* »²⁹⁶, et ajoute même que « *le droit des affaires, lato sensu prend exceptionnellement en compte le groupe comme objet spécifique de réglementation, pour des raisons de police de l'activité économique* ».

Cette forte dimension économique et hiérarchique est reprise par le législateur concernant la définition de la convention de groupe ; celle-ci fait, en effet, état du fait que la partie signataire, du côté employeur, est prioritairement « *l'employeur de l'entreprise dominante* »²⁹⁷, les représentants de l'employeur des autres entreprises devant être mandatés pour disposer de cette faculté. En effet, le critère de domination étant sans contexte lié à la disposition L. 2331-1 du Code du travail, anciennement L. 439-1, qui définit, dans le cadre de la mise en place d'un comité de groupe, l'entreprise dominante comme celle qui « *directement ou indirectement* » peut alternativement « *nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ; ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ; ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise* ». M. Paul-Henri Antonmattéi souligne ce lien et le salue : « *même si la définition de l'article L. 439-1 peut prêter à discussion, elle exprime l'élément essentiel d'un groupe de sociétés : la présence d'une entreprise dominante qui impose une politique sociale de groupe. La fonction de la négociation de groupe est de faciliter la mise en œuvre de cette dernière* »²⁹⁸.

Or, la politique managériale qui s'applique dans une entreprise, un établissement constitue un des ressorts de sa compétitivité ; notamment parce que celle-ci englobe l'organisation du temps de travail. La bonne santé d'un groupe, sa compétitivité dépend intrinsèquement de celle des entreprises qui le constituent. Dans cette optique, il a souvent pu être constaté que le groupe était à l'origine de délocalisation, de fermeture ou du ralentissement de l'activité d'établissements. Ainsi, dans le cadre de licenciements économiques, on a eu recours à l'entité

²⁹⁵ Site de l'INSEE - < <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1041> >

²⁹⁶ DEBARD T., GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques 2017/2018*, Lexiques, Dalloz, juin 2017, p. 564.

²⁹⁷ Art. L. 2232-21 du C. trav.

²⁹⁸ ANTONMATTEI, P.-H., « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.* 2004, p. 601, pt. 8.

de groupe. Cela, d'une part, via la notion de co-emploi permettant de retenir comme débiteur de diverses obligations (reclassement, mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi) plusieurs employeurs. D'autre part, jusqu'à l'ordonnance n°2017-1388²⁹⁹, la Cour de cassation apprécie le motif économique au niveau du secteur d'activité du groupe, tant au niveau national qu'étranger³⁰⁰ ; avec ladite ordonnance cet examen est désormais réduit au territoire national, mais s'effectue toujours au niveau du groupe.

Bien qu'éminemment économique, le groupe constitue donc une communauté de travail à part entière, aux enjeux propres, et intrinsèquement liés à ceux des entreprises le composant.

B. L'établissement : une communauté de travail sociale.

Il est intéressant de revenir à la définition jurisprudentielle du concept d'« *établissement distinct* », mobilisé aux fins de mettre en place des institutions représentatives du personnel. Bien que celle-ci dépende de l'institution qu'on cherche à mettre en place ou à exclure, et ce notamment relativement à l'existence ou à l'absence d'autonomie de gestion, une idée principale en ressort : l'existence d'« *intérêts propres* »³⁰¹ et l'éventualité de « *réclamations communes et spécifiques* »³⁰².

Le critère de « *réclamations communes et spécifiques* » témoigne du fait que l'établissement constitue une communauté de travail de par ses acteurs et de la confrontation de leurs intérêts respectifs. En effet, au contraire du groupe, les intérêts salariés sont plus prégnants au sein de l'établissement, en tant que lieu concret de l'activité salariée comparativement au groupe qui constitue un concept plus abstrait du point de vue salarié. Cela d'abord parce qu'il n'a pas nécessairement connaissance de l'ensemble des entreprises auxquelles sont associées celle dans laquelle il travaille, mais aussi parce que la manifestation directe de ses intérêts s'opère au sein de l'entité dans laquelle il effectue sa prestation de travail. En effet, comme cela ressort de la définition de l'établissement donnée par l'INSEE, ce dernier constitue une « *unité de production géographiquement individualisée, mais juridiquement dépendante de l'entreprise* »³⁰³. Cela n'écarte évidemment pas la connexité de l'établissement vis-à-vis du groupe dans la mesure où ces intérêts salariés viennent se confronter aux enjeux auxquels est confrontée l'entreprise, l'établissement, ils se confrontent, incidemment aux enjeux et intérêts rejoignent, voire découlent, d'intérêts situés au niveau du groupe.

²⁹⁹ Ord. n° 2017-1388, 22 septembre 2017, portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 35.

³⁰⁰ Cass. soc., 12 juin 2001, 99-41.571.

³⁰¹ Cass. soc., 29 janvier 2003, 01-60.628.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Site de l'INSEE - < <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1377> >

Par ailleurs, M. Etienne Devaux a relevé le fait que l'établissement se présente comme une communauté de travail dans la mesure il s'agit d'un lieu de partage des mêmes conditions de travail, qui crée un lien de solidarité entre les travailleurs et donc un élément d'identité par l'appartenance à tel groupe, et ce malgré le fait que ce critère ne soit pas expressément requis par la jurisprudence pour la reconnaissance de l'existence d'un établissement distinct³⁰⁴. Il relève³⁰⁵ que, néanmoins, la jurisprudence a eu recours au concept de communauté de travail pour qualifier l'établissement au sein duquel un délégué syndical peut être désigné³⁰⁶; ce qui ne fait qu'appuyer l'idée de l'existence d'une communauté de travail, non seulement économique, mais également sociale au niveau de l'établissement.

Le fait d'avoir reconnu la possibilité aux accords de groupe et d'établissement de primer sur la convention d'entreprise participe à la reconnaissance de l'existence d'une forme de communauté de travail à ces niveaux mais, également, de la diversité des entreprises du point de vue du monde des affaires.

II. La reconnaissance de la diversité des sociétés.

La reconnaissance de la diversité des sociétés passe par celle de la subtilité de la notion d'entreprise (A), et permet une articulation conventionnelle personnalisée au sein de celle-ci (B).

A. La subtilité de la notion d'entreprise.

Selon MM. Thierry Debard et Serge Guinchard, l'entreprise se définit, au sens de droit du travail, ainsi : un « *ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et /ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. Plusieurs sociétés juridiquement distinctes peuvent, au regard du droit du travail, constituer une seule entreprise* »³⁰⁷ ; la définition issue du droit des affaires n'apporte pas davantage de précision³⁰⁸.

Le recours au terme d'entreprise est effectué sans égard à l'organisation propre de l'entité cherchée à être désignée, comme s'il s'agissait d'une entité se présentant de façon homogène, figée, alors que « *parler des entreprises comme d'un bloc homogène est [...] contraire à la réalité* »³⁰⁹, dans la mesure où celles-ci peuvent présenter une organisation très diverse. À cet

³⁰⁴ DEVAUX, E., La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, Préface B. TEYSSIE, coll. Planète Social, LexisNexis, 2016, p. 103.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 104.

³⁰⁶ Cass. soc., 2 oct 2001, 00-60.170.

³⁰⁷ DEBARD T., GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques 2017/2018*, Lexiques, 25^e éd. Dalloz, juin 2017, p. 474.

³⁰⁸ *Ibidem* : « *unité économique qui implique la mise en œuvre moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie* ».

³⁰⁹ SOUBIE, R., « Les acteurs sont-ils prêts à faire évoluer le modèle de dialogue social en France ? », *Dr. soc.* 2016, p.418, II.

égard, il n'est pas inutile de rappeler que le terme d'« *entreprise* » constitue le versant social de celui de « *société* », davantage ancré dans le monde des affaires et qui peut être défini comme suit : la « *personne morale créée* »³¹⁰ par un « *acte juridique par lequel deux ou plusieurs personnes décident de mettre en commun des biens ou leur industrie [...] dans le but de partager les bénéfices, les économies ou les pertes qui pourront en résulter* »³¹¹ par ce contrat et dont « *le patrimoine est constitué par les biens apportés par chaque associé* »³¹². Or, il existe plusieurs types de sociétés, répondant à des régimes plus ou moins distincts.

Par ailleurs, la diversité des entreprises ressort, également, de la classification qui est faite entre les « *très petites entreprises* », les « *petites et moyennes entreprises* », la « *grande* » ou « *très grande entreprise* », celle de « *taille intermédiaire* ». Or selon l'effectif d'une entreprise, les enjeux, les moyens, ainsi que les risques et les rapports internes ne sont pas du tout les mêmes. Cela ressort également du fait que lorsqu'une entreprise ne sera constituée que d'une seule unité de production, une autre pourra en avoir beaucoup plus et que, l'une comme l'autre pourra, ou non, être intégrée à un ensemble de sociétés. Il découle de tout cela que, d'une entreprise à une autre, l'organisation, les rapports de pouvoir et les processus de décisions sont très différents.

Les niveaux de groupe et d'établissement sont identifiés, jusqu'à la loi n°2016-1088³¹³, comme des niveaux de négociation collective mais, à l'image du niveau de l'entreprise à ses commencements vis-à-vis de la branche, sont conçus comme des prolongements de la négociation d'entreprise et ne peuvent ainsi imposer leur vision conventionnelle propre à affirmer la spécificité de certains thèmes eu égard au système dans lequel est incorporé l'entreprise. À ce propos, il est intéressant de constater que si le niveau de l'établissement a toujours été plus ou moins présent³¹⁴, celui du groupe n'a été consacré législativement que par la loi n°2004-391³¹⁵, bien que « *[le] silence législatif n'a pas sérieusement fait douter de la possibilité de négocier des accords collectifs dans le cadre d'un ensemble de sociétés* »³¹⁶.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 1053.

³¹¹ DEBARD T., GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques 2017/2018*, Lexiques, Dalloz, juin 2017, p. 1053.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1), art. 23, JORF n°0184 du 9 août 2016.

³¹⁴ Art. 31P du C. trav., issu de L. n°46-2924, 23 décembre 1946, relative aux conventions collectives de travail, JORF du 25 décembre 1946, p. 10932.

³¹⁵ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

³¹⁶ RODIERE, P., « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », SSL 2003, N° 1125, p. 6.

Le fait d'admettre au groupe et à l'établissement la faculté d'une primauté sur l'entreprise constitue une avancée quant à la prise en compte de la subtilité émanant du terme d' « entreprise » et à la complexité qu'il peut recouvrir.

Cela va en effet permettre la mise en place d'une articulation conventionnelle personnalisée groupe/entreprise/établissement, selon les besoins de la société ou du groupe de sociétés.

B. Une articulation conventionnelle personnalisée.

L'imbrication des différents niveaux de négociation au niveau de l'entreprise, entendue au sens de l'article L. 2232-11 du Code du travail, et la primauté dont ils peuvent faire l'objet les uns à l'égard des autres, peut sembler, a priori former un système d'articulation des normes conventionnelles complexe. Néanmoins, selon M. Paul-Henri Antonmattéi, la « *densification d'un tissu conventionnel varié* » n'est pas un moteur de complexification du droit du travail dans la mesure où, « *souvent compliqué à résoudre, le conflit de règles sera écarté par la subsidiarité et par la possibilité d'une substitution (passée et future) de l'accord de groupe sur l'accord d'entreprise, de ce dernier sur l'accord d'établissement et de l'accord interentreprise sur les accords d'entreprise* »³¹⁷.

En effet, cette articulation semble offrir une bonne prévisibilité, contrairement au principe de faveur qui gouvernait jusqu'ici les rapports entre les différents niveaux de négociation collective : cela amenait à un examen *in concreto* afin de déterminer la norme considérée comme la plus favorable, apportant une certaine dimension subjective bien que construite à l'égard d'un standard.

Cela permet une meilleure vision de la réglementation conventionnelle s'appliquant dans telle ou telle structure et donc, en amont, l'élaboration d'une articulation conventionnelle personnalisée en adéquation avec la situation de l'entreprise, de ses éventuels établissements, de son éventuelle appartenance à un groupe. Il sera ainsi, par exemple, préféré parfois une primauté de groupe à l'égard de l'entreprise et de l'établissement, tandis que dans un autre groupe il sera jugé plus judicieux de ne prévoir qu'une primauté partielle du groupe, et une large primauté à l'établissement atténuée de quelques domaines de primauté à l'entreprise.

Par ailleurs, la personnalisation de l'articulation conventionnelle est accentuée par le fait que l'article L. 2232-30 du Code du travail laisse, dès la loi n°2004-391³¹⁸ le soin à « *la convention*

³¹⁷ ANTONMATTEI, P.-H. « La primauté de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 513, pt. 5.

³¹⁸ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

ou l'accord de groupe [de] fixe[r] son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe ». M. Antonmattéi a félicité cela : « la disposition est heureuse car elle n'impose pas comme unique périmètre, l'ensemble du groupe[...]. Il faut admettre que les intérêts à négocier au sein d'un groupe ne concernent pas nécessairement toutes les entreprises du groupe. »³¹⁹, et souligné la flexibilité que cela apporte : « Constatons alors que la négociation de groupe abrite de nombreuses combinaisons : de deux entreprises au moins à l'ensemble des sociétés, en passant éventuellement par un périmètre qui recoupe celui d'une UES »³²⁰.

CONCLUSION CHAPITRE 2.

La loi n°2016-1088³²¹ a reconnu, d'une part, la faculté à l'accord de groupe de prévoir la substitution de ses stipulations à celles de l'entreprise et/ou de l'établissement, et, d'autre part, la substitution de principe des prévisions de la convention d'établissement à l'égard de celle de l'accord d'entreprise, dès lors que celui-ci ne prévoit pas l'inverse. Cette récente faculté de primauté induit un réel renouvellement de la négociation au niveau du groupe et de l'établissement, valorisés, par le biais de la négociation collective, en tant que communautés de travail à part entière. Cela est révélateur d'une meilleure prise en considération de la subtilité de la notion d'entreprise et témoigne de la volonté du législateur de privilégier une négociation collective dite « *de terrain* » en offrant la possibilité d'un aménagement de l'articulation conventionnelle interne à l'entreprise.

CONCLUSION TITRE 2.

Bien que le principe de primauté de la convention d'entreprise, au sens de l'article L. 2232-11 du Code du travail, se voit opposer des domaines de primauté de la part de la branche, l'obligant à ne pas déroger à un certain niveau de garanties pour les salariés, la substitution de l'équivalence à la faveur semble pouvoir permettre à la convention d'entreprise de concurrencer, dans une certaine mesure, les stipulations de branche en jouant avec la prévision d'avantages compensant des stipulations qui, individuellement, seraient considérées comme ne présentant pas un niveau de garanties équivalentes, et donc défavorables. Par ailleurs, la convention d'entreprise, toujours au sens de l'article L. 2232-11 du Code du travail, voit sa

³¹⁹ ANTONMATTEI, P.-H., « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », Dr. soc. 2004, p. 601, pt. 7.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 23, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

primauté aménageable entre les trois niveaux qu'elle recouvre en réalité, offrant ainsi à l'entreprise une large flexibilité dans l'élaboration de sa réglementation conventionnelle.

CONCLUSION PARTIE I.

La convention d'entreprise a pris progressivement de l'importance depuis la consécration législative des conventions collectives de travail où elle n'était appréhendée que comme un prolongement de la convention conclue au niveau de la branche. En effet, la convention d'entreprise a d'abord été consacrée comme un niveau de négociation à part entière, puis comme une norme conventionnelle pouvant s'affranchir des prévisions de branche, notamment avec la loi n°2004-391³²². Toutefois, cette autonomie dans le contenu était, elle, dépendante de la branche qui avait la faculté d'interdire une dérogation moins favorable ; cela était renforcé par l'article 45 de la loi susvisée qui maintenait « *la valeur hiérarchique [...] [des] conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente [...] [vis-à-vis des] accords de niveaux inférieurs* ». L'ordonnance n°2017-1385³²³ est venue abroger l'article en question et ce afin de permettre la pleine effectivité de la primauté de la convention d'entreprise qu'elle a également consacrée. Cette primauté est relative dans la mesure où, dans dix-sept, domaines la branche est³²⁴, ou a la faculté de³²⁵ prévaloir sur la convention d'entreprise sauf « *garanties au moins équivalentes* » de celles-ci ; cela témoigne du maintien d'une certaine valeur hiérarchique de la branche. Toutefois, même dans ces domaines il semble que la convention d'entreprise va pouvoir concurrencer les prévisions de branche du fait de l'imprécision de la règle d'équivalence ; il semble toutefois que la marge de manœuvre sera ici relativement réduite, et même risquée car se prêtant à un contrôle du juge assez prudent.

Il est à noter que cette primauté s'exerce à l'égard, non seulement, de la convention de branche stricto-sensu mais, également, vis-à-vis des conventions conclues aux niveaux professionnel ou interbranches, qui sont couvertes, en vertu de l'article L. 2232-5 du Code du travail, par l'expression de « *convention de branche* » utilisée à l'article L. 2253-3 du même Code. La primauté de la convention d'entreprise semble dépasser celle de l'« ancienne » convention de branche qui, selon l'étendue du champ professionnel et géographique des conventions conclues à ce niveau et à celles des niveaux professionnel ou interprofessionnel, pouvaient voir leur marge de manœuvre limitée.

De plus, l'article L. 2232-11 du Code du travail dispose que sont couverts par l'expression « *convention d'entreprise* » les conventions et accords d'établissement, de groupe, et interentreprises. Or, dans la mesure où est également prévu l'aménagement de la primauté de

³²² L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

³²³ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

³²⁴ Art. L. 2253-1 du C. trav.

³²⁵ Art. L. 2253-2 du C. trav.

la convention d'entreprise entre ces différents niveaux, on assiste à une réelle faculté de personnalisation de l'ordonnement conventionnel qui participe, d'une certaine façon, à la reconnaissance de la diversité des sociétés et, ainsi, une meilleure pénétration du monde des affaires dans le domaine du droit du travail.

Cela s'inscrit dans un mouvement plus large de promotion de la négociation collective, engagé par la loi n°2016-1088³²⁶ qui constitue l'une des manifestations de la transformation de la négociation collective, s'éloignant peu à peu de sa fonction méliorative. L'une des manifestations les plus symboliques de cela est l'avènement de la règle d'équivalence dans les rapports entre les conventions de branche et d'entreprise, au détriment du principe de faveur qui voit aujourd'hui son utilité considérablement réduite, au point qu'il semble qu'on ne puisse plus vraiment parler de principe. Toutefois la faveur ne disparaît pas pour autant : ce qui doit être « *au moins aussi favorabl[e]* »³²⁷ peut être plus favorable et, la règle de faveur continue de régir les rapports entre les conventions de branche³²⁸.

³²⁶L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

³²⁷ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

³²⁸ Art. L. 2252-1 du C. trav.

PARTIE II. LA PROMOTION D'UNE POLITIQUE CONTRACTUELLE INNOVANTE POUR LES DEUX NIVEAUX DE NÉGOCIATION.

La recherche d'une plus grande adaptabilité de la norme sociale (Titre 1), notamment par le biais de contractualisation croissante, est à concilier avec les intérêts salariés (Titre 2).

Titre 1. La recherche d'une plus grande adaptabilité.

Depuis la loi n°2016-1088³²⁹, la norme sociale est, par le biais de la négociation collective, de plus en plus adaptable au contexte dans lequel évolue l'entité économique et sociale que constitue l'entreprise. Cette adaptabilité est renforcée par la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise³³⁰ (Chap. 1) qui vient également renforcer le nouveau dispositif, lui aussi issu de ladite ordonnance³³¹, que constituent les accords de performance collective (ci-après APC), exemple de la contractualisation collective des conditions de travail (Chap. 2).

³²⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

³³⁰ Ord. n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n°33.

³³¹ *Ibidem*, art. 3.

Chapitre 1. L'adaptabilité de la négociation collective issue du nouvel ordonnancement.

Selon le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385³³², l'un des quatre axes structurant les ordonnances du 22 septembre 2017, est celui de la « *confiance apportée aux entreprises et aux salariés en leur donnant la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon simple, rapide et sécurisée* ». La recherche d'une adaptabilité est donc au cœur des dernières réformes avec notamment la répartition complémentaire des domaines de primauté entre la branche et l'entreprise (Section 1), mais aussi par des outils connexes à la négociation collective (Section 2) plus ou moins récents.

Section 1. Une répartition complémentaire des domaines de primauté.

Il ressort de la combinaison des articles L. 2253-1, L. 2253-2 avec l'article L. 2253-3 du même Code que la branche se présente comme un niveau de réglementation générale et fondamentale (I), tandis que la convention d'entreprise est vectrice de compétitivité pour l'entité économique constituée par l'entreprise (II).

I. La branche comme niveau de réglementation générale et fondamentale.

Quant à ses domaines de primauté, la branche se voit attribuer des problématiques globales constituant des sujets décisifs (A), faisant de celle-ci un niveau de réglementation conventionnelle générale et fondamentale ; la fonction régulatrice de la concurrence que se voit confier la branche (B) est toujours présente, bien que quelque peu remise en cause.

A. Des problématiques globales et décisives.

Si l'on s'intéresse davantage à la substance des matières dans lesquelles la branche a vocation à exercer une primauté hiérarchique à l'égard de la convention d'entreprise³³³, celles-ci ont en commun de constituer des problématiques globales et décisives, aussi bien pour les salariés que pour les entreprises. En effet, certains sujets intéressent directement les salariés dans la mesure où il s'agit de garanties déterminantes pour eux et qu'ils en tirent un bénéfice direct et individuel. Ainsi sont, par exemple, visés les « *salaires minima hiérarchiques* »³³⁴, « *les classifications* »³³⁵, « *les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale* »³³⁶, « *les primes pour travaux dangereux ou insalubres* »³³⁷.

³³² Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385³³² du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

³³³ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

³³⁴ Art. L. 2253-1, 1° du C. trav.

³³⁵ *Ibidem*, 2°.

³³⁶ *Ibidem*, 5°.

³³⁷ Art. L. 2253-2, 4° du C. trav .

D'autres matières, quant à elles, intéressent les salariés d'une manière plus collective car visent davantage l'unité de production que constitue l'entreprise comme une collectivité, communauté d'acteurs. Il s'agit, par exemple, de « *l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes* »³³⁸, « *la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1* »³³⁹, « *l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés* »³⁴⁰. Ces sujets sont également importants pour l'entreprise dont la responsabilité peut être engagée en cas de discrimination, et sur laquelle repose, une obligation de sécurité à l'égard de ses salariés³⁴¹. On pourrait également attacher à ces problématiques collectives, les matières relatives à la négociation collective, telles que « *la mutualisation des fonds de financement du paritarisme* »³⁴², « *l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical* »³⁴³. Ces dernières sont, en effet, centrales autant pour les salariés que les entreprises dans la mesure où cela a trait, respectivement au financement des organisations patronales/syndicales, et de l'existence de délégués syndicaux, figures centrales de la négociation collective, dans l'entreprise, ainsi que de la qualité de leur intervention.

Enfin, certaines matières jouent un rôle capital en matière de compétitivité des entreprises, et sont également souvent présentées comme en lien avec les problématiques d'emploi. Il en est ainsi, par exemple, des matières relatives aux différents contrats considérés comme précaires (CDD, CTT, contrat de chantier)³⁴⁴ ou des « *mesures [...] relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires* »³⁴⁵, ou encore « *les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai* »³⁴⁶.

On peut donc affirmer que les matières dans lesquelles la branche exerce sa primauté ne constituent pas des domaines de négociation collective de second plan ayant vocation à n'être traités qu'occasionnellement. M. Jean-François Cesaro soulève d'ailleurs que si certaines matières ont été soustraites à la branche, d'autres ont été déléguées³⁴⁷ : il en va ainsi, par exemple, de certaines modalités relatives aux contrats précaires ou encore le renouvellement de la période d'essai. Cela permet de mieux appréhender la primauté reconnue à la branche et de

³³⁸ Art. L2253-1, 9° du C. trav.

³³⁹ Art. L 2253-2, 1° du C. trav.

³⁴⁰ *Ibidem*, 2°.

³⁴¹ Art. L. 4121-1 du C. trav.

³⁴² Art. L 2253-1 du C. trav, 3°.

³⁴³ Art. L 2253-2 du C. trav, 3°.

³⁴⁴ Art. L 2253-1 du C. trav, 7° et 8°.

³⁴⁵ *Ibidem*, 6°.

³⁴⁶ *Ibidem*, 11°.

³⁴⁷ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 11 à 13.

son exclusion par des « *garanties au moins équivalentes* ». En effet, cela confirme le rôle de la branche en tant que niveau de réglementation sociale plancher afin de garantir, face à la convention d'entreprise visée comme un outil de compétitivité, des garanties minimales aux salariés ; le « *rôle structurant de solidarité, d'encadrement et d'impulsion de la négociation d'entreprise à travers l'existence de règles communes à la profession* »³⁴⁸ prôné par la position commune du 16 juillet 2001 reste donc d'actualité.

Cette fonction d'une branche-garantie intéresse tout particulièrement les salariés, mais également leurs employeurs qui, pour les besoins de leur activité, ont besoin de garanties fixant les conditions de la concurrence entre les entreprises d'un même secteur d'activité.

B. Une fonction régulatrice de la concurrence.

Comme a pu le souligner M. Alain Sauret, « *depuis l'après-guerre, il a toujours été admis que les branches professionnelles agissaient comme lois professionnelles. Le contenu des accords ou conventions présentait un caractère impératif pour les entreprises adhérant aux syndicats patronaux signataires et les arrêtés d'extension pris par le ministre du Travail étendaient l'impérativité aux entreprises du secteur concerné qui n'étaient pas adhérentes. Ainsi, le secteur présentait un degré comparable d'obligations* »³⁴⁹. Or, cela est toujours le cas³⁵⁰ : selon M. Hubert Mongon, actuel délégué général de l'UIMM, le « *rôle de la branche n'est pas modifié par les ordonnances. En particulier, son rôle de régulateur de la concurrence, qui avait été mis en exergue par la loi Travail du 8 août 2016, est confirmé* »³⁵¹.

En effet, même avec l'ordonnance n°2017-1385³⁵² consacrant le principe de primauté de la convention de branche³⁵³, la branche bénéficie dans certaines matières³⁵⁴ d'une primauté obligeant la convention d'entreprise, dans ces domaines, à stipuler dans un sens au moins aussi favorable. On peut, dès lors, affirmer que dans ces domaines la branche joue une fonction régulatrice visant à assurer certaines garanties aux salariés ; or, certaines desdites matières comportent un enjeu concurrentiel, telles que les contrats précaires, ou encore l'organisation du temps de travail. À l'image du noyau dur de dispositions de l'Etat membre d'accueil du salarié

³⁴⁸ Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

³⁴⁹ SAURET, A., « Une démarche loyale des branches pour réguler la concurrence professionnelle », RLC, n° 66, 1er novembre 2017, p. 59.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ MONGON, H., « La branche professionnelle renforcée ou affaiblie », SSL 2017, suppl., n° 1790, p. 48.

³⁵² Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

³⁵³ *Ibidem*, art. 1^{er}.

³⁵⁴ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

détaché qui doit être respecté, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail³⁵⁵, il s'agit, de fixer ainsi des règles communes à un secteur d'activité afin que la concurrence puisse y être loyale et que cette concurrence ne se reporte pas sur les garanties minimales des salariés, donc génératrice de *dumping social*. L'article 3 de la directive 96/71³⁵⁶ fixant ledit noyau dur vise d'ailleurs des matières similaires à celles visées par les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail telles que « *les taux de salaires minima* »³⁵⁷, « *l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes* »³⁵⁸, « *la sécurité* »³⁵⁹ que l'on peut rapprocher des actions de prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ou encore « *les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos* »³⁶⁰ à rapprocher avec les mesures relatives à l'organisation du temps de travail.

Le maintien de cette fonction de la branche a pu être mis en avant par de grands défenseurs de la primauté de la convention d'entreprise, tels que MM. Bertrand Martinot et M. Franck Morel qui soulignent la nécessité de conserver un échelon fort de négociation au niveau de la branche aux fins d'un rééquilibrage des forces avec le patronat, et d'éviter le *dumping social* ; ils soulignent que, selon des économistes, la branche permet la limitation des pressions déflationnistes³⁶¹.

Cette fonction régulatrice, notamment de la concurrence entre les entreprises d'un même secteur d'activité, a fait l'objet d'une consécration légale explicite avec la création de l'article L. 2232-5-1 du Code du travail par la loi n°2016-1088³⁶² qui énonce les missions dévolues à la branche, parmi lesquelles celle de « *réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* ». Selon M. Sauret, cela « *conduit à se poser la question de savoir si cette mission de régulation de la concurrence ne va pas conduire les partenaires sociaux à sortir du domaine social pour s'aventurer dans le domaine commercial* »³⁶³ car « *si toutes avaient un effet de régulation, assez peu contenaient des dispositions ayant un rôle direct de régulation de la concurrence entre entreprises[...], les dispositions avaient plutôt une tonalité*

³⁵⁵ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service, art. 3.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*, c).

³⁵⁸ *Ibidem*, g).

³⁵⁹ *Ibidem*, e).

³⁶⁰ *Ibidem*, a).

³⁶¹ MARTINOT B., MOREL F., *Un autre droit du travail est possible – Libérer, organiser, protéger*, Fayard, DL 2016, p-p. 116-117.

³⁶² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 24, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

³⁶³ SAURET, A., « Une démarche loyale des branches pour réguler la concurrence professionnelle », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 66, 1er novembre 2017, p. 59.

qui les rattachait au droit du travail, y compris pour leur respect »³⁶⁴. Ainsi, la fonction régulatrice de la branche également pourrait s'en retrouver renforcée dans sa transcription conventionnelle.

Toutefois, il est à noter qu'en parallèle de cela, suite à l'ordonnance n°2017-1388³⁶⁵, le Ministre du travail peut « *refuser, pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l'emploi, l'extension d'un accord collectif* »³⁶⁶ d'étendre une convention collective de branche. Cela semble induire que la libre concurrence peut être entravée par les prévisions conventionnelles de branche, ce qui justifierait donc que les employeurs qui n'ont pas adhéré aux organisations patronales signataires de la convention de branche en question ne puissent voir son application imposée. Cela remet donc en cause la capacité régulatrice de la branche, ce qui est contradictoire avec le maintien de sa mission de régulation de la concurrence³⁶⁷, d'autant plus que, selon M. Patrice Adam, « *la formule ouvre de troublantes perspectives. Au nom de la libre concurrence, n'offre-t-elle point au ministre, certes sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, un levier de fragilisation de la branche ?* »³⁶⁸.

Alors que le niveau de négociation collective de la branche semble constituer un socle commun, par secteur d'activité, de réglementation conventionnelle, l'entreprise se présente comme un levier à la compétitivité d'entreprise.

II. La convention d'entreprise, vecteur de compétitivité.

Le fait d'avoir consacré un principe de primauté de la convention d'entreprise permet aux entreprises d'adopter une stratégie adaptée à leurs besoins (A) ; cette nécessité d'une grande adaptabilité de la négociation collective est encouragée par les nombreux dispositifs consacrés à l'existence d'un accord au niveau de l'entreprise (B).

A. La primauté de la convention d'entreprise favorable à une stratégie adaptée.

« Régulièrement rappelée, l'exigence de règles d'organisation adaptées aux réalités de l'entreprise est complétée par la quête d'une conciliation plus adéquate de l'économique et du social. La négociation d'entreprise doit pouvoir, plus librement, dans le respect du sanctuaire de la branche, déterminer le niveau d'avantages accordés au salarié pour le mettre en

³⁶⁴ *Ibidem.*

³⁶⁵ Ord. n° 2017-1388, 22 septembre 2017, portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 35.

³⁶⁶ Art. L. 2261-5 du C. trav.

³⁶⁷ Art. L. 2232-5-1 du C. trav.

³⁶⁸ ADAM, P., « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1043.

adéquation avec la capacité économique de l'entreprise »³⁶⁹ ; voici résumée, par M. Paul-Henri Antonmattéi, la vision de la négociation collective qu'entend promouvoir la classe politique par le biais des dernières réformes³⁷⁰.

Il est frappant que cette vision est tournée vers l'unité de production et entité économique que constitue l'entreprise. En effet, celle-ci, par la consécration de la convention conclue à ce niveau, est devenue le lieu privilégié d'élaboration collective du fonctionnement de l'entreprise tandis qu'auparavant la branche avait un large pouvoir d'immixtion dans celle-ci : elle disposait d'une valeur hiérarchique à l'égard de l'entreprise dans un grand nombre de domaines l'obligeant à ne stipuler que dans un sens plus favorable. Or, au niveau de la branche les intérêts ne sont pas identiques à ceux se manifestant dans l'entreprise ; s'ils peuvent parfois se rejoindre, ils peuvent ne pas être de la même intensité ou, ne pas comporter les mêmes enjeux. En effet, le champ de la négociation de branche est celui du secteur d'activité, et est donc beaucoup plus large que celui de l'entreprise. Ainsi, la convention de branche s'applique à des entreprises qui peuvent être très différentes, tant dans leur organisation, leur situation économique et d'emploi que dans leur activité propre puisqu'une simple connexité des métiers est exigée aux fins de former un syndicat professionnel, et donc une fédération professionnelle. Cela est d'autant plus vrai avec la restructuration des branches dont la procédure se trouve accélérée par l'ordonnance n°2017-1385³⁷¹, et visant à réduire le nombre de branches, notamment en supprimant les petites branches pour les intégrer à des branches d'activité plus conséquentes.

C'est pour cela qu'il a été jugé nécessaire d'accorder davantage d'importance à la convention d'entreprise, considérée comme le produit d'une négociation de terrain, comme ont pu le recommander plusieurs auteurs³⁷². Selon M. Morel, en effet, le dialogue social « *atteint ses limites dans sa capacité à apporter des solutions durables aux problèmes auxquels sont confrontés entreprises et salariés* »³⁷³, et ce dans un contexte de crise économique, et de chômage de masse. Or, selon lui et M. Bertrand Martinot, le lien entre le droit du travail et les performances économiques ne se résume pas qu'à la rupture du contrat (« *flexibilité externe* »),

³⁶⁹ ANTONMATTEI, P.-H., « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2018, n°2, p. 160, pt. 1.

³⁷⁰ Spécialement L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3 – Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

³⁷¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 12, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

³⁷² MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405. – CETTE, G. et MOREL, F., *Sauver le dialogue social, priorité à la négociation d'entreprise*, Institut Montaigne, septembre 2015, p. 30 : « axe 1 – faire de l'accord d'entreprise la priorité en matière de négociation sociale ». – COMBRESSELLE, J.-D., *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, septembre 2015.

³⁷³ MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405, introduction.

mais passe également par la « *capacité du droit à s'adapter ou non aux situations particulières vécues par une entreprise ou un secteur économique* » (« *flexibilité interne* »)³⁷⁴, et donc par l'articulation s'exerçant entre les différents niveaux de négociation collective, notamment par une autonomisation desdits niveaux et la primauté de la convention d'entreprise. D'après eux, au niveau de l'entreprise les « *acteurs[...] sont plus pragmatiques, plus responsables et s'engagent plus facilement, leur posture étant moins marquée par des considérations ou des consignes « politiques »* »³⁷⁵ ; les compromis entre les parties salariées et l'employeur se feraient, donc, mieux à ce niveau.

Ainsi, l'entreprise peut être considérée comme un « *niveau pertinent* »³⁷⁶ ; c'est l'avis de M. Etienne Devaux qui qualifie le choix de l'entreprise comme niveau de négociation de « *nécessaire* »³⁷⁷. En effet, celui-ci assigne plusieurs bienfaits à la négociation d'entreprise, parmi lesquelles celle d'« *apporter des solutions optimales et acceptée par tous* »³⁷⁸, la sélection des « *thèmes pertinents* »³⁷⁹ pour l'entreprise en question, la « *'flexibilité' des règles d'emploi de la main d'œuvre, c'est-à-dire d'ajustement de ces règles aux impératifs de la compétitivité* » due à « *l'instabilité du marché économique* »³⁸⁰. Il appuie ses propos en soulignant que les chocs pétroliers ont conduit, notamment concernant les salaires, à une « *décentralisation de la négociation collective [qui] a permis de chercher de nouvelles formes de rémunération adaptées à la situation de l'entreprise et de mieux informer les salariés par l'intermédiaire de leurs représentants, ceux-ci disposant d'une meilleure connaissance des réalités du terrain. Les temps de rigueur furent ainsi plus aisément compris et acceptés* »³⁸¹.

La mise en place de cette capacité adaptative est très recherchée comme en témoignent les nombreux dispositifs visant l'existence d'un accord collectif au niveau de l'entreprise.

³⁷⁴ MARTINOT B., MOREL F. *Un autre droit du travail est possible – Libérer, organiser, protéger*, Fayard, DL 2016, p. 103.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 284.

³⁷⁶ DEVAUX, E., *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, Préface B. TEYSSIE, coll. Planète Social, LexisNexis, 2016, p. 84.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 85.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 86.

³⁷⁹ DEVAUX, E., *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, Préface B. TEYSSIE, coll. Planète Social, LexisNexis, 2016, p. 86

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ *Ibidem*.

B. L'existence d'un accord d'entreprise fortement encouragée.

Une fois la négociation d'entreprise présentée comme un réel outil de compétitivité, encore faut-il permettre aux entreprises d'y avoir accès ; or, de nombreuses « *mesures visant à faciliter la conclusion d'accords au niveau de l'entreprise* »³⁸² existent.

En effet, s'il y a évidemment la possibilité de négocier et conclure une convention d'entreprise avec des délégués syndicaux, plusieurs autres alternatives sont prévues en l'absence de ceux-ci. Ainsi, dès la loi n°96-385³⁸³ faisant suite à un arrêt de la Cour de cassation prévoyant que « *si dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif* »³⁸⁴, un autre interlocuteur que le délégué syndical a été envisagé³⁸⁵ avec le recours à des représentants élus du personnel ou des salariés expressément mandatés. Si cette loi prévoyait ce dispositif à titre expérimental, celui-ci a été maintenu par des lois successives qui, soit prolongeaient cette faculté³⁸⁶, soit la généralisaient et pérennisaient³⁸⁷, soit venaient modifier les modalités afférentes à la négociation dérogatoire³⁸⁸. A ainsi été reconnue la faculté de négocier des accords d'entreprise soit avec les élus du personnel soit avec des salariés mandatés, et ce en préférant tantôt l'élu³⁸⁹, tantôt le salarié mandaté³⁹⁰, ou encore l'élu mandaté³⁹¹.

³⁸² CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 1.

³⁸³ L. n° 96-985, 12 novembre 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, JORF n°264 du 13 novembre 1996, p. 16527.

³⁸⁴ Cass. soc., 25 janvier 1995, 90-45.796, Comité contre la faim.

³⁸⁵ Cf. *supra* note 335, art. 6.

³⁸⁶ L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF n°136 du 14 juin 1998, texte n° 100 – L. n° 2000-37, 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, JORF n°16 du 20 janvier 2000 page 975, texte n° 2.

³⁸⁷ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 47, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

³⁸⁸ L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 9, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32 – L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, art. 21, JORF n°0189 du 18 août 2015, texte n°3 – L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 17, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

³⁸⁹ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 47, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1 – L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 9, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

³⁹⁰ L. n° 2000-37, 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, JORF n°16 du 20 janvier 2000, texte n° 2.

³⁹¹ L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, art. 21, JORF n°0189 du 18 août 2015, texte n°3.

À l'issue de l'ordonnance n°2017-1385³⁹², une distinction est faite selon que l'effectif de l'entreprise compte entre onze et quarante-neuf salariés ou qu'elle compte au moins cinquante salariés³⁹³. Lorsque « *l'effectif habituel est compris entre onze et moins de cinquante salariés, [...] les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés* » indifféremment par « *un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, [...] au niveau national et interprofessionnel* » ou « *un ou des membres de la délégation du personnel du [CSE]* »³⁹⁴ ; ces accords « *peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise* »³⁹⁵. Lorsque l'entreprise compte au moins cinquante salariés, la priorité est donnée, toujours en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, aux élus mandatés qui peuvent négocier sur toutes les mesures pouvant être négociées au niveau de l'entreprise³⁹⁶, tandis que les élus non mandatés ne peuvent conclure un accord qu'en l'absence d'élu mandaté et uniquement pour les mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif³⁹⁷. La faculté de conclure un accord n'est reconnue au simple salarié mandaté que dans les entreprises dont l'effectif est supérieur à cinquante salariés³⁹⁸ et, lorsqu'à l'issue du délai d'un mois dont disposent les membres du CSE pour exprimer leur volonté d'engager des négociations³⁹⁹, aucun desdits membres n'en a manifesté la volonté ; l'accord peut en revanche porter sur toutes les mesures pouvant être négociées au niveau de l'entreprise⁴⁰⁰.

Quel que soit l'effectif de l'entreprise, si l'accord d'entreprise est conclu avec des membres de la délégation du personnel du CSE, mandaté ou non, il doit être signé par des membres dudit comité représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ; lorsque ledit accord est conclu avec des salariés mandatés, il doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés⁴⁰¹. Il est intéressant de noter que ne sont visés que des accords d'entreprise : cela n'est pas anodin et signifie que les normes conventionnelles ainsi négociées ne peuvent que porter sur des matières précises et ne pas être généraux.

³⁹² Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 4, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

³⁹³ À l'image de L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 9, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32 : distinction selon que l'entreprise comptait plus ou moins de 200 salariés.

³⁹⁴ Art. L. 2232-23-1, I du C. trav.

³⁹⁵ *Ibidem*.

³⁹⁶ Art. L. 2232-24 du C. trav.

³⁹⁷ Art. L. 2232-25 du C. trav.

³⁹⁸ Art. L. 2232-26 du C. trav.

³⁹⁹ Art. L. 2232-25-1 du C. trav.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ *Ibidem*, II.

Cette ratification salariale se retrouve dans d'autres dispositifs visant à permettre la présence d'un accord au sein des entreprises. Tout d'abord elle constitue, depuis la loi n°2016-1088⁴⁰², le moyen de sauver une convention d'entreprise qui ne satisferait pas à la condition d'être signée par « *une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au [CSE]* »⁴⁰³ mais aurait recueilli toutefois 30%. De plus, la ratification salariale est également prévue quant au projet d'accord pour les petites entreprises – entre onze et quarante-neuf salariés – en l'absence de CSE⁴⁰⁴, pouvant porter « *sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise* »⁴⁰⁵, et que l'employeur peut soumettre à ses salariés qui devront le ratifier à la majorité des deux-tiers⁴⁰⁶.

La présence d'un accord d'entreprise est donc fortement encouragée, en dépit de l'absence de négociateur « *naturel* »⁴⁰⁷ ou même, en présence de celui-ci, mais à défaut d'une audience suffisante des signataires.

Section 2. Les outils connexes à l'adaptabilité.

Que la norme conventionnelle d'entreprise porte de manière intrinsèque une capacité adaptative de la réglementation sociale aux réalités de l'entreprise ne suffit pas à promouvoir une négociation collective dynamique. Aussi, la mise à jour des normes conventionnelles est recherchée (I) et on tente de renforcer la négociation collective (II).

I. La mise à jour des normes conventionnelles recherchée.

La mise à jour des normes conventionnelles est recherchée aussi bien par le biais d'une temporalité limitée de la convention collective (A) que par l'encouragement au renouvellement du personnel syndical (B).

A. Le principe d'une convention collective à durée déterminée.

Jusqu'à l'adoption de la loi n°2016-1088⁴⁰⁸, le principe était que la norme conventionnelle, quel que soit le niveau de conclusion de celle-ci, avait, à défaut de stipulation contraire, une durée indéterminée. Par ailleurs, bien que les signataires de l'acte conventionnel puissent

⁴⁰² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

⁴⁰³ Art. L. 2232-12, al. 3 du C. trav.

⁴⁰⁴ Art. L. 2232-23 du C. trav.

⁴⁰⁵ Art. L. 2232-21 du C. trav.

⁴⁰⁶ Art. L. 2232-22 du C. trav.

⁴⁰⁷ Cons. constit. 6 novembre 1996, 96-383 DC, cons. 8, JORF du 13 novembre 1996, p. 16531 : « *dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* ».

⁴⁰⁸ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 16, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

décider le contraire, l'article L. 2222-4 du Code du travail, dans son ancienne rédaction, disposait que « *sauf stipulations contraires, la convention [...] à durée déterminée arrivant à expiration continue à produire ses effets comme une convention ou un accord à durée indéterminée* »⁴⁰⁹.

L'article 16 de ladite loi n°2016-1088 est venu modifier le principe en prévoyant qu'« *à défaut de stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée, celle-ci est fixée à cinq ans* »⁴¹⁰, et surtout que « *lorsque la convention [...] arrive à expiration, la convention ou l'accord cesse de produire ses effets* »⁴¹¹. Cela avait pu être sollicité par la doctrine, comme MM. Gilbert Cette et Jacques Barthélémy qui ont affirmé que « *l'adaptation des normes à chaque contexte, à chaque projet, [est] d'autant plus porteur de valeur ajoutée si les accords sont conclus pour une durée déterminée* »⁴¹². Ainsi, M. Franck Morel relève que « *le fait de poser le principe d'une durée déterminée pour les accords [...] serait aussi un gage de renouvellement du tissu conventionnel, évitant à l'avenir la subsistance de conventions collectives parfois très anciennes et décalées par rapport aux évolutions économiques et sociale* »⁴¹³. En effet, cela pousse les partenaires sociaux à faire le point tous les cinq ans afin de mettre en place une nouvelle norme conventionnelle : la conclusion de cette dernière s'inscrit dans un certain contexte et prend donc en compte les problématiques actuelles se posant à l'entreprise. De plus, cela les contraint également à anticiper cette expiration, ce qui peut être propice à un meilleur dialogue entre les parties salariées et l'employeur afin que chacun puisse bénéficier des avantages issus d'une convention : pour les parties salariées, la présence de stipulations apportant des garanties aux salariés et pour l'employeur la possibilité d'une organisation du travail en phase avec la situation de son entreprise.

Par ailleurs, l'expiration de la norme conventionnelle en vigueur peut permettre de se défaire de celle-ci de manière certaine dans le cas où elle serait devenue obsolète et que sa dénonciation reste partielle, ou que sa révision rencontre une trop grande opposition. Il faut néanmoins noter que la convention peut toujours convenir, dans ce cas-là les parties pourront alors décider de la maintenir dans les conditions qui sont en principe prévues par celle-ci⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ Art. L. 2222-4, al 2 du C. trav, rédaction antérieure à L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 16, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁴¹⁰ *Ibidem*, rédaction postérieure à ladite loi.

⁴¹¹ *Ibidem*, al 3.

⁴¹² BARTHELEMY, J. et CETTE, G., « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Dr. soc. 2013, p. 17.

⁴¹³ MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405, II C).

⁴¹⁴ Art. L. 2222-5 du C. trav.

La durée de principe de cinq ans constitue une durée assez courte afin de favoriser la mise à jour de ladite convention mais permet également une certaine stabilité, notamment eu égard au cycle électoral de quatre ans pendant lequel, comme l'a précisé la loi n°2016-1088⁴¹⁵, seules les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs signataires ou adhérentes de la convention sont habilitées à « à engager la procédure de révision »⁴¹⁶. Il est intéressant de relever, qu'en revanche, avant ladite loi, il n'était pas possible de prévoir une durée déterminée supérieure à cinq ans tandis que cela n'est pas empêché désormais ; cela peut sembler quelque peu contradictoire.

Toutefois l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2222-4 du Code du travail reste inchangé à l'issue de la loi n°2016-1088 et dispose toujours que «*la convention ou l'accord est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée* » ; la durée de la convention collective de travail reste donc à la discrétion des signataires de la norme conventionnelle de travail. Cela peut s'expliquer par la volonté des pouvoirs publics de laisser aux partenaires sociaux une marge de manœuvre importante afin précisément de la mise en place d'une réglementation sociale adaptée. Or, sur certains sujets, ces derniers pourraient juger plus pertinent la conclusion d'une norme conventionnelle à durée indéterminée.

Toujours dans la volonté d'encourager la mise à jour des conventions collectives de travail, et donc l'adaptation de la négociation collective, le législateur a, en 2016, introduit un article L. 2222-5-1 au Code du travail qui dispose que « *la convention ou l'accord définit ses conditions de suivi et comporte des clauses de rendez-vous* »⁴¹⁷. Bien que cela semble une obligation, il est tout de suite ajouté que « *l'absence ou la méconnaissance des conditions ou des clauses mentionnées au premier alinéa n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention* »⁴¹⁸. Cet outil de renouvellement conventionnel apparaît donc fragile face à d'éventuelles mauvaises volontés patronales ou salariées.

La mise à jour des normes conventionnelles est également recherchée par l'encouragement au renouvellement du personnel syndical.

B. Le renouvellement du personnel syndical.

Le renouvellement du personnel syndical est également crucial dans la quête d'une négociation collective dynamique, adaptée à la situation de l'entreprise. Cela passe par le fait

⁴¹⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 17, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

⁴¹⁶ Art. L. 2261-7 (pour convention de branche) et L. 2261-7-1 (convention d'entreprise) du C. trav.

⁴¹⁷ Art. L. 2222-5-1, al 1^{er} du C. trav.

⁴¹⁸ *Ibidem*, al. 2.

de favoriser la transition des acteurs syndicaux, d'une part, afin d'éviter un blocage de la négociation collective en cas de délégués syndicaux peu ouverts à la négociation mais aussi, d'autre part, simplement un changement d'interlocuteur syndical qui va pouvoir amener une nouvelle méthode, des idées innovantes.

Ainsi, le premier élément à permettre le renouvellement dudit personnel syndical est la limitation des mandats successifs de délégués syndicaux. En effet, il ressort du deuxième alinéa de l'article L. 2143-3 du Code du travail que le deuxième alinéa de l'article L. 2314-33 du même Code est applicable aux délégués syndicaux et donc que « *le nombre de mandats successifs est limité à trois* ». En outre, il ressort de la combinaison du premier alinéa de l'article L2143-11 du Code du travail, selon lequel « *le mandat de délégué syndical prend fin au plus tard lors du premier tour des élections de l'institution représentative du personnel renouvelant l'institution* », avec l'article L. 2314-33 du même code, fixant à quatre ans le mandat des membres de la délégation du personnel du CSE, que la durée maximale d'un mandat de délégué syndical est de quatre ans. Si la succession des mandats est ainsi limitée, on ne peut qu'observer que cela peut tout de même permettre à une même personne d'exercer le mandat de délégué syndical pendant douze ans successifs. Par ailleurs, les textes n'empêchent que l'accomplissement de mandats successifs ce qui signifie qu'en laissant passer un mandat, l'ancien délégué syndical peut très bien revenir ensuite sous cette casquette. Enfin, cette interdiction d'aller au-delà de trois mandats successifs n'est qu'une interdiction de principe qui se voit opposer plusieurs exceptions : d'une part, pour les entreprises de moins de cinquante salariés⁴¹⁹ et, d'autre part, « *pour les entreprises dont l'effectif est compris entre cinquante et trois cents salariés* » si l'accord préélectoral comporte d'autres prévisions⁴²⁰. De plus le deuxième alinéa de l'article L. 2143-3 dudit Code prévoit qu'il est possible à l'organisation syndicale représentative dans l'entreprise de désigner, en cas de carence d'un candidat répondant aux conditions visées au premier alinéa et à défaut de pouvoir désigner « *un délégué syndical parmi les autres candidats* », de le désigner « *parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou parmi ses anciens élus ayant atteint la limite de durée d'exercice du mandat* ».

On peut imaginer que, malgré la volonté du renouvellement du personnel syndical, ce temps limité de mandats successifs se trouve être relativement long et connaît plusieurs exceptions du fait du constat d'un désintérêt croissant pour les fonctions syndicales. Ainsi, les organisations

⁴¹⁹ Art. L. 2314-33 du C. trav.

⁴²⁰ *Ibidem.*

syndicales peinent à trouver de nouveaux candidats pour ces fonctions⁴²¹. À ce propos il est remarquable que le mandat des délégués syndicaux et des membres de la DP du CSE se chevauchent, et que le cumul est possible entre ces deux fonctions⁴²². Or, cette faculté de cumul peut être discutable dans la mesure où ledit comité a, notamment, pour mission, soit, lorsque le comité concerne une entreprise comptant entre onze et quarante-neuf salariés « *de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires* »⁴²³, soit, à partir de cinquante salariés « *d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* »⁴²⁴. Il est alors légitime de considérer que le salarié qui cumule les deux fonctions défend des intérêts qui peuvent ne pas se rejoindre : en effet, à la fois il est représentant de l'ensemble des salariés de l'entreprise, en tant que membre du CSE, et représentant d'intérêts des salariés adhérents au syndicat pour lequel il a été désigné. Il découle de l'ensemble de cela, qu'en réalité, le renouvellement du personnel syndical semble compromis.

Si, en vue d'une négociation collective adaptée, la mise à jour des normes conventionnelle est recherchée, dans une mesure plus ou moins importante, il a également été question dernièrement du renforcement de la négociation collective.

II. Des éléments de renforcement de la négociation collective.

La volonté de renforcer la négociation collective s'est exprimée, d'une part, par la sécurisation de la convention collective (A), mais aussi par le souhait de rationaliser le paysage conventionnel par le biais de la restructuration des branches (B).

A. La sécurisation des conventions collectives.

Dans la mesure où, progressivement, « *les ordonnances parachèvent le mouvement de décentralisation du « dialogue social » et de remise en cause du principe de faveur, en faisant de la négociation collective, particulièrement à l'échelle de l'entreprise, le cadre privilégié de*

⁴²¹ SOUBIE, R., « Les acteurs sont-ils prêts à faire évoluer le modèle de dialogue social en France ? », Dr. soc. 2016, p.418, II : « *les enquêtes montrent un détachement des salariés par rapport aux syndicats[...] D'autres éléments accroissent la faiblesse du système : un non-renouvellement suffisant des cadres syndicaux, le peu d'attractivité des organisations, la préférence donnée aux procédures, au formel, sur le réel et l'innovation* ».

⁴²² Art. L. 2143-9 du C. trav.

⁴²³ Art. L. 2312-5 du C. trav.

⁴²⁴ Art. L. 2312-8 du C. trav.

la production normative au détriment de la loi »⁴²⁵, il était alors indispensable de sécuriser la convention collective.

Un élément de cette sécurisation ressort d'une jurisprudence récente : par un arrêt du 27 janvier 2015⁴²⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation a instauré une présomption de validité des « *différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, [...] de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* » ; faisant alors reposer cette présomption sur l'origine conventionnelle de la différence de traitement et habilitée par les salariés « *directement par leur vote* ». Or, si cela laisse ouverte la contestation, celle-ci s'en retrouve néanmoins plus compliquée : il est, en effet, plus difficile de prouver l'absence de toute considération professionnelle que l'absence de raisons objectives et pertinentes à laquelle était subordonnée auparavant la preuve de l'objectivité de la différence de traitement⁴²⁷ issue d'une convention collective. On débouche ainsi sur une quasi irréfragabilité desdites différences de traitement.

Par ailleurs, depuis l'ordonnance n°2017-1385⁴²⁸, le délai de prescription de l'action en nullité est très court puisqu'il est fixé à deux mois ; son point de départ différant selon que les organisations syndicales disposent d'une section syndicale dans l'entreprise (notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5 du Code du travail) ou non (publication du dudit accord)⁴²⁹. Trois exceptions sont prévues à ce délai et concernent des accords relatifs à des sujets sensibles et susceptibles de dissimuler des manœuvres puisqu'ils concernent le licenciement économique⁴³⁰ et la rupture conventionnelle collective⁴³¹ introduite par l'ordonnance n°2017-1387⁴³².

Il est à noter qu'auparavant aucune disposition du Code du travail ne disposait d'un délai d'action en nullité contre les conventions collectives, on appliquait donc le délai de droit commun qui est de cinq ans. Ce délai est donc largement réduit et, demande une très grande réactivité dans la contestation de la validité de la norme conventionnelle ; ce que souligne M.

⁴²⁵ GOURGUES G., YON K., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017. p. 625, II A).

⁴²⁶ Cass. soc., 27 janvier 2015, 13-22.179.

⁴²⁷ Cass. soc., 20 février 2008, 05-45.601 ; Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, 07-42.675.

⁴²⁸ Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 4, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁴²⁹ Art. L. 2262-14 du C. trav.

⁴³⁰ Cf. art. L. 1233-24 et L. 1235-7-1 du C. trav.

⁴³¹ Cf. art. L. 1237-19-8 du C. trav.

⁴³² Ord. n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 10, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 33.

Pascal Lokiec lorsque Mme Françoise Champeaux l'interroge sur une éventuelle intouchabilité des conventions suite à l'ordonnance n°2017-1385⁴³³ : il affirme qu'elles sont « *presque* » intouchables, du fait du « *délai de prescription abrégé pour l'action en nullité (deux mois !) et par la possibilité pour le juge de moduler les effets dans le temps de l'annulation de l'accord collectif* »⁴³⁴ instituée par la même ordonnance⁴³⁵.

Le Conseil constitutionnel a toutefois validé la disposition⁴³⁶ en relevant d'abord son objectif de sécurisation vis-à-vis de la norme conventionnelle⁴³⁷, mais également en mettant en avant le fait qu'elle « *ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre* »⁴³⁸.

Néanmoins il a émis une réserve d'interprétation consistant à dire que le délai de recours contre les parties d'accords non publiées, du fait de la faculté⁴³⁹ pour les signataires d'un accord de « *décider qu'une partie de cet accord ne fera pas l'objet de cette publication* »⁴⁴⁰, « *ne saurait, sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, courir à l'encontre des autres personnes [que les organisations représentatives signataires] qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance* »⁴⁴¹. Par ailleurs, il est nécessaire de relever la précision apportée par le Conseil quant au point de départ du délai de prescription de l'action en nullité pour les organisations ayant une section syndicale dans l'entreprise : alors que l'article L. 2262-14 du Code du travail visent a priori l'ensemble de ces organisations, le Conseil, lui, affirme que, dès lors que « *le délai de recours contre un accord d'entreprise court à compter de sa notification effectuée en vertu de l'article L. 2231-5 du même code. Ce dernier article [prévoyant] que cette notification intervient à l'initiative de l'organisation signataire la plus diligente et s'adresse aux seules organisations représentatives* », alors « *le point de départ de ce délai de recours n'est pas opposable aux organisations syndicales non représentatives, même si elles disposent par ailleurs d'une section syndicale dans l'entreprise* »⁴⁴². Est ainsi mieux assurée l'effectivité du droit en demande de nullité d'une convention collective : dans la

⁴³³ Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 4, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁴³⁴ LOKIEC P. (Propos recueillis par Champeaux F.), « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », SSL n° 1781, 11 septembre 2017.

⁴³⁵ *Op. cit.* n° 433.

⁴³⁶ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 37, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

⁴³⁷ *Ibidem*, cons. 33.

⁴³⁸ *Ibidem*, cons. 36.

⁴³⁹ Art. L. 2232-5-1 du C. trav.

⁴⁴⁰ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 35, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 34, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

mesure où le délai d'action est très court, il s'agissait de s'assurer que les acteurs intéressés aient les informations propres à leur permettre d'ester en justice dans les temps.

Il semble que, par ces différents éléments, la norme conventionnelle soit garantie d'avoir une certaine stabilité : même si sa validité est attaquée, cela devra intervenir très tôt et ne viendra donc pas perturber un équilibre conventionnel établi depuis un certain temps. En effet, comme le souligne M. Alexis Bugada « *l'une des craintes majeures serait qu'une annulation soit prononcée plusieurs années plus tard, faisant s'écrouler l'édifice conventionnel d'une branche, d'un groupe ou d'une entreprise, avec des conséquences sérielles (remise en état)* »⁴⁴³.

La convention, en tant que produit de la négociation collective, s'en trouve donc sécurisée. Il s'agissait, par ailleurs, de rationaliser le paysage conventionnel afin de le rendre plus efficace.

B. La restructuration des branches, la rationalisation du paysage conventionnel.

À la suite d'un rapport remis en octobre 2013 au Ministère du travail⁴⁴⁴, précédé en 2009 d'un autre rapport⁴⁴⁵, la restructuration des branches a été initiée par la loi n°2014-288⁴⁴⁶ qui a fixé les critères selon lesquels allait être opérée ladite restructuration. La loi n°2015-994⁴⁴⁷ est venue rendre alternatifs lesdits critères propres à chaque mécanisme de restructuration de l'article L. 2261-32 du Code du travail. La loi n°2016-1088⁴⁴⁸ est, notamment, venue ajouter de nouveaux critères⁴⁴⁹, mais surtout organiser des objectifs et un calendrier relativement à cette restructuration ; calendrier que l'ordonnance n°2017-1385⁴⁵⁰ est venu accélérer. En effet, elle prévoit qu'un délai de vingt-quatre mois se substitue au délai de trois ans prévu initialement quant à l'engagement, par le Ministre du Travail, de l'engagement de la fusion des branches « *n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des sept années précédant la promulgation de la présente loi* »⁴⁵¹ et, quant à l'interdiction faite au Ministre du Travail de procéder « *à la*

⁴⁴³ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 7.

⁴⁴⁴ COMBREXELLE, J.-D., *Rapport sur la réforme de la représentativité patronale*, octobre 2013, p. 24.

⁴⁴⁵ POISSON, J.-F., *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, La documentation française, 2009.

⁴⁴⁶ L. n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 29, JORF n°0055 du 6 mars 2014, texte n° 1.

⁴⁴⁷ L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, art. 23, JORF n°0189 du 18 août 2015, texte n°3.

⁴⁴⁸ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 25, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁴⁴⁹ Un champ d'application géographique de la branche uniquement régional ou local et l'absence de mise en place ou de réunion de la commission prévue à l'article L. 2232-9 du Code du travail

⁴⁵⁰ Ord. n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 12, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 33.

⁴⁵¹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 25 IV, JORF n°0184 du 9 août 2016.

fusion prévue au I de l'article L. 2261-32 du code du travail, dans sa rédaction résultant du présent article, en cas d'opposition écrite et motivée de la majorité des membres de la Commission nationale de la négociation collective »⁴⁵².

« *Un risque de lissage in pejus des règles conventionnelles de branche* » est dénoncée par Mme Sophie Nadal dans la mesure où, « *faute de conclusion d'une convention unifiée à l'expiration des cinq années suivant la date d'effet de la fusion ou du regroupement, la convention de rattachement régira seule la branche restructurée [...] : faute de réactivité et de pugnacité suffisantes des [OSR], la conduite « tambour battant » des restructurations par le pouvoir réglementaire balayera sans doute bien des avantages sur son passage.* »⁴⁵³. Toutefois, cela est considéré comme souhaitable par d'autres auteurs, tel que M. Franck Morel qui y voit le moyen de « *redonner sens et vigueur* »⁴⁵⁴ au niveau de négociation que constitue la branche et c'est bien comme cela que ce projet de restructuration des branches professionnelles a été présenté : renforcer lesdites branches en évitant l'éparpillement de celles-ci, et, donc, l'émergence d'« *organisations professionnelles fortes disposant d'effectifs, et donc de moyens suffisants* »⁴⁵⁵. L'éparpillement du paysage conventionnel a pu effectivement être pointé du doigt, comme par M. Alexis Bugada qui, à propos de celle-ci, indique que « *l'ambition est haute : changer de modèle* » en revenant « *sur la conception laxiste de l'autonomie des partenaires sociaux, à tous niveaux, sur la base de laquelle s'est construit un empilement stratifié de la négociation collective et mal hiérarchisé* »⁴⁵⁶.

Pourquoi prôner, par la restructuration des branches professionnelles, le renforcement de celles-ci alors qu'on consacre progressivement le principe de primauté de la convention d'entreprise ? Il est alors nécessaire de rappeler qu'on a attribué à la branche des domaines de prévalence et qui constituent des matières cruciales en droit du travail, mais aussi que celle-ci se voit attribuer de nouvelles missions, notamment par la mise en place, au sein de chaque branche d'une CPPNI⁴⁵⁷. Ainsi, si l'importance de la négociation de branche est amoindrie, la branche, en tant qu'entité, semble vouloir être renforcée au regard des dernières réformes. En effet, comme le relève Mme Nadal « *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*

⁴⁵² *Ibidem*, art. 25 V.

⁴⁵³ NADAL, S. « Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, p.652, I B).

⁴⁵⁴ MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405, II C).

⁴⁵⁵ COMBEXELLE, J.-D., *Rapport sur la réforme de la représentativité patronale*, octobre 2013, p. 65.

⁴⁵⁶ BUGADA, A., « La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches », JCP S 2016, 1442, pt. 2.

⁴⁵⁷ Art. L. 2232-9 du C. trav.

minimaliste et cela au bénéfice d'une conception gestionnaire de leurs missions »⁴⁵⁸. Par ailleurs, selon M. Alain Sauret, «*le regroupement des branches [...] va avoir pour effet d'étendre de facto le poids et la contrainte de clauses de régulation de la concurrence* »⁴⁵⁹, ce qui participe également au renforcement de la branche en tant qu'entité de la négociation collective.

CONCLUSION CHAPITRE 1.

Le *leitmotiv* des dernières réformes du droit de travail était celui d'une adaptabilité de la norme sociale aux besoins de l'entreprise : cette dernière ne doit pas constituer un obstacle, ou du moins un poids, pour le développement de l'entreprise qui est, avant tout, une entité économique tournée vers le profit. C'est pourquoi est promue, depuis 2016⁴⁶⁰, la négociation collective par rapport à la loi, mais aussi, que l'articulation des différents niveaux de négociation collective que constituent la branche et l'entreprise prévoient une répartition complémentaire des domaines de primauté. D'autres outils, connexes à l'adaptabilité de la norme sociale, ont été envisagés : notamment, l'importante réduction du délai d'action en nullité de la convention collective, ou l'inversion du principe relatif à la durée de cette dernière. Enfin, la restructuration des branches a été accélérée par l'ordonnance n°2017-1385⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ NADAL, S., « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016, p. 110, I B).

⁴⁵⁹ SAURET, A., « Une démarche loyale des branches pour réguler la concurrence professionnelle », RLC n° 66, 1er novembre 2017, p. 59.

⁴⁶⁰ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁴⁶¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

Chapitre 2. Les accords de performance collective : un exemple de la contractualisation collective des conditions de travail.

Il existe une « *prévalence du contrat collectif d'entreprise sur le contrat individuel* »⁴⁶², renforcée récemment par la loi n°2016-1088⁴⁶³ qui a introduit les accords de préservation et de développement de l'emploi (ci-après APDE), puis par l'ordonnance n°2017-1385⁴⁶⁴ qui a créé un régime unique pour les anciens APDE, accords de maintien de l'emploi (ci-après AME) et de mobilité interne (ci-après AMI). La loi de ratification des ordonnances⁴⁶⁵ est venue les baptiser « *accords de performance collective* »⁴⁶⁶ (ci-après APC). Cela témoigne de la contractualisation collective forcée du contrat de travail (Section 1), manifestant la prépondérance de l'intérêt économique de l'entreprise vis-à-vis des intérêts individuels des salariés (Section 2).

Section 1. Le forçage collectif du contrat de travail.

La substitution des stipulations collectives aux clauses du contrat de travail (I) peut légitimement être considérée comme forcée dans la mesure où elle s'exerce en l'absence d'un réel droit de refus du salarié (II).

I. La substitution des stipulations collectives aux clauses du contrat de travail.

La substitution des stipulations collectives aux clauses du contrat de travail constitue l'essence même du dispositif des APC ; cette substitution, en outre d'avoir une portée assez large (A), s'effectue, selon le texte, « *de plein droit* »⁴⁶⁷ (B).

A. Une substitution large.

Alors que l'article L. 2254-1 du Code du travail, resté inchangé depuis des décennies, dispose que les stipulations d'une convention collective de travail à laquelle est lié un employeur ne s'appliquent aux contrats de travail que si elles sont plus favorables que celles figurant dans ceux-ci, différents mécanismes ont permis à l'employeur de contourner cela. En effet, la loi n°2013-504⁴⁶⁸ instaure deux dispositifs dérogeant audit article en permettant la

⁴⁶² CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, B).

⁴⁶³ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 22, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁴⁶⁴ *Op. cit.* n°461, art. 3.

⁴⁶⁵ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, art. 2.

⁴⁶⁷ Art. L. 2254-2, III du C. trav

⁴⁶⁸ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n°0138 du 16 juin 2013, p. 9958.

conclusion d'AMI⁴⁶⁹ et d'AME⁴⁷⁰. Trois ans plus tard, avec la loi n°2016-1088⁴⁷¹, les ADPE venaient s'ajouter auxdits dispositifs. L'ordonnance n°2017-1385 est venue d'une certaine manière fusionner les trois dispositifs en créant un régime « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* »⁴⁷² ; dispositif unique que la loi n°2018-217⁴⁷³ a intitulé les « *accords de performance collective* ». L'ensemble des dispositifs antérieurs à l'ordonnance n°2017-1385, comme celui qui en est issu, constitue donc une dérogation à l'articulation du contrat de travail avec la norme conventionnelle d'entreprise qui est, en principe, guidée, comme l'ensembles des normes conventionnelles, par le principe de faveur⁴⁷⁴.

Toutefois, si tous ont donc vocation à s'appliquer en lieu et place des « *clauses contraires [...] du contrat de travail* »⁴⁷⁵, un nouveau pas a été franchi avec les APDE. Tout d'abord, le législateur a préféré, pour ces accords, le terme de substitution⁴⁷⁶ à celui de suspension⁴⁷⁷ pour lequel il avait opté concernant les AME et AMI. Si les deux termes aboutissent au même résultat immédiat, à savoir la mise à l'écart des stipulations du contrat de travail en faveur de celles figurant dans les accords en question, ils ne sont pas pour autant parfaitement synonymes et semblent différer sur la méthode applicable aux fins de cette mise à l'écart. En effet, alors que la suspension implique une situation temporaire et le maintien parallèle des stipulations contractuelles, la substitution semble, au contraire, suggérer un anéantissement de ces dernières, balayant ainsi la dimension temporelle du mécanisme. Or, si l'on pouvait toujours envisager une maladresse de rédaction de la part du législateur, l'ordonnance n°2017-1385, ratifiée par la loi n°2018-217⁴⁷⁸, a maintenu ce terme pour rédiger le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail instituant les APC. Cela pose des questions pratiques : qu'advient-il lorsque l'accord cesse de s'appliquer ? le contrat est-il renégocié ? Par ailleurs, dans la mesure où l'article L.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, art. 15.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, art. 17.

⁴⁷¹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 22, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁴⁷² Art. L. 2254-2, I du C. trav.

⁴⁷³ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

⁴⁷⁴ Art. L 2254-1 du C. trav.

⁴⁷⁵ Art. L 2242-23 (ancienne rédaction issue de la loi n°2015-994) du C. trav. – Art. L. 5125-2 du C. trav., abrogé par ord. n° 2017-1385 – Art. L. 2254-2, I (ancienne rédaction issue de la loi n°2016-1088) / III (nouvelle rédaction de l'ordonnance n°1385) du C. trav

⁴⁷⁶ Art. L. 2254-2, I (ancienne rédaction issue de la loi n°2016-1088) / III (nouvelle rédaction de l'ordonnance n°1385) du C. trav

⁴⁷⁷ Art. L 2242-23, al. 2 (ancienne rédaction issue de la loi n°2015-994) du C. trav. – Art. L. 5125-2, al. 2 du C. trav., abrogé par ord. n° 2017-1385.

⁴⁷⁸ L. n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

2254-2 du Code du travail ne fait aucune mention d'une durée limitée des APC, le terme de substitution interroge d'autant plus : alors qu'il était précisé, relativement aux AME, que ces derniers ne pouvaient excéder cinq ans⁴⁷⁹, cette absence de précision semble insinuer que le terme de substitution implique un réel anéantissement des stipulations contractuelles ; ce qui n'a de sens que si l'on exige une renégociation du contrat à l'issue du dispositif mis en place par l'APC afin de se mettre en adéquation avec le contexte dans lequel l'entreprise se trouve à ce moment-là. Cela ne ressort pas du texte alors que cela aurait mérité précision si tel est le sens que voulait donner le législateur au terme de substitution.

Par ailleurs, alors que les AME et AMI avaient vocation à suspendre simplement les clauses « *contraires* » du contrat de travail, les APDE, et, ensuite, les APC, se substituent aux clauses, non seulement « *contraires* », mais également « *incompatibles* »⁴⁸⁰. Il est nécessaire de revenir sur cet ajout : a priori des clauses contraires sont nécessairement incompatibles, toutefois il est possible de considérer que l'idée d'incompatibilité est plus générale. En effet, on peut penser que le législateur a ainsi entendu inclure des stipulations n'ayant pas le même objet mais qui sont de nature à contrecarrer, dans une mesure plus ou moins grande, l'APC. Mais là encore, pourquoi ne pas l'exprimer plus explicitement ? On remarque en effet que, parallèlement, concernant l'articulation entre les différents niveaux de négociation collective, les textes précisent qu'ils sont applicables en présence de clauses ayant le même objet ; on aurait pu envisager une rédaction similaire précisant que les stipulations de l'accord en question avaient vocation à se substituer aux clauses du contrat du travail ayant le même objet ou n'ayant pas le même objet mais de nature à porter atteinte au projet porté par l'accord.

Il est, enfin, à relever que cette désignation des clauses contractuelles ayant vocation à être substituées ne suffit pas : l'article L. 2254-2 du Code du travail précise que la substitution s'effectue « *y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* »⁴⁸¹ là où la loi n°2016-1088 n'avait précisé que la rémunération et la durée du travail⁴⁸² élargissant quelque peu les prévisions relatives aux AME qui consistaient en l'aménagement de la « *la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération au sens de l'article L. 3221-3* »⁴⁸³, mais sous réserve du respect d'un certain nombre d'articles en la matière. On remarque que

⁴⁷⁹ Art. L. 5125-1, III du C. trav, abrogé par ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁴⁸⁰ Art. L. 2254-2, I (ancienne rédaction issue de la loi n°2016-1088) / III (nouvelle rédaction de l'ordonnance n°1385) du C. trav

⁴⁸¹ Art. L. 2254-2, III du C. trav.

⁴⁸² Art. L. 2254-2, I (ancienne rédaction issue de la loi n°2016-1088) du C. trav.

⁴⁸³ Art. L. 5125-1, al 1er du C. trav.

dans le cadre des AME, le législateur avait précisé le sens dévolu au terme de rémunération, tout comme il l'a fait relativement au maintien de la rémunération perçue s'appliquant en l'absence d'une nouvelle convention suite à une dénonciation⁴⁸⁴. Cela n'est pas le cas avec les APC, ce qui participe à l'incertitude entourant ceux-ci.

La substitution issue des APC paraît donc étendue, plus encore que la suspension prévue par les AME et AMI ; elle s'effectue, en outre, de plein droit.

B. Une substitution de plein droit.

Selon l'article L. 2254-2 du Code du travail, la substitution des clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, vis-à-vis des stipulations de l'APC, s'effectue « *de plein droit* »⁴⁸⁵, sous-entendant donc a priori que cette substitution s'exerce de manière automatique, sans qu'une décision de justice soit nécessaire ou une homologation quelconque. Cela est bien le cas, toutefois cette rédaction peut laisser perplexe au regard du droit de refus des salariés.

En effet, ces derniers disposent d'un droit de refus⁴⁸⁶ à l'égard de la modification du contrat de travail que l'APC a pu occasionner. Celui-ci était nécessaire à deux titres : tout d'abord, au titre de la liberté constitutionnelle que constitue la liberté contractuelle⁴⁸⁷, et le maintien de l'économie des contrats légalement conclus, il était nécessaire au législateur de prévoir la faculté pour le salarié de refuser. Ainsi, comme cela était déjà prévu pour les APDE⁴⁸⁸, le salarié dispose d'un délai d'un mois « *pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a informé les salariés, par tout moyen conférant date certaine et précise, de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord* »⁴⁸⁹. Comment articuler ce délai avec la substitution de plein droit ? Cette dernière s'effectue-t-elle à l'issue dudit délai ? Mais alors, à l'issue de celui-ci, comment s'applique-t-elle aux salariés qui ont refusé et pour lesquels l'employeur dispose d'un délai de deux mois pour engager la procédure de licenciement ?

La réponse peut se trouver dans le fait, qu'en dehors de ces APC et des anciens dispositifs, la modification du contrat de travail d'un salarié requière l'acceptation du salarié à l'inverse du simple changement des conditions de travail⁴⁹⁰. Or, parmi les éléments exigeant l'accord du

⁴⁸⁴ Art. 2261-13, al. 1^{er} du C. trav.

⁴⁸⁵ Art. 2254-2, III du C. trav

⁴⁸⁶ *Ibidem*, III.

⁴⁸⁷ Cons. constit., n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, JORF du 24 décembre 2000, p. 20576.

⁴⁸⁸ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 22, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁴⁸⁹ Art. L. 2254-2, IV du C. trav.

⁴⁹⁰ Art. L. 1221-1 du C. trav. – Cass. soc., 10 juillet 1996, 93-40.966, Le Berre.

salarié pour sa modification, figurent notamment la rémunération contractuelle⁴⁹¹, le mode de rémunération⁴⁹², la durée contractuelle de travail⁴⁹³, l'organisation contractuelle du travail⁴⁹⁴, et, dans une certaine mesure, le lieu de travail⁴⁹⁵ et les tâches confiées au salarié⁴⁹⁶. Il s'agit de matières que, précisément, et de manière très explicite depuis les APDE, l'APC va venir réorganiser de manière collective. M. Pascal Lokiec souligne, à ce propos, que « *lorsqu'on combine ce dispositif avec les nouvelles règles d'articulation entre accord d'entreprise et de branche, on comprend que l'un des enjeux principaux sera la négociation sur la rémunération (les primes notamment), ce d'autant plus que l'impossibilité de baisser la rémunération mensuelle inscrite dans la loi Travail disparaît* »⁴⁹⁷.

Il semblerait donc cohérent, et respectueux de la liberté contractuelle et du maintien de l'économie des contrats légalement conclus, que ce régime soit celui applicable pendant le mois laissé au salarié pour opposer son refus, et, également, pendant les deux mois laissés à l'employeur pour engager la procédure de licenciement. Par ailleurs, il serait incohérent de reconnaître au salarié un droit de refus si on lui impose finalement la substitution des stipulations de l'accord de performance collective, et notamment de lui imposer celui-ci alors même que la loi lui reconnaît le délai d'un mois de réflexion pour informer l'employeur de son refus. Il serait, en effet, contradictoire d'appliquer les nouvelles conditions, issues de l'APC, au salarié qui n'a pas encore exprimé de refus mais qui se situe dans ledit délai et qui peut, donc, être également considéré comme n'ayant pas non plus exprimé tacitement son acceptation.

Ainsi, comme l'ont souligné M. Dirk Baugard et Mme. Laurène Gratton « *la place faite, [...], à la volonté du salarié, et plus spécifiquement à son refus, permet de penser que le droit au maintien de l'économie des contrats légalement conclus [...] n'est pas ici méconnu [...]. Pour qu'il en aille autrement, il faudrait rattacher au droit au maintien de l'économie du contrat un droit à sa continuation, qui serait entravé par une rupture du contrat jugée légitime par le législateur* »⁴⁹⁸.

⁴⁹¹ Cass. soc. 19 mai 1998, 96-41.573.

⁴⁹² Cass. soc. 28 janvier, 1998, 95-40.275

⁴⁹³ Cass. soc. 20 octobre, 1998, 96-40.614.

⁴⁹⁴ Cass. soc., 31 mai 2006, 04-43.592.

⁴⁹⁵ Cass. soc., 20 oct. 1998, 96-40.757. – Cass. soc., 4 mai 1999, 97-40.576 : « *rechercher si le lieu de travail [...] était situé dans un secteur géographique différent de celui où il travaillait précédemment* ».

⁴⁹⁶ Cass. soc. 21 mars 1985, 82-43.833.

⁴⁹⁷ LOKIEC P. (Propos recueillis par Champeaux F.), « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », SSL 2017, N° 1781.

⁴⁹⁸ BAUGARD D., GRATTON L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016. 745, pt. 10.

Si le droit au maintien de l'économie des contrats légalement conclu est respecté, une différence est, toutefois, à noter avec une proposition classique de modification du contrat de travail : en dehors des APC et des anciens dispositifs, le refus du salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas, en soi, un motif réel et sérieux de licenciement⁴⁹⁹.

II. Un droit de refus individuel illusoire.

A priori, l'APC n'est opposable au salarié qu'à l'issue du délai d'un mois de réflexion fixé par le législateur, si celui-ci n'a pas exprimé par écrit son refus. Toutefois, il semble que le droit au refus du salarié reste en quelque sorte théorique dans la mesure où celui-ci constitue une « *cause réelle et sérieuse de licenciement* »⁵⁰⁰ (A), menace d'autant plus inquiétante qu'aucune compensation ou accompagnement spécifiques ne sont prévus pour le salarié récalcitrant (B).

A. Le refus du salarié : une cause réelle et sérieuse de licenciement.

À l'image des anciens dispositifs, le refus du salarié de se voir appliquer les APC permet à l'employeur de le licencier sur un motif préconstitué par le législateur. Concernant les AME et AMI, ledit refus permettait de licencier le salarié « *sur un motif économique, [...] prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvr[ait] droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord* »⁵⁰¹, de reclassement également dans le cadre des AMI⁵⁰². Concernant, les anciens APDE, et, désormais les APC, le texte fait état d'un « *motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* »⁵⁰³. Il ne pouvait en être autrement, dès lors que les APDE, à la suite desquels les APC, peuvent être conclus en dehors de toute difficulté économique.

Si le motif n'est pas qualifié d'économique par les textes, certaines des dispositions applicables en cas de licenciement économique individuel l'étaient dans le cadre d'un refus opposé à l'égard d'un APDE. Cela était étrange à deux titres : tout d'abord, parce que ledit type d'accord peut être conclu en l'absence de difficulté économique de l'employeur et, ensuite, dès lors qu'il est indiqué que le refus constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, ne suffisait-il pas de s'en tenir aux dispositions classiques entourant le licenciement pour motif personnel? Cela aurait également pu poser problème dans la mesure où le motif est, à juste titre qualifié de « *spécifique* » par l'article L. 2254-2 du Code du travail : en l'absence de difficulté économique

⁴⁹⁹ Cass. soc., 10 déc. 1996, 94-40.300.

⁵⁰⁰ Art. L. 2254-2, V du C. trav.

⁵⁰¹ Art. L. 5125-2, al. 2 du C. trav, abrogé par ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n°29 – Art. L. 2242-19, al. 4 du C. trav, rédaction issue de L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, JORF n°0189 du 18 août 2015, texte n°3.

⁵⁰² Art. L. 2242-19, al. 4 du C. trav, rédaction issue de L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, JORF n°0189 du 18 août 2015, texte n°3.

⁵⁰³ Art. L. 2254-2, V du C. trav.

il ne peut être de nature économique et, en prenant considération du principe s'appliquant habituellement quant à une modification du contrat de travail, il ne peut non plus être qualifié de personnel ; un simple renvoi, et non une assimilation ou comparaison avec le licenciement pour motif personnel, aurait néanmoins pu être envisagé.

Cet ajustement du régime du licenciement reposant sur un motif spécifique, et constituant une cause réelle et sérieuse, a été entrepris avec l'ordonnance n°2017-1385⁵⁰⁴ qui supprime le renvoi aux articles L. 1233-11 à L. 1233-15 du Code du travail, relatifs à l'entretien préalable dans le cadre d'un licenciement pour motif économique et les remplace par un renvoi aux articles L. 1232-1 à L. 1232-11 dudit Code, concernant les mêmes problématiques mais dans le cadre d'un licenciement pour motif personnel. Cela semble plus à propos – bien que pas parfaitement adéquat à la situation du salarié qui refuse une modification de son contrat de travail, d'autant plus que le renvoi aux dispositions applicables en cas de licenciement économique n'étaient pas celles apportant des garanties spéciales : comme M. Dirk Baugard et Mme. Laurène Gratton l'ont souligné à propos du renvoi auxdites dispositions, dans la version de l'article L. 2254-2 issue de la loi n°2016-1088⁵⁰⁵, « *seraient ainsi évincées les dispositions relatives à la consultation des représentants du personnel, y compris celles qui sont applicables dans les licenciements collectifs de moins de dix personnes sur une même période de trente jours* »⁵⁰⁶.

Force est de constater, en effet, que les dispositions auxquelles il est renvoyé sont les garanties les plus basiques en question de licenciement. L'ordonnance maintient les dispositions L. 1234-19 et L. 1234-20 du Code du travail imposant respectivement, la remise d'un certificat de travail au salarié et d'un solde tout compte et ajoute. Est également maintenu le renvoi aux dispositions relatives au préavis et à l'indemnité compensatrice de préavis ainsi qu'à l'indemnité de licenciement. En revanche, le législateur écarte, ce qui n'était pas le cas à l'occasion des APDE, les dispositions L. 1234-12 du Code du travail permettant à l'employeur, en cas de force majeure, de se libérer de « *l'obligation de respecter le préavis et de verser l'indemnité de licenciement* », En cela, l'ordonnance apporte une garantie spéciale au salarié licencié suite à son refus de se voir appliquer un APC.

M. Jean-Emmanuel Ray a affirmé qu' « *à défaut de faire plier le contrat, on fait plier le salarié* »⁵⁰⁷, et c'est en effet ce qui se dégage du choix du législateur de faire du refus du

⁵⁰⁴ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁵⁰⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 22, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁵⁰⁶ BAUGARD D., GRATTON L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016. 745, pt. 16.

⁵⁰⁷ RAY, J.-E., « Trois rapports, pour quelle refondation ? », Dr. soc. 2016. p. 416.

salarié un motif préconstitué de licenciement là où, habituellement, le refus de voir modifier n'est pas considéré, en soi, comme une cause réelle et sérieuse : le juge pouvant alors opérer, le contrôle du caractère réel et sérieux du motif de licenciement. Si cela offre beaucoup moins de prévisibilité pour l'employeur que les anciens dispositifs et le régime unique des APC, concernant le coût éventuel des licenciements suivants le refus de salariés de se soumettre à de nouvelles modalités de travail, cela permettait au salarié, au moins en théorie, de pouvoir refuser sans se faire systématiquement licencié suite à son refus : précisément parce que le refus ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement, et, donc, que la réalité et le sérieux du licenciement, au regard notamment de l'effort demandé et de la situation de l'entreprise, constituent des données plus aléatoires. Néanmoins, ce raisonnement a certainement perdu de la valeur avec le barème des indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse⁵⁰⁸, issu de l'ordonnance n°2017-1387⁵⁰⁹ qui prévoit des indemnités plafonnées⁵¹⁰ selon que l'entreprise compte plus ou moins de onze salariés ; et ce d'autant plus avec la modification de l'article L. 1235-2 du Code du travail qui dispose désormais que l'employeur a un droit de précision de la lettre de licenciement, soit à la demande du salarié soit de sa propre initiative. Un motif mal rédigé dans le cadre d'un licenciement faisant suite au refus d'une simple proposition de modification d'un contrat de travail pourra donc, a priori, être d'autant mieux rattrapé.

Il ressort de l'ensemble de ces observations que si en théorie le droit au maintien des contrats légalement conclu est respecté, en pratique, pour le salarié cela est moins évident.

B. L'amointrissement de l'accompagnement post licenciement

Selon le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail instituant les APC, l'employeur a deux mois pour engager la procédure de licenciement suite au refus opposé par le salarié de se voir appliquer ledit accord ; cela était également le cas avec les APDE. Au-delà des deux mois il ne peut donc plus licencier sur la base du refus du salarié⁵¹¹ : s'il le fait cela ne sera plus couvert par le motif spécifique constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il peut engager, en revanche, la procédure de licenciement dans les derniers jours du délai de deux mois si l'on

⁵⁰⁸ Art. L. 1235-3 du C. trav.

⁵⁰⁹ Ord. n° 2017-1387, 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art.2, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 33.

⁵¹⁰ Art. L. 1235 du C. trav. Pour les entreprises dépassant 11 salariés : 1 mois de salaire brut par année d'ancienneté pendant les neuf premières années et, à partir de 9 ans, un demi mois de salaire par année d'ancienneté avec un plancher de 3 mois de salaire brut à partir de 2 ans d'ancienneté ; au-delà de 30 ans plafond = 20 mois de salaire. Pour les entreprises de moins de onze salariés : 0, 5 mois de salaire tous les 2 ans.

⁵¹¹ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 28, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

s'en tient à la lecture littérale du texte⁵¹². Ce délai n'était pas prévu à l'issue de l'ordonnance n°2017-1385⁵¹³ : il a été ajouté à l'occasion de la loi de ratification n°2018-217⁵¹⁴.

Dans la mesure où le licenciement reste à la discrétion de l'employeur, que se passe-t-il si l'employeur décide de licencier certains salariés ayant refusé, et d'autres non ? Cela ne contrevient-il pas au principe d'égalité ? Les anciens articles L. 5125-2 et L. 2242-19 du Code du travail, relatifs respectivement aux AME et aux AMI avaient choisi une formulation différente pour aborder la question du licenciement en disposant que « *lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent[...], leur licenciement repose sur un motif économique* »⁵¹⁵ ; aucun délai n'était prévu quant à la procédure de licenciement.

Ce qui est frappant dans le passage des anciens dispositifs à celui des APC, est l'apparent déclin du dispositif d'accompagnement suivant le licenciement du salarié ayant refusé de se voir appliquer ledit accord. En effet il ressort de l'ordonnance n°2017-1385⁵¹⁶ que « *le salarié peut s'inscrire et être accompagné comme demandeur d'emploi à l'issue du licenciement et être indemnisé dans les conditions prévues par les accords mentionnés à l'article L. 5422-20. En l'absence des stipulations mentionnées au 4° du II du présent article, l'employeur abonde le compte personnel de formation du salarié dans des conditions et limites définies par décret* »⁵¹⁷. Il est remarquable que l'ordonnance en question ne prévoyait pas que « *l'accord définit dans son préambule ses objectifs et peut préciser : [...] 4° Les modalités d'accompagnement des salariés ainsi que l'abondement du compte personnel de formation au-delà du montant minimal défini au décret mentionné au VI du présent article* » ; cela a été ajouté par la loi de ratification de la loi n°2018-217⁵¹⁸. En effet, à l'issue de l'ordonnance, le salarié ne pouvait prétendre, en dehors des indemnités habituellement dues en cas de licenciement, qu'à l'abondement de son compte personnel de formation d'un minimum de cent heures⁵¹⁹. Toutefois, avec la rédaction issue de la loi n°2018-217, cela reste une simple faculté et non une

⁵¹² Art. L. 2254-2, V du C. trav : « *l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement* »

⁵¹³ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁵¹⁴ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

⁵¹⁵ Art. L. 2242-19, al. 4 du C. trav – Art. L. 5125-2, al 3 du C. trav.

⁵¹⁶ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁵¹⁷ L. 2254-2, VI du C. trav.

⁵¹⁸ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 2, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

⁵¹⁹ Décret n° 2017-1880 du 29 décembre 2017 relatif à l'abondement du compte personnel de formation des salariés licenciés suite au refus d'une modification du contrat de travail résultant de la négociation d'un accord d'entreprise, art. 1^{er}, JORF n°0305 du 31 décembre 2017, texte n°111.

question de validité de l'APC, d'autant plus que l'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord, contrairement à ce que disposait la loi n°2016-1088, concernant précisément les APDE, qui en faisait une dérogation au nouvel article qu'elle avait également introduit⁵²⁰. Ladite ordonnance a, par ailleurs, abrogé l'article L. 2254-3 du Code du travail, qui prévoyait un suivi spécifique du salarié à l'issue du licenciement débutant « *par une phase de pré-bilan, d'évaluation des compétences et d'orientation professionnelle en vue de l'élaboration d'un projet professionnel. Ce parcours, dont les modalités sont précisées par décret, comprend notamment des mesures d'accompagnement et d'appui au projet professionnel, ainsi que des périodes de formation et de travail* ».

Ainsi, face au refus de l'application d'un APDE, « *l'employeur [était] tenu de proposer, lors de l'entretien préalable, le bénéfice du dispositif* », et l'adhésion « *au parcours d'accompagnement personnalisé mentionné à l'article L. 2254-3 emport[ait] rupture du contrat de travail* », et non un licenciement pour motif spécifique constituant une cause réelle et sérieuse. Les AMI devaient prévoir les mesures d'accompagnement et de reclassement⁵²¹, tandis que, concernant les AME, le législateur prévoyait pour le salarié soit le bénéfice du « *congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71, soit du contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L. 1233-66* »⁵²².

Il ressort donc que si l'accompagnement après licenciement était une question à laquelle le législateur s'était fortement intéressée avec la loi n°2016-1088⁵²³, l'ordonnance n°2017-1385⁵²⁴, en instituant les APC a bien allégé le mécanisme.

Dans la mesure où il y a préconstitution, valable pendant deux mois, d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, alors que le salarié n'a commis aucun fait autre que celui de refuser la modification de son contrat insusceptible de constituer, en temps normal, un motif valable de licenciement pour motif personnel, on aurait pu souhaiter l'exigence de la mise en place d'un dispositif d'accompagnement comme une certaine compensation de ce licenciement particulier. Toutefois, selon l'utilisation qui sera faite par les salariés du compte personnel de formation et la qualité des dispositifs de formation qui seront mis en place, cet abondement de cent heures de formation peut apparaître comme une compensation suffisante, bien qu'allégée par rapport à la loi n°2016-1088 qui prévoyait déjà la possibilité de formation dans le dispositif

⁵²⁰ Art. L. 2222-3-3, al. 2 du C. trav.

⁵²¹ Art. L. 2242-19 du C. trav.

⁵²² Art. L. 5125-2 du C. trav.

⁵²³ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 22, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁵²⁴ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

d'accompagnement du salarié. Dans les deux cas, cet accompagnement dans le projet professionnel peut sembler inapproprié : le salarié a simplement refusé de se soumettre aux nouvelles conditions de travail. Rien n'indique donc, a priori, que celui-ci nécessitait ou désirait une formation pour conserver son emploi : l'objet de son licenciement n'était pas celui d'une insuffisance professionnelle.

À travers ces premiers propos découle la prépondérance de l'intérêt économique de l'entreprise manifestée par ces APC qui, dans la mesure où ils peuvent être conclus en dehors de toute difficulté économique et de limite dans le temps, se présentent à l'inverse de la conception traditionnelle de la négociation collective, censée être le produit d'un compromis entre l'employeur et le salarié.

Section 2. La prépondérance des intérêts économiques de l'entreprise.

La prépondérance de l'intérêt économique de l'entreprise au sein de la négociation collective, portée par les APC, se manifeste notamment par fait que ces stipulations conventionnelles, mêmes moins favorables, viennent se substituer à celles du contrat de travail du salarié, ce qui est discutable en l'absence de difficultés économiques (I). De plus, par les thèmes qu'ils ont vocation à traiter, ces accords permettent une forte ingérence dans la situation individuelle des salariés (II).

I. L'absence de difficultés économiques préalables à l'accord.

Le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail n'exige aucune difficulté économique aux fins de la conclusion d'un APC ; sont invoqués des motifs de recours très malléables car imprécis (A). Selon les députés qui ont saisi le Conseil constitutionnel, « *par son imprécision, ce motif serait susceptible de recouvrir des justifications qui ne constituent pas un motif d'intérêt général suffisant* »⁵²⁵ ; celui-ci a néanmoins écarté cette insuffisance (B).

A. Des motifs de recours imprécis.

Selon le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail, un APC peut être conclu « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ». Aucune définition ou précision vient accompagner ces motifs : comment délimiter alors les « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » susceptibles de permettre la conclusion desdits accords ? Un accord collectif de travail, d'autant plus de cet acabit, est nécessairement conclu en considération des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise : il est même possible de considérer qu'il s'agit précisément de l'objet et de la raison de la signature du côté de l'employeur. En effet, l'objet d'une entreprise est de faire du profit et

⁵²⁵ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 25, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

l'organisation du travail, y compris conventionnelle, est un outil aux fins de faire prospérer une entreprise.

Par ailleurs « *quand est-il possible d'affirmer qu'un accord collectif est conclu en vue de préserver ou développer l'emploi ? Ou, à l'inverse, quand n'est-il pas possible de l'affirmer ? Si l'on adopte une interprétation souple de la formule, n'est-il pas permis de considérer que dès lors qu'un accord collectif est relatif à l'organisation collective de l'entreprise, il a nécessairement pour objet de favoriser sa croissance économique et donc pour effet de préserver ou développer l'emploi? Voilà, en tout état de cause, une formulation bien imprécise, et susceptible d'ouvrir un champ très vaste au dispositif* »⁵²⁶. En effet, si la signature, de chacune des parties, ne s'inscrit pas une démarche altruiste dépourvue d'intérêts, la raison pour laquelle une convention collective est signée n'est pas, en soi, de nuire à l'emploi ou à son développement ; d'autant moins que cette préservation et ce développement de l'emploi sont énoncés de manière très générale.

La justification de ces accords, dérogeant au principe de faveur guidant les rapports entre normes conventionnelles et contrat de travail, semble donc très légère. On pourrait opposer que cela constitue une évolution au même titre que la disparition du rapport de faveur entre les niveaux de négociation collective constitués par la branche et l'entreprise ; or, il est à relever que dans ce cas de figure il s'agit d'une articulation interconventionnelle, tandis que la faculté d'une stipulation moins favorable s'exerce, ici, par le biais d'une norme conventionnelle, donc collective, vis-à-vis d'une prévision contractuelle individuelle, à l'origine de la relation de travail.

Ces APC, à l'image des APDE, sont en cohérence avec l'évolution générale de la négociation collective qui est axée, désormais, sur la convention d'entreprise, dans un but d'adaptabilité, justement, aux nécessités de l'entreprise, ainsi qu'à la communauté de travail, et de l'activité de cette dernière. En tant qu'accord collectif, lesdits accords participent à cette vision prônée progressivement par le législateur, et peuvent, même, être considérées comme des « super-accords d'entreprises » : en outre d'être libérés de la valeur hiérarchique de branche, ils vont pouvoir s'affranchir des stipulations plus favorables prévues par le contrat de travail des salariés. Ils facilitent ainsi la mise en place d'un projet de l'employeur relatif aux conditions de travail : l'organisation collective de cette modification est plus pratique pour l'employeur, mais également plus efficace dans la mesure où il pourra licencier les salariés hostiles à ladite modification. Ce qui est en effet visé est l'adaptabilité des contrats de travail aux objectifs de

⁵²⁶ FILIPETTO, E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016. p. 416.

l'entreprise. Ainsi, Mme Emmanuelle Filipetto a pu parler, à propos des APC, d'accords « offensifs »⁵²⁷. M. Pascal Lokiec a d'ailleurs relevé le risque que, « *étant donné leur justification extrêmement ouverte, n'importe quel accord portant sur la rémunération ou la durée du travail devrait pouvoir être conclu en tant qu'accord sui generis, avec la facilité de licencier qui l'accompagne* »⁵²⁸.

Toutefois dans les dix-sept matières où la branche a vocation à prévaloir sauf « *garanties au moins équivalentes* », en l'absence de dérogation en matière d'APC, on peut relever le fait que l'accord collectif en question, s'il ne sera pas empêché par le contrat de travail, trouvera un certain plancher à respecter dans les stipulations de branche, dont certaines portent sur les salaires, l'organisation de la durée du travail.

La flexibilité des motifs de recours aux APC, due à leur imprécision, n'a pas suffi au Conseil constitutionnel à la reconnaissance d'une insuffisance concernant le motif d'intérêt général auquel est subordonnée la prévalence de l'accord collectif de travail sur le contrat de travail⁵²⁹.

B. L'insuffisance de l'intérêt général écartée par le Conseil constitutionnel.

Le 12 mars 2012, le Conseil constitutionnel, saisi de la loi n°2012-387⁵³⁰, notamment à propos de l'article L. 3122-6 du Code du travail, qui permet « *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* » sans que cela ne constitue une modification du contrat de travail. Les requérants affirmaient qu'il était ainsi porté atteinte à la liberté contractuelle. Le Conseil avait alors visé le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, relatif à la participation du travailleur, « *par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », puis, affirmé que « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* »⁵³¹.

Aussi, les soixante députés ayant saisi le Conseil constitutionnel à l'occasion de la loi n°2018-271, ratifiant les différentes ordonnances du 22 septembre 2017, ont donc opposé à propos des dispositions de l'ordonnance n°2017-1385⁵³² relatives aux APC que celles-ci, eu égard à

⁵²⁷ FILIPETTO, E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016. p. 415.

⁵²⁸ LOKIEC P. (Propos recueillis par Champeaux F.), « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », SSL n° 1781, 11 septembre 2017.

⁵²⁹ Cons. constit., n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, cons. 13, JORF du 23 mars 2012, texte n°2.

⁵³⁰ L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JORF n°0071 du 23 mars 2012, texte n° 1.

⁵³¹ Cons. constit., n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, cons. 13, JORF du 23 mars 2012, texte n°2.

⁵³² Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

l'imprécision du motif, « serai[en]t susceptible[s] de recouvrir des justifications qui ne constituent pas un motif d'intérêt général suffisant »⁵³³ et contreviendraient ainsi à la liberté contractuelle. Afin d'écartier cette allégation d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel s'essaie à clarifier le motif de recours aux accords en question : « le législateur a entendu permettre aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement »⁵³⁴. Si cela explicite la volonté du législateur, cela ne rend pas plus précis ledit motif : en tout état de cause, du côté employeur tout accord se veut permettre la pérennité et le développement de l'entreprise.

Comme pour se justifier de cette tautologie implicite, le Conseil rappelle immédiatement après avoir énoncé cela qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Il ne saurait rechercher si les objectifs que s'assigne le législateur pourraient être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé »⁵³⁵. Il signifie ainsi que son contrôle n'est pas un contrôle d'opportunité : sa fonction est de veiller au respect de la Constitution. Toutefois, en énonçant l'objectif du législateur et, en effectuant ce rappel, a-t-il permis de démontrer que l'atteinte à la liberté contractuelle, par le biais des APC, était justifiée par un motif d'intérêt général? Ce qu'il relève par la suite est davantage éclairant : « il appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité »⁵³⁶. Il souligne, par ailleurs, que l'APC est le produit soit d'un accord majoritaire, soit d'une ratification salariée éventuelle dans le cas où l'accord n'a pas rassemblé la signature des « organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique »⁵³⁷. Il sous-entend ainsi que l'opportunité des efforts salariés demandés du côté employeur, au regard de la situation de l'entreprise et d'éventuelles compensations, est à l'examen des partenaires sociaux ou des salariés.

Ainsi, les salariés, ou leurs syndicats, représentatifs de leurs intérêts et, dont la force de négociation réside, du fait de l'exigence majoritaire, dans le résultat de leurs candidats aux dernières élections professionnelles dans l'entreprise, vont pouvoir, s'ils estiment illégitimes

⁵³³ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 25, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

⁵³⁴ *Ibidem*, cons. 27.

⁵³⁵ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 27, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ Art. L. 2232-12, al 1^{er} du C. trav.

ou disproportionnées les efforts demandés, refuser de conclure ou ratifier l'accord. Toutefois, au contraire des APDE, il est à relever que l'employeur n'est plus tenu de transmettre « *aux organisations syndicales de salariés toutes les informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés* »⁵³⁸ ; cela n'est donc pas non plus, sans surprise, prévu à l'égard des salariés. Or, non seulement cela permettrait à la partie salariée à un APC d'évaluer la légitimité des demandes patronales, mais, en outre, il est à souligner que la situation des accords d'entreprise pouvant, dans les entreprises comptant moins de cinquante salariés, être le résultat d'une décision unilatérale de l'employeur ratifiée par les salariés à la majorité des deux-tiers⁵³⁹ est évincée par le Conseil constitutionnel. Il n'est pourtant pas anodin qu'un tel type d'accord se passe de négociations lorsque le motif auquel il est recouru pour sa conclusion est aussi imprécis dans la loi.

En effet, ces APC permettent une ingérence dans la situation individuelle des salariés.

II. Une ingérence collective dans la situation individuelle des salariés.

Par leur substitution au contrat de travail, l'APC permet une forte ingérence dans la situation individuelle des salariés : celle-ci peut, en effet, être substantiellement modifiée alors même qu'aucune contrepartie concrète n'est exigée par le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail (A). Par ailleurs, en cas de refus du salarié, ce dernier ne pourra porter devant le juge qu'une contestation limitée de son licenciement (B).

A. Des modifications substantielles en l'absence de contreparties concrètes.

Comme cela a déjà été relevé, la substitution s'effectue « *y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* »⁵⁴⁰, et ce même en l'absence de difficultés économiques, et alors que de simples objectifs – éventuellement aussi larges que ne le sont déjà les motifs de recours auxdits accords – doivent être inscrits dans le préambule dudit accord, sans que, depuis la rédaction de l'ordonnance n°2017-1385⁵⁴¹, l'absence d'un tel préambule, et, donc, d'objectifs, n'entraînent la nullité de l'accord. Quand bien même ceux-ci seraient inscrits dans le préambule de ce dernier, aucun dispositif visant à sanctionner ou prévoir une sanction de leur méconnaissance n'est prévue ; et pour cause, de simples objectifs, à la différence d'engagements, n'impliquent pas que les résultats qu'ils fixaient se réalisent. En effet, comme l'explique Mme Emmanuelle

⁵³⁸ Art L. 2254-2, I du C. trav, rédaction issue de L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 22, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁵³⁹ Art. L. 2232-21 du C. trav.

⁵⁴⁰ Art. L. 2254-2, III du C. trav.

⁵⁴¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

Filipetto : « là où un engagement suppose d'être respecté sous peine de sanctions [...] un objectif suppose de mettre en œuvre les moyens de les atteindre, mais sans obligation de résultat »⁵⁴² ; à propos déjà des APDE, elle relève le fait que « l'on demande des concessions aux salariés, [...], mais sans véritable engagement en contrepartie, qui plus est pour une durée [...] à laquelle le projet de loi ne fixe pas de limite »⁵⁴³.

Cela dénote de ce qui était prévu pour les AME : en outre de devoir justifier de difficultés économiques, l'employeur devait prendre l'engagement de maintenir de l'emploi pendant la durée de l'ACT, c'est-à-dire de ne procéder à aucun licenciement. La méconnaissance de cet engagement pouvait être sanctionnée dans la mesure où un AME devait comporter une clause pénale s'appliquant « lorsque l'employeur n'a[vait] pas respecté ses engagements [...] [et] donn[ait] lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord »⁵⁴⁴. D'une part, cela offrait une réelle garantie aux salariés : en dépit des efforts qui pouvaient leur être demandés, ceux-ci avaient la quasi-certitude de conserver leur emploi et, dans le cas contraire, de toucher des dommages et intérêts spécifiques à ce préjudice. Toutefois, dans la mesure où un APC peut être conclu en l'absence de toute difficulté économique, cette garantie aurait pu paraître hors sujet ou permettre aux juges de dégager une certaine exigence de difficultés de l'entreprise que voulait précisément éviter la classe politique. D'autre part, cela permettait de pousser l'entreprise à ne pas faire durer l'accord par simple opportunité, sans quoi l'engagement de maintien de l'emploi se maintenait également.

Par ailleurs, l'accord devait prévoir « les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés »⁵⁴⁵; cela n'est pas prévu à propos des APC⁵⁴⁶. Or, cela aurait pu paraître plus à propos que pour les AME où les efforts étaient demandés en raison de difficulté de l'entreprise. Ainsi, on demande aux salariés de faire en sorte que ces dernières soient davantage compétitives, mais ceux-ci ne retirent, au regard de l'article L. 2254-2 du Code du travail, aucun bénéfice dans le cas d'une compétitivité améliorée. Cela ressort d'autant plus que les efforts ne sont, a priori, que salariés : l'association aux efforts des dirigeants salariés, mandataires sociaux et actionnaires n'est qu'une simple faculté « alors

⁵⁴² FILIPETTO, E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016. p. 417.

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵⁴⁴ Art. L. 5125-2, al. 2 du C. trav., abrogé par ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁵⁴⁵ Art. L.5125-1, III du C. trav., *ibidem*.

⁵⁴⁶ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29. – L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 2, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

qu'un accord de maintien de l'emploi doit prévoir les conditions dans lesquelles ces efforts proportionnés sont fournis »⁵⁴⁷. Il est, toutefois, possible d'imaginer que les syndicats salariés seront demandeurs de tels efforts, d'autant plus si les efforts demandés aux salariés sont importants, et ce afin que l'accord soit davantage accepté du côté des travailleurs. Toutefois, il est nécessaire de rappeler que les APC pourront être également adoptés par la voie d'une ratification des salariés d'un projet d'accord qui peut n'être élaboré que par l'employeur.

Selon M. Dirk Baugard et Mme Laurène Gratton, à propos des APDE, il est « *loisible de s'interroger [...] sur l'éventuel intérêt de l'invocation de différents droits constitutionnellement protégés et susceptibles d'être heurtés par certaines « modifications » résultant de l'application de l'accord collectif : droit à une vie privée qui se déduit de l'article 2 de la Déclaration de 1789, droit à la vie familiale protégé par l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946, droit au repos qui est garanti par l'alinéa 11 du même préambule* »⁵⁴⁸. En effet, au regard des stipulations contractuelles pouvant être modifiées par l'APC, le respect de ces droits peuvent être interrogés. On peut opposer que, dans la mesure où il existe un droit de refus du salarié, les différentes atteintes éventuelles sont dans tous les cas sans objet, mais, comme cela a été souligné⁵⁴⁹, ce refus est ensuite constitutif d'un motif spécifique qui constitue, pendant deux mois, une cause réelle et sérieuse de licenciement ; la liberté de refuser du salarié est donc entravée, d'autant plus dans le contexte de chômage dans lequel se trouve la France depuis des années.

Concernant le droit au repos, comme l'indiquaient M. Baugard et Mme Gratton à propos des APDE, « *il sera a priori garanti par le respect des dispositions légales et réglementaires y afférentes auquel l'accord ne semble pas pouvoir déroger* »⁵⁵⁰. En revanche, si l'ancienne rédaction de l'article L. 2254-2 du Code du travail⁵⁵¹, « *prévoit que les accords de préservation et de développement de l'emploi devraient préciser « les modalités selon lesquelles et prise en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie personnelle ou familiale* » »⁵⁵², cela n'est désormais présenté que comme une simple faculté. Or, cela « *rest[ait] [déjà] assez imprécis, notamment en termes de garanties* »⁵⁵³, ce que relevait Mme

⁵⁴⁷ FILIPETTO, E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016. p. 420.

⁵⁴⁸ BAUGARD D., GRATTON L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016. 745, pt. 12

⁵⁴⁹ Partie II, Titre 1, Chap. 2, Section 1, II.

⁵⁵⁰ BAUGARD D., GRATTON L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016. 745, pt. 12

⁵⁵¹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 22, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁵⁵² BAUGARD D., GRATTON L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016. 745, pt. 12

⁵⁵³ *Ibidem*.

Filipetto indiquant que « le rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi Travail, [...], [indiquait] que « la question [...] est de concilier l'adaptation à la réalité de marchés en évolution perpétuelle et rapide, avec la sécurisation des salariés ». De la flexibilité, assurément, le dispositif en insuffle. De la sécurité pour l'employeur aussi. Mais de la sécurité pour les salariés, nous n'en voyons que peu de traces »⁵⁵⁴. En effet, comme cette dernière l'affirme, « on conçoit que cette idée de compromis puisse être mobilisée lorsque la survie de l'entreprise est en jeu, pour lui permettre de faire face à de graves difficultés économiques qui mettent en danger sa pérennité, et ainsi préserver l'emploi »⁵⁵⁵ ; en l'absence de celles-ci la substitution des stipulations de l'APC à celles du contrat de travail semble disproportionnée.

Cette ingérence dans la situation individuelle des salariés résulte, donc, de l'imprécision des motifs de recours aux APC et de la faculté pour l'employeur de licencier les salariés récalcitrants grâce au motif spécifique que représente ledit refus et qui préconstitue une cause réelle et sérieuse de licenciement.

B. Une contestation réduite du licenciement.

Concernant l'imprécision du motif de recours aux APC, en outre d'une atteinte à la liberté contractuelle, les députés ont invoqué devant le Conseil constitutionnel « une atteinte au droit à l'emploi dans la mesure où « dès lors que le salarié licencié qui s'est opposé à la modification de son contrat de travail ne pourrait ni contester son licenciement, dans la mesure où ce dernier repose sur un motif spécifique, prévu par la loi, ni obtenir l'annulation de l'accord de performance collective, compte tenu de l'imprécision des motifs susceptibles de justifier cet accord »⁵⁵⁶. Le Conseil a écarté ce grief d'inconstitutionnalité en relevant, d'une part, que « le législateur a apporté à ce licenciement les mêmes garanties que celles prévues pour le licenciement pour motif personnel, en matière d'entretien préalable, de notification, de préavis et d'indemnités »⁵⁵⁷, et, d'autre part, que « le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies »⁵⁵⁸.

En effet, « le législateur édicte une règle de fond qui est, comme telle, étrangère à toute considération d'ordre procédural [...]. La règle paraît, à ce titre, être également étrangère au

⁵⁵⁴ FILIPETTO, E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016. p. 419.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 420.

⁵⁵⁶ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 25, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

⁵⁵⁷ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 28, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

domaine probatoire et ne [...] semble pas devoir être analysée comme emportant une « présomption » de caractère réel et sérieux du licenciement »⁵⁵⁹ ; toutefois, le « contrôle effectif »⁵⁶⁰ peut être légitimement interrogé. À l'image de ce qu'imaginaient M. Dirk Baugard et Mme Laurène Gratton, à propos des APDE, il semble que le contrôle ne puisse qu'être un « contrôle minimal de l'absence de caractère discriminatoire du licenciement [...] dans le cas où l'employeur n'aurait pas licencié tous les salariés ayant refusé l'application de l'accord, étant précisé que ce seul constat ne suffirait pas, le salarié devant en tout état de cause présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination »⁵⁶¹.

Quel autre contrôle le juge pourrait-il en effet exercer dès lors que le législateur affirme que le refus du salarié constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ? Si les auteurs ont envisagé que le contrôle puisse être « déplacé sur le motif de la modification refusée - c'est-à-dire sur la justification de l'accord lui-même - au regard de la nécessité de la préservation ou du développement de l'emploi dans l'entreprise concernée »⁵⁶², cela semble désormais totalement exclu avec la formulation du motif de recours aux APC faisant simplement référence aux « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi »⁵⁶³. En effet, ce motif semble plus malléable encore que ceux de préservation et de développement de l'emploi, et ce d'autant plus que la nullité n'est pas encourue en cas d'absence de préambule, et donc, des objectifs de l'accord devant s'y trouver. Or, le juge prudhommal, à l'instar du Conseil constitutionnel qui l'a rappelé, précisément sur la question du motif de recours aux APC, n'exerce pas un contrôle d'opportunité⁵⁶⁴. Ainsi, face à un accord conclu eu égard aux nécessités de l'entreprise, il ne sera pas légitime à juger du sérieux des demandes d'efforts eu égard à la situation de l'entreprise puisque celle-ci n'a pas à présenter une quelconque difficulté ; toujours au regard de l'imprécision du motif de recours des accords de performance collective, un contrôle de proportionnalité semble rejoindre ledit contrôle d'opportunité que ne pourra, en principe, exercer le juge.

La seule réelle contestation du licenciement qui pourra être effectuée par le salarié est donc, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel⁵⁶⁵, une contestation portant sur la procédure de licenciement qui, si elle est validée, n'ouvre droit qu'à une indemnité ne pouvant aller au-delà

⁵⁵⁹ BAUGARD D., GRATTON L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016. 745, pt. 25

⁵⁶⁰ *Ibidem*, pt. 26.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pt. 26.

⁵⁶² *Ibidem*, pt. 27.

⁵⁶³ Art. L. 2254-2, I du C. trav.

⁵⁶⁴ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 27, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

⁵⁶⁵ Cons. constit, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 28, JORF du 31 mars 2018, texte n°2.

d'un mois de salaire, ou, pour les entreprises de moins de onze salariés, à la hauteur du préjudice⁵⁶⁶.

*« Les rapports entre le collectif et l'individuel ne devraient pas être appréhendés seulement en termes d'opposition. L'individuel mérite de s'inscrire dans le collectif, et de s'appuyer sur lui. Alors, autoriser la prévalence de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel, oui. Mais au nom d'un motif d'intérêt général, et à condition que les conditions d'un véritable dialogue social soient vérifiées, que l'engagement de l'employeur sur l'emploi soit sérieux, mais aussi que le juge puisse assurer un véritable contrôle de la légalité du dispositif »*⁵⁶⁷. Néanmoins, eu égard au nouveau plafonnement des indemnités dues en de licenciement sans cause réelle et sérieuse⁵⁶⁸, cela peut finalement être supérieur à ce qu'aurait pu prétendre le salarié, selon son ancienneté, en cas d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

CONCLUSION CHAPITRE 2.

Non seulement les APC peuvent être conclus en l'absence de toute difficulté économique, mais, de plus, le motif d'intérêt général nécessaire à leur prévalence sur le contrat de travail est extrêmement imprécis et donc, par conséquent, malléable. Cela fait douter, d'une part, de l'intérêt salarié à un tel accord, et, d'autre part, de l'effectivité de sa liberté de refuser celui-ci ; d'autant plus que cette imprécision est conjuguée à l'absence d'une réelle contrepartie ou garantie pour les salariés acceptant l'application dudit accord, ou compensation à l'égard du salarié qui l'a refusé et pour lequel, en temps normal, le refus n'aurait pas été considéré comme, en soi, constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Cela permet d'affirmer que les APC permettent une contractualisation collective forcée, ce qui interroge les éventuelles évolutions que la négociation collective peut connaître.

CONCLUSION TITRE 1.

La consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise s'inscrit dans une volonté du législateur de permettre l'adaptabilité de la négociation collective, ayant vocation, depuis la loi n°2016-1088⁵⁶⁹, à être l'outil de réglementation sociale privilégié. Cela rejoint une préoccupation plus générale : celle du développement de l'emploi, face à une situation de crise importante qui s'inscrit dans la durée⁵⁷⁰, et, à cette fin, de la recherche de compétitivité des

⁵⁶⁶ Art. L. 1235-2 du C. trav.

⁵⁶⁷ FILIPETTO, E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016. p. 420.

⁵⁶⁸ Ord. n° 2017-1387, 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art.2, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 33.

⁵⁶⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁵⁷⁰ SOUBIE, R., « Les acteurs sont-ils prêts à faire évoluer le modèle de dialogue social en France ? », Dr. soc. 2016, p.418, I : « Au cours des quinze dernières années, et encore plus depuis la crise de 2008, la croissance en

entreprises. L'archétype de ce mouvement est celui des APC, accords d'entreprise se substituant au contrat de travail et le dont le refus d'application donne la faculté à l'employeur de licencier le salarié récalcitrant sur un motif spécifique, constitutif d'une cause réelle et sérieuse, et, donc, de mettre en place une nouvelle organisation du travail en diminuant ou en sécurisant l'opposition.

France est faible, ou même nulle si on considère les années 2012 à 2015. 2015 a connu une reprise modeste favorisée par le bon alignement des astres : taux d'intérêt bas, baisse de l'euro et du prix du pétrole. Certes, en ce début d'année 2016, la consommation est plus soutenue, l'investissement reprend. Mais cette analyse, une amélioration réelle et modeste, ne doit pas cacher les défauts profonds de notre système économique : une faible croissance du taux de productivité, un chômage élevé, surtout chez les jeunes et les seniors, une reprise plus faible et plus lente qu'ailleurs. Aucune amélioration franche ne se dessine ou ne s'anticipe ».

Titre 2. Une contractualisation à concilier avec les intérêts salariés.

La contractualisation accrue de la norme sociale, ainsi que la primauté de la convention d'entreprise, est dénoncée par une partie de la doctrine qui redoute que celle-ci s'effectue au détriment des salariés (Chap. 1). Il s'agira de souligner les garanties nécessaires à la défense des intérêts salariés (Chap. 2), et de relever ce qui a déjà été entrepris, plus ou moins récemment, pour instaurer celles-ci, et ce qui pourrait être amélioré.

Chapitre 1. Une adaptabilité de la norme sociale redoutée.

Si au sommet de l'Etat, l'adaptabilité de la norme sociale est grandement sollicitée et présentée comme nécessaire, un certain nombre de critiques lui sont opposées comme celle d'une rupture d'égalité (Section 1) découlant de la promotion de la norme conventionnelle, et notamment de la norme conventionnelle d'entreprise, au détriment de la loi et de la norme conventionnelle de branche qui se présentent, toutefois, comme des garde-fous (Section 2).

Section 1. La crainte d'une rupture d'égalité.

L'extension de la marge de manœuvre conventionnelle⁵⁷¹, couplée à la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise⁵⁷², fait craindre l'éclatement de la norme sociale (I) au profit de son adaptabilité à tout prix aux besoins de l'employeur (II).

I. L'éclatement de la norme sociale.

Dans la mesure où de plus en plus de place est faite à la réglementation conventionnelle d'entreprise, une rupture d'égalité est dénoncée (A). Par ailleurs, on peut également craindre que, pour les salariés, la diversité de la norme sociale participe à son opacité (B).

A. Une atteinte possible au principe d'égalité.

« À l'idée d'un droit du travail nuisible, [...] entreprise par entreprise, s'oppose l'utilité d'un socle commun, qui empêche les plus faibles d'abandonner leurs protections et garantit une certaine égalité. Ce débat n'est pas nouveau et, bien entendu, il demeure »⁵⁷³. En effet, en 1996 déjà, M. Gabriel Coin, alors responsable du service juridique confédéral de la CFDT, mettait en garde à l'égard des « inégalités flagrantes à laquelle aboutit la négociation d'entreprise en l'absence d'encadrement »⁵⁷⁴. M. Gérard Vachet, un an après la loi n°2008-789⁵⁷⁵ qui instituait un certain nombre d'espaces de primauté en faveur de la convention d'entreprise dans le domaine du temps de travail, écrivait qu'« en privilégiant l'accord d'entreprise, on admet que les conditions de travail puissent varier d'une entreprise à l'autre ; c'est donc l'égalité entre entreprises qui est remise en cause »⁵⁷⁶. Selon lui, le fait que la convention d'entreprise puisse déroger en matière de « majoration des heures supplémentaires, majorations pour travail de nuit, le dimanche ou les jours fériés [...] [peut] rompre l'égalité entre les entreprises quant au

⁵⁷¹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁵⁷² Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1er, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁵⁷³ DOCKÈS, E., « Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles », Dr. soc. 2018, p. 216.

⁵⁷⁴ COIN, G., « L'accord interprofessionnel du 31 oct. 1995 sur la politique contractuelle », Dr. soc. 1996, p. 3.

⁵⁷⁵ L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

⁵⁷⁶ VACHET, G., « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Dr. soc. 2009, p. 896, introduction.

*coût du travail. « l'égalité entre les entreprises quant au coût du travail »*⁵⁷⁷. Il concluait en remarquant qu'« *il est inutile de critiquer le plombier polonais ou le footballeur espagnol qui serait soumis à moins de charges sociales, si parallèlement, on permet aux entreprises situées en France d'être soumises à des conditions de travail et à des charges sociales différentes* »⁵⁷⁸. Aujourd'hui, à propos des dernières réformes⁵⁷⁹, M. Jean-François Cesaro indique que « *[leurs] détracteurs objecteront que l'éparpillement des négociations entraînera un affaiblissement de la partie salariale et un moindre intérêt porté à l'intérêt général* »⁵⁸⁰, tandis que M. Raymond Soubie indique que la « *question sur la réforme proprement dite de la négociation collective est celle de savoir si elle répond aux attentes des acteurs économiques et sociaux tout en préservant les droits des salariés, renforçant leurs chances d'obtenir un emploi et/ou d'éviter un travail précaire* »⁵⁸¹.

La crainte ainsi exprimée est celle issue de la décentralisation de la réglementation sociale, menaçant l'homogénéité de celle-ci et provoquant donc une inégalité entre les travailleurs ; celle-ci étant d'autant plus forte que cette décentralisation se manifeste doublement. D'abord, le législateur a initié, en 2016⁵⁸², un nouvel ordonnancement du Code du travail, concernant à titre expérimental le domaine du temps de travail : celui-ci est organisé en trois volets pour un certain nombre de sujets y afférant. Ainsi, trois types de dispositions sont énoncées : les dispositions d'ordre public, celles déterminant le champ de la négociation collective et, les dispositions supplétives afin de combler les éventuelles carences de la négociation collective. Davantage de place à la négociation collective dans l'élaboration de la norme sociale est ainsi consacrée.

Or, cela vient contrarier une vision légicentriste de la démocratie, héritée de la Révolution française dont l'un des symboles fort est celui de l'abolition des privilèges, face auxquels la loi est présentée comme un remède : elle est l'« *expression de la volonté générale* »⁵⁸³ et « *la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* »⁵⁸⁴ ; elle est, donc, vectrice d'une égalité parfaite, notamment de par sa généralité. Toutefois, il est nécessaire de rappeler la conception

⁵⁷⁷ *Ibidem*, I B).

⁵⁷⁸ *Ibidem*, conclusion.

⁵⁷⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016. – Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁵⁸⁰ CESARO, J.-F., « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, n°1306, pt. 1.

⁵⁸¹ SOUBIE, R., « Les acteurs sont-ils prêts à faire évoluer le modèle de dialogue social en France ? », Dr. soc. 2016, p.418, III.

⁵⁸² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁵⁸³ Art. 6 de DDHC, 1789.

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

du principe d'égalité retenue par le Conseil constitutionnel : il ressort de manière constante de sa jurisprudence que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁵⁸⁵. Il a, par ailleurs, souvent eu l'occasion d'affirmer que, « *sur le fondement [du huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 34 de la Constitution], il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte* »⁵⁸⁶ ; écartant ainsi un grief d'incompétence négative vis-à-vis du législateur qui confiait des domaines à la négociation collective.

Ainsi, il en découle que, s'il est possible de considérer comme dommageable une importante marge de manœuvre octroyée à la négociation collective, cela ne contrevient pas à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, d'une part, énonce que l'égalité s'étudie entre des personnes se trouvant dans la même situation et, d'autre part, sous-entend que le législateur est légitime, parce qu'élu et donc représentant de l'intérêt de la nation, pour décider que certains domaines soient laissés à la détermination des partenaires sociaux, disposant eux-mêmes d'une légitimité constitutionnelle⁵⁸⁷ et démocratique dans la mesure où leur représentativité est, depuis la loi n°2008-789⁵⁸⁸, évaluée notamment à partir de l'audience qu'ils ont obtenu aux élections professionnelles.

La crainte d'une rupture d'égalité se manifeste également à l'égard de la marge de manœuvre laissée à la norme conventionnelle d'entreprise vis-à-vis de la branche : cette dernière n'a pas d'effet *erga omnes*, mais elle est censée être représentative d'un secteur d'activité donc d'un ensemble d'activités, de professions connexes laissant supposer des enjeux, problématiques et conditions de travail relativement proches. Par ailleurs, par le biais de l'extension, elle peut s'imposer aux employeurs n'ayant pas adhéré aux organisations patronales signataires. Elle se présente ainsi comme un compromis entre la loi et l'accord d'entreprise : assez générale pour être vectrice d'égalité tout en ayant un pied dans le monde

⁵⁸⁵ Par ex : Cons. constit., n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 69., JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°2.

⁵⁸⁶ Par ex. : Cons. constit., n° 89-257 DC du 25 juill. 1989, cons. 11, JORF du 28 juillet 1989, p. 9503 – Cons. constit., n° 99-423 DC du 13 janv. 2000, cons. 28, JORF du 20 janvier 2000, p.992 – Cons. constit., n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, cons. 8, JORF du 5 mai 2004, p. 7998

⁵⁸⁷ Al. 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁵⁸⁸ L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

concret des entreprises et des travailleurs puisque rattachée à un secteur d'activité. Face à cela, les détracteurs de la norme conventionnelle d'entreprise, opposent à ceux qui la présentent comme une norme de terrain, que sa centralité dans l'élaboration de la norme sociale est vectrice d'une diversité de la norme sociale injustifiée : tous les travailleurs ont droit aux mêmes garanties dans leur relation de travail, toutes caractérisées par la subordination à un employeur.

Il s'agit désormais de s'interroger sur l'intelligibilité du droit du travail par les salariés suite à la consécration du principe de la primauté de la convention d'entreprise, et à la promotion de la norme conventionnelle.

B. L'individualisation des situations.

La division explicite, effectuée par le législateur, du Code du travail entre trois types de dispositions participe à une certaine clarté de la norme sociale, du moins de sa répartition en permettant de distinguer nettement ce qui relève, d'une part, de la loi et, d'autre part, de la négociation collective. En revanche, l'accessibilité, matérielle et intellectuelle de la norme conventionnelle peut apparaître compliquée.

Selon l'article L. 2262-5 du Code du travail « *les conditions d'information des salariés et des représentants du personnel sur le droit conventionnel applicable dans l'entreprise et l'établissement sont définies par convention de branche ou accord professionnel* », sans quoi l'article R. 2262-1 du même Code prévoit la mise à disposition du salarié « *une notice informant des textes conventionnels applicables dans l'entreprise* », de la tenue d'un « *exemplaire à jour de ces textes à la disposition des salariés sur le lieu de travail* » et la mise en ligne « *sur l'intranet, dans les entreprises dotées de ce dernier, un exemplaire à jour des textes* ». Une éventuelle information moindre est donc envisageable par le biais d'une norme conventionnelle.

La loi n°2016-1088⁵⁸⁹ a créé un article L. 2232-5-1 qui dispose que « *les conventions et accords [...] sont rendus publics et versés dans une base de données nationale, dont le contenu est publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable* ». Il est ainsi fait référence à légifrance qui propose une recherche soit via une liste d'une multitude de conventions, soit par le numéro IDCC, soit par le numéro du journal officiel. Il n'est pas évident que le salarié, sans aucune explication et ne détenant pas ces informations, s'y retrouve. Ce dernier a sinon le choix de faire la démarche de contacter la DIRECCTE afin d'obtenir le texte qui l'intéresse, ou d'une

⁵⁸⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 16, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

consultation sur le lieu de travail au risque de se mettre dans une posture délicate avec l'employeur et, sous réserve d'avoir réellement temps de l'étudier.

Il s'agit de rappeler que, s'il existe de tels mécanismes de mise à disposition aux salariés de la norme conventionnelle, certaines parties peuvent ne pas être publiées et, « *l'employeur peut occulter les éléments portant atteinte aux intérêts stratégiques de l'entreprise* »⁵⁹⁰. Si une décision est prise dans ce sens, on ne peut qu'affirmer que cela sera nuisible à l'intelligibilité de la norme conventionnelle : d'une part, une partie de celle-ci pourrait se révéler absente et, d'autre part, par cette absence, la compréhension de l'équilibre, des concessions réciproques et des enjeux ayant conduit à la conclusion de la convention s'en trouve compromise.

On peut toutefois opposer que si la loi et les règlements se trouvent également sur légifrance, la recherche de la norme applicable à la situation qui se pose au salarié n'est pas non plus évidente : eu égard à la technicité du droit du travail, la recherche par mots-clefs nécessite une certaine maîtrise du vocabulaire du droit social et la recherche par numéro d'article suppose que le salarié en ait connaissance.

D'une autre façon, il est intéressant de relever l'hostilité marquée des organisations syndicales à l'égard, d'une part, de la promotion de la négociation collective par rapport à la loi et, d'autre part, de la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise, et ce alors qu'elles en sont a priori les acteurs principaux. Cela pourrait paraître contradictoire : ne devraient-elles pas se réjouir d'avoir la possibilité de participer largement à l'élaboration de la norme sociale ? Ceux-ci avancent les arguments d'une protection décroissante des intérêts salariés qui se trouvent mis en concurrence avec ceux de l'employeur, qui est dans une position de force.

Il s'agit d'envisager cela sous un angle différent. D'une part, on peut imaginer que les organisations syndicales se trouvent mal à l'aise à l'idée d'être responsables directement, vis-à-vis des salariés, de la réglementation sociale, souvent pointée du doigt du côté salarié comme employeur. Comment dénigrer une norme sociale à laquelle on a soi-même participé ? Le rôle contestataire du syndicat, très ancré dans le syndicalisme français, s'en trouve compliqué. D'autre part on peut y voir la manifestation d'une crainte de l'éparpillement de la lutte sociale : si chaque entreprise, et même établissement, peut fixer des conditions de travail différentes les unes des autres, comment fédérer les travailleurs autour d'une même cause et donc peser dans le débat social ?

⁵⁹⁰ Art. L. 2232-5-1 du C. trav.

L'éclatement de la norme sociale est d'autant plus redouté que pèse la suspicion d'une adaptabilité à tout prix de la norme sociale.

II. La suspicion d'une adaptabilité à tout prix.

Il semble que la faculté, dans les entreprises de moins de cinquante salariés de se doter d'un accord collectif par le biais d'une décision unilatérale de l'employeur ratifiée par les salariés n'encourage pas la présence d'un représentant des salariés au sein de celles-ci (A). Par ailleurs, cela permet l'adoption d'accord collectif non négociés, ou repêchés (B).

A. L'absence d'un représentant des salariés encouragée dans les petites entreprises.

Comme cela a déjà été relevé⁵⁹¹, l'ordonnance n°2017-1385⁵⁹² a instauré la faculté pour l'employeur, dont l'entreprise compte moins de cinquante salariés, de proposer à la ratification de son personnel un projet d'accord⁵⁹³, considéré comme valide si ratifié à la majorité des deux tiers⁵⁹⁴. Le Conseil constitutionnel a été saisi de la question de la constitutionnalité de ces nouvelles dispositions qui seraient notamment entachées, selon les députés requérants, d'incompétence négative, « *dans la mesure où le législateur n'aurait entouré cette consultation des salariés d'aucune garantie propre à mettre en œuvre le principe de participation* »⁵⁹⁵. Le Conseil écarte ce grief en explicitant d'abord l'objectif législatif de ces dispositions, à savoir répondre à « *l'absence fréquente de représentants des salariés pouvant négocier de tels accords dans ces entreprises [les petites entreprises]* »⁵⁹⁶ empêchant le développement des accords collectifs dans les petites entreprises. En effet, à l'image des premiers dispositifs de négociation dérogatoire, cela vise à permettre l'effectivité d'une norme sociale davantage proche de ses acteurs, prônée comme étant plus adéquate par le législateur.

Or, si, avant la fusion des institutions représentatives du personnel, matérialisée par l'ordonnance n°2017-1386⁵⁹⁷, le premier seuil au-dessus duquel il existait une obligation d'organiser des élections professionnelles aux fins de la mise en place d'un représentant du personnel, en l'occurrence un DP, était celui de onze salarié, désormais, le nouveau CSE a vocation à exister même en dessous de cet effectif : les attributions de ce dernier diffèrent selon

⁵⁹¹ Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, II B).

⁵⁹² Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 8, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁵⁹³ Art. L. 2232-21 à L. 2232-23 du C. trav.

⁵⁹⁴ Art. L. 2232-22 du C. trav.

⁵⁹⁵ Cons. constit., n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 4., JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°2.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, cons. 7.

⁵⁹⁷ Ord. n° 2017-1386, 22 septembre 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 31.

que l'effectif de l'entreprise compte plus ou moins de cinquante salariés⁵⁹⁸. Encore faut-il que des candidats se présentent ; aussi bon nombre d'entreprises, notamment les très petites et petites entreprises, risquent de ne pas nécessairement réussir à se doter de représentant du personnel. Toutefois, comme l'affirme M. Henri-José Legrand sont ainsi « *valid[ées] des dispositions propres à empêcher cette situation d'évoluer favorablement* »⁵⁹⁹ alors que « *la solution adoptée ne s'imposait pas* »⁶⁰⁰ dans la mesure où « *il existait deux manières de prévoir la représentation des salariés dans les petites entreprises dans les périodes - et à seule fin - de négociation collective* »⁶⁰¹ : « *le mandatement de salariés par des organisations syndicales représentatives a été délaissé sans justification crédible. [...] Pourquoi [...] n'avoir pas inclus celles-ci dans le champ d'application d'un mandatement pourtant conservé pour les entreprises employant au moins cinquante salariés, et même dans les entreprises de onze à cinquante dotées de représentants élus ? [...] à défaut de mandatement d'un salarié de l'entreprise, une négociation collective pourrait être engagée entre un chef d'entreprise et le représentant d'un syndicat* », ce qui fait référence à l'article L. 2231-2 du Code du travail⁶⁰², commun à tous les niveaux de négociation collective.

Or, comme M. Legrand le relève, « *il fut un temps où le Conseil constitutionnel était plus regardant sur les conditions de la négociation collective d'entreprise en l'absence de représentation permanente d'un syndicat* »⁶⁰³. En effet, si l'on se reporte à la première décision du Conseil en la matière⁶⁰⁴, ce dernier énonçait, après avoir reconnu une une priorité des syndicats concernant la négociation collective, que « *des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* »⁶⁰⁵. Il ressort de cela, qu'en l'absence de syndicats, sont tolérés à négocier des salariés, mais cela à condition qu'ils bénéficient d'une certaine représentativité et, donc, légitimité, pour défendre l'intérêt collectif des salariés.

⁵⁹⁸ Art. L. 2312-1 du C. trav.

⁵⁹⁹ LEGRAND, H.-J., « Négociation collective et petites entreprises : le Conseil constitutionnel valide les faux-semblants des ordonnances », SSL, 03/04/2018, n° 1809, p. 4.

⁶⁰⁰ *Ibidem*.

⁶⁰¹ *Ibidem*.

⁶⁰² Art. L. 2312-1 du C. trav. : « *Les représentants des organisations mentionnées à l'article L. 2231-1 sont habilités à contracter, au nom de l'organisation qu'ils représentent, en vertu : 1° Soit d'une stipulation statutaire de cette organisation ; / 2° Soit d'une délibération spéciale de cette organisation ; / 3° Soit de mandats spéciaux écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation* ».

⁶⁰³ *Op. cit.* n°599, p. 5.

⁶⁰⁴ Cons. constit., n°96-383 DC, 6 novembre 1996, JORF du 13 novembre 1996, p. 16531.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, cons. 8.

La priorité des organisations syndicales est respectée dans la mesure où l'ordonnance n°2017-1385⁶⁰⁶ a précisé que ce dispositif est ouvert « *dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés* ». En revanche, est totalement évincée la question de la présence d'un élu dans l'entreprise : qu'est-ce qui permet, alors dans le cadre d'un projet d'accord élaboré par l'employeur et soumis à la simple ratification des salariés, de garantir la représentation et donc la prise en compte des intérêts salariés ?

Il est évidemment possible d'opposer le fait que la ratification à la majorité des deux tiers étant nécessaire à la validité de cet accord, celle-ci légitime l'accord quant aux intérêts salariés ; toutefois l'approbation d'un accord et la participation à l'élaboration du contenu de celui-ci sont deux choses différentes.

B. Des accords collectifs non négociés ou repêchés.

Peut-on estimer que le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises⁶⁰⁷ est effectivement réalisé lorsque le contenu d'un accord est décidé unilatéralement par l'employeur ? En effet, « *rien n'est envisagé, ni afin de constituer le personnel en acteur collectif de la négociation, ni afin de l'aider à déterminer, puis à exprimer son intérêt collectif* »⁶⁰⁸, ce qui a pour conséquence que le « *personnel n'est doté d'aucun « délégué », selon l'expression du 8e alinéa du préambule de la Constitution* »⁶⁰⁹.

Bien que Conseil constitutionnel ait écarté ce grief d'inconstitutionnalité⁶¹⁰, il est alors permis de douter de ladite participation effective des salariés, qui selon le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, s'effectue « *par l'intermédiaire de ses délégués* ». Dans la mesure où le contenu de l'accord en question n'a pas à être le fruit de discussions entre l'employeur et les salariés, ou des représentants de ceux-ci, ce dernier n'exprimera a priori que la volonté de l'employeur qui, naturellement, le rédigera en considération de ses intérêts, voire de l'intérêt des actionnaires de la société qui « *n'ont aucune obligation de veiller à la pérennité de l'entreprise, ni d'agir loyalement à son égard ou de la soutenir financièrement. Ils peuvent donc satisfaire leurs désirs de retour sur investissement* ».

⁶⁰⁶ Ord. n° 2017-1386, 22 septembre 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 8, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 31.

⁶⁰⁷ Al. 8 du Préambule du 27 octobre 1946.

⁶⁰⁸ LEGRAND, H.-J., « Négociation collective et petites entreprises : le Conseil constitutionnel valide les faux-semblants des ordonnances », SSL, 03/04/2018, n° 1809, p. 4.

⁶⁰⁹ *Ibidem*.

⁶¹⁰ Cons. constit., n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 10, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°2.

»⁶¹¹ : la « violation des règles du droit du travail est [d'ailleurs], dans la plupart des cas, indifférente aux règles de droit commercial et des sociétés »⁶¹².

Même dans la mesure où il prévoit des avantages compensateurs, afin d'encourager le succès d'une ratification à la majorité des deux tiers, cela résultera toujours de sa volonté propre, de concessions qu'il conçoit dans le cadre d'une élaboration individuelle et qui auraient pu aller plus loin si le contenu de l'accord avait dû se faire conjointement avec les salariés. C'est ce que relève notamment M. Gilles Auzero qui affirme que le fait que l'accord « n'aura pas fait l'objet de la moindre discussion entre celui qui l'a établi et ceux à qui il s'applique »⁶¹³ est « d'autant plus problématique qu'elle seule est de nature à faire véritablement émerger un intérêt collectif, se substituant aux intérêts individuels »⁶¹⁴, « l'attitude de l'employeur qui, sans même user du chantage à l'emploi, pourra être tenté de ne pas livrer aux salariés les informations leur permettant de manifester un choix éclairé »⁶¹⁵.

Si, à première vue, le fait, qu'afin d'être valide, ce projet d'accord doit être approuvé par la majorité des deux tiers des salariés permet d'affirmer que les salariés participent toutefois bien à la détermination de leurs conditions de travail, il est nécessaire de souligner qu'une telle ratification ne permet qu'une position binaire de la part des salariés : la validation ou non de l'accord. Cela est très différent de la possibilité de pouvoir négocier un accord stipulation par stipulation et, ainsi, de pouvoir obtenir de plus grandes garanties vis-à-vis de règles ou d'efforts particulièrement gênants, voire de les refuser, comme cela est le cas dans le cadre de la négociation collective, menée soit avec des délégués syndicaux, soit avec des salariés élus et/ou mandatés. Avec une ratification générale, les salariés, peu familiers avec le vocabulaire juridique et la négociation conventionnelle, peuvent ne pas immédiatement saisir les conséquences de telle ou telle prévision, ou les saisir mais sans qu'aucune discussion puisse être engagée afin de revoir l'organisation et/ou la compensation de celle-ci. Il est, d'ailleurs, notable qu'aucun dispositif créant une obligation pour l'employeur d'expliquer les enjeux concrets portés par l'accord qu'il propose ou encore la mise à disposition de documents permettant aux salariés une prise de décision éclairée, n'est prévu. Cela peut être jugé souhaitable dans la mesure où, si un tel accord est possible, c'est précisément parce que les

⁶¹¹ DURLACH, E., LELLOUCHE, F. et LEON, M., « Repenser l'entreprise », RDT 2018, p. 21, I A 1).

⁶¹² *Ibidem*.

⁶¹³ AUZERO, G., « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », Dr. soc. 2018, p. 154, II B).

⁶¹⁴ *Ibidem*, I B).

⁶¹⁵ *Ibidem*, II B).

salariés n'ont pas de représentant, ou de syndicats pouvant défendre leurs intérêts, et donc incidemment, personne pour les accompagner dans leur décision.

Le concept de « *démocratie sociale* » s'en trouve interrogé. Celui-ci « *inscrit[...] dans le marbre de la loi en 2008 et la ministre du travail Myriam El Khomri l'invoquait encore en 2016 pour justifier le contenu de sa réforme, qu'elle présentait comme une « nouvelle étape ambitieuse dans la rénovation de la démocratie sociale* »⁶¹⁶, or, comme le remarque justement MM. Karel Yon et Guillaume Gourgues, « *les ordonnances parachèvent le mouvement de décentralisation du « dialogue social » [...]. Mais elles marquent en même temps une rupture. Pour la première fois en effet, la notion de « démocratie sociale » a totalement disparu du discours officiel accompagnant la réforme* »⁶¹⁷. On peut, d'ailleurs, estimer que le concept de « *dialogue social* » est lui-même interrogé : où se trouve le dialogue lorsqu'il s'agit simplement d'approuver ou désapprouver un contenu ? Ne nécessite-t-il pas un réel processus de discussion et de partage ?

Ainsi, selon M. Emmanuel Dockès, cela est le signe qu'on a consacré les anciennes « *idéologies managériales, qui voient la société entière comme une entreprise à gérer, [...] au sommet de l'État [...]. Elles expliquent de quel dialogue social dans l'entreprise les ordonnances du 22 septembre 2017 sont porteuses* »⁶¹⁸ et qualifie la ratification salariée comme un « *filtre* »⁶¹⁹.

L'auteur souligne, par ailleurs, que par le biais également de la ratification, « *des conventions collectives [sont] conclues contre les organisations syndicales majoritaires* »⁶²⁰ : selon l'article L. 2232-12 du Code du travail, une convention qui bénéficie de la signature d'OSR ayant recueilli 30% des suffrages exprimés en faveur d'OSR, pourra être sauvée par le biais d'une ratification salariée si la majorité des suffrages exprimés y est favorable. Ainsi, cette consultation, comme alternative à l'adhésion suffisante des organisations représentatives est contestable puisque les « *éventuels opposants ont par définition obtenu au minimum 50 % des suffrages exprimés* »⁶²¹. Cette consultation peut alors être vue comme niant la légitimité constitutionnelle et démocratique des organisations syndicales qui voient leur position vis-à-vis de l'accord remise en cause et ce par leurs électeurs qui, lorsque les salariés approuvent

⁶¹⁶ YON K., GOURGUES G., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, p. 625, II.

⁶¹⁷ YON K., GOURGUES G., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, p. 625, II A).

⁶¹⁸ DOCKÈS, E. « Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles », Dr. soc. 2018, p. 216, II.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

⁶²⁰ *Ibidem*.

⁶²¹ RAY J.-E., « Trois rapports, pour quelle refondation ? », Dr. soc. 2016, n°5, p. 410, II.

l'accord, signifient quelque part aux organisations syndicales non signataires que pour bien les représenter elles auraient dû se prononcer en faveur dudit accord⁶²².

Si l'adaptabilité de la norme sociale peut être interrogée vis-à-vis des principes fondamentaux quant à ses modalités, il s'agit tout de même de relever que des garde-fous à celle-ci sont prévus.

Section 2. Des garde-fous à l'adaptabilité promue par la convention d'entreprise.

Il est nécessaire de souligner que la négociation d'entreprise bénéficie de certains filets de sécurité (I), et que, si la convention de branche se trouve grandement supplantée par celle d'entreprise, la branche, en tant qu'entité, peut être considérée comme la vigie de ladite négociation collective d'entreprise (II).

I. Des filets de sécurité de la négociation d'entreprise.

Il n'est pas inutile de souligner que de nombreuses dispositions législatives ont encore vocation à composer le Code du travail et, notamment, des dispositions législatives d'ordre public créant ainsi un socle commun à l'ensemble des salariés (A) tandis qu'une négociation qualitative de branche se révélera un appui à la négociation d'entreprise (B).

A. Des filets de sécurité posés par la loi.

*« Face à l'exacerbation de la concurrence internationale, à la pression du chômage et à la crise de l'État-Providence, les régulations traditionnelles du travail et de l'emploi sont réputées inadaptées. La tendance des grandes entreprises à s'émanciper des règles nationales et l'émergence de « nouveaux cadres du dialogue social » comme l'Europe et les régions [...] ont [...] contribué à remettre en cause un système dans lequel l'État, garant de la représentativité des organisations professionnelles et de l'ordre public social, jouait un rôle central »*⁶²³. Ainsi, depuis la loi n°2016-1088⁶²⁴, le chantier d'un droit du travail davantage conventionnel a été initié.

Pour autant, dans chaque domaine du droit du travail des dispositions d'ordre public sont prévues. Elles constituent un socle social commun à l'ensemble des travailleurs et, sont ainsi porteuses de garanties pour les salariés. Ainsi, par exemple, les dispositions relatives au salaire minimum de croissance⁶²⁵ ne disparaissent pas : celles-ci devront être respectées, y compris par

⁶²²RAY J.-E., « Trois rapports, pour quelle refondation ? », Dr. soc. 2016, n°5, p. 410, II : « leur opposer un référendum à 60 % nie la légitimité démocratique que leur a conférée la loi du 20 août 2008 ».

⁶²³YON K., GOURGUES G., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, p. 625, II.

⁶²⁴L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁶²⁵Art. L. 3231-12 et suiv. du C. trav.

un APC. Est également conservée l'obligation de santé et de sécurité de l'employeur vis-à-vis de ses salariés⁶²⁶, obligeant ainsi la partie patronale à prendre cela en compte afin que les conditions de travail qu'il entend fixer par le biais d'une norme négociée ou ratifiée ne se révèlent pas dangereuses pour la santé physique et psychique de ses salariés.

L'articulation des différents niveaux de négociation collective elle-même résulte d'un encadrement législatif, et ce également lorsque le législateur entend offrir une certaine marge de manœuvre aux partenaires sociaux dans leurs rapports : il peut être relevé à l'appui de cela que les domaines dans lesquels la branche peut décider que seules « *des garanties au moins équivalentes* » à celles qu'elle fixe elle-même sont possibles sont expressément limités par le législateur⁶²⁷, comme ceux où elle bénéficie d'une prévalence imposée⁶²⁸ ; ou encore l'éventuelle primauté du groupe à l'égard de l'entreprise ou de l'établissement et de l'établissement vis-à-vis de l'entreprise doivent répondre aux conditions posées par le législateur. Dans la mesure où l'article 34 de la Constitution prévoit la compétence du législateur concernant la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale, l'inverse n'était pas envisageable sans quoi le grief d'incompétence négative aurait été avancé et validé par le Conseil constitutionnel. En effet, bien que ce dernier ait de nombreuses fois validé la marge de manœuvre octroyée aux partenaires sociaux par le législateur, il n'empêche que celui-ci rappelait à ces occasions qu'il « *appartient au législateur, compétent [...] pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, de fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »⁶²⁹. Il en ressort donc que malgré la faculté pour le législateur de décider que telle question sera traitée de manière plus pertinente par la négociation collective, celui-ci se trouve dans l'obligation de prévoir les modalités de cette dernière.

Par ailleurs, il est également à noter que le législateur prévoit également des dispositions supplétives visant précisément à prévenir les carences de la négociation collective qui ne comporte, en vertu de la liberté contractuelle, aucune obligation de conclure. Il en ressort qu'en l'absence de normes conventionnelles, adoptées soit par l'intermédiaire de représentants des salariés légitimés par l'élection soit par les salariés eux-mêmes par le biais de la ratification, les conditions de travail sont les mêmes pour tous les travailleurs et, à l'inverse, en présence d'une

⁶²⁶ Art. L. 4121-1 et suiv. du C. trav.

⁶²⁷ Art. L. 2253-2 du C. trav.

⁶²⁸ Art. L. 2253-1 du C. trav.

⁶²⁹ Par ex. : Cons. constit., n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 6, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°2.

norme conventionnelle, les normes s'appliquant sont légitimées, d'une part, parce s'appliquant en vertu de la loi, et, d'autre part, parce que l'accord bénéficie d'une manière ou d'une autre d'une légitimité démocratique.

Surtout cette présence de dispositions supplétives s'appliquant à défaut de norme conventionnelle va avoir une certaine influence dans la tenue des négociations. En effet, de par leur existence elles garantissent un niveau de garanties pour les salariés qui est, de surcroît, similaire à celui existant préalablement à promotion de la négociation collective en tant que norme sociale majeure. Ainsi cela va permettre aux organisations syndicales d'avoir certains arguments pour négocier des garanties aux salariés. Par exemple, un employeur qui souhaite négocier sur la majoration des heures supplémentaires ne pourra peut-être pas descendre jusqu'au plancher de 10%⁶³⁰ dans la mesure où les dispositions supplétives en la matière prévoient une « *majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires [et l]es heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50 %* »⁶³¹. Il paraît probable que les négociateurs salariés, ou les salariés eux-mêmes, ne vont pas accepter une majoration simple de 10% si aucun avantage n'est prévu par ailleurs.

On peut ainsi considérer que la loi agit comme un élément de défense des garanties salariées, ce qui pourra également être le cas d'une négociation qualitative de branche.

B. Des filets de sécurité posés par la branche.

Bien que la convention de branche devienne, en dehors de dix-sept matières⁶³², supplétive à la convention d'entreprise, celle-ci a toujours un rôle crucial dans la négociation collective.

D'une part, dans les matières où sa prévalence est prévue sur une éventuelle convention d'entreprise, l'existence d'une convention de branche limite la marge de négociation à un sens au moins aussi favorable auquel est subordonnée l'éventuelle application, sur ces sujets, de la convention d'entreprise. Il est donc possible de considérer la branche comme une norme plancher, et, donc, comme un rempart contre une adaptabilité exclusivement tournée vers les intérêts économiques de l'entreprise.

D'autre part, même en dehors desdites matières de prévalence de la branche, comme avec la loi, le fait que des stipulations de branche existent dans tel ou tel domaine va pouvoir permettre aux parties à une convention d'avoir certains arguments de négociation. En effet, comme l'a soulevé M. Alexis Bugada, « *si les partenaires sociaux, à ce niveau [branche], veulent contenir*

⁶³⁰ Art. L. 3121-33 du C. trav.

⁶³¹ Art. L. 3121-36 du C. trav.

⁶³² Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

le dumping social tant redouté au niveau des entreprises, ils doivent se révéler coopératifs et « proactifs » pour proposer la norme conventionnelle de référence. La majorité sera plus difficile à obtenir au niveau de l'entreprise si l'accord de branche est qualitativement satisfaisant, occupe le terrain et prévoit aussi des dispositions spécifiques pour les PME. Dans ce contexte, le regroupement des branches, spécialement lorsqu'il est négocié, peut s'avérer une opportunité s'il satisfait—quant au fond— la demande normative des entreprises et au rythme d'une actualisation régulière »⁶³³. Ainsi, dans la mesure où la norme conventionnelle de branche est de qualité, cela permet le refus de conclure pour l'une ou l'autre des parties soit, pour l'employeur, parce que la branche lui offre un dispositif qu'il estime déjà adapté, soit, pour les salariés, parce qu'ils estiment une revendication patronale disproportionnée et qu'ils ont conscience que les stipulations de branche leur offre une situation bien plus favorable.

Cela est d'autant plus vrai que la validité de la convention de branche n'est subordonnée qu'à sa signature par des OSR ayant recueilli « 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants »⁶³⁴ tandis que « la signature bientôt pleinement majoritaire [est] difficile à réaliser ou à concrétiser en pratique, y compris de façon dérogatoire. En théorie donc, ces modalités de conclusion donnent l'avantage à une sociologie de la branche »⁶³⁵, d'autant plus que, selon M. Bugada, « la règle majoritaire en voie de généralisation rend possible, mais difficile, l'affranchissement du niveau de proximité »⁶³⁶.

« En ce sens, la loi confère, dans l'architecture conventionnelle, un rôle d'appui à l'accord de branche fondé sur le « fait » majoritaire. Ce niveau de négociation aura plus de probabilité de produire des accords que celui de proximité. Son taux de réalisation est ainsi facilité »⁶³⁷. Il est donc possible de déduire de cela que le législateur a entendu, malgré la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise, limiter l'individualisation de la négociation collective, d'une part par les matières qu'il a entendues laisser à la primauté de branche, et, d'autre part, par des modalités de validité, et donc de conclusion, plus aisée que pour la

⁶³³ BUGADA, A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, pt. 3.

⁶³⁴ Art. L. 2232-6 du C. trav.

⁶³⁵ BUGADA, A., *Op. cit.* n°633.

⁶³⁶ *Ibidem.*

⁶³⁷ BUGADA, A., « La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches », JCP S 2016, 1442, pt. 14.

convention d'entreprise, pourtant présentée comme une norme conventionnelle de terrain et, donc, davantage pertinente pour la conciliation des intérêts salariés et patronaux.

D'autres éléments démontrent une volonté de maintenir, dans une certaine mesure et parfois de manière innovante, une autorité de la branche, ou du moins son statut de référence dans la négociation collective.

II. La branche, chaperon de la négociation collective d'entreprise.

Si la branche a vu sa valeur hiérarchique réduite vis-à-vis de la convention d'entreprise, cela n'a pas empêché la confirmation de sa dimension institutionnelle⁶³⁸, notamment en tant que vigie de la négociation collective d'entreprise (A) mais également comme une « boîte à outils »⁶³⁹ pour l'entreprise (B).

A. La branche, vigie de la négociation collective d'entreprise.

*« Il est des rois qui perdent leur trône. L'Histoire en est remplie. Mais une fois ramenés au rang du commun, se pose la délicate question du sort qui doit leur être réservé. Il en est qui ont perdu la tête, d'autres la liberté. Plus rares (en existent-ils ?) sont ceux qui sont devenus valets ou gendarmes de France »*⁶⁴⁰. C'est ainsi que M. Patrice Adam fait référence au niveau de négociation collective que constitue la branche et qui perd son rang hiérarchique vis-à-vis de la convention d'entreprise, en dehors de certaines matières visées⁶⁴¹.

Depuis la loi n°2016-1088⁶⁴², l'article L. 2232-9 du Code du travail dispose de la mise en place, au niveau de chaque branche, d'une CPPNI en lieu et place des anciennes commissions paritaires d'interprétation. Sont attribuées à cette nouvelle CPPNI des missions qualifiées d'intérêt général ; celles-ci sont au nombre de trois et consistent en une mission de représentation de la branche « notamment dans l'appui aux entreprises et vis-à-vis des pouvoirs publics »⁶⁴³, un rôle de veille vis-à-vis des conditions de travail, et l'établissement d'un rapport annuel d'activité.

Ainsi, un rôle « d'encadrement/de régulation de la négociation d'entreprise »⁶⁴⁴ lui a été confié et dont « l'accord national interprofessionnel [...] du 31 octobre 1995 relatif aux négociations

⁶³⁸ Cf BUGADA, A., « La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches », JCP S 2016, 1442, pt. 20 : la branche « est aussi en train de devenir - du moins en théorie - une "entité" [...]. L'idée est bien de dépasser l'appréhension de la branche comme une norme pour atteindre celui de l'"institution" ».

⁶³⁹ *Ibidem*, pt. 31.

⁶⁴⁰ ADAM, P. « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1039.

⁶⁴¹ Art. L. 2253-1 et L.2253-2 du C. trav.

⁶⁴² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 24, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁶⁴³ Art. L. 2232-9, II 1° du C. trav

⁶⁴⁴ ADAM, P. « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1041.

collectives avait tracé les contours »⁶⁴⁵. En effet, la branche se trouve, par la CPPNI et ses missions de veille et d'établissement d'un rapport annuel d'activité, affectée à un rôle d'observation, venant alimenter la vision d'une branche « *gendarme* » proposée par M. Adam. Toutefois, la branche ne dispose pas d'un pouvoir de sanction ou de mise en garde vis-à-vis de la négociation d'entreprise : en quoi pourrait-il d'ailleurs consister puisque l'entreprise se voit dotée d'une primauté de principe? Voilà pourquoi, le terme de vigie peut correspondre davantage aux fonctions de la branche à travers la CPPNI : cette dernière est appelée à suivre l'activité conventionnelle des entreprises entrant dans le champ d'application de la branche au sein de laquelle ladite commission a été instituée et à en mesurer l'impact « *sur les conditions de travail des salariés et sur la concurrence entre les entreprises de la branche* »⁶⁴⁶. Elle semble ainsi invitée à rendre un bilan, un diagnostic de l'activité des entreprises, de la concurrence et des garanties salariées dans le secteur d'activité qu'elle a vocation à couvrir ; cela certainement notamment dans le but d'évaluer l'impact des nouvelles règles d'articulation entre les différents niveaux de négociation collective. En revanche, la CPPNI est habilitée à formuler des recommandations « *destinées à répondre aux difficultés identifiées* »⁶⁴⁷, et peut ainsi être considérée comme, non seulement un chaperon de la négociation collective d'entreprise, mais encore comme une entité régulatrice de l'adaptabilité promue par la primauté de la convention d'entreprise.

Par ailleurs, l'article L. 2232-9 du Code du travail dispose qu' « *elle peut également exercer les missions de l'observatoire paritaire* ». Celui-ci a été créé par la loi n°2004-391⁶⁴⁸ censée largement libérer la convention d'entreprise de la valeur hiérarchique de la branche et a, notamment, pour rôle d'être le « *destinataire [...] des accords d'entreprise ou d'établissement conclus pour la mise en œuvre d'une disposition législative* »⁶⁴⁹. Or, comme en atteste la circulaire de la loi en question « *le législateur a [ainsi] incité la branche à se doter d'un réel outil de suivi des négociations d'entreprise. En effet, par les libertés introduites par la présente loi, le législateur a entendu promouvoir la plus grande adaptation entre le droit conventionnel et les réalités économiques et sociales des différentes branches. [...] Pour que cette liberté soit utilisée de la façon la plus responsable et efficiente, il est nécessaire que les acteurs de la branche gardent un contact étroit avec la réalité des négociations pour qu'ils puissent, si*

⁶⁴⁵ ADAM, P. « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1041.

⁶⁴⁶ Art. L. 2232-9, II 3° du C. trav.

⁶⁴⁷ *Ibidem*.

⁶⁴⁸ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 44, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

⁶⁴⁹ Art. L. 2232-10, al 2 du C. trav.

nécessaire, apporter des corrections au système mis en place »⁶⁵⁰ ; en permettant à la CPPNI d'exercer la mission dudit observatoire, il est légitime de considérer que ces mêmes préoccupations animaient le législateur, surtout que la loi en question préparait le terrain à la primauté de la convention d'entreprise en faisant de celle-ci la norme conventionnelle prioritaire dans le domaine du temps de travail dans quasi tous les cas. De plus, la même circulaire, qualifiait l'observatoire d'« instance de diffusion des bonnes pratiques »⁶⁵¹ afin que « la plus grande liberté laissée aux entreprises ne [conduise pas] à un appauvrissement du contenu conventionnel. L'observatoire permettra de capitaliser les bonnes pratiques pour assurer leur diffusion auprès des partenaires sociaux d'entreprise »⁶⁵². La crainte d'un déclinement des garanties sociales, dû à l'autonomisation de la norme conventionnelle d'entreprise, était donc d'ores et déjà palpable lors de la loi n°2004-391 et de la faculté dérogatoire de la convention d'entreprise que celle-ci instituait.

Par ailleurs, la CPPNI « peut rendre un avis à la demande d'une juridiction sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif dans les conditions mentionnées à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire »⁶⁵³ ; l'avis peut ainsi être sollicité par des juges de l'ordre judiciaire⁶⁵⁴ lorsque l'interprétation d'une convention présente « une difficulté sérieuse et se pos[e] dans de nombreux litiges »⁶⁵⁵. À travers la CPPNI, élaborée par ses soins, la branche est sollicitée indifféremment pour interpréter les normes conventionnelles conclues par elle ou par les partenaires sociaux représentatifs au niveau de l'entreprise, voire simplement ratifiées par les salariés. La volonté d'une branche régulatrice est décelable : elle tend vers une dimension institutionnelle de plus en plus importante du fait que la négociation collective a vocation à occuper une place importante de la réglementation sociale, et à s'individualiser, par la consécration progressive d'une primauté de la convention d'entreprise.

Il ressort d'autres attributions de la branche, que celle-ci, en outre d'être la gardienne de la négociation d'entreprise, se présente également comme une « boîte à outils »⁶⁵⁶, notamment pour les petites entreprises.

⁶⁵⁰ Circ., 22 septembre 2004, relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, fiche n° 8, 1, 1-1, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

⁶⁵¹ *Ibidem*.

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ Art. L. 2232-9 du C. trav.

⁶⁵⁴ Art. L. 411-1, al. 1^{er} du COJ.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, al. 2.

⁶⁵⁶ BUGADA, A., « La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches », JCP S 2016, 1442, pt. 31.

B. La branche « boîte à outils »⁶⁵⁷.

L'article L. 2232-10-1 du Code du travail dispose qu'« *un accord de branche peut comporter, le cas échéant sous forme d'accord type indiquant les différents choix laissés à l'employeur, des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de cinquante salariés* ».

Selon M. Alexis Bugada, la mission de représentation dévolue à la branche, vis-à-vis, d'une part, des pouvoirs publics, et, d'autre part, dans l'appui aux entreprises est à mettre en parallèle avec la possibilité, pour des accords de branche étendus, de comporter des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de cinquante salariés ou encore des accords types dans lesquels pourra puiser l'employeur en l'absence de négociateur de terrain ; il qualifie alors à cette occasion la branche de « *boîte à outils* » ou de « *boîte à idées* » amenée « *à prévoir des kits de méthodologie d'appui à la négociation de terrain* »⁶⁵⁸. À ce propos, MM. Bertrand Martinot et Franck Morel parlent, eux d'une branche « *centre de ressources* »⁶⁵⁹ pour les TPE et PME.

Toutefois, cela peut être perçu d'une manière différente ; ainsi, M. Patrice Adam estime que « *les textes les plus récents - au premier rang desquels les « ordonnances Macron » - empruntent [...] [la] direction [...] d'une branche simple « prestataire de services » ayant comme « clients » les TPE/petites et moyennes entreprises (PME)* »⁶⁶⁰.

L'une et l'autre des visions peuvent se rejoindre dans la mesure où cette faculté de stipulations spécifiques pour les TPE et PME poursuit précisément l'objectif de favoriser la présence dans l'entreprise d'une réglementation conventionnelle la plus adaptée possible. Or, un document unilatéral de l'employeur suffit à l'application de ce que le texte qualifie d'« *accord type* »⁶⁶¹ : une simple information des salariés, et du CSE lorsqu'il existe est nécessaire. Aucune ratification salariée, aucun avis conforme du CSE n'est exigé. Il est d'ailleurs remarquable que ce dispositif puisse être choisi pour l'employeur alors même qu'il est envisagé, dans le même temps, l'existence d'un CSE : quelle est l'utilité de ce nouveau mécanisme mêlant stipulations types de branche et information des salariés alors qu'un projet d'accord unilatéral de l'employeur ratifié par les deux tiers des votants est possible, ou encore, dans les entreprises entre onze et quarante-neuf salariés, de conclure un accord avec un élu et/ou un salarié mandaté ? C'est ce que souligne M. Adam lorsqu'il affirme que l'« *offre de service* » pourrait,

⁶⁵⁷ BUGADA, A., « La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches », JCP S 2016, 1442, pt. 31

⁶⁵⁸ *Ibidem*.

⁶⁵⁹ MARTINOT B., MOREL F., *Un autre droit du travail est possible – Libérer, organiser, protéger*, Fayard, DL 2016, p. 118.

⁶⁶⁰ ADAM, P. « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1042.

⁶⁶¹ Art. L. 2232-10-1 du C. trav.

en pratique, ne rencontrer qu'un succès modeste... [...][:] les entreprises de moins de cinquante salariés bénéficient aujourd'hui de dispositifs de négociation [...], leur permettant d'élaborer, en interne, des normes conventionnelles dont la légitimité pourra sembler plus grande à la collectivité qu'elles couvrent que celles qui s'y verraient introduites par le biais d'un document patronal unilatéral »⁶⁶².

L'idée qui se trouve derrière le mécanisme de l'article L. 2232-10-1 du Code du travail semble donc celle de permettre à l'employeur d'introduire dans son entreprise une réglementation sociale plus souple afin de faire face aux besoins de celle-ci, et ce malgré d'éventuels blocages des négociations engagées avec des membres du CSE ou des salariés mandatés, ou en cas d'une ratification salariée insuffisante. Plusieurs interrogations se posent alors.

D'abord, se pose la question de l'articulation d'un tel accord type appliqué dans l'entreprise par le biais d'un document unilatéral de l'employeur avec les autres dispositifs de négociation : comment admettre, sans heurter la volonté de présenter la norme conventionnelle comme une norme compromise et dont l'application est légitimée d'une façon ou une autre par les salariés, qu'un accord type s'applique si le document unilatéral patronal fait suite à un refus des salariés, manifesté par la désapprobation du projet d'accord de l'employeur, de se voir appliquer certaines règles ? Si l'employeur choisit cette voie, l'application de normes conventionnelles ne rimera pas avec paix sociale. Par ailleurs, comment réviser un tel accord ? Peut-on considérer que tout autre mécanisme, parce qu'il fait participer davantage les salariés que ledit accord type, est donc davantage légitime et peut se substituer aux prévisions dudit accord type ? On peut encore regretter le fait qu'aucun dispositif de dénonciation spécifique à ces accords types ne soient prévus, comme par exemple la possibilité pour d'éventuels futurs délégués syndicaux, ou même un certain nombre de salariés ou leurs élus de faire ce type de démarche.

Il ressort de l'article L. 2232-10-1 du Code du travail que la branche, par le biais de cette fonction « *boîte à outils* », se présente comme un lieu d'impulsion de la compétitivité des TPE et PME lorsque celles-ci font face à des difficultés dans la conclusion d'un accord malgré les nombreux mécanismes visant à permettre celle-ci.

CONCLUSION CHAPITRE 1.

La rupture du principe d'égalité est redoutée du fait de l'éclatement de la norme sociale issue de la primauté de la convention d'entreprise : les salariés voient ainsi, leur situation de travail

⁶⁶² ADAM, P., « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1042.

individualisée par le biais de la convention d'entreprise, là où la loi imposait auparavant un socle commun. Cette crainte est renforcée par l'impression d'une adaptabilité à tout prix avec, par exemple, le mécanisme de sauvetage d'une convention non majoritaire⁶⁶³ ou encore la nouvelle possibilité d'un projet d'accord unilatéral de l'employeur ratifié par les salariés dans les TPE et PME permettant donc l'adoption d'accords non négociés. Certains garde-fou ont, néanmoins, été prévus à l'adaptabilité de la norme sociale : des prévisions législatives d'ordre public, les garanties planchers de la branche qui, à travers la CPPNI, se présente comme un chaperon de la négociation d'entreprise en tant qu'elle veille sur elle mais vient aussi en renfort de celle-ci.

⁶⁶³ Art. L. 2232-12, al 2 à 4 du C. trav.

Chapitre 2. Les garanties nécessaires aux intérêts salariés.

Il s'agit désormais de s'intéresser à des éléments de la négociation collective qui sont essentiels du point de vue des salariés afin d'assurer la légitimité démocratique et professionnelle de celle-ci, et ce en partant du constat de l'importance accrue de la représentativité syndicale et de la légitimité des conventions d'entreprise (Section 1), mais aussi celle du renouveau des pratiques de négociation propres à garantir une négociation *fair-play* (Section 2).

Section 1. L'importance accrue de la représentativité syndicale et de la légitimité des conventions d'entreprise.

La question de la représentativité des organisations syndicales s'avère délicate (I), et se double de la quête d'une légitimation de la norme conventionnelle d'entreprise renforcée par l'exigence d'une convention majoritaire (II).

I. La représentativité délicate des organisations syndicales.

Le système d'évaluation de la représentativité des organisations syndicales s'est voulu amélioré par la loi n°2008-789⁶⁶⁴ (A), ce qui n'a pas fait obstacle à une défiance croissante des salariés envers leurs représentants (B).

A. La volonté d'une meilleure représentativité syndicale.

La question de la représentativité des organisations syndicales s'est posée tôt, dès 1919 avec le Traité de Versailles⁶⁶⁵. Selon MM. Michel Offerlé et Lucien Flament la « *représentativité désigne une qualité particulière de la représentation [...]fidèle, ajustée, juste* »⁶⁶⁶ ; il ne s'agit donc pas simplement d'une désignation de représentant permettant la négociation, mais qu'une telle désignation aboutisse à ce que les salariés aient le sentiment que leurs représentants soient aptes à défendre leurs intérêts et qu'ils aient intérêt à le faire parce qu'appartenant eux-mêmes à la communauté de travail salariée. La représentativité peut donc être considérée comme le témoin d'un sentiment de confiance des salariés à l'égard de ceux qui ont vocation à les représenter ; ainsi « *les conditions de la négociation doivent garantir l'élaboration d'un consensus accepté par les bénéficiaires de l'accord* »⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 1er, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

⁶⁶⁵ Art. 389, Traité de Versailles du 28 juin 1919.

⁶⁶⁶ OFFERLE M., FLAMENT L., « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », RDT 2010, p. 269.

⁶⁶⁷ ANTONMATTEI, P.-H., « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », Dr. soc 2018, p. 160, pt. 2.

Les critères de représentativité des organisations syndicales de salariés avaient été définis pour la première fois par la loi n°50-205⁶⁶⁸ qui a, pour cela, repris la circulaire Parodi⁶⁶⁹. Un arrêté du 3 mars 1966⁶⁷⁰ a ensuite fixé la liste des cinq OSR au niveau national, instaurant ainsi une présomption de représentativité en faveur desdites organisations. Cette présomption a été étendue au niveau de l'entreprise, par la loi n°68-1179⁶⁷¹, à « *tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national* »⁶⁷².

Cette présomption empêchait le renouvellement du paysage syndical dans la mesure où la liste n'était pas régulièrement réévaluée et favorisait sa concentration autour des cinq organisations syndicales visées par ledit arrêté en obligeant les syndicats d'entreprise à s'affilier à l'une d'elles. Par la position commune du 9 avril 2008⁶⁷³, lesdites organisations désignées bénéficiant de la présomption de représentativité ont exprimé la volonté d'actualiser le système d'évaluation de leur représentativité⁶⁷⁴. Elles ont ainsi proposé sept critères et notamment celui de l'audience s'évaluant « *à partir du résultat des élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, dans les entreprises où elles sont organisées* »⁶⁷⁵ qui oblige à une mise à jour régulière des organisations syndicales représentatives. Les critères ainsi proposés ont été repris par la loi n°2008-789⁶⁷⁶ qui a fixé la satisfaction du critère de l'audience, au niveau de l'entreprise à l'obtention d'« *au moins 10 % des suffrages exprimés 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* » ; au niveau de la branche ce taux est de 8%⁶⁷⁷ et les élections prises en compte désormais⁶⁷⁸ seront celles du CSE.

⁶⁶⁸ L. n° 50-205, 11 février 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, art. 31f, JORF du 12 février 1950, p. 1688.

⁶⁶⁹ Circ. Parodi, 28 mai 1945, sur la représentativité syndicale : effectifs, indépendance, cotisations, expérience et ancienneté du syndicat, attitude patriotique pendant l'occupation.

⁶⁷⁰ Arrêté du 31 mars 1966, relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail.

⁶⁷¹ L. n°68-1179, 27 décembre 1968, relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JORF du 31 décembre 1968, page 12403.

⁶⁷² *Ibidem*, art. 2.

⁶⁷³ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, art. 1^{er}.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, art. 1^{er}, 1-4.

⁶⁷⁶ L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 2, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

⁶⁷⁷ Art. L. 2122-5 du C. trav.

⁶⁷⁸ Ord. n°2017-1386, 22 septembre 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 4, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 31.

Il est intéressant de relever que la faculté de la conclusion d'une convention d'entreprise avec un ou plusieurs membres du, désormais, CSE est subordonnée à sa signature par lesdits membres lorsque ceux-ci « *représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles* »⁶⁷⁹, et donc ainsi liée à un certain taux d'audience, tout comme le délégué syndical qui doit, en principe, recueillir à titre personnel et dans son collège au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections⁶⁸⁰ afin d'être désigné.

Si par ce système d'évaluation de la représentativité des organisations syndicales de salariés, cette dernière tend à être au plus près des considérations salariées, la « *légitimité des négociateurs et représentants du personnel reste à améliorer* »⁶⁸¹ malgré la réforme de 2008. Un des points qui semblent notamment pouvoir faire obstacle à la représentativité effective des salariés est celui du constat d'un désintérêt, d'une part pour les élections professionnelles, et, d'autre part, pour les fonctions syndicales qui souffre d'une « *fluidité imparfaite entre vie professionnelle et exercice des mandats* »⁶⁸². Or, comme le soulignent MM. Karel Yon et Guillaume Gourgues « *les accords de valorisation des parcours syndicaux, [...], étaient déjà surtout ajustés aux préoccupations des permanents ou quasi-permanents syndicaux, délaissant la situation des représentants de proximité. [...], ces dispositifs visent à « faire "comprendre" [aux syndicalistes] les contraintes de l'entreprise dans l'objectif d'améliorer le dialogue social* », en proposant aux « *grands élus* » une sorte de pacte social qui les inscrit dans un horizon d'attentes et d'intérêts identique à celui de leur direction. [...] *semble moins annoncer une extension de la participation des salariés que la formation d'un circuit permanent de recyclage de « professionnels du dialogue social » éloignés des salariés* »⁶⁸³ ; selon les auteurs, les syndicats sont ainsi « *désormais moins considérés comme les mandataires des salariés que comme des auxiliaires de la gestion de l'entreprise* »⁶⁸⁴.

Il s'agit là de l'un des éléments aboutissant à la défiance des salariés envers leurs représentants.

⁶⁷⁹ Art. L. 2232-32-1 et L. 2232-25 du C. trav.

⁶⁸⁰ Art. L. 2143-3 du C. trav.

⁶⁸¹ MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, I.

⁶⁸² *Ibidem*.

⁶⁸³ GOURGUES G., YON K., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017. p. 625, II C).

⁶⁸⁴ GOURGUES G., YON K., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017. p. 625, II C). Dans le même sens, BÉROUD, S., « Représentation syndicale, représentativité et négociation », Dr. soc. 2018, p. 264, III : « conception très réductrice de l'action syndicale, pensée comme subordonnée aux intérêts de l'entreprise et d'une certaine façon comme instrumentale dans la logique de rentabilité financière ».

B. La défiance des salariés envers leurs représentants syndicaux.

« Un des constats récurrents des travaux sociologiques sur le syndicalisme est celui d'une crise de cette activité de représentation des syndicats, de leur capacité à construire et à faire vivre un rapport de représentation avec les salariés »⁶⁸⁵. Cela s'observe notamment par le très faible taux de syndicalisation en France, témoignant d'un désintérêt pour les syndicats, possiblement lié à une insatisfaction à l'égard de ceux-ci. En effet, selon une étude de 2016 de la DARES, « 11 % de l'ensemble des salariés se déclarent syndiqués selon l'enquête sur les Conditions de travail [...] et 5 % signalent être sympathisants d'une organisation syndicale »⁶⁸⁶.

Ainsi, M. Raymond Soubie, pointe le « rejet des corps intermédiaires, partis politiques et syndicats notamment »⁶⁸⁷. MM. Gilbert Cette et Jacques Barthélémy, eux, expliquent que « les représentants syndicaux sont perçus comme prenant moins en compte les aspirations du personnel que les représentants élus du personnel, puisque 57,2 % des salariés y indiquent que « les syndicats font passer leurs mots d'ordre et leurs intérêts avant ceux des salariés » »⁶⁸⁸, ce qui rejoint l'analyse de MM. Yon et Gourgues cités plus haut⁶⁸⁹ dénonçant un parcours syndical éloigné des salariés⁶⁹⁰. Il apparaît donc que les salariés n'ont pas nécessairement confiance en leurs représentants syndicaux qui ne seraient pas suffisamment inscrits dans une relation et un contexte de proximité avec eux ; faisant planer le doute de la défense d'un intérêt syndical plutôt que salarié, et même parfois une alliance avec l'employeur, comme le sous-entendent MM. Yon et Gourgues en qualifiant les syndicats d'« *auxiliaires de la gestion de l'entreprise* »⁶⁹¹. Or, si on ne peut reprocher aux syndicats de poursuivre la poursuite de leurs intérêts, il est nécessaire de rappeler qu'il leur est octroyée une priorité pour négocier une norme conventionnelle de travail et, qu'en France, l'application d'une telle norme aux salariés n'est pas subordonnée à leur adhésion au syndicat signataire.

Il ne s'agit pas ici de démontrer que cette défiance est justifiée ou injustifiée mais l'opacité de l'organisation, de la hiérarchie, des rapports s'exerçant dans les syndicats peuvent être un élément d'explication à cette méfiance dans la mesure où ce manque de transparence peut

⁶⁸⁵ BÉROUD, S., « Représentation syndicale, représentativité et négociation », Dr. soc. 2018, p. 264, I.

⁶⁸⁶ DARES analyse n°025, *La syndicalisation en France - Des salariés deux fois plus syndiqués dans la fonction publique*, mai 2016.

⁶⁸⁷ SOUBIE, R., « Les acteurs sont-ils prêts à faire évoluer le modèle de dialogue social en France ? », Dr. soc. 2016, p.418, I.

⁶⁸⁸ CETTE, G. et BARTHELEMY, J., « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », Dr. soc. 2012, p. 763, I 4).

⁶⁸⁹ Partie II, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, I A).

⁶⁹⁰ GOURGUES G., YON K., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017. p. 625, II C).

⁶⁹¹ *Ibidem*.

inciter les salariés à douter de l'utilité de leur vote aux élections professionnelles, ou de leur adhésion à un syndicat en leur donnant l'impression que de toute façon les intérêts en réalité en jeu, et donc les jeux de pouvoir s'effectuant entre les confédérations, les fédérations et syndicats leur échappent. À ce propos, Mme Sophie Béroud souligne par exemple le fait que « *dans des établissements de taille [...] réduite, les représentants syndicaux se trouvent le plus souvent relativement isolés, avec peu de contacts avec les fédérations professionnelles et les unions territoriales* »⁶⁹², ce qui n'est, a priori, pas propice à l'élaboration et à la défense d'une stratégie forte de défense des intérêts salariés. Par ailleurs Mme Béroud pointe également du doigt le fait que les délégués syndicaux et les représentants élus « *disposent de peu de temps, au regard de l'intensité croissante des activités de négociation et de leur technicisation, pour animer la vie du syndicat et pour y faire participer des adhérents* »⁶⁹³.

Plusieurs auteurs se sont ainsi exprimés sur le manque d'intérêt montré dans les dernières réformes à « *aller plus loin dans la légitimité démocratique des processus et le lien des acteurs avec les exigences des entreprises et des salariés* »⁶⁹⁴, c'est-à-dire à favoriser l'établissement d'un réel lien entre les salariés et leurs représentants syndicaux. En effet, comme le relèvent MM. Yon et Gourgues « *malgré la présence d'une rhétorique valorisant « les syndicats [...], rien n'est prévu [...] pour leur permettre de se déployer auprès des salariés, de s'implanter parmi eux ou de leur rendre compte de leur action* »⁶⁹⁵. Ainsi, M. Christian Delfour et Mme Adelheid Hege « *insistent sur le décalage entre la relative légitimité institutionnelle des syndicats et l'affaiblissement de leur légitimité sociologique. Ils montrent combien les représentants syndicaux, confrontés aux usages par les entreprises de la sous-traitance et de l'externalisation de certaines activités, peinent à construire des collectifs dans des contextes où les employeurs peuvent être multiples sur un même site de travail et les types de contrats différents* »⁶⁹⁶. Ces propos rejoignent ceux de Mme Béroud Sophie qui les a ainsi résumés afin d'affirmer « *la profonde transformation dans les façons de dire le rôle des syndicats dans l'entreprise [...], dénu[é] de toute dimension contestataire de l'ordre social existant* »⁶⁹⁷ ce qui est d'autant plus frappant que les conditions du licenciement collectif sont assouplies et, les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail supprimés faisant ainsi « *disparaître les rares points d'appui dont disposaient les syndicats pour contester des*

⁶⁹² BÉROUD, S., « Représentation syndicale, représentativité et négociation », Dr. soc. 2018, p. 264, I.

⁶⁹³ BÉROUD, S., « Représentation syndicale, représentativité et négociation », Dr. soc. 2018, p. 264, I.

⁶⁹⁴ MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405, II B).

⁶⁹⁵ YON K., GOURGUES G., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, p. 625, II C.

⁶⁹⁶ BÉROUD, S., « Représentation syndicale, représentativité et négociation », Dr. soc. 2018, p. 264, I.

⁶⁹⁷ BÉROUD, S., « Représentation syndicale, représentativité et négociation », Dr. soc. 2018, p. 264, III.

*plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), construire des luttes sociales et mettre en œuvre une représentation de proximité des salariés, axée sur les conditions de travail et sur les risques sanitaires »*⁶⁹⁸.

Au regard de ces diverses observations, il est compréhensible que les salariés ressentent à l'égard de leurs représentants syndicaux, si ce n'est une réelle méfiance, au moins une certaine indifférence découlant de celle qu'ils estiment émaner de ces derniers à l'égard des véritables revendications salariées. En réalité, la création d'un véritable lien de proximité dépend avant tout grandement des organisations syndicales salariées elles-mêmes qui doivent trouver des mécanismes propres à créer ou recréer ledit lien, par exemple en proposant une veille régulière de leurs délégués syndicaux avec les salariés afin d'informer ceux-ci et d'écouter leurs préoccupations actuelles mais aussi en les sollicitant leurs avis sur des grandes questions relatives à la contestation à mettre en œuvre ou non.

La représentativité des syndicats, qui conditionne leur légitimité à conclure des conventions collectives fixant une réglementation sociale applicable à l'ensemble des salariés se trouvant dans le champ d'application de ladite convention, se retrouve dans l'exigence d'une convention majoritaire.

II. La quête de légitimation par la convention majoritaire.

Alors que la loi n°2016-1088⁶⁹⁹ a entrepris la promotion de la négociation collective dans l'élaboration de la réglementation sociale, elle a, dans le même temps, généralisé l'exigence d'une convention d'entreprise majoritaire (A) ; celle-ci est néanmoins trompeuse (B).

A. La généralisation de la convention majoritaire.

Jusqu'à l'adoption de la loi n°2016-1088⁷⁰⁰, la validité d'une convention d'entreprise était subordonnée à sa signature par « *une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections [...], quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants* »⁷⁰¹. Seuls certains accords d'entreprise – tels que les AME – devaient répondre à une exigence plus haute :

⁶⁹⁸ *Ibidem*

⁶⁹⁹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 21, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁷⁰⁰ *Ibidem*.

⁷⁰¹ Art. L. 2232-12, rédaction antérieure à *ibidem*.

celle d'un taux à 50% et reposant uniquement sur les suffrages exprimés en faveur d'OSR à l'issue du premier tour des mêmes élections.

Ladite loi de 2016 est venue généraliser cette exigence à la conclusion de l'ensemble des conventions d'entreprise avec pour point de départ pour les conventions d'entreprise portant sur la durée du travail, les repos et les congés le 1^{er} janvier 2017, et pour le reste le 1^{er} janvier 2019⁷⁰². L'ordonnance n°2017-1385 a accéléré ce calendrier en prévoyant que cette condition de validité est requise pour l'ensemble des conventions d'entreprises conclues à compter du 1^{er} janvier 2018⁷⁰³.

Par le taux de 50% le législateur a entendu « *renforcer la légitimité* » des conventions d'entreprise⁷⁰⁴ : une convention ayant bénéficié de l'adhésion des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés aux élections professionnelles prend, en théorie, davantage en compte les différentes revendications et donc est plus légitime qu'un accord considéré comme valide à partir de 30%. De plus, dans la mesure où le taux de 50% est plus difficile à atteindre que celui de 30%, cela implique que l'employeur et les différentes OSR cherchent davantage une solution satisfaisant chacune des parties à la négociation et, donc, en principe, que les parties cherchent davantage la collaboration que la confrontation. Cela s'inscrivait dans la promotion d'un dialogue social, prôné par la loi n°2016-1088, et était donc nécessaire⁷⁰⁵ à la place croissante de la négociation collective qu'a alors entendu initier le législateur mais, également, au « *passage progressif [...] d'une négociation d'acquisition à une négociation de concession qui a conduit à placer sur le devant de la scène la règle majoritaire* »⁷⁰⁶ qui découlait de celle-ci et de la nouvelle articulation des niveaux de négociation collective instaurée, dans un premier temps, dans le domaine du temps de travail.

Ainsi « *la règle majoritaire ménage une place certaine, dans le champ de la négociation collective, à la volonté des salariés* »⁷⁰⁷, permettant aux conventions d'entreprise de bénéficier d'une légitimité renforcée eu égard à sa place croissante ; celle-ci présentant alors, à l'image de la loi – « *expression de la volonté générale* »⁷⁰⁸ – une dimension démocratique car fondée sur

⁷⁰² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 21, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁷⁰³ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 16, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁰⁴ Rapport AN n° 3675.

⁷⁰⁵ Dans ce sens, voir par ex. : MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405, II B) – CETTE, G. et BARTHELEMY, J., « Réformer le droit social », Dr. soc. 2016, p. 400.

⁷⁰⁶ AUZERO, G., « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », Dr. soc. 2018, p. 154, introduction.

⁷⁰⁷ AUZERO, G., « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », Dr. soc. 2018, p. 154, introduction.

⁷⁰⁸ Art. 6 de DDHC citoyen, 1789.

les résultats aux élections professionnelles. M. Gilles Auzero a d'ailleurs relevé le fait que l'on puisse considérer que la légitimité vise plutôt les acteurs que la norme conventionnelle, par le biais de l'accord majoritaire : « *exiger qu'un accord collectif soit majoritaire revient en réalité en exiger que ses signataires le soient. En d'autres termes, la légitimité de l'accord collectif renvoie nécessairement à la légitimité de ceux qui le signent* »⁷⁰⁹. Toutefois, on pourrait opposer que cette légitimité construite à partir des élections professionnelles est sujette aux mêmes critiques que celles adressées au système politique qui se veut légitime de par les diverses élections, nationales ou locales : notamment celle d'un taux de participation faible issu d'un sentiment de déception à l'égard des politiques qui sont considérés ne pas tenir leurs promesses et être déconnectés de la réalité d'une grande partie des citoyens.

Par ailleurs, il s'agit de revenir sur la majorité de 50% exigée par l'article L. 2232-12 du Code du travail qui est peut-être moins protectrice de la volonté des salariés qu'elle en a l'air.

B. Une majorité trompeuse.

Avec la loi n°2016-1088⁷¹⁰, le taux de suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles exigé pour la validité d'une convention d'entreprise est, certes, passé de 30 à 50% mais il ne s'agit pas d'une augmentation franche de 20%.

Tout d'abord il est à relever que les « *seuils [...] sont toujours appréciés par rapport aux suffrages exprimés et non par rapport aux électeurs inscrits. Compte tenu du taux d'abstention aux élections professionnelles dans l'entreprise et, plus encore, aux élections de représentativité dans les entreprises de moins de 11 salariés, cela facilite grandement le franchissement des seuils* »⁷¹¹. Par ailleurs le taux n'est pas calculé de la même manière que l'était celui de 30% : tandis que le taux de 30% s'appréciait sur l'ensemble des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, celui de 50% s'apprécie sur les seuls suffrages exprimés en faveur d'OSR. Cela réduit l'assiette de calcul ; or, plus l'assiette est réduite plus il est aisé d'atteindre un tel pourcentage.

Par ailleurs, cela est également révélateur de la place octroyée aux OSR. La représentativité de ces dernières est une condition de leur capacité à conclure des conventions, mais avec ce calcul on exclut totalement la prise en considération des organisations non représentatives mais qui ont pu toutefois obtenir des voix aux élections professionnelles sans atteindre le taux d'audience

⁷⁰⁹ AUZERO G., *op. cit.* n°707, I B).

⁷¹⁰ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 21, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁷¹¹ AUZERO, G., *op. cit.* n°707, I B).

de 10%. On augmente ainsi la prise en considération positive – auparavant une opposition de 50% pouvait empêcher la conclusion d’une convention – de la volonté salariée tout en réduisant le champ de celle-ci aux seules voix en faveur d’organisations représentatives : *« les seuils précités sont [...] appréciés à l'aune des seuls suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales reconnues représentatives. On comprend ainsi que les voix qui se sont portées sur des syndicats qui, au final, n'ont pas franchi le seuil leur permettant d'acquérir la représentativité ne sont pas prises en compte. [...] C'est [...] par là même admettre que les aspirations de ces salariés ne seront, en aucune façon, prises en compte »*⁷¹². Ainsi, selon Mme Cécile Nicod, le caractère majoritaire est insuffisant car il s’agit d’une fausse majorité : *« le choix d'une majorité tronquée, ne reposant que sur une partie des suffrages exprimés, marque la crainte d'une trop grande difficulté à conclure les accords. Et quand bien même la majorité serait celle de l'ensemble des suffrages exprimés, reste la question de savoir de quelles collectivités de travailleurs elle en est l'expression »*⁷¹³.

De plus, si un taux de 50% est désormais exigé pour la validité de la convention d’entreprise, est instauré en parallèle un mécanisme de sauvetage de la convention qui ne l’a pas atteint⁷¹⁴. Un plancher de 30% est exigé pour que cette dernière soit éligible à être sauvée ; toutefois il est à noter que ce taux est calculé de la même manière que celui de 50%, c’est-à-dire à partir des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles. Or, il est frappant que, puisqu’il est en principe plus simple d’obtenir un taux élevé grâce à cette base de calcul plutôt que l’ensemble des suffrages exprimés, cela signifie que vont pouvoir éventuellement être sauvés des accords qui, sous l’empire de la loi antérieure, n’aurait même pas recueilli le taux de 30%.

Ledit mécanisme de sauvetage a essuyé plusieurs critiques, notamment parce qu’il apparaît venir attaquer la crédibilité des organisations syndicales de salariés qui est mise en avant par le mécanisme de la convention majoritaire. Les organisations syndicales ont exprimé leur position vis-à-vis de la norme conventionnelle en cause en ne lui permettant pas de recueillir un taux de 50% de suffrages exprimés en faveur d’organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles et pourtant celle-ci va être concurrencée, de surcroît directement par les électeurs desdites organisations et dont le vote servait de fondement à la légitimité de ces dernières. C’est ce que dénonce par exemple M. Jean-Emmanuel Ray en affirmant que l’alternative au taux de 50%, constitué par la consultation des salariés est

⁷¹² AUZERO, G., « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », Dr. soc. 2018, p. 154, I B).

⁷¹³ NICOD, C., « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », RDT 2017, p. 657, II B).

⁷¹⁴ Art. L. 2232-12, al. 2 à 7 du C. trav.

contestable puisque les « éventuels opposants ont par définition obtenu au minimum 50 % des suffrages exprimés »⁷¹⁵. Si, selon M. Franck Petit, « le référendum issu de la loi El Khomri n'a pas été conçu comme une menace à l'égard des syndicats, ni même comme une négation du syndicalisme »⁷¹⁶ dans la mesure où « son déclenchement devait rester entre les mains des partenaires sociaux, qui peuvent demander son organisation dans le délai d'un mois à compter de la signature de l'accord ; suffisamment long, ce délai est propice à la réflexion et protège la collectivité de travail des décisions prises à la légère ou dans l'urgence »⁷¹⁷, il est possible de réfuter cela, en partie, aujourd'hui. En effet, s'il existe toujours le délai d'un mois, préalable à l'organisation d'une éventuelle consultation des salariés et permettant aux OSR de finalement se décider à signer la convention d'entreprise, l'ordonnance n°2017-1385⁷¹⁸ a ouvert l'initiative de l'organisation de ladite consultation des salariés à l'employeur « en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations »⁷¹⁹. Ainsi, si l'intervention de l'employeur « est donc d'ordre subsidiaire et ne peut être bloquée qu'en raison d'une opposition unanime des organisations représentatives [...] [l']opposition d'une seule organisation n'est pas suffisante pour faire obstacle au référendum »⁷²⁰ ; on peut ainsi considérer que la maîtrise de la validité, et donc de la conclusion des conventions d'entreprise, échappe un plus encore aux organisations syndicales.

Il s'agit, en parallèle à la légitimation des partenaires sociaux et de la convention collective, de s'intéresser au processus qui précède la conclusion, ou l'abandon, de la convention collective.

Section 2. L'importance du renouveau des pratiques de négociation.

La nécessité d'une négociation loyale (I) a été appréhendée à travers la faculté de conclure un accord de méthode, qui se révèle néanmoins assez fragile (II).

I. La nécessité d'une négociation loyale.

Si l'ordonnance n°2016-131⁷²¹ a consacré une obligation de loyauté dans la négociation des contrats⁷²², le législateur s'est également intéressé à la tenue des négociations dans le cadre des

⁷¹⁵ RAY J.-E., « Trois rapports, pour quelle refondation ? », Dr. soc. 2016, p. 410.

⁷¹⁶ PETIT, F., « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », Dr. soc. 2018, p. 141, II A).

⁷¹⁷ *Ibidem*.

⁷¹⁸ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 10, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷¹⁹ Art. L. 2232-12, al. 2 du C. trav.

⁷²⁰ PETIT, F., « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », Dr. soc. 2018, p. 141, II A).

⁷²¹ Ord. n° 2016-13, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

⁷²² Art. 1104 du C. civ.

conventions collectives avec la loi n°2016-1088⁷²³, répondant ainsi à la nécessité d'un processus de négociation collective loyal, due notamment au déséquilibre entre les parties signataires (A). Par ailleurs, la formation des acteurs de la négociation collective, et notamment des acteurs salariés, peut constituer un gage de loyauté (B).

A. Une nécessité due au déséquilibre entre les parties.

Il s'agit de garder en mémoire qu'en tant que résultat de négociations, la convention collective de travail comporte une dimension contractuelle et, donc, en tant que telle, est exposée à d'éventuelles manœuvres visant à contraindre ou empêcher la conclusion de certains termes de la convention, ou d'évincer de trop fortes oppositions à la négociation de celle-ci. Mme Marie-Armelle Souriac souligne notamment la « *vulnérabilité de la phase de « finalisation » des accords collectifs à des manœuvres diverses* »⁷²⁴.

Or, la relation de travail salariée est marquée par l'existence d'un lien de subordination entre l'employeur et les salariés ; c'est d'ailleurs la caractéristique principale du contrat de travail⁷²⁵. Dans la mesure où les représentants salariés – qu'il s'agisse des délégués syndicaux, des salariés élus ou mandatés – sont eux-mêmes des salariés, il s'agit de veiller à ce que le rapport de subordination ne déborde pas sur le cadre de la négociation afin de permettre un échange effectif pendant les pourparlers et, surtout, une signature libre des organisations syndicales de salariés. Il est également souhaitable que l'échange et la signature de ces dernières soient, en outre d'être libres, éclairés. Cela implique notamment que les salariés amenés à négocier avec l'employeur disposent des informations utiles à la discussion et à la pleine compréhension des enjeux de tel ou tel thème. Il s'agit donc de faire en sorte que la position de force dans laquelle se trouve l'employeur, d'une part, du fait qu'il est le destinataire et le décideur de l'ensemble des données relatives à l'entreprise, et, d'autre part, du fait de son pouvoir de direction, contrôle et sanction envers les salariés ne se manifeste pas dans le cadre de la négociation. C'est la raison pour laquelle M. Pasquier Thomas souligne que la négociation collective « *repose sur une considération pour la négociation, non seulement entendue comme une discussion, mais également comme un rapport de force visant à compenser au niveau collectif ce qui manque au niveau individuel du fait du lien de subordination : la liberté et l'égalité* »⁷²⁶.

⁷²³ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 16, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁷²⁴ SOURIAC M.-A., « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », RDT 2008, p. 188.

⁷²⁵ Par ex. AUZERO G. et DOCKES, E., *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31^e édition, ed. Dalloz, septembre 2017, §197.

⁷²⁶ PASQUIER, T., « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », RDT 2018, p. 44, II C).

M. Gea Frédéric fait, à ce propos, part de ses réserves et affirme que les négociateurs au niveau de l'entreprise « *sont que rarement en position de s'engager dans un dialogue social sain et de qualité. De dialogue, il ne peut y avoir qu'entre égaux. Or cette égalité-là, dans nombre d'entreprises de taille moyenne voire modeste, s'avère parfois bien virtuelle* »⁷²⁷. Il met, par ailleurs, en garde contre l'illusion qui découle, selon lui, de la réforme de la représentativité des organisations syndicales salariés avec la loi n°2008-789⁷²⁸ : « *veut-on croire (ou, pire, faire croire) que l'adossement de la représentativité des organisations syndicales, [...], aux résultats des élections professionnelles suffi(rai)t, quel que soit le seuil d'audience requis, à instaurer - ou à restaurer - les conditions d'un cadre authentiquement dialogal ? Préservons-nous de telles illusions... Le dialogue ne fait sens que si chacun, à l'instar de ce qui vaut pour la démocratie, est à sa place, et que, de l'interaction naît la possibilité d'un dépassement de l'opposition - des différences. Pour cela, il faut des garanties procédurales, [...]. Ces garanties ne peuvent, à notre sens, procéder que d'un agencement entre la négociation d'entreprise et la négociation de branche, car, à ce niveau-là, les partenaires sociaux sont en mesure de négocier (et donc de dialoguer)* »⁷²⁹.

Le cadre de l'entreprise, en tant que niveau de négociation collective est donc particulièrement l'objet de suspicions quant à sa capacité à constituer effectivement un lieu de discussions et notamment de compromis respectifs ; rendant ainsi nécessaires des règles propres à assurer une certaine égalité entre les partenaires à la négociation collective.

Cette nécessité se fait d'autant plus ressentir que le législateur a entendu donner une place de choix à la négociation collective dans la réglementation sociale⁷³⁰, et qu'à l'occasion de l'ordonnance n°2017-1385⁷³¹, a été consacré un principe de primauté de la convention collective. Ainsi, là où, auparavant, telle ou telle question était réglée par la voie législative, constituant « *l'expression de la volonté générale* »⁷³², et ne portant en principe pas la prise en considération d'intérêts particuliers mais de l'ensemble de la nation, celles-ci vont pouvoir désormais être le fruit de négociation au sein de l'entreprise entre les différents partenaires

⁷²⁷ GEA, F., « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 518.

⁷²⁸ L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (1), art. 1^{er}, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

⁷²⁹ GEA, F., *op. cit.* n°732.

⁷³⁰ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 16, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁷³¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷³² Art. 6 de la DDHC.

sociaux. L'«*effet erga omnes*»⁷³³ et, donc, «*impératif*»⁷³⁴ de la norme conventionnelle est ainsi étendu et doit donc répondre à une garantie d'une certaine d'équité. Par ailleurs, il en est de même dans les domaines où il était possible à la branche, avant l'ordonnance susvisée, de limiter l'autonomie de la négociation d'entreprise en interdisant des stipulations moins favorables ; or, il est à noter qu'au niveau de la branche, les intérêts salariés et patronaux ne se confrontent pas aussi directement que dans l'entreprise qui est, avant tout, une unité de production et, donc, de réalisation de la prestation de travail pour les salariés, et de la réalisation d'un profit pour l'employeur.

Si des garanties procédurales sont souhaitables au déroulement loyal des négociations, il s'agit de remarquer la formation des négociateurs salariés peut également se présenter comme un gage de loyauté.

B. Une nécessité de formation en gage de loyauté.

Certains auteurs regrettent la «*professionnalisation accrue des fonctions de représentant du personnel*»⁷³⁵, parmi lesquels comptent les mandats syndicaux ; il en est par exemple ainsi de M. Lokiec Pascal qui dénonce le fait que «*tous les interlocuteurs qui pouvaient s'opposer à l'employeur [soient] affaiblis*»⁷³⁶ du fait que les «*ordonnances expriment aussi une volonté de professionnaliser les élus, en en réduisant considérablement leur nombre et en les éloignant de leur base*»⁷³⁷. En effet, la «*qualité des interlocuteurs et leur capacité à appréhender les enjeux se nourrissent d'un lien avec la réalité de l'emploi dans l'entreprise*»⁷³⁸.

Toutefois, sans nécessairement souhaiter que l'on encourage l'exercice du mandat syndical ou d'élu de la même manière qu'une carrière, faisant courir le risque d'une interférence d'intérêts particuliers dans une défense en principe d'intérêts collectifs salariés, M. Géa Frédéric souligne «*que les négociateurs, au niveau de l'entreprise, si l'on veut bien regarder la réalité en face, [...] n'ont pas toujours les compétences requises pour négocier des accords aussi délicats juridiquement que ceux relatifs, par exemple, à la durée du travail*»⁷³⁹. En effet, s'il est souhaitable que les mandataires syndicaux demeurent proches des intérêts collectifs des salariés qu'ils ont vocation à défendre par le biais de la négociation collective, il semble néanmoins

⁷³³ MORIN M.-L., « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », Dr. soc. 2008, p. 24, introduction.

⁷³⁴ *Ibidem*.

⁷³⁵ YON K., GOURGUES G., « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, p. 625, II C).

⁷³⁶ LOKIEC, P., « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », (interview, propos recueillis par Françoise Champeaux), SSL n° 1781, 11 septembre 2017.

⁷³⁷ *Ibidem*.

⁷³⁸ MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405, II B).

⁷³⁹ GEA, F., « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 518.

nécessaire de leur donner les outils de compréhension des thèmes appelés à être négociés, et des enjeux qui découlent de ceux-ci. D'une part, cela ne peut que permettre une meilleure défense des intérêts salariés puisqu'ainsi pourra davantage être analysée la proportion de leurs revendications, de celles de l'employeur. D'autre part, cela peut possiblement contribuer à l'instauration d'une négociation collective davantage collaborative dans la mesure où chacun des acteurs dispose des clefs de compréhension juridiques de la position de la partie adverse ; toutefois cela peut y contribuer uniquement sous réserve que de son côté l'employeur soit transparent quant à ses objectifs et à la situation de l'entreprise, sans quoi la confiance nécessaire à cette collaboration serait compromise. Ainsi M. Morel Franck affirme la nécessité d'un « *effort de formation fort en début de mandat sur les dimensions stratégiques et économiques* »⁷⁴⁰.

La question de la formation des représentants des salariés a été abordée par le législateur qui a reconnu aux salariés amenés à exercer des fonctions syndicales le bénéfice « *du congé de formation économique, sociale et syndicale prévu à l'article L. 2145-5* »⁷⁴¹ ou encore la possibilité de conclure des conventions prévoyant, à destination des salariés et de l'employeur des « *formations communes visant à améliorer les pratiques du dialogue social dans les entreprises, dispensées par les centres, instituts ou organismes de formation* »⁷⁴². Concernant le congé de formation économique, sociale et syndicale, l'article L. 2145-5 du Code du travail, dispose que le bénéfice de celui-ci procède de la demande du salarié intéressé.

En revanche, concernant, les membres de la DP du CSE, si des formations relatives à la santé, la sécurité et les conditions de travail⁷⁴³ sont prévues, aucune, en revanche, ne l'est relativement à la négociation ; or, s'il est possible de cumuler la casquette de délégué syndical et de membre dudit comité, la négociation avec un salarié élu n'est envisagée qu'en l'absence d'un délégué syndical ce qui implique que cela peut manquer. Par ailleurs, une formation portant sur la santé, la sécurité et les conditions de travail pourrait à l'inverse être souhaitable également pour les salariés disposant d'un mandat syndical, et qui ne sont pas nécessairement un membre du CSE⁷⁴⁴. En effet, cela leur permettrait également une meilleure appréhension des enjeux salariés dans ces domaines et, donc, une meilleure défense de ces intérêts.

⁷⁴⁰ MOREL, F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405, II B).

⁷⁴¹ Art. L. 2145-3, al. 1^{er} du C. trav.

⁷⁴² Art. L. 2212-1, al. 1^{er} du C. trav.

⁷⁴³ Art. L. 2315-18 du C. trav.

⁷⁴⁴ Art. L. 2343-3, al. 2 à 4 du C. trav

La loi n°2016-1088⁷⁴⁵ a cherché à encourager la loyauté dans la conduite des négociations relatives à la conclusion d'une convention collective, par la prévision expresse de la faculté des partenaires sociaux de conclure un accord de méthode⁷⁴⁶.

II. L'insuffisance de l'accord de méthode.

Si la loyauté de la négociation collective a été envisagée de manière plus générale qu'auparavant par le législateur à l'occasion de la loi n°2016-1088⁷⁴⁷, la détermination de son contenu reste subordonné à la conclusion d'un accord de méthode (A) dont l'exigibilité est ambiguë (B).

A. Une détermination conventionnelle de la loyauté.

Jusqu'à récemment⁷⁴⁸, le législateur ne s'était pas réellement intéressé d'une manière générale à la tenue en tant que telle des négociations en droit du travail : il n'a abordé la question que pour certains thèmes tels que l'égalité homme femme⁷⁴⁹, le travail de nuit⁷⁵⁰ ou encore la négociation menée avec des élus ou les salariés mandatés⁷⁵¹. C'est la jurisprudence qui a dû élaborer des exigences propres à garantir une certaine loyauté dans la tenue des négociations conventions collectifs : la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi interdit la tenue de négociations séparées⁷⁵², de décisions unilatérales de l'employeur⁷⁵³, de modifications non soumises aux éventuelles observations de l'ensemble des organisations syndicales. Elle a même affirmé explicitement l'existence d'une obligation de loyauté incombant à l'employeur « *dans le cadre de la négociation préélectorale* »⁷⁵⁴.

À l'occasion de la loi n°2016-1088⁷⁵⁵, le législateur a introduit dans le Code du travail la faculté de prévoir conventionnellement « *la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* »⁷⁵⁶ en précisant « *la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment, au niveau de l'entreprise, en*

⁷⁴⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 16, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁷⁴⁶ Art. L. 2222-3-1 et L. 2222-3-2 du C. trav.

⁷⁴⁷ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 16, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁷⁴⁸ *Ibidem*.

⁷⁴⁹ Art. L. 2242-7 du C. trav., rédaction antérieure à ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁵⁰ Art. L. 3122-36 du C. trav., abrogé par L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 8, JORF n°0184 du 9 août 2016.

⁷⁵¹ Art. L. 2232-27-1 du C. trav., abrogé par ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 8, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁵² Cass. soc., 9 juillet 1996, 95-13.010.

⁷⁵³ Cass. soc., 29 juin 1994, 91-18.640.

⁷⁵⁴ Cass. soc., 6 janvier 2016, 15-10.975.

⁷⁵⁵ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 16, JORF n°0184 du 9 août 2016.

⁷⁵⁶ Art. L. 2222-3-1, al 1^{er} du C. trav.

s'appuyant sur la base de données définie à l'article L. 2323-8 [...] les principales étapes du déroulement des négociations »⁷⁵⁷ et éventuellement « *des moyens supplémentaires ou spécifiques, notamment s'agissant du volume de crédits d'heures des représentants syndicaux ou des modalités de recours à l'expertise, afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou de plusieurs des négociations prévues* »⁷⁵⁸.

Pour autant il apparaît que la prévision de la loyauté par le législateur aurait pu être davantage aboutie. En effet, on observe, tout d'abord, que le législateur renvoie à la conclusion d'une norme conventionnelle pour définir le contenu de celle-ci ; si cela semble rejoindre la préoccupation du législateur de préserver l'autonomie des partenaires sociaux, il paraît étrange que la conception de loyauté, et donc les moyens de la mettre en œuvre, soient différents d'une entreprise à une autre, d'une branche à une autre. Aussi on aurait pu attendre du législateur qu'il instaure une définition de la loyauté propre à la négociation collective, qu'il précise le contenu de celle-ci comme il a pu le faire pour la négociation menée avec des salariés élus ou mandatés pour laquelle est précisé que quatre règles doivent être respectées dont l'« *indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur* »⁷⁵⁹, l'« *élaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs* »⁷⁶⁰. Le législateur a pu encore préciser ce type d'obligation concernant le travail de nuit pour lequel il était précisé, que « *l'engagement de négociations loyales et sérieuses implique pour l'employeur d'avoir : 1° Convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ;/ 2° Communiqué les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause ;/ 3° Répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales* »⁷⁶¹.

Ainsi, la doctrine oppose à cela qu'il existe des critères objectifs sur lesquels pourraient s'appuyer le juge afin de contrôler la loyauté de la négociation: « *l'élaboration d'un calendrier de négociations, la détermination précise des informations à remettre, la nécessité d'un dialogue entre interlocuteurs qualifiés, basé sur des propositions et contre-propositions motivées, voire l'interdiction générale des décisions unilatérales de l'employeur sur les matières en cours de négociation, sont autant d'éléments objectifs qui peuvent être soumis à un contrôle juridictionnel. Pour autant, l'autonomie des acteurs sociaux ne serait pas affectée dès lors que le contrôle ne porterait pas sur le bien-fondé ou le caractère raisonnable des positions*

⁷⁵⁷ *Ibidem*, al. 2.

⁷⁵⁸ *Ibidem*.

⁷⁵⁹ Art. L. 2232-27-1 du C. trav., abrogé par ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 8, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

⁷⁶¹ Art. L. 3122-36 du C. trav., abrogé par L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 8, JORF n°0184 du 9 août 2016.

des uns et des autres dans la négociation »⁷⁶². Il ne s'agit effectivement pas de s'immiscer dans le contenu des négociations mais de garantir une égalité dans la tenue de celles-ci qui, de fait, n'est pas naturelle dans une relation employeur/salarié.

En outre de laisser la détermination du contenu du comportement loyal aux partenaires sociaux, la sanction de la méconnaissance des prévisions conventionnelles en la matière est aussi laissée à leur discrétion.

B. L'exigence ambiguë d'un accord de méthode.

Le législateur a prévu la faculté de fixer conventionnellement « *la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* »⁷⁶³: l'utilisation, à l'article L. 2222-3-1 du Code du travail, du verbe pouvoir indique qu'une telle prévision ne s'impose, a priori, pas aux partenaires sociaux. En revanche, l'article L. 2222-3-2 du Code du travail dispose qu'« *un accord conclu au niveau de la branche définit la méthode applicable à la négociation au niveau de l'entreprise. Cet accord s'impose aux entreprises n'ayant pas conclu de convention ou d'accord en application de l'article L. 2222-3-1* » ; on remarque que si le législateur a ainsi entendu imposer aux partenaires sociaux de branche de fixer une méthode de négociation, et compenser l'absence d'une telle prévision au niveau de l'entreprise il n'a pas repris la formulation qu'il a utilisée dans l'article L. 2222-3-1. En effet, alors que ce dernier fait état d'une « *méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* », l'article suivant qui ne vise qu'un accord de branche fait, lui, simplement état d'un accord définissant « *la méthode applicable à la négociation au niveau de l'entreprise* ». On peut donc imaginer que cette obligation d'un accord de méthode au niveau de la branche puisse ne pas porter nécessairement sur la loyauté, et ne pas comporter les prévisions visées au deuxième alinéa de l'article L. 2222-3-1 du Code du travail.

Quel que soit le niveau de négociation d'un accord de méthode, il est énoncé que « *sauf si la convention ou l'accord en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties* »⁷⁶⁴. Cela peut paraître étrange dans la mesure où a priori on peut penser que si les parties prennent un tel engagement c'est qu'elles ont la réelle envie d'un processus loyal de négociation, et inversement ceux qui n'acceptent pas peuvent donner l'impression de ne pas être très investis dans l'instauration d'une relation de confiance.

⁷⁶² NICOD C., « Quel contrôle juridictionnel de la régularité de la négociation collective ? », RDT. 2009, p. 667.

⁷⁶³ Art. L. 2222-3-1, al 1^{er} du C. trav.

⁷⁶⁴ Art. L. 2222-3-1, al. 3 et L. 2222-3-2, al. 2 du C. trav.

L'existence d'un accord au niveau au moins de la branche est donc imposée mais sa méconnaissance n'est pas sanctionnée, du moins par la nullité : selon l'article L. 2262-11 du Code du travail il sera a priori possibilité d'obtenir des indemnités en cas de méconnaissance de l'accord de méthode ; néanmoins cela ne sert pas les intérêts salariés en jeu dans la convention collective qui a été négociée sans que les prévisions conventionnelles relatives à la loyauté ne soient respectées. Si cela peut s'expliquer par une volonté de sécuriser les conventions afin qu'elles ne soient pas remises en cause un certain temps après son adoption, on peut néanmoins relever le fait qu'avec l'ordonnance n°2017-1385⁷⁶⁵ le délai d'action en nullité est passé à deux mois : pourquoi alors ne pas laisser la possibilité d'agir en nullité ?

Toutefois une limite à la non sanction de la méconnaissance des prévisions de l'accord de méthode est prévue : l'irrespect du principe de loyauté ; qu'est-ce qu'alors ce principe de loyauté ? Faut-il se référer aux règles en matière contractuelle ? À la jurisprudence antérieure en la matière de la chambre sociale ? Le déroulement loyal des négociations a donc été abordé, mais assez timidement par le législateur alors qu'il n'a, en parallèle, pas hésité à promouvoir la négociation collective, notamment d'entreprise.

CONCLUSION CHAPITRE 2.

Si l'adaptabilité de la norme sociale peut être perçue comme une bonne chose du fait de son élaboration par les acteurs qui y sont directement intéressés, cela nécessite toutefois certaines garanties propres à pallier la position de force dans lequel se trouve l'employeur. Or, concernant la tenue de négociation loyale, l'accord de méthode reste un gage fragile de celle-ci. De plus, si, en 2008⁷⁶⁶, la représentativité des organisations syndicales a été liée aux résultats des élections professionnelles – et, donc, au vote régulier des salarié – force est de constater qu'il existe une défiance des salariés à l'égard de leurs représentants syndicaux ; le fait que l'exigence d'une convention d'entreprise majoritaire repose sur les suffrages uniquement en faveur d'OSR et puisse être contournée par une consultation salariée ne participent à la création d'une relation de reconnaissance mutuelle de ces acteurs.

CONCLUSION TITRE 2.

La promotion de la négociation d'entreprise, mène à une diversification de la norme sociale dans la mesure où, sur un certain nombre de points, les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise vont pouvoir se détacher des prévisions générales de la loi et des prévisions

⁷⁶⁵ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁶⁶ L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. ?, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

sectorielles de la branche : la philosophie guidant désormais la négociation collective, semble être celle de « *répondre aux nécessités [...] de l'entreprise* »⁷⁶⁷. D'autres éléments démontrent la volonté de permettre à l'entreprise une souplesse dans son organisation du travail : le projet d'accord de l'employeur soumis à la ratification des salariés⁷⁶⁸ ou le mécanisme de sauvetage de la convention d'entreprise⁷⁶⁹. Toutefois, sont maintenus une certaine hiérarchie de branche ainsi qu'un ordre public législatif, propres à assurer des garanties aux salariés ; sont par ailleurs exigés la légitimité des négociateurs salariés, ainsi que celle du respect du principe de loyauté entre les parties⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Art. L.2254-2 du C. trav.

⁷⁶⁸ Art. L. 2232-21 à L. 2232-23 du C. trav.

⁷⁶⁹ Art. L. 2232-12 du C. trav.

⁷⁷⁰ Art. L. 2222-3-1 et L. 2222-3-2 du C. trav.

CONCLUSION PARTIE II.

La consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise⁷⁷¹, préparée par la loi n°2016-1088⁷⁷² dans le domaine du travail, et le maintien, complémentaire, d'un îlot hiérarchique de branche⁷⁷³ témoignent d'une politique conventionnelle renouvelée. En effet, la branche apparaît ainsi comme un niveau général et fondamental de réglementation sociale, aux côtés de la loi mais avec une marge d'adaptation au secteur d'activité concerné, tandis que la convention d'entreprise devient un levier de compétitivité au service de l'entreprise. Ainsi, l'existence d'une convention d'entreprise est fortement encouragée à travers divers dispositifs visant à pallier soit l'absence de délégué syndical⁷⁷⁴, soit de représentants des salariés⁷⁷⁵, voire même une insuffisante volonté syndicale à signer une convention d'entreprise⁷⁷⁶. La volonté de permettre une organisation flexible des conditions de travail se fait ainsi parfois au détriment d'un réel processus de négociation, alors que la loi n°2016-1088⁷⁷⁷ entendait encourager l'adoption de règles propres à garantir la loyauté de la négociation d'entreprise, et, ainsi, accroître la légitimité de la convention d'entreprise pour laquelle elle posait également l'exigence d'une signature majoritaire

Si l'adoption d'une norme collective d'entreprise a été encouragée, son assise également puisque le délai d'action en nullité d'une norme conventionnelle est désormais de deux mois. Pour parfaire l'idée d'une norme sociale adaptée aux besoins de l'entreprise le principe d'une convention à durée déterminée a été posé également à l'occasion de la loi de 2016 susvisée.

Par ailleurs, le fait que la branche se présente de plus en plus comme une institution de la négociation collective démontre également la promotion d'une politique contractuelle innovante pour la branche et l'entreprise : en effet, notamment par le biais de la CPPNI, la branche est appelée à veiller sur la négociation d'entreprise mais également de se présenter comme un appui à celle-ci par l'élaboration, par exemple, d'accord types. Cela rejoint d'une certaine manière le chantier de restructuration des branches présenté comme permettant l'existence de branches fortes.

⁷⁷¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁷² L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

⁷⁷³ Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

⁷⁷⁴ Art. L. 2232-23-1 et L. 2232-24 à L. 2232-26 du C. trav.

⁷⁷⁵ Art. L. 2232-21 à L. 2232-23 du C. trav.

⁷⁷⁶ Art. L. 2232-12, al. 2 à 4 du C. trav.

⁷⁷⁷ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

Néanmoins l'adaptabilité a fait craindre une détérioration des conditions de travail du salarié, dont les conditions de travail peuvent être marchandées par l'employeur avec des négociateurs salariés ne disposant pas toujours des outils ou des compétences nécessaires. Cela est d'autant plus criant depuis que la loi n°2016-1088 avait instauré les APDE dont l'esprit a été largement repris par l'ordonnance n°2017-1385⁷⁷⁸ et la loi n°2018-217⁷⁷⁹ avec les APC.

On assiste alors à deux mouvements complémentaires, visant à permettre à l'entité économique constituée par l'entreprise une adaptabilité des conditions de travail favorable à son développement : l'individualisation de la norme sociale par sa contractualisation collective, et le déclin du contrat de travail, qui semble de plus en plus appelé à s'écarter en faveur des prévisions collectives⁷⁸⁰, alors même que le sentiment de représentativité est faible du côté salarié.

⁷⁷⁸ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁷⁹ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

⁷⁸⁰ BAUGARD D., GRATTON L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016, p. 745.

CONCLUSION

La consécration de la primauté de la convention d'entreprise⁷⁸¹, résultat d'un long processus d'autonomisation et de valorisation de ce niveau de négociation collective, est révélatrice d'un changement de paradigme dans la négociation collective : alors que celle-ci était d'abord cantonnée à un rôle d'amélioration des conditions de travail dont la branche était garante, de par son caractère nécessairement plus favorable par rapport à la loi et , de l'emprise hiérarchique qu'elle avait vocation à exercer d'une manière générale à l'égard de la convention d'entreprise. Cette valeur hiérarchique est toujours présente pour certaines matières visées expressément par le Code du travail⁷⁸², ce qui témoigne de la promotion d'une politique conventionnelle fondée sur deux piliers : une branche forte constitutive d'une limitation à l'adaptabilité de la norme sociale issue de la primauté de la convention d'entreprise, et ladite convention d'entreprise comme norme organisationnelle et vectrice de compétitivité.

La volonté de branches fortes se retrouve dans le chantier de restructuration de ces dernières mais aussi de l'exigence d'une CPPNI responsable de missions d'intérêt général⁷⁸³ relatives à la négociation collective, qu'il s'agisse de sa représentation, de son élaboration, de son interprétation ou de ses conséquences sur les conditions de travail des salariés et la concurrence au sein du secteur d'activité couvert par chaque branche.

Par ailleurs, dans les domaines de prévalence de la convention de branche, l'exigence de faveur, aux fins de l'application de la convention d'entreprise, est remplacée par celle d'équivalence ; cela démontre également un changement de philosophie de la négociation collective : on maintient une valeur hiérarchique de la branche mais celle-ci n'a plus exactement la même fonction qu'auparavant et vise à simplement assurer un certain niveau de garanties, là où la faveur ne permettait qu'un sens plus favorable.

La déclinaison du principe de faveur, initiée notamment avec la loi n°2004-391⁷⁸⁴, était proportionnelle à l'importance et indépendance que prenait progressivement la convention d'entreprise. Aussi, du fait de la consécration du principe de primauté de cette dernière, et de la manière dont celle-ci a été conçue – à savoir une application inconditionnelle dont le pendant est la subsidiarité de la convention de branche – il n'est pas étonnant que l'utilité de la faveur devienne réduite au point que le terme de principe semble avoir perdu de son sens.

⁷⁸¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁸² Art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du C. trav.

⁷⁸³ Art. L. 2232-9 du C. trav.

⁷⁸⁴ L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

On peut noter que la question de la négociation interprofessionnelle n'a pas été abordée, par les dernières réformes⁷⁸⁵. Or, du fait de son champ professionnel plus large a priori que la branche, et de son influence particulière en droit du travail comme le démontrent un certain nombre de reprises législatives d'accords nationaux interprofessionnels, on aurait pu imaginer une valorisation de ce niveau de négociation, notamment comme renfort face aux craintes de l'éclatement conventionnel de la norme sociale en cela qu'il pouvait répondre à la fois au souhait d'une contractualisation de la norme sociale mais aussi constituer un niveau conventionnel général susceptible d'homogénéiser le traitement conventionnel de certaines questions. Cette qualité homogénéisatrice ressort de l'impression d'une négociation interprofessionnelle plurielle soulignée par certains auteurs⁷⁸⁶, et qui, notamment lorsqu'elle est menée au niveau national, constitue une source d'inspiration⁷⁸⁷ pour le législateur et les niveaux inférieurs de négociation collective.

Le nouveau principe de primauté de la convention d'entreprise, inscrit dans un phénomène de promotion accrue de la négociation collective, est révélateur, non seulement d'une volonté d'adaptabilité de la norme sociale, mais également d'une certaine façon d'aborder l'entité constituée par l'entreprise. En effet, comme cela a pu être souvent répété, la norme conventionnelle d'entreprise a été présentée par les dernières réformes comme une norme de terrain, notamment du fait de son élaboration par les acteurs pour lesquels elle va s'appliquer. Par ailleurs, le concept de dialogue social a souvent été appelé en renfort pour légitimer la volonté de faire de la négociation collective, notamment d'entreprise, une voie privilégiée de la règlementation sociale. Il semblait, ainsi, être induit une politique d'entreprise suivant un certain principe de « *codétermination* »⁷⁸⁸ qui n'apparaît en réalité pas dans la mesure où l'association des salariés reste assez artificielle⁷⁸⁹.

La promotion de la convention d'entreprise n'a pas seulement consisté en une priorité d'application vis-à-vis des conventions de branche, mais également en l'élaboration de différents mécanismes visant à l'existence d'une telle norme dans l'entreprise. Si depuis la loi n°96-985⁷⁹⁰, des mécanismes dérogatoires étaient envisagés en l'absence de délégué syndical

⁷⁸⁵ Art. L. 2232-5 du C. trav.

⁷⁸⁶ Dans ce sens voir par ex. BARTHELEMY, J., « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p. 566, pt. 1 et 2. – KELLER, M. et LYON-CAEN, A., « Sources du droit du travail », *Rép. trav.*, §175 à 183.

⁷⁸⁷ KELLER, M. et LYON-CAEN, A., « Sources du droit du travail », *Rép. trav.*, §175 à 183.

⁷⁸⁸ DURLACH, E., LELLOUCHE, F. et LEON, M., « Repenser l'entreprise », *RDT* 2018, p. 21, II : *cf.* II B) « proposition d'une codétermination à la française »

⁷⁸⁹ *Ibidem*, II B) 1.

⁷⁹⁰ L. n° 96-985, 12 novembre 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, *JORF* n°264 du 13 novembre 1996, p. 16527.

dans l'entreprise, ceux-ci se sont étoffés et multipliés au fil de différentes réformes du droit du travail. Ainsi, jusqu'ici n'étaient envisagée une négociation dérogatoire qu'avec des élus du personnel ou des salariés mandatés par des OSR, mais l'ordonnance n°2017-1385⁷⁹¹ a reconnu la faculté aux employeurs des TPE et PME de proposer un projet d'accord aux salariés, et ce sans qu'aucun processus de dialogue, d'élaboration conjointe soit imposé. Par ailleurs, lorsque la négociation s'effectue avec les délégués syndicaux, la crédibilité de cette dernière est mise en jeu puisque l'article L. 2232-12 du Code du travail prévoit la possibilité de sauver une convention qui, à défaut d'avoir recueilli des signatures représentant au moins 50% des suffrages exprimés en faveur d'OSR, n'a recueilli qu'un taux de 30% calculé sur la même assiette, là où les 30% étaient autrefois exigés sur l'ensemble des suffrages.

Si ces deux dispositifs répondent, respectivement, à des préoccupations réelles, à savoir, d'une part, l'importante absence de représentants du personnel dans les petites entreprises et, d'autre part, celle de permettre à la négociation collective d'entreprise de se développer sans tomber dans un schéma bloqué, on peut regretter que cela se fasse au détriment de la négociation réelle ou du choix exprimé par les acteurs amenés à négocier.

D'autant plus que cela apparaît contradictoire avec le leitmotiv du renforcement du dialogue social, souvent brandi par la classe politique, qui semble venir ainsi appuyer un discours présentant la norme conventionnelle d'entreprise comme une norme de terrain répondant aux préoccupations aussi bien patronales que salariales, parce qu'issue de la rencontre de volontés des parties directement intéressées par elle. Évidemment il ne s'agit pas de sous-estimer le rôle que joueront les interlocuteurs salariés, qui en tant que salariés auront intérêt ne pas signer des compromis disproportionnés⁷⁹², mais de souligner un risque d'avantage patronal dans l'élaboration de la norme sociale en l'absence de ceux-ci ou par une éventuelle décision contradictoire des salariés en cas de sauvetage d'une convention. Cet avantage se ressent d'autant plus fortement que l'ordonnance n°2017-1385⁷⁹³ permet la conclusion d'accords se substituant aux prévisions du contrat de travail, et ce sur un motif extrêmement large qui est celui de répondre aux nécessités de l'entreprise. Cela est-il annonciateur d'une plus grande contractualisation collective des conditions de travail par une réforme plus générale des rapports entre les conventions collectives et le contrat de travail ?⁷⁹⁴ Si cela, comme l'ensemble du

⁷⁹¹ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 8, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁹² ANTONMATTEI, P.-H., « La primauté de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 513, pt. 3.

⁷⁹³ Ord. n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 8, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁷⁹⁴ BAUGARD D. et GRATTON L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016, p.745 :« dispositif [...] [est] peut-être annonciateur du droit du travail « à venir » : supériorité de l'accord collectif sur les contrats de travail, prévalence de l'emploi

renouvellement des rapports entre les différents niveaux de négociation collective, est souvent présenté comme d'inspiration éminemment libéral, en tant qu'à l'opposé d'un légicentrisme exacerbé, il est utile de rappeler que l'esprit libéral de la Révolution française avait notamment pour socle le respect de la liberté individuelle, et donc, par là même, celle de s'engager ou non : celle-ci est respectée simplement dans son principe littéral avec le droit au refus, ce dernier constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Il est possible de conclure en soulignant que la nouvelle articulation des niveaux de négociation collective, et tout ce qui est connexe et visant à une norme conventionnelle davantage proche des préoccupations de ses acteurs, est louable dans son esprit dans la mesure où il recherche une plus grande adaptabilité, afin de répondre à des enjeux et défis économiques mais aussi sociétaux comme le chômage de masse, en associant les acteurs de l'entreprise. Néanmoins, force est de constater qu'un réel contexte de coopération entre les différents acteurs de l'entreprise et de sa négociation collective ne caractérise pas, en France, le milieu des relations collectives et, peine à se développer en raison d'une méfiance réciproque classique employeur/salariés mais aussi de la part des salariés envers leurs représentants, ou du moins envers le système plus général du monde du travail, attachée elle-même à un doute plus général vis-à-vis de la capacité politique à gérer les crises actuelles et à répondre à son devoir de représentation des travailleurs salariés. Ainsi, comme le relevait M. Raymond Soubie « *le fonctionnement de la démocratie politique représentative et de la démocratie sociale fondée sur la négociation collective [...] commence à être atteint* »⁷⁹⁵.

dans sa dimension collective sur l'emploi individuel, sécurisation pour l'employeur des licenciements prononcés...
»

⁷⁹⁵ SOUBIE, R., « Les acteurs sont-ils prêts à faire évoluer le modèle de dialogue social en France ? », Dr. soc. 2016, p.418, I.

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES.

LOIS.

L., 17 mars 1791, portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

L. Le Chapelier, 14 juin 1791.

L., 25 mars 1919, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 28 mars 1919, p. 3181.

L., 24 juin 1936, modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre M du livre Ier du Code du travail « De la convention collective de travail », JORF du 26 juin 1936, p. 6699.

L., 4 octobre 1941, relative à l'organisation sociale des professions, JORF du 26 octobre 1941, p. 4650.

L. n°46-2924, 23 décembre 1946, relative aux conventions collectives de travail, JORF du 25 décembre 1946, p. 10932.

L. n°50-205, 11 février 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 12 février 1950, p. 1688.

L. n° 71-561, 13 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre Ier du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 modifiée, relatives à la procédure de conciliation, JORF du 14 juillet 1971, p. 6939.

L. n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

L. n° 96-985, 12 novembre 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, JORF n°264 du 13 novembre 1996, p. 16527.

L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF n°136 du 14 juin 1998, texte n° 100.

L. n° 2000-37, 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, JORF n°16 du 20 janvier 2000, texte n° 2.

L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 9, JORF n°0194 du 21 août 2008, texte n° 32.

L. n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 29, JORF n°0055 du 6 mars 2014, JORF n°0055 du 6 mars 2014, texte n° 1.

L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, art. 21, JORF n°0189 du 18 août 2015, texte n°3.

L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

L. n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF n°0076 du 31 mars 2018, texte n°1.

ORDONNANCES.

Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

Ord. n°2017-1386, 22 septembre 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 31.

Ord. n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 1^{er}, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 33.

Ord. n° 2017-1388, 22 septembre 2017, portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 35.

TRAITÉS, MANUEL, OUVRAGES GÉNÉRAUX.

AUZERO G. et DOCKÈS, E.

- *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31^e éd., Dalloz, septembre 2017.

DEBARD, T. et GUINCHARD, S.

- *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Lexiques, 25^e éd., Dalloz, juin 2017.

RAPPORTS, ENQUÊTES.

CETTE, G. et MOREL, F., *Sauver le dialogue social, priorité à la négociation d'entreprise*, Institut Montaigne, septembre 2015.

COMBREXELLE, J.-D., *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, septembre 2015.

COMBREXELLE, J.-D., *Rapport sur la réforme de la représentativité patronale*, octobre 2013.

MINISTERE DU TRAVAIL, *Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective*, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 28.

PIGNONI, M.-T., *La syndicalisation en France, Des salariés deux fois plus syndiqués dans la fonction publique*, DARES analyse n°025, mai 2016.

POISSON, J.-F., *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, La documentation française, 2009.

OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES.

DEVAUX, E.

- *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, Préface B. TEYSSIE, coll. Planète Social, LexisNexis, 2016.

LAMY NEGOCIATION COLLECTIVE.

- *Commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation*, étude n°16, avril 2018.

- *Convention et accord de groupe*, étude n°22, avril 2018.

- *Négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou de conseil d'entreprise*, étude n°20, avril 2018.

- *Négociation dans les entreprises pourvue de délégués syndicaux*, étude n°19, avril 2018

- *Négociation et validité des conventions de branche et accords professionnels*, étude n°17, avril 2018.

- *Négociation un accord de performance collective*, étude n°30, avril 2018

- *Rapports entre dispositions conventionnelles*, étude n°35, avril 2018

MARTINOT B., MOREL F.

- *Un autre droit du travail est possible – Libérer, organiser, protéger*, Fayard, DL 2016.

ADAM, P.

- « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1039.

ANTONMATTEI, P.-H.,

- « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », Dr. soc 2018, p. 160.

- « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », Dr. soc. 2004, p. 601.

- « La primauté de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 513.

- « Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2009, p.883.

AUZERO, G.

- « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », Dr. soc. 2018, p. 154.

BARTHELEMY, J. et CETTE, G.

- « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », Dr. soc. 2012, p. 763.

- « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Dr. soc. 2013, p. 17.

- « Réformer le droit social », Dr. soc. 2016, p. 400.

BAUGARD D., GRATTON L.

- « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016, p. 745.

BERGÉ, J.-S.

- « Méthodes du droit européen appliquées au droit international privé », RDE, avril 2017, n° 40-44.

BERGÉ, J.-S. et TOUZÉ S.

- « La question de l'équivalence du droit international et du droit européen », JDI n°3, juillet 2016, chron. 6.

BÉROUD, S.

- « Représentation syndicale, représentativité et négociation », Dr. soc. 2018, p. 264.

BUGADA, A.

- « La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches », JCP S 2016, 1442.

- « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056.

CESARO, J.-F.

- « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306.

CETTE, G. et BARTHELEMY, J.

- « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », Dr. soc. 2012, p. 763.

- « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Dr. soc. 2013, p. 17.

- « Réformer le droit social », Dr. soc. 2016, p. 400.

CHALARON Y.

- « L'application de la disposition la plus favorable », *in Les transformations du droit du travail*, Études offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 243.

COIN, G.

- « L'accord interprofessionnel du 31 oct. 1995 sur la politique contractuelle », Dr. soc. 1996, p. 3.

DOCKÈS, E.

- « Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles », Dr. soc. 2018, p. 216.

DURLACH, E., LELLOUCHE, F. et LEON, M.

- « Repenser l'entreprise », RDT 2018, p. 21

FILIPETTO, E.

- « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016. p. 415.

FLAMENT L. et OFFERLE M.

- « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », Rev. Trav. 2010, p. 269.

FOURNIER, P.

- « Evolution des textes concernant les conventions collectives, le salaire minimum et les conflits collectifs », Cahiers du Chatefp n°2-3, janvier 2000.

GEA, F.

- « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 516.

GOURGUES G., YON K.

- « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017. P. 625

GRATTON L., BAUGARD D.

- « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016. 745.

KATZ, T.

- « La supplétivité de l'accord collectif de branche : débats anciens et nouvelles perspectives », D. 2004. p. 386.

KELLER, M. et LYON-CAEN, A.

- « Sources du droit du travail », Rép. trav., §175 à 183.

LEGRAND, H.-J.

- « Négociation collective et petites entreprises : le Conseil constitutionnel valide les faux-semblants des ordonnances », SSL 2018, n° 1809.

LELLOUCHE, F., DURLACH, E. et LEON, M.

- « Repenser l'entreprise », RDT 2018, p. 21

LEON, M., et DURLACH, E. et LELLOUCHE, F.

- « Repenser l'entreprise », RDT 2018, p. 21

LOKIEC, P.

- « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », Propos recueillis par Champeaux F., SSL n° 1781, 11 septembre 2017.

LYON-CAEN, A et KELLER, M.

- « Sources du droit du travail », Rép. trav., §175 à 183.

MARTINON, A.

- « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1047.

MONGON, H.

- « La branche professionnelle renforcée ou affaiblie », SSL 2017, suppl., n° 1790, p. 48.

MOREL, F.

- « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 405.

MORIN M.-L.

- « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », Dr. soc. 2008, p. 24.

NADAL, S.

- « Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, p.652.

- « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016, p. 110.

NICOD, C.

- « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », RDT 2017, p. 657.

- « Quel contrôle juridictionnel de la régularité de la négociation collective ? », RDT 2009, p. 665.

OFFERLE M. et FLAMENT L.

- « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », RDT 2010, p. 269.

PASQUIER, T.

- « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », RDT 2018, p. 44.

PETIT, F.

- « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », Dr. soc. 2018, p. 141.

RAY J.-E.

- « Trois rapports, pour quelle refondation ? », Dr. soc. 2016, p. 410.

RODIÈRE, P.

- « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », SSL 2003, N° 1125.

- « Pour une autorité mesurée de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise », SSL 2002, N° 1084.

SAURET, A.

- « Une démarche loyale des branches pour réguler la concurrence professionnelle », RLC n° 66, 1^{er} novembre 2017, p. 59.

SOUBIE, R.

- « Les acteurs sont-ils prêts à faire évoluer le modèle de dialogue social en France ? », Dr. soc. 2016, p.418.

SOURIAC, M.-A.

- « L'articulation des accords de branche et d'entreprise : une question de principe(s) », S.S. Lamy 2004, n° 1084, p. 9.

- « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. soc. 2004, p. 579.

- « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », RDT 2008, p. 188.

TEYSSIE, B.

- « Le maintien de la « valeur hiérarchique » des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004 », SSL 2004, n° 1175, p. 6.

TOUZÉ S. et BERGÉ, J.-S.

- « La question de l'équivalence du droit international et du droit européen », JDI n°3, juillet 2016, chron. 6.

VACHET, G.

- « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Dr. soc. 2009, p. 896.

YON K., GOURGUES G.

- « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, p. 625.

JURISPRUDENCE.

COUR DE CASSATION

- Cass. soc., 11 janvier 1962, 60-40.224.
- Cass., ass. plén., 18 mars 1988, n° 88-40.083.
- Cass. soc., 29 juin 1994, 91-18.640.
- Cass. soc., 9 juillet 1996, 95-13.010.
- Cass. soc., 10 juillet 1996, 93-40.966.
- Cass. soc., 17 juillet 1996, 95-41.313.
- Cass. soc., 10 décembre 1996, 94-40.300.
- Cass. soc., 29 janvier 2003, 01-60.628.
- Cass. soc. 30 avril 2003, 01-10.027.
- Cass. soc., 27 janvier 2015, 13-22.179.
- Cass. soc., 6 janvier 2016, 15-10.975.

CONSEIL D'ETAT.

- CE, avis, 22 mars 1973, Dr. ouvrier 1973, p. 190.
- CE 8 juillet 1994, n° 105471.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

- Cons. constit., n°89-257 DC du 25 juillet 1989, JO du 28 juillet 1989, p. 9503.
- Cons. constit., n°96-383 DC, 6 novembre 1996, JO du 13 novembre 1996, p. 16531.
- Cons. constit., n° 99-423 DC du 13 janv. 2000, JO du 20 janvier 2000, p. 992.
- Cons. constit., n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, JO du 24 décembre 2000, p. 20576.
- Cons. constit., n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, JO du 5 mai 2004, p. 7998.
- Cons. constit., n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, JO du 23 mars 2012, texte n°2.

- Cons. constit., n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, JO n°0076 du 31 mars 2018, texte n°2.

JURIDICTIONS EUROPEENNES.

- CJUE, 1er ch., 14 mars 2013, C-415/11.
- CJUE, 3° ch., 10 septembre 2014, C-34/13.
- CJUE, gr. ch., 6 oct. 2015, C-362/14.
- CrEDH, gr. ch., 23 mai 2016, Req. N° 17502/07.

SITES INTERNET.

Site de l'INSEE :

- < <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1041> >
- < <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1377> >

Site Larousse :

- < <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/négociation/54081> >
- < <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/niveau/54687> >

Site de la Revue fiduciaire :

- < <http://revuefiduciaire.grouperf.com/article/3659/hb/20160916093331472.html#7-3> >

Site du Sénat :

- < <http://www.senat.fr/rap/l03-1792/l03-17923.html> >

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	6
PARTIE I. LA CONSECRATION D'UNE PRIMAUTE RELATIVE DE LA CONVENTION D'ENTREPRISE.....	8
Titre 1. Des rapports renouvelés entre la branche et l'entreprise.....	8
Chapitre 1. La branche détrônée au profit de l'entreprise.....	9
Section 1. Une primauté longtemps réservée à la branche.....	9
I. La branche, lieu traditionnel de la négociation collective.....	9
A. Un lieu d'élaboration unique.....	9
B. Un lieu d'élaboration privilégié.....	11
II. La branche, un niveau hiérarchique supérieur concurrencé.....	13
A. L'activation de l'entreprise comme niveau de négociation collective.....	14
B. D'une faculté dérogatoire conditionnée à l'instauration de domaines de primauté.....	15
Section 2. La consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise.....	17
I. D'une primauté d'exception à l'institution d'un principe.....	18
A. L'extension progressive du domaine de primauté de la convention d'entreprise.....	18
B. La consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise.....	20
II. Une primauté différente de la branche.....	22
A. La convention d'entreprise libérée des prévisions légales.....	22
B. La convention d'entreprise libérée de la hiérarchie de branche.....	25
CONCLUSION CHAPITRE 1.....	27
Chapitre 2. L'exclusion partielle de la règle de faveur au profit d'une règle d'équivalence.....	28
Section 1. La condition de faveur exclue dans le domaine de primauté de l'entreprise.	28
I. L'exclusion de la condition de faveur.....	28
A. Une exclusion progressive.....	28
B. Une exclusion générale depuis l'ordonnance n°2017-1385.....	30
II. L'utilité de la règle de faveur.....	32

A.	Une utilité entre les conventions de branche à la discrétion des partenaires sociaux.....	32
B.	Une utilité interrogée en présence d'une nouvelle convention d'entreprise.	34
Section 2.	L'avènement de la règle d'équivalence.....	35
I.	La substitution de l'équivalence à la faveur.	35
A.	Une substitution limitée aux domaines de primauté de la branche.....	36
B.	Une substitution témoin du déclin de la fonction améliorative de la négociation collective.....	37
II.	Une équivalence relativement comparable à d'autres domaines.	39
A.	L'équivalence, un outil de protection des droits.	39
B.	L'équivalence : un outil de détermination de la norme conventionnelle de travail applicable.....	41
CONCLUSION CHAPITRE 2.....		42
CONCLUSION TITRE 1.....		43
Titre 2.	La primauté relative de la convention d'entreprise.	44
Chapitre 1.	Le renversement partiel du principe : des domaines de primauté de la branche.	45
Section 1.	Des domaines de primauté nuancés.....	45
I.	Des domaines de primauté traditionnels.....	45
A.	Une primauté imposée.....	45
B.	Une primauté disponible.	47
II.	Une primauté à relativiser.....	48
A.	La nature hiérarchique de la primauté de branche.	48
B.	L'effectivité parfois interrogée de la primauté.....	49
Section 2.	Une primauté limitée par la règle d'équivalence.....	51
I.	Le respect d'un ordre conventionnel de branche.	51
A.	L'exigence d'un sens au moins aussi favorable.	51
B.	Un ordre conventionnel de branche plancher.....	52
II.	Un moyen de concurrence pour la convention d'entreprise.	54
A.	L'interprétation incertaine de l'équivalence.	54

<i>B.</i>	L'éventuelle concurrence de l'accord d'entreprise.	56
CONCLUSION CHAPITRE 1.....		58
Chapitre 2. Le renforcement de la primauté d'entreprise par sa faculté d'aménagement.		59
Section 1. La primauté particulière des accords de groupe et d'établissement.		59
I.	La primauté des accords de groupe sur la convention d'entreprise.	59
A.	Une primauté facultative ouverte au groupe.	59
<i>B.</i>	Une primauté coordinatrice.	61
II.	La primauté de l'accord d'établissement.	62
A.	Une primauté de principe sur la convention d'entreprise.	62
<i>B.</i>	Une primauté fragile.....	63
Section 2. La complémentarité de l'articulation interne aux conventions d'entreprise.		64
I.	Le groupe et l'établissement, des entreprises particulières.....	64
A.	Le groupe : une communauté de travail économique et managériale.	65
<i>B.</i>	L'établissement : une communauté de travail sociale.....	66
II.	La reconnaissance de la diversité des sociétés.....	67
A.	La subtilité de la notion d'entreprise.....	67
<i>B.</i>	Une articulation conventionnelle personnalisée.....	69
CONCLUSION CHAPITRE 2.....		70
CONCLUSION TITRE 2.....		70
CONCLUSION PARTIE I.....		72
PARTIE II. LA PROMOTION D'UNE POLITIQUE CONTRACTUELLE INNOVANTE POUR LES DEUX NIVEAUX DE NÉGOCIATION.....		74
Titre 1. La recherche d'une plus grande adaptabilité.		74
Chapitre 1. L'adaptabilité de la négociation collective issue du nouvel ordonnancement.....		75
Section 1. Une répartition complémentaire des domaines de primauté.		75
I.	La branche comme niveau de réglementation générale et fondamentale.	75
A.	Des problématiques globales et décisives.	75
<i>B.</i>	Une fonction régulatrice de la concurrence.....	77
II.	La convention d'entreprise, vecteur de compétitivité.....	79

A.	La primauté de la convention d'entreprise favorable à une stratégie adaptée.	
		79
B.	L'existence d'un accord d'entreprise fortement encouragée.	82
Section 2.	Les outils connexes à l'adaptabilité.	84
I.	La mise à jour des normes conventionnelles recherchée.	84
A.	Le principe d'une convention collective à durée déterminée.	84
B.	Le renouvellement du personnel syndical.	86
II.	Des éléments de renforcement de la négociation collective.	88
A.	La sécurisation des conventions collectives.	88
B.	La restructuration des branches, la rationalisation du paysage conventionnel.	
		91
CONCLUSION CHAPITRE 1.		93
Chapitre 2.	Les accords de performance collective : un exemple de la contractualisation collective des conditions de travail.	94
Section 1.	Le forçage collectif du contrat de travail.	94
I.	La substitution des stipulations collectives aux clauses du contrat de travail.	94
A.	Une substitution large.	94
B.	Une substitution de plein droit.	97
II.	Un droit de refus individuel illusoire.	99
A.	Le refus du salarié : une cause réelle et sérieuse de licenciement.	99
B.	L'amointrissement de l'accompagnement post licenciement	101
Section 2.	La prépondérance des intérêts économiques de l'entreprise.	104
I.	L'absence de difficultés économiques préalables à l'accord.	104
A.	Des motifs de recours imprécis.	104
B.	L'insuffisance de l'intérêt général écartée par le Conseil constitutionnel.	106
II.	Une ingérence collective dans la situation individuelle des salariés.	108
A.	Des modifications substantielles en l'absence de contreparties concrètes.	
		108
B.	Une contestation réduite du licenciement.	111
CONCLUSION CHAPITRE 2.		113

CONCLUSION TITRE 1.....	113
Titre 2. Une contractualisation à concilier avec les intérêts salariés.....	115
Chapitre 1. Une adaptabilité de la norme sociale redoutée.....	116
Section 1. La crainte d'une rupture d'égalité.....	116
I. L'éclatement de la norme sociale.....	116
A. Une atteinte possible au principe d'égalité.....	116
B. L'individualisation des situations.....	119
II. La suspicion d'une adaptabilité à tout prix.....	121
A. L'absence d'un représentant des salariés encouragée dans les petites entreprises.....	121
B. Des accords collectifs non négociés ou repêchés.....	123
Section 2. Des garde-fous à l'adaptabilité promue par la convention d'entreprise....	126
I. Des filets de sécurité de la négociation d'entreprise.....	126
A. Des filets de sécurité posés par la loi.....	126
B. Des filets de sécurité posés par la branche.....	128
II. La branche, chaperon de la négociation collective d'entreprise.....	130
A. La branche, vigie de la négociation collective d'entreprise.....	130
B. La branche « boîte à outils ».....	133
CONCLUSION CHAPITRE 1.....	134
Chapitre 2. Les garanties nécessaires aux intérêts salariés.....	136
Section 1. L'importance accrue de la représentativité syndicale et de la légitimité des conventions d'entreprise.....	136
I. La représentativité délicate des organisations syndicales.....	136
A. La volonté d'une meilleure représentativité syndicale.....	136
B. La défiance des salariés envers leurs représentants syndicaux.....	139
II. La quête de légitimation par la convention majoritaire.....	141
A. La généralisation de la convention majoritaire.....	141
B. Une majorité trompeuse.....	143
Section 2. L'importance du renouveau des pratiques de négociation.....	145
I. La nécessité d'une négociation loyale.....	145

A.	Une nécessité due au déséquilibre entre les parties.....	146
B.	Une nécessité de formation en gage de loyauté.	148
II.	L'insuffisance de l'accord de méthode.	150
A.	Une détermination conventionnelle de la loyauté.....	150
B.	L'exigence ambiguë d'un accord de méthode.....	152
	CONCLUSION CHAPITRE 2.....	153
	CONCLUSION TITRE 2.....	153
	CONCLUSION PARTIE II.	155
	CONCLUSION	157
	BIBLIOGRAPHIE	161
	TABLE DES MATIERES	170